



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La mediación familiar. Una vía extrajudicial de gestión de conflictos en el ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia. Un estudio comparado entre Chile y Cataluña

María Loreto Bobadilla Toledo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Civil

**LA MEDIACIÓN FAMILIAR.
UNA VÍA EXTRAJUDICIAL DE GESTIÓN DE CONFLICTOS
EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE
LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.
UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE CHILE Y CATALUÑA**

Director y Tutor: Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

MARÍA LORETO BOBADILLA TOLEDO

BARCELONA, 2017

AGRADECIMIENTOS

La presente tesis doctoral es la culminación de una gran aventura que he compartido junto a familiares y amigos, en los que he encontrado el apoyo incondicional necesario para alcanzar la meta. A todos y a cada uno de ellos estoy profundamente agradecida y me gustaría dejar constancia de ello.

Toda mi gratitud, en primer lugar, a Dios, por bendecir mis pasos en esta vida; a mi padre, Jenaro, desde el cielo, y mi madre, Cristina, desde la tierra, por darme las bases sólidas del amor, el respeto y la honestidad, y por confiar siempre en mí y convertir mis sueños en realidad. A mis hermanos, Héctor y Cristina, por su incondicionalidad. A José Luis, por su amor y paciencia. A Hugo, por formar parte de todo esto. Tampoco puedo dejar de lado a mi querido *bad póllice*, por haber creído en mí dándome todo el apoyo necesario para llevar a cabo este trabajo.

Es importante hacer mención que todo esto no sería posible sin la ayuda de un maestro que te guíe en el camino y que te anime constantemente, ya que el discípulo puede sentirse perdido o desalentado en este largo y solitario proceso. Por eso quiero mostrar agradecimiento, de manera muy especial, a mi mentor, director y tutor de tesis, el Dr. Carlos Villagrasa Alcaide, quien fue la primera persona que albergó en mí la idea de la mediación familiar en el Máster de Familia que él imparte en esta casa de estudio. Él me ha motivado en la tarea investigativa, dándome la fuerza y los conocimientos necesarios para seguir adelante, colocándome a las personas indicadas para que lo que partió como un proyecto tomara cuerpo y hoy se vea concretado en esta tesis doctoral. Por tu generosidad, mi eterna gratitud, *Charlie*.

También deseo mencionar, y agradecer su apoyo, a todas aquellas personas que desinteresadamente me entregaron parte de su tiempo, compartiendo sus conocimientos y sus experiencias, con el fin de enriquecer esta tesis. En particular, al Dr. Isaac Ravetllat,

investigador del Proyecto Anillo, de la Universidad de Talca (Chile), por haberme facilitado toda la información y guía acerca de la realidad de la mediación familiar en Chile.

A la Universidad de Barcelona, por haberme acogido como su alumna.

Por último, quisiera dejar constancia de mi gratitud hacia el tribunal que juzga esta tesis doctoral, por su disponibilidad y generosidad en el tiempo dedicado a mejorarla con sus sugerencias y recomendaciones.

A todos ellos, mi más sincero respeto y agradecimiento.

El futuro de los niños es siempre hoy. Mañana será tarde.

Gabriela Mistral

Índice

Resúmenes	15
Introducción	21
 Capítulo 1. Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar	
1. Medios alternativos a la solución de conflictos: origen y recepción en Europa....	33
1.1. Métodos de resolución de conflictos.....	38
1.1.1. Métodos de resolución de conflictos heterocompositivos: el arbitraje...	39
1.1.2. Métodos de resolución de conflictos autocompositivos.....	40
1.1.2.1. Negociación.....	40
1.1.2.2. Conciliación.....	43
1.1.2.3. Mediación.....	44
1.1.2.3.1. Etapas de la mediación.....	48
1.1.2.3.2. Modelos de Mediación Familiar.....	50
1.1.2.3.2.1. Modelo Tradicional-lineal o de Harvard (Fisher y Ury 1989).....	50
1.1.2.3.2.2. Modelo Transformativo de Bush y Folger (1994).....	55
1.1.2.3.2.3. Modelo Circular Narrativo de Sara Coob (1994).....	57
1.2. La Mediación Familiar.....	60
1.2.1. Breve reseña histórica de la mediación familiar.....	62
1.2.2. El concepto de <i>mediación familiar</i>	70
1.3. Marco normativo vinculado con la mediación familiar.....	72
1.3.1. Marco normativo internacional.....	72

1.3.2. Marco normativo europeo.....	73
1.3.3. Marco normativo español.....	73
1.3.4. Marco normativo catalán.....	75
1.3.5. Marco normativo chileno.....	78
1.4. Principios de la Mediación Familiar.....	82
1.4.1. Voluntariedad.....	83
1.4.2. Imparcialidad de los mediadores.....	90
1.4.3. Neutralidad.....	92
1.4.4. Confidencialidad.....	94
1.4.5. Igualdad de condiciones de las partes.....	96
1.4.6. Interacción protagónica de las partes.....	97
1.4.7. Buena fe.....	97
1.4.8. Carácter personalísimo.....	98
1.4.9. Consideración de opiniones de terceros.....	99

Capítulo 2. El principio del *interés superior del niño*

2. El principio del interés superior del niño.....	105
2.1. Reseña histórica: antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	106
2.2. El <i>interés superior del niño</i> : origen y evolución.....	113
2.3. La Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3.1) y sus Observaciones Generales.....	116
2.3.1. Doctrina de la protección integral.....	116
2.3.2. El artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	122
2.3.3. Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño y el interés superior del niño.....	126
2.3.4. Las orientaciones señaladas en la Observación General N.º 14.....	128
2.4. Funciones, naturaleza y alcance del <i>interés superior del niño</i>	130
2.4.1. Funciones del <i>interés superior del niño</i>	130

2.4.2. Naturaleza del <i>interés superior del niño</i>	134
2.4.3. Alcance del <i>interés superior del niño</i>	136
2.5. Modelos (sistemas) de determinación del <i>interés superior del niño</i>	140
2.5.1. La técnica de los criterios preestablecidos.....	141
2.5.2. La técnica de la cláusula general.....	147
2.5.2.1. El principio del <i>interés superior del niño</i> : un concepto jurídico indeterminado.....	149
2.5.2.2. Estructura interna de todo concepto jurídico indeterminado: en particular, el <i>interés superior del niño</i>	151
2.5.3. Propuestas doctrinales para establecer criterios en la determinación del <i>interés superior del niño</i>	157
2.5.3.1. El método tópico de Theodor Viehweg.....	157
2.5.3.2. El método del autodeterminismo dinámico de John Eekelaar.....	158
2.5.3.3. El principio garantista de Miguel Cillero.....	160
2.5.3.4. Considerado como protección de los derechos fundamentales, la propuesta de Encarna Roca Trias.....	162
2.5.3.5. El método hermenéutico de Francisco Rivero.....	164
2.6. El <i>interés superior del niño</i> en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de la vida familiar y de la vida privada.....	166
2.7. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el interés superior del niño.....	174
2.8. Configuración del principio del <i>interés superior del niño</i> en el Ordenamiento Jurídico Civil catalán y español.....	179
2.8.1. El ordenamiento jurídico catalán y español.....	179
2.8.2. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.....	198
2.8.3. El ordenamiento jurídico catalán.....	208
2.8.3.1. El plan de parentalidad.....	213
2.8.3.2. El ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. Guarda y custodia compartida.....	215
2.9. Análisis jurisprudencial del <i>interés superior del niño</i> dentro del ordenamiento jurídico español y catalán.....	217
2.10. El <i>interés superior del niño</i> en el ordenamiento jurídico civil chileno.....	226
2.10.1. Interés superior del niño y del hijo.....	229

2.10.2. Interés superior del adoptado.....	234
2.10.3. La corresponsabilidad parental.....	237
2.11. El <i>interés superior del niño</i> en la jurisprudencia civil chilena.....	244

Capítulo 3. Derecho a ser oído

3. Derecho a ser oído.....	261
3.1. Introducción.....	261
3.2. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General n.º12.....	263
3.2.1. Derechos del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta.....	264
3.2.2. Observación General n.º 12.....	266
3.3. Ámbito de actuación de la persona menor de edad.....	274
3.3.1. La capacidad. Cuestión terminológica.....	274
3.3.1.1. En Cataluña.....	274
3.3.1.1.1. La capacidad natural como esencia y substratum de la capacidad de obrar de las personas.....	278
3.3.1.1.2. Particular mención a la capacidad de obrar de los menores no emancipados.....	280
3.3.1.1.3. El modelo intermedio o ecléctico como pauta a seguir por el Código Civil de Cataluña.....	281
3.3.1.1.4. Ámbitos de actuación autónomas de las personas menores de edad no emancipadas en el Código Civil de Cataluña.....	284
3.3.1.2. En Chile.....	286
3.3.1.2.1. La capacidad extrapatrimonial y la Autonomía Progresiva...	293
3.4. La participación de los niños, niñas y adolescentes: ideas generales.....	299
3.4.1. Participación protagónica.....	299
3.4.2. Derecho de Audiencia.....	303
3.5. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales.....	304
3.5.1. Audiencia del menor de edad en la legislación española.....	304
3.5.2. Derecho de audiencia en la legislación chilena.....	311

3.6. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos extrajudiciales.....	318
3.6.1. Los hijos en mediación familiar.....	319
3.6.2. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación dentro del ordenamiento jurídico catalán y chileno.....	323
3.6.2.1. Participación de los niños, niñas y adolescentes en la mediación familiar en el ordenamiento jurídico catalán.....	327
3.6.2.2. La participación de los niños, niña y adolescentes en la mediación familiar en el ordenamiento jurídico chileno.....	329
3.7 El mediador.....	331
3.7.1. Principios de actuación del mediador.....	333
3.7.2. Habilidades del mediador.....	335
3.7.3. El mediador y la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación familiar.....	336

Capítulo 4. La mediación familiar desde la perspectiva de los derechos de la infancia y de la adolescencia

4. La mediación familiar desde la perspectiva de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Lectura comparada Chile y Cataluña.....	343
4.1. Aspectos iniciales.....	343
4.2. Legislación aplicable. Concepto de <i>mediación familiar</i>	346
4.3. Principios de la mediación familiar.....	350
4.3.1. Voluntariedad.....	351
4.3.2. Confidencialidad.....	354
4.3.3. Imparcialidad de los mediadores.....	356
4.3.4. Neutralidad.....	357
4.3.5. Igualdad de condiciones de las partes.....	359
4.3.6. Interés superior del niño, niña o adolescente, e intereses de terceros que no participan del proceso.....	360
4.3.7. Protagonismo de las partes.....	362
4.3.8. Buena fe.....	362
4.3.9. Personalísimo.....	362

4.4. Ámbito de aplicación personal. Quién es el destinatario.....	363
4.4.1. En Chile.....	363
4.4.2. En Cataluña.....	365
4.5. La figura del mediador.....	368
4.5.1. Quién es el mediador: su perfil.....	368
4.5.2. Requisitos para ser mediador en Chile y en Cataluña.....	370
4.5.2.1. En Chile.....	370
4.5.2.2. En Cataluña.....	373
4.5.3 Designación del mediador.....	376
4.5.3.1. En Chile.....	376
4.5.3.2. En Cataluña.....	378
4.5.3.2.1. La mediación familiar pública.....	379
4.5.3.2.2. La mediación familiar privada.....	379
4.6. Tipos de mediación.....	381
4.6.1. En Chile.....	381
4.6.1.1. Mediación privada licitada.....	381
4.6.1.2. Mediación privada no licitada.....	382
4.6.2. En Cataluña.....	382
4.6.2.1. Mediación pública.....	382
4.6.2.2. Mediación privada.....	384
4.7. Materias sobre las que recae la mediación.....	384
4.7.1. En Chile.....	385
4.7.1.1. Materias mediables.....	385
4.7.1.2. Materias prohibidas.....	385
4.7.1.3. Materias de mediación previa u obligatoria.....	386
4.7.2. En Cataluña.....	387
4.7.2.1. Materias mediables.....	387
4.7.2.2. Materias no mediables.....	390

4.8. La mediación familiar en materia de violencia.....	391
4.8.1. La mediación familiar en los casos de violencia de género.....	392
4.8.1.1. En Chile.....	394
4.8.1.2. En Cataluña.....	396
4.8.2. Mediación cuando es el menor quien ejerce la violencia.....	400
4.9. Momento en que se puede mediar.....	403
4.9.1. En Chile.....	403
4.9.1.1. En forma previa, antes de interponer una acción judicial.....	403
4.9.1.2. Al comparecer ante el Tribunal a interponer la acción judicial....	403
4.9.1.3. Durante el juicio.....	404
4.9.2. En Cataluña.....	404
4.9.2.1. Antes de iniciar el proceso judicial.....	404
4.9.2.2. Cuando el proceso judicial está pendiente.....	406
4.9.2.3. Vías de acceso de casos al Centro de Mediación.....	406
4.10. Costos de la mediación.....	406
4.10.1. En Chile.....	406
4.10.1.1. Mediación voluntaria.....	406
4.10.1.2. Mediación obligatoria.....	407
4.10.2. En Cataluña.....	407
4.10.2.1. Beneficio de gratuidad.....	407
4.10.2.2. Sin beneficio de gratuidad.....	408
4.11. Las fases del proceso de mediación familiar.....	409
4.11.1. En Chile.....	411
4.11.2. En Cataluña.....	413
4.12. El acuerdo.....	417
4.12.1. En Chile.....	417
4.12.1.1. Si la mediación termina en acuerdo, ya sea total o parcial.....	417
4.12.1.2. Si no hay acuerdo, desistimiento de las partes o frustración de la mediación.....	418

4.12.2. En Cataluña.....	419
4.12.2.1. Total o parcial y definitivo o provisional.....	420
4.12.2.2. Si no hay acuerdo.....	422
4.13. Resultados de la mediación familiar.....	423
4.13.1. En Chile. Materias mediadas y nivel de cumplimiento.....	423
4.13.2. En Cataluña. Materias mediadas y nivel de cumplimiento.....	425
Conclusiones.....	429
Bibliografía.....	437

Resúmenes

Resum

L'objectiu fonamental d'aquest estudi se centra en mostrar que, enfront dels conflictes familiars, la mediació familiar es presenta com una via extrajudicial de resolució de conflictes. Per mitjà d'ella, s'ofereix al grup familiar l'oportunitat de reorganitzar-se, sense la intervenció dels tribunals.

Si bé els cridats al procés de mediació són les parelles que afronten una situació de crisi o de ruptura matrimonial, no hem d'oblidar altres agents del conflicte familiar, les persones menors d'edat, que haurien de tenir la possibilitat de donar la seva opinió com a fidel expressió de l'exercici dels drets humans de tots i cadascun dels membres integrants de la família. D'aquí la importància de la presència dels nens i nenes en aquesta instància extrajudicial, i la necessitat de ser considerats com a parts en la gestió col·laborativa dels conflictes que els concerneixen.

Aquest exercici dels drets per part de la infància i de l'adolescència es veu concretat a través del reconeixement legislatiu del principi de *l'interès superior del nen*, com a principi rector. Per això es dedica a aquest principi un capítol complet del nostre treball. En aquest capítol s'assenyala la manera com el principi de l'interès superior del nen irromp, evoluciona i es consolida en els ordenaments jurídics xilè i català: després d'una configuració inicial a l'estil de clàusula abstracta, posteriorment sembla haver-se anat decantant de forma gradual cap a un major nivell de concreció positiva, acostant-se d'aquesta manera als models de tall anglosaxó.

Al seu torn, el principi de l'interès superior del nen ha de ser complementat amb el dret del nen a ser sentit en totes aquelles qüestions que li concerneixen. Aquesta qüestió entronca directament amb la idea de l'exercici autònom dels drets per part de les persones menors d'edat. Així, el capítol III se centra en l'anàlisi comparativa –Xile, Catalunya– d'aquest principi aplicat a la mediació familiar. Àdhuc existint una normativa estatal i autonòmica que regula la mediació, els nens, nenes i adolescents, en la pràctica, manquen d'un escenari idoni que els permeti l'exercici efectiu de la seva participació, la qual cosa es tradueix en el dret a donar la seva opinió. Cal, a més, considerar les conseqüències que aquesta participació pot tenir per al nucli familiar i per a la societat en general.

L'objectiu fonamental d'aquest treball és superar l'enfocament adultocentrista dels drets de la infantesa i passar a un reconeixement real i efectiu del nen, la nena i l'adolescent com a ciutadà del present, de manera que assumeixi un rol protagonista tant a nivell social com en l'àmbit de les relacions quotidianes que l'envolten.

Paraules clau: mediació familiar; resolució extrajudicial; Convenció sobre els Drets del Nen; interès superior del nen; audiència al menor; capacitat d'exercici

Resumen

El objetivo fundamental de este estudio se centra en mostrar que, frente a los conflictos familiares, la mediación familiar se presenta como una vía extrajudicial de resolución de conflictos. Por medio de ella, se ofrece al grupo familiar la oportunidad de reorganizarse, sin la intervención de los tribunales.

Si bien los llamados al proceso de mediación son las parejas que afrontan una situación de crisis o de ruptura matrimonial, no debemos olvidar a otros agentes del conflicto familiar, las personas menores de edad, que deberían tener la posibilidad de dar su opinión como fiel expresión del ejercicio de los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros integrantes de la familia. De ahí la importancia de la presencia de los niños y niñas en esta instancia extrajudicial, y la necesidad de ser considerados como partes en la gestión colaborativa de los conflictos que les atañen.

Este ejercicio de los derechos por parte de la infancia y de la adolescencia se ve concretado a través del reconocimiento legislativo del principio del *interés superior del niño*, como principio rector. Por ello se dedica a este principio un capítulo completo de nuestro trabajo. En este capítulo se señala la forma como el principio del interés superior del niño irrumpe, evoluciona y se consolida en los ordenamientos jurídicos chileno y catalán: tras una configuración inicial al estilo de cláusula abstracta, posteriormente parece haberse ido decantando de forma paulatina hacia un mayor nivel de concreción positiva, acercándose de este modo a los modelos de corte anglosajón.

A su vez, el principio del interés superior del niño debe ser complementado con el derecho del niño a ser oído en todas aquellas cuestiones que le atañen. Esta cuestión entronca directamente con la idea del ejercicio autónomo de los derechos por parte de las personas menores de edad. Así, el capítulo III se centra en el análisis comparativo –Chile, Cataluña– de este principio aplicado a la mediación familiar. Aun existiendo una normativa estatal y autonómica que regula la mediación, los niños, niñas y adolescentes, en la práctica, carecen de un escenario idóneo que les permita el ejercicio efectivo de su participación, lo que se traduce en el derecho a dar su opinión. Cabe, además, considerar las consecuencias que esta participación puede tener para el núcleo familiar y para la sociedad en general.

El objetivo fundamental de este trabajo es superar el enfoque adultocentrista de los derechos de la niñez y pasar a un reconocimiento real y efectivo del niño, niña y adolescente como ciudadano del presente, de manera que asuma un rol protagonista tanto a nivel social como en el ámbito de las relaciones cotidianas que lo envuelven.

Palabras clave: mediación familiar; resolución extrajudicial; Convención sobre los Derechos del Niño; interés superior del niño; audiencia al menor; capacidad de ejercicio

Abstract

The basic aim of this study is to show that family mediation appears to be an extrajudicial solution to resolve conflicts. Through this mediation there is an opportunity for the family to sort things out without the intervention of the courts.

Mediation is mostly used by couples who are experiencing difficulties agreeing on all the issues associated with separation or divorce. However, there are other agents involved in the disputes that must not be ignored. These are the minors who should be given the opportunity to express their opinion as a faithful expression of the human rights of every family member. Therefore it is important the presence of the children at the mediation process and the need for them to be considered part of the collaborative management in resolving disputes.

The exercise of the rights of the children and teens is determined by the legislative recognition of the principle of the best interest of the child. Hence the reason an entire chapter of our work was devoted to it. It shows how the principle of the best interests of the child starts, evolves and is consolidated in the Chilean and Catalan Legal System. Indeed, once as an abstract clause, it seems there has been a progressive move towards a higher level of positive precision bringing it closer to the Anglo-Saxon model.

At the same time, the principle of the best interest of the child must be complemented with his or her right to be heard on all related issues. This links directly to the idea of the autonomous action of the rights of minors. Therefore, Chapter III is focused on the comparative analysis - Chile and Catalonia- on that principle applied to family mediation. Despite a national and regional law that regulates mediation, boys, girls and teens, actually lack an ideal situation which allows them to be an active participant, to give their opinion, keeping in mind the consequences that their participation might have on the family unit and on society in general.

The aim of this work is to go beyond the adult oriented approach of the rights of the minors and have a real and effective recognition of boys, girls and teens as citizens in today's society having them play a leading role as well as one in day-to-day relationships.

Keywords: family mediation; extrajudicial resolution, Convention on the Rights of the Child; best interest of the child; child's right to a hearing; the ability to act.

Introducción

Introducción

Los seres humanos se caracterizan por su sociabilidad. Nacemos, crecemos y morimos en sociedad. Pero esta sociedad está en permanente evolución, de manera que cada vez se hace más compleja. En ella generalmente surgen las llamadas *diferencias*, que llevan, de no existir un acuerdo, al conflicto.

En no pocas ocasiones se considera el conflicto como una situación violenta o destructiva que debe ser evitada a toda costa. Para otros, en cambio, el conflicto es una situación connatural a las relaciones humanas, con independencia de cuál sea su naturaleza: familiar, emocional, económica, laboral, entre otras. Por ende, si las partes entienden que el conflicto es una situación normal que está latente en todo vínculo, puesto que cada persona es diferente, piensa distinto y sus pretensiones no son necesariamente las mismas, podremos obtener al final un buen acuerdo.

Distinta es la situación de buscar la solución de los conflictos mediante coacción, ya que esta no ayuda a resolverlos. De hecho, si se obra de este modo, es posible que los problemas resurjan más tarde o se conviertan en un proceso de escalada judicial, sobre todo teniendo en cuenta que se basan en el enfrentamiento y en una concepción ganar-perder, muy distinta a la de ganar-ganar. Esta circunstancia deja, al menos, a una de las partes insatisfecha con la solución final.

De ahí es que hayan surgido métodos de solución más rápidos, alternativos al Poder Judicial. Son los llamados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, entre los que se encuentran la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La resolución de conflictos a través de este tipo de técnicas ocupa un lugar relevante en la reforma y modernización del sector de la justicia. Se entiende, incluida en este concepto, toda forma de resolución de conflictos que acuda a la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto.

El principal objetivo que perseguimos con la realización de esta investigación es analizar la mediación familiar como una de las formas no controversiales de resolución de conflictos, que en las últimas décadas ha tenido un gran avance, tanto teórico como práctico, y que ha sido objeto de un gran reconocimiento por parte de diferentes Estados, que la han incorporado paulatinamente a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Para ello, plantearemos la mediación familiar como medida más eficaz, rápida, económica y ajustada al caso concreto que la solución impuesta por el juez. A ello se suma el hecho de que un acuerdo derivado del proceso de mediación familiar ofrece una recompensa muy satisfactoria como resultado de la comunicación abierta y franca que se genera entre las partes en conflicto. Asimismo, ayuda a preservar y mantener en buenos términos las relaciones dentro del grupo familiar. Por ello, su cumplimiento se vuelve más fácil, por ser el resultado de la voluntad de ambas partes.

Por esta razón se justifica aún más la realización de un estudio de investigación sobre la mediación familiar, que permita demostrar que, al ser un método no confrontacional de resolución de conflictos, entrega las herramientas adecuadas para resolver pacíficamente las controversias que se generan dentro del núcleo familiar. De esta forma origina, además, una instancia para que las familias puedan seguir adelante de la manera menos perjudicial posible pese a los quiebres que puedan sufrir.

Además, teniendo en cuenta que, por regla general, los principales destinatarios y, por tanto, beneficiarios de la solución alcanzada en los procesos de mediación familiar son los hijos e hijas, especialmente si son menores de edad, procederemos al análisis exhaustivo de los principios del interés superior del niño y el derecho a ser oído, por considerarlos de extrema importancia en el devenir de todo proceso de mediación.

Por ello, planteamos la participación de los hijos en la mediación familiar como una forma de anexar un recurso de eficiencia a este tipo de proceso, ya que resulta ser el espacio más favorable y menos traumático en el que pueden ser escuchados y en el que pueden

dar su opinión de manera más espontánea acerca de sus inquietudes, anhelos y necesidades: siempre hay que tener presente que los niños, niñas o adolescentes forman parte de esa vivencia. De este modo se permite a los progenitores ponerse en el lugar del niño, y no solo afrontar el conflicto desde su experiencia como padres, lo que conlleva la desaparición de la idea de que su presencia resulta invisible.

Para obtener una visión amplia de la institución objeto de nuestro estudio, nos serviremos de un análisis normativo y jurisprudencial de carácter comparado entre Chile y Cataluña, así como de permanentes referencias a los instrumentos internacionales sobre la cuestión.

El legislador, en un intento de acercarse cada vez más a la realidad familiar, ha incorporado, dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos, la mediación familiar como un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos. De este modo, si bien ha abierto una nueva puerta al Derecho de la infancia y de la adolescencia, esto no resulta suficiente. Así, es imprescindible impulsar un nuevo enfoque que otorgue a los niños, niñas y adolescentes un espacio real dentro del mundo de los adultos, de manera que se permita a las personas menores de edad ejercer como sujetos de derecho, y, por tanto, dar su opinión con su particular forma de pensar, sentir, comunicar y expresarse. Ello no implica que se deje de lado la posibilidad de recibir la información necesaria por parte del o de los adultos responsables de su cuidado, en lo que atañe al conflicto que se vive y a la forma en que este será resuelto en todos aquellos asuntos en los que estas personas menores de edad se verán afectadas.

Para la consecución del objetivo propuesto el presente trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primer capítulo se centra en la mediación familiar. Comenzamos este primer capítulo introductorio haciendo mención al origen del movimiento Alternative Dispute Resolution en los EE.UU. Abierta la puerta de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, continuaremos con el estudio de los métodos de resolución de conflictos jurídicos; concretamente, con los medios extrajudiciales. En ellos comúnmente están incluidos el arbitraje, la mediación, la conciliación o la negociación. Luego trataremos la mediación y en las etapas en que se compone. Proseguiremos explorando las

aportaciones de las distintas corrientes doctrinales: el modelo Harvard, que sigue una línea tradicional-lineal y está representado fundamente por Roger Fisher y Willian Ury; el modelo Circular Narrativo, representado por su creadora, Sara Cobb; y el modelo Transformativo, cuyos defensores más conocidos son Bush y Folger.

A continuación, centraremos nuestra atención en la mediación familiar definiendo este mecanismo y caracterizándolo. También ahondaremos en las raíces históricas de este mecanismo para percibir su evolución hasta nuestros días. Se hace imprescindible analizar, asimismo, el marco jurídico internacional: europeo, español, catalán y chileno, de este mecanismo de resolución de conflictos. Finalizaremos el primer capítulo con los principios de la mediación, que constituyen sus líneas maestras y conceden a este mecanismo la legitimación necesaria para su afirmación como medio de resolución de conflictos. Por ello nos referiremos a la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, igualdad de condiciones entre de la partes, interacción protagónica de la partes, buena fe, carácter personalísimo, y consideración de la opinión de terceros.

En el segundo capítulo analizaremos en profundidad el principio del *interés superior del niño*. Partiremos del estudio detallado del impacto de la normativa internacional en la configuración del interés superior, tanto en el ordenamiento jurídico chileno como en el catalán. Para ello, nos centraremos principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, por ser el instrumento jurídico que dio paso a una virtual universalización de la categoría *niñez*. Luego nos introduciremos en la doctrina de la protección integral, lo que nos conducirá directamente al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este artículo 3 se erige en la premisa fundamental de la doctrina de la protección integral.

Continuaremos abordando el estudio de las principales técnicas de regulación del interés superior: la concreción del interés del menor mediante criterios previamente establecidos (The Children Act), las situaciones preestablecidas normativamente como favorables de dicho interés, la equiparación del mejor interés del menor con sus derechos o su desarrollo integral, la técnica de la cláusula general hasta llegar a tratar el interés superior del niño

como concepto jurídico indeterminado. No podemos dejar de lado la propuesta doctrinal para establecer criterios en la determinación del interés superior del niño, por lo que se ha seleccionado un número determinado de autores en atención a su relevancia dentro de este campo. Por su importancia, se realiza un breve análisis sobre la forma en que los tribunales regionales de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han aplicado e interpretado el interés del menor. Se cierra el capítulo con una revisión de la jurisprudencia más relevante sobre la materia de los países en estudio, haciendo especial hincapié en la jurisprudencia de sus más altos tribunales.

El tercer capítulo se centra en el estudio del *derecho a ser oído*, en la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar. En este capítulo desarrollaremos el derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta, lo que corresponde al artículo n.º12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, recogemos la Observación General n.º 12, para completar el estudio.

Nos centramos, de la misma manera, en la *capacidad* como criterio a seguir para que los menores de edad puedan ejercer el derecho a expresar su opinión y a participar en las decisiones que le conciernen, en función de su edad y de su madurez. A continuación, abordamos el concepto de *participación* y de *protagonismo infantil*, proseguimos con el alcance del derecho del menor a expresar su opinión, y estudiamos, desde el punto de vista judicial y extrajudicial, cómo los órganos jurisdiccionales lo llevan a cabo. Ello nos conducirá a estudiar los argumentos existentes a favor y en contra de incluir a los menores de edad en los programas de mediación familiar.

También mencionaremos el síndrome de alienación parental, que emerge a raíz de la ruptura matrimonial. Se trata de una situación compleja en la que se ven envueltos los hijos, por lo que la mediación familiar puede ser una vía que sirva de ayuda para que los niños, niñas y adolescentes que se enfrentan a esta situación tengan la oportunidad de que su voz sea oída.

Por último, trataremos acerca de la figura de la persona mediadora y haremos hincapié en las habilidades y conocimientos que debe mostrar el mediador que trabaja con personas menores de edad, ya que resulta trascendental su profesionalismo y especialización para llegar a un buen resultado en el proceso de mediación familiar. Todo ello, desde el estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos de España, Cataluña y Chile.

El cuarto capítulo se centra de lleno en el estudio de la mediación familiar desde la perspectiva de los derechos de la infancia y la adolescencia. Este último capítulo principia definiendo el concepto de *mediación*. Sigue con el análisis de los principios de la mediación familiar. Así, en primer lugar trataremos el principio de la voluntariedad y las razones por las que en Chile se debió sustituir la mediación voluntaria por la previa u obligatoria. Seguiremos con los demás principios: confidencialidad; imparcialidad de los mediadores; neutralidad; igualdad de condiciones de las partes; interés superior del niño, niña o adolescente, e intereses de terceros que no participan del proceso, protagonismo de las partes, buena fe y personalísimo. Asimismo, abordaremos luego, dentro del ámbito de aplicación personal, quién es el destinatario; esto es, los legitimados para acceder al proceso de mediación. Observaremos al respecto que los menores de edad se encuentran limitados para acceder a un proceso de mediación.

También nos enfocaremos en la figura del mediador. Abordaremos cómo lo considera cada una de las legislaciones, así como los requisitos que se exigen para ser mediador en Chile y Cataluña. Trataremos también sobre su designación y sobre la importancia que tiene su nombramiento si la mediación es pagada o no es pagada; o si la mediación es previa o voluntaria. Conjuntamente con esto, expondremos los tipos de mediación, que en Chile distingue entre privada licitada y mediación privada no licitada; en cambio, en Cataluña se clasifica en mediación pública o mediación privada.

Para continuar, y por la relevancia del tema, profundizaremos sobre las materias en las que se recomienda la mediación y sobre aquellas en que esta no es recomendable: en Chile se clasifican como materias mediables, materias prohibidas, materias de mediación previa u obligatoria; y en Cataluña, como materias mediables y no mediables.

Además, con el objeto de abrir posibilidades a otras alternativas que no sean únicamente las que se contemplan dentro del derecho penal y reforzando la idea de que el proceso de mediación familiar tiene como propósito recuperar el respeto entre los integrantes de la familia buscando el justo equilibrio entre el poder y los roles de cada uno, trataremos la mediación familiar en materia de violencia de género, lo que alcanzará a las situaciones en que es el menor quien ejerce la violencia.

Es necesario también enfocarnos en el tema de los costos de la mediación, ya que el precio de la mediación es un tema de enorme interés. Por un lado, trataremos sobre servicios de mediación gratuitos para la ciudadanía, también sobre centros de mediación privados, con un coste económico, que limita a ciertas personas el acceso al servicio. Por esta razón, analizamos cómo se trata esta materia en Chile y en Cataluña.

A continuación trataremos brevemente sobre cómo se llevan a cabo las respectivas etapas del proceso de mediación, que se traducen, en términos generales, en una primera etapa: de presentación; una segunda etapa, de información; una tercera etapa, de confección de la agenda; una cuarta etapa, de obtención de puntos de acuerdo; y en una quinta etapa: la homologación de los acuerdos de mediación.

Seguiremos con uno de los puntos claves en la regulación de la mediación: el acuerdo, que se plasma por escrito, a través de un acta de mediación, si las partes han logrado solucionar, en todo o en parte, sus controversias.

Por último, y para terminar este capítulo, analizaremos los resultados de la mediación familiar y su nivel de cumplimiento. Concluiremos que la mediación es una institución que en las últimas décadas ha adquirido mayor relevancia para resolver conflictos, especialmente en el ámbito familiar.

Metodología

El presente trabajo se realiza siguiendo una doble metodología. Por un lado, se sigue la metodología histórico-dogmática, con base en el estudio de las diferentes normas jurídicas positivas que regulan la materia tratada, conjuntamente con la jurisprudencia que sobre estas normas ha sido vertida por parte de los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, se sigue una metodología comparada, que nos ha permitido estudiar el tratamiento de esta cuestión en Chile y Cataluña.

Capítulo 1
Medios alternativos a la
solución de conflictos.
Mediación Familiar

Capítulo 1

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

1. Medios alternativos a la solución de conflictos: origen y recepción en Europa

Frente a la grave crisis de justicia, resultado de los problemas de eficacia y celeridad presentados por los tribunales, que ha desembocado en un crecimiento excepcional de los procesos pendientes de resolución y que ha arrojado, como consecuencia, una tasa de morosidad judicial elevada, el Estado, consciente de esta situación, se ha abierto a la idea de buscar soluciones que resulten satisfactorias tanto para el ciudadano como para la sociedad, en general.

Para ello, ha entendido que, dentro del paradigma de justicia eficaz, rápida y discreta, el arbitraje, la mediación, la conciliación y demás figuras legales que se incardinan dentro del denominado movimiento *Alternative Dispute Resolution* pueden dar la debida respuesta a los retos de mejora planteados¹.

Las *Alternative Dispute Resolution*² o ‘Resolución Alternativa de Conflictos’ fueron articuladas inicialmente a través de «mecanismos que intentan resolver disputas,

¹ Carnellutti (1944) recurría a la expresión «equivalentes jurisdiccionales» para designar otros medios para alcanzar la misma finalidad del proceso jurisdiccional, abarcando en esta categoría figuras como la transacción, la conciliación, el compromiso, pero también la sentencia extranjera, el reconocimiento y la renuncia. Para este autor lo que estaba en causa en esta categoría serían formas de terminar el proceso sin ejercicio de jurisdicción. No adoptamos por eso la misma terminología, una vez que la aplicación de medios como la mediación, la conciliación o el arbitraje puede existir antes o independientemente del proceso, teniendo como objetivo principal terminar el conflicto y no finalizar cualquier proceso. El término del proceso será así una consecuencia posible de la aplicación de un medio extrajudicial de conflictos y no la finalidad de aquellos medios. CARNELUTTI, Francesco (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil. Introducción y Función del Proceso Civil* (Tomo I) (pp. 183-212). Buenos Aires: Uteha Argentina.

² Encontramos la referencia a estos métodos bajo el acrónimo ADR, del inglés ‘Alternative Dispute Resolution’ o, también, actualmente, del inglés ‘Adequate Dispute Resolution’. Al margen de este acrónimo, también actualmente es frecuente la alusión a estos métodos de resolución de conflictos como MARC, del francés ‘Méthodes Alternatives de Résolution de Controversias’.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales»³. Por ello, han sido definidas como los sistemas alternativos al proceso judicial, establecidos con el objeto de resolver las controversias surgidas entre sujetos.

A este respecto, una parte de la doctrina mantiene como fuente de discusión el concepto *alternativa*⁴; y aclara que, dentro del contexto judicial, este concepto se entiende generalmente como una alternativa a los procedimientos judiciales. Por ello sería más exacto emplear la expresión *resolución apropiada* en vez de *alternativa de la disputa*, porque a menudo la negociación y la mediación se usan conjuntamente con los procedimientos judiciales y no en lugar de ellos⁵.

De hecho, otros autores⁶ también manifiestan que, al identificar estos sistemas con el término *alternativa*, no se está utilizando el vocablo más adecuado, ya que una vez pronunciado, surge la necesidad de plantearse la pregunta: ¿Alternativa, a qué?; cuando la idea es que se busquen otros cauces de solución de conflictos, distintos⁷ a la intervención judicial, sin necesidad de que surja esta pregunta y dando por hecho la existencia de otras opciones extrajudiciales.

³CAPPELLETTI, Mauro (1993). Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *Modern Law Review*, 56, 282.

⁴El origen histórico del adjetivo *alternative* comenzó siendo utilizado en los Estados Unidos con el fin de diferenciar la mediación del proceso judicial, ya que dentro de los métodos de resolución de conflictos era el más usado al margen de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Con todo, en la década de los 80 el empleo de estos métodos se generaliza, de manera que se integran en los órganos jurisdiccionales y pasan a convertirse en una vía complementaria.

⁵ PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación Familiar. Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, p. 27.

⁶ BARONA, Silvia (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 1 (18), 185-211.

⁷ Lenard Marlow (1999) pone de manifiesto que «la mediación no es un medio alternativo de resolución de disputas [...] Cuando hablamos sobre medios alternativos de resolución de disputas, normalmente estamos hablando sobre un procedimiento que se diseña para llevar a las partes al mismo lugar, pero por una ruta diferente. No es el objetivo del viaje lo que se cuestiona, sino simplemente el camino que se tomará (los procedimientos que se emplearán) para llegar hasta allí. Desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico adversarial, ¿cuál es el objetivo? Asegurar que se protegen los derechos legales de cada una de las partes y que obtengan un acuerdo que sea justo y equitativo [...] Un mediador no está intentado llevar a la pareja al mismo lugar, está intentado llevarlos a uno muy diferente. Por consiguiente, no se le ocurrirá usar el mismo mapa de carreteras (procedimiento) ni juzgar los dos resultados con el mismo criterio (patrón)». En MARLOW, Lenard (1999). *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*. Barcelona: Granica, pp. 33-34).

Al contrario, los autores Burton y Duke (1990) defienden la denominación *alternativa* explicándola de la siguiente manera:

«Se podrían describir como alternativos puesto que su propósito principal ha consistido en mitigar la sobrecarga del sistema judicial añadiendo foros más atractivos que los tribunales, pero que, en última instancia, llevan a cabo el mismo trabajo: es decir, gestionan unos determinados tipos de conflicto, basándose en normas aceptadas sin necesidad de tratar sus causas más profundas»⁸.

Sobre su origen, las Alternative Dispute Resolution surgen aproximadamente hace treinta años en la cultura anglosajona, específicamente en Estados Unidos, como consecuencia de otro movimiento denominado *Movimiento de libre acceso a la justicia*, que pretendió asegurar que todos los ciudadanos tuvieran la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que este sea, que permita efectivamente conseguir una solución al conflicto planteado⁹.

Fueron, concretamente, el resultado de la insatisfacción que generó la aplicación exclusiva de los mecanismos jurisdiccionales, que no dieron un resultado rápido y eficaz¹⁰. Por ello, durante la década de los 70 se originaron otras formas de tratar las controversias entre las partes, hasta llegar a las que conocemos actualmente como Alternative Dispute Resolution. Su objetivo se dirigía a mejorar el funcionamiento de los tribunales mediante la búsqueda de una solución extrajudicial más rápida, eficaz y a un coste menor.

Esta idea se ha mantenido con gran éxito hasta el día de hoy, como se ve reflejado en los tribunales de Estados Unidos. En ellos se ha producido una notoria disminución del número de expedientes ingresados, lo que ofrece a los jueces la posibilidad de dedicar más tiempo a las causas para las que no es posible recurrir a este tipo de técnicas.

Los buenos resultados obtenidos con la aplicación de las Alternative Dispute Resolution en Estados Unidos han motivado a los países de Latinoamérica, al igual que sucedió en el

⁸ BURTON John y DUKES Frank (1990) Conflict: Practices in management, settlement and resolution. New York: St. Martin Press, p. 86.

⁹ BARONA, Silvia (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI..., *op. cit.*, 185-211.

¹⁰ Tres son las causas fundamentales: «el colapso que se produce en los órganos jurisdiccionales civiles y penales; el sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias sobre todo entre particulares; y la incapacidad del sistema para facilitar el acceso de todos a la justicia».

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

continente europeo, a incorporar este sistema alternativo, por la eficacia, rapidez y flexibilidad¹¹ con que se mueven las partes. Efectivamente, estas pueden elegir libremente el tipo de técnicas a seguir para resolver las disputas, la persona que los puede guiar o dirigir, o el procedimiento que resulte más apropiado para poner término de manera satisfactoria a la controversia¹².

Actualmente, en Estados Unidos, las Alternative Dispute Resolution han pasado a formar parte del sistema judicial. Ya no se consideran alternativas privadas para la resolución de conflictos, sino que han logrado situarse en un primer lugar dentro de las instituciones públicas con carácter previo al proceso adversarial. Es, en realidad, el propio juez quien insta a las partes a elegir la mediación como primera opción.

En Europa, la Comisión de las Comunidades Europeas reforzó esta misma idea en su reunión de Bruselas del 16 de noviembre de 1993. En esta reunión se planteó, en su *Libro verde*¹³, que el acceso de los usuarios a la justicia es uno de los derechos humanos y una condición de la eficacia del ordenamiento jurídico. Aun así, lo cierto es que este acceso se encuentra aún hoy obstaculizado por tres elementos: tiempo, coste y eficacia. De hecho, al analizar los procedimientos existentes en los estados miembros, la Comisión concluye que la mejora debe seguir una doble vía, que implica, por un lado, la simplificación de los

¹¹ BARONA, Silvia (1999). *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 31-33.

¹² Un claro ejemplo de su efectividad la encontramos dentro del área mercantil: «*Esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales*». Unos medios, cuyo uso «*produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones... por las partes y da lugar a economías en la administración de justicia de los Estados*». La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 19 de noviembre de 2002 en relación con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional está teniendo un imparable desarrollo en los últimos años en los países económicamente más desarrollados del planeta.

¹³ Los libros verdes en el ámbito comunitario europeo son el mecanismo de elaboración normativa, con base en consultas sobre cuestiones principalmente de tipo jurídicas, que plantea el nuevo instrumento jurídico que se pretende elaborar; por lo que se convierte en el apoyo a la elaboración definitiva de las medidas legislativas que se adopten.

procedimientos judiciales, y, por el otro, la creación de procedimientos extrajudiciales (conciliación, mediación y arbitraje)¹⁴.

En razón de lo anteriormente expuesto, en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de 1999, el Consejo de Ministros de Justicia instó a la Comisión de las Comunidades Europeas a presentar un libro verde sobre los modos alternativos de resolución de conflictos distintos del arbitraje, con relevancia en derecho civil y mercantil. La pretensión era estudiar las medidas concretas que requerían ser adoptadas. El resultado fue la presentación, por parte de la Comisión, con fecha 19 de abril de 2002, del *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*: su finalidad fue recapitular la situación existente en los estados miembros en temas relativos a la Resolución Alternativa de Conflictos, en particular, en materia civil y mercantil¹⁵, tal y como su propio nombre indica.

En el Libro Verde se plantean 21 preguntas sobre elementos determinantes de las diferentes formas alternativas de resolución de conflictos, tales como, las cláusulas de sumisión, los plazos de la prescripción, la exigencia de confidencialidad, la validez del consentimiento, la eficacia de los acuerdos obtenidos en estos procedimientos –sobre todo, su ejecución–, la formación de mediadores y otros terceros, su acreditación o su régimen de responsabilidad¹⁶.

Un buen resumen de lo apuntado se expone en el propio Libro Verde. Este documento identifica las Alternative Dispute Resolution «como instrumento al servicio de la paz social» (apartado 10). El argumento esgrimido se centra en la idea de que las partes en conflicto no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación,

¹⁴ BERNAL, Trinidad (2002). *La Mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid: Colex, p. 82.

¹⁵ En el Libro Verde, «la Comisión recordaba que el desarrollo de formas de resolución alternativas de conflictos no debía ser visto como una forma de remediar las dificultades de funcionamiento de los Tribunales, sino como otra forma más consensual de pacificación social y de resolución de litigios, en muchos casos más apropiada que la resolución de un conflicto por un tercero, ya sea un tribunal o un árbitro, como es el caso de la evitación de la rivalidad vencedor-vencido, muy patente en materia de conflictos familiares, aunque también en otros tipos de litigios» (SOLETO, Helena y OTERO, Milagros (coords.) (2007). *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, p. 187).

¹⁶ *Idem*.

eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para todas las partes la posibilidad de seguir manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.

En esa misma línea, el propio Libro Verde se pronuncia acerca de la importancia de los principios comunes que rigen en todos los procedimientos Alternative Dispute Resolution constatados en la práctica por las autoridades públicas: voluntariedad, imparcialidad, confidencialidad y equidad (apartado 33). El Libro Verde comunitario de 2002 «es una muestra más de un nuevo umbral en la práctica ciudadana de la resolución de los conflictos»¹⁷, pero solamente aborda el ámbito civil y mercantil.

Por último, se debe señalar que el 22 de octubre de 2004 la Comisión presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, con el fin de asegurar, entre otros, «un mejor acceso a la justicia, establecer una relación dinámica entre la mediación y el proceso civil y promover el recurso de la mediación (art.1.1)»¹⁸.

1.1. Métodos de resolución de conflictos

En sus orígenes, el hombre resolvía sus conflictos a través de los mecanismos de la autotutela o autodefensa, caracterizados por la ausencia de un tercer interviniente, para resolver el conflicto y la imposición coactiva de una de las partes sobre la otra. Un ejemplo de ello es la Ley del Talión¹⁹. Con el transcurso del tiempo este método fue perdiendo fuerza en los distintos ordenamientos jurídicos y evolucionó hacia mecanismos que se alejan de la violencia. De este modo, se distinguen dos métodos: los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, y los métodos heterocompositivos.

¹⁷ VELARDE, María Silvia (2006). *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*. Salamanca: Ratio Legis, p. 77.

¹⁸ *Idem*, p. 56.

¹⁹ Esta ley tiene la particularidad de conferirle proporcionalidad a la venganza, ya que exigía que el daño producido debía ser proporcional al daño sufrido.

En los métodos autocompositivos son las propias partes las que solucionan el conflicto, las que abordan la disputa e intentan poner fin al litigio. Con todo, se posibilita la intervención de un tercero, que lo hace *inter partes* para que, con su ayuda, se logre alcanzar respuesta a las diferencias existentes. En otras palabras, las partes se autocomponen tratando de alcanzar una solución consensuada a través de la negociación, la conciliación o la mediación.

En cambio, los métodos heterocompositivos se pueden definir como aquellos en los que la solución va a ser dada o determinada por un tercero totalmente independiente, ajeno a las partes en conflicto. Este tercero ocupa, de este modo, una posición *supra partes*, impone su decisión y obliga a los litigantes a aceptar la solución impuesta. El arbitraje y el proceso judicial son métodos heterocompositivos.

1.1.1. Métodos de resolución de conflictos heterocompositivos: el arbitraje

El arbitraje parte del deseo de las partes de encontrar un posible acuerdo. Por ello, las partes someten sus posibles controversias a un tercero imparcial llamado *árbitro*. De este modo se dirime el conflicto sin tener que acudir a los órganos jurisdiccionales.

De hecho, lo que caracteriza al arbitraje es que es un medio de resolución de controversias en que son uno o varios árbitros neutrales los que aportan la solución. Surgido de la voluntad de las partes, se trata de un trámite rápido y sencillo: aporta a las partes celeridad, eficacia, economía, confidencialidad e imparcialidad; y permite la descongestión de los tribunales:

«El arbitraje puede ser visto como una forma de Alternative Dispute Resolution, pero un árbitro, a diferencia de un mediador, tiene el poder de decidir los términos del acuerdo. Cuando las partes involucradas en una controversia deciden ir a arbitraje, le preguntan a un experto independiente o a un panel para realizar o recomendar una decisión. La decisión del árbitro es vinculante, pero por lo general puede ser sólo consultivo. La audiencia es privada y las partes pueden decidir

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

aspectos de su forma, como la grabación de las actuaciones. Las partes suelen tener representación legal en la audiencia»²⁰.

Por lo mismo, nos resulta más fácil diferenciar *arbitraje* y *mediación*. El arbitraje es un método heterocompositivo, ya que la persona que pone fin al litigio es un tercero (el árbitro); en cambio, la mediación es un método autocompositivo, por cuanto la solución nace de la propias partes.

El arbitraje se lleva a cabo cuando las partes se han puesto de acuerdo por medio de una cláusula compromisoria en que someterán sus diferencias o los diversos conflictos que puedan surgir a uno o más árbitros, cuya decisión final tiene el mismo valor que una sentencia judicial y recibe el nombre de *laudo arbitral*. Si las partes no han establecido esta cláusula, lo podrán hacer con posterioridad, una vez surgidas las controversias. En la cláusula se establece que someterán dicho conflicto a arbitraje.

Para la ejecución del laudo arbitral es necesario acudir al juez, que es quien tiene la potestad para ordenarlo y, en su caso, para forzar su cumplimiento.

El ámbito de aplicación está generalmente referido a asuntos susceptibles de transacción, de carácter patrimonial, y en materias referidas a lo civil o comercial; también, a nivel internacional, en materia comercial.

1.1.2. Métodos de resolución de conflictos autocompositivos

1.1.2.1. Negociación

En nuestro quehacer cotidiano generalmente negociamos, de ahí que sea común la afirmación de que la negociación es un hecho de la vida²¹: decisiones tan simples como qué vamos a comer, dónde vamos a ir de vacaciones, qué colegio escogeremos para nuestros

²⁰ PARKINSON, Lisa (1997). *Family mediation*. Londres: London Sweet & Maxwell, p. 5. Traducción personal.

²¹ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce (1999). *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In* (2ª ed.). Londres: Random House Business Books, p. xiii.

hijos, etc., son continuamente negociadas. Se trata de un cambio estratégico de información, inherente a las actividades y relaciones humanas en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y desenvolvimiento; pero donde tiene realmente relevancia es dentro del ámbito jurídico, toda vez que los problemas que negociamos se rigen por normas legales y encuentran respuesta en el derecho.

Los autores no coinciden en la definición del concepto *negociación*. Para unos, «esta implica a las personas que mantienen una disputa, abriendo un canal de comunicación entre ellas con el objetivo de obtener un acuerdo»²². En cambio, otros definen la negociación como «una comunicación de ida y vuelta diseñada para llegar a un acuerdo entre dos o más partes con algunos intereses que son compartidos y otros que pueden entrar en conflicto o simplemente ser diferentes»²³. Otra definición la identifica «como un proceso de interacción en el que las partes involucradas, configurando mecanismos de influencia y persuasión, persiguen alcanzar un acuerdo adecuado que satisfaga sus respectivos intereses»²⁴.

Se trata, en realidad, de un proceso informativo, de comunicación mutua, diseñado para el acuerdo, su metodología es flexible sin procedimientos predefinidos ab initio Es dinámico e interpersonal. No es simplemente una serie de ofertas y demandas. Y cabe la presencia de terceros: así, por ejemplo, de los abogados de las partes; pero su actuación se limita ejercer de representantes. El tercero, por tanto, no interfiere entre las partes, sino que cada uno de ellos asesora a «su parte».

En definitiva, es un método de abordaje que las partes llevan a cabo sin intervención de terceros. Los elementos base que definen todo proceso de negociación son los enumerados acto seguido: se da un proceso de comunicación que implica una suerte de persuasión entre

²² SINGER, Linda R. (1990). *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System* (2ª ed.). Boulder, Colorado: Westview Press, p. 24.

²³ PATTON, Bruce. (2005). Negotiation. En Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone (eds.). *The Handbook of Dispute Resolution* (pp. 279-303). San Francisco: Jossey Bass. Traducción personal.

²⁴ GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar Y SEGURA GALVEZ, Mariana (2006) La Mediación. En HINOJOSA, Rafael (coord.) (2006). *Sistemas de Solución Extrajurisdiccional de Conflictos*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp.61-90.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

las personas implicadas, que pueden ser persona física, una empresa o institución; este proceso de comunicación persuasiva tiene por finalidad resolver diferencias y está orientado a la consecución de un resultado; y el proceso debe atender a ciertas normas, por lo que se convierte en un mecanismo formal que exige una actitud de cooperación: son las partes las que tienen el control del proceso, y cualquier resolución que se formule al respecto debe estar basada en el mutuo acuerdo entre ellas.

La meta de la negociación es llegar a un acuerdo, lo que supone, pues, «la existencia, en las partes afectadas, de una genuina motivación de llegar a un acuerdo y de un mínimo de intereses comunes, sin los cuales la negociación girará en torno a sí misma sin salir de ella. Conviene, sin embargo, destacar que a veces el objetivo temporal puede no ser más que mantener un contacto pacífico con el adversario o la contraparte, sin que haya búsqueda de un acuerdo, contacto que permitirá entablar la verdadera negociación cuando se juzgue que las condiciones son mejores o que la negociación sea inevitable»²⁵.

Las teorías más tradicionales de negociación corresponden al modelo de negociación distributiva o competitiva. En este modelo, la negociación es el medio que emplea la parte para obtener la satisfacción de sus necesidades, y desemboca en un resultado de ganancia o pérdida: existirá siempre un vencedor y un perdedor. La base de este modelo es la distribución de recursos limitados entre las partes; por eso también se denomina *distributiva*. El negociador tiene que ser poderoso e ingenioso para maximizar sus ganancias y minimizar sus pérdidas.

También cabe mencionar el modelo de negociación colaborativa o integrativa. Este modelo tiene por finalidad alcanzar la solución basada en ganancias mutuas para todas las partes en conflicto, a través de la percepción de sus intereses. El modelo más conocido dentro de este ámbito es la metodología propuesta por Fisher y Ury en 1981, en su obra *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, denominada *Negociación según Principios* o *Método de los Principios* ('Principle Negotiation')²⁶.

²⁵ TOUZARD, Hubert (1981). *La mediación y la solución de los conflictos*. Barcelona: Herder, p. 106.

²⁶ Este método será tratado en profundidad dentro de los modelos de mediación.

A menudo, las negociaciones son mixtas: ni solamente integrativas ni distributivas. La cooperación depende de diversos factores, que incluyen la relación previa de las partes, así como la necesidad y el deseo de mantener vínculos.

La negociación, al igual que otros métodos de resolución de conflictos tales como la conciliación y la mediación, recurre a las siguientes estrategias²⁷:

- a) Ganar/Ganar: todos ganan
- b) Ganar/Perder: la ganancia propia como consecuencia inevitable
- c) Perder/Ganar: se pierde para luego ganar
- d) Perder/Perder: pierdo yo, pero la otra parte pierde más

La negociación, en frecuentes ocasiones, supone la primera tentativa de arreglo de un enfrentamiento: puede entablarse una negociación sin que luego haya conflicto o puede ser una etapa anterior a los otros medios complementarios de solución de conflictos tales como la conciliación o la mediación, en los que es necesario que la negociación esté presente²⁸.

1.1.2.2. Conciliación

Conciliar procede del término latino *conciliare*, que significa ‘componer’. La conciliación es otro método autocompositivo de resolución de conflictos en el que las partes solucionan el conflicto existente entre ellas, e interviene un tercero, que aproxima sus posturas. Se trata de un proceso no adversarial que consiste en proponer a las partes una solución, sin imponerla, de manera que estas podrán o no aceptarla.

La conciliación se entiende, pues, como «una negociación en presencia del conciliador, que se encarga de reunir a las partes y proponerles llegar a un acuerdo²⁹». Con su

²⁷ LUQUIN, Raquel (2007). *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Pamplona: Aranzadi, p. 53.

²⁸ STEELE, José Guadalupe y GORJÓN, Francisco Javier. (2008). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford University Press, p. 18.

²⁹ BERNAL, Trinidad (2002). *La Mediación: una solución...*, *op. cit.*, p. 83.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

denominación, incide en la labor del conciliador, que, al igual que el mediador, es un tercero imparcial, lo que implica una colaboración con las partes de modo que estas puedan alcanzar una justa composición de derechos e intereses.

El término *conciliación* alude al deber o la facultad por parte de un tercero para convocar a las partes con el fin de intentar llegar a un avenimiento; pero son las partes quienes conservan el poder de decisión sobre la solución del conflicto³⁰.

Podemos distinguir dos tipos de conciliación: conciliación judicial y conciliación extrajudicial. La conciliación judicial es desarrollada en el marco de un proceso; en cambio, la extrajudicial no surge ligada a un proceso, por lo que resulta más flexible y deja mayor actuación a las partes en la consecución del acuerdo.

En general, en el sistema judicial será el juez quien preside la audiencia de conciliación; en el administrativo, será la autoridad administrativa. El conciliador está facultado para proponer fórmulas que compongan las disputas y, en el caso de los jueces, se establece que no habrá prejuzgamiento.

1.1.2.3. Mediación

El término *mediación* procede del latín *mediatio*. El *Diccionario de la lengua española* (2014) de la RAE y la ASALE lo define como la *acción y efecto de mediar*. Este diccionario define, a su vez, *mediar* como «interponerse entre dos o más personas que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad». Esta definición nos entrega los elementos propios de la mediación, que son: dos o más personas en conflicto y la intervención de un tercero que va a procurar que estas solucionen la controversia y mantengan, al mismo tiempo, los lazos, que las unían.

³⁰ CUCARELLA, Galiana. Luis. (2005) La solución no jurisdiccional de litigios del derecho privado. En Ortells Ramos, Manuel. (coord.) (2005). *Derecho Procesal Civil. 6 Ed.* Navarra: Thomson y Aranzadi, p.57-58.

A diferencia del proceso, la mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, en el que las propias partes, con la ayuda de un tercero, intentan resolver una controversia; mientras que el proceso es un medio heterocompositivo, en el que un juez o tribunal dotado de potestad va a resolver un litigio conforme a derecho.

La mediación abre un espacio seguro para que las partes involucradas en una controversia puedan expresarse libre y abiertamente. En este caso, se busca reconstruir la comunicación entre las partes, que muchas veces están distanciadas. Si queremos aprender del conflicto y cambiar nuestros patrones, son necesarios cuatro elementos: tomar conciencia, buena disposición, habilidades y apoyo consistente. En ese camino de aprender del conflicto se sitúa la mediación³¹.

La mediación es también un proceso ideal para el tipo de conflicto en el que las partes enfrentadas deban o deseen continuar la relación³². En cualquier caso, no se debe confundir la mediación con un proceso terapéutico o de acompañamiento psicológico o psiquiátrico. Tampoco debe ser entendida como un proceso que puede suplir las carencias o inconvenientes que se presentan por vía judicial³³: no debemos pensar que estamos frente a la panacea para todos los males, sino que esta debe ser mirada como un mecanismo, entre varios, de gestión de conflictos dirigido a tratar determinados desacuerdos, pues no todos los conflictos son mediables. Y debe ofrecer a las partes implicadas la posibilidad de llegar a un acuerdo sin tener que recurrir a un proceso judicial.

Desde la doctrina se ha intentado conceptualizar el concepto de *mediación*³⁴. Una de las definiciones más completas se ofrece en Bernal (2005), quien la señala cómo «la

³¹ ALZATE, Ramón (2000). *Resolución del conflicto. Programa para bachillerato y educación secundaria. Recursos e instrumentos pedagógicos*. Bilbao: Mensajero, pp. 26-27.

³² HOLADAY, L. (2002). Stage development theory: A natural framework for understanding the mediation process. *Negotiation Journal*, 18(3), 191-210.

³³ ORTUÑO (2003) señala: «Es necesaria la implantación de métodos de resolución de controversias nuevos, que sean complementarios del sistema judicial y que garanticen a los ciudadanos el acceso a la justicia y al derecho que demanda la nueva sociedad». ORTUÑO, Pascual (2003). Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I): el Libro Verde de la UE. *Revista IURIS: Actualidad y práctica del Derecho*, 77, 42-47.

³⁴ Folberg y Taylor (1992) la definen como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

intervención en una disputa o negociación de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que les ayuda a alcanzar voluntariamente su propio arreglo extrajudicial, garantizando la confidencialidad»³⁵. Aquí se incluyen los elementos básicos para que podamos tener un proceso de mediación: la existencia de partes en conflicto, una clara contraposición de intereses y un tercero neutral capacitado para facilitar la búsqueda de un acuerdo³⁶.

En cuanto a las partes, es importante que estas estén motivadas y sean cooperadoras con el mediador con el fin de poder llegar a un acuerdo, respetar el resultado y darle fiel cumplimiento.

mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes en tomar decisiones que influyen en sus vidas (FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison (1992). *Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio*. México: Limusa, p. 27). Por su parte, John Haynes la define como proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las personas involucradas en el conflicto (HAYNES, John (2000). *Fundamentos de la mediación familiar. Cómo afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida: manual práctico para mediadores*. Madrid: Gaia, p. 11 Otra definición la ofrece MOORE (1995): «Es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable» (MOORE, Christopher (1995). *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona: Granica, p.44). Los autores Villagrasa y Valls (2000) se refieren a la mediación como un «proceso extrajudicial por el que un profesional imparcial, cualificado y sin poder decisorio, asiste a las partes en conflicto, principalmente para facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de una solución voluntaria y duradera» (VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALLS RIUS, Ana (2000). La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3, p. 1.794). A su vez, la Recomendación N° R (98) 1, define así el concepto de mediación: «La mediación es un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto de litigio, con vistas a la conclusión de un acuerdo entre ellas». Otra definición del término es la proporcionada por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. El artículo 3 de dicho texto señala que la mediación es «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro».

³⁵ BERNAL, Trinidad (2005): Mediación extrajudicial. En Consejo General del Poder judicial. *Mediación y protección de menores en Derecho de familia. Cuadernos de derecho judicial* (5), pp.11-50.

³⁶ Para VINYAMATA (2006), se debe hacer «un esfuerzo por definir de manera rigurosa el significado y la práctica de la mediación es el mejor sistema de preservar sus aportaciones originales así como de asegurar su aceptación y uso social, evitando la proliferación de significados contradictorios, la frivolidad de asociarla a cualquier forma de intervención social, mercantil o política, que no contribuye más que a desorientar y confundir» (VINYAMATA, Eduard (2006). *Aprender mediación*. Barcelona: Paidós Ibérica, Barcelona, p.16).

La mediación se caracteriza por ser informal, rápida, flexible, voluntaria y confidencial. Las partes son asistidas por un tercero imparcial, que es un profesional formado llamado *mediador*, el cual guía a las partes en conflicto para que se logre un acuerdo que resulte satisfactorio para todos: su labor es la pacificación real del conflicto a través del diálogo, la comprensión y la ampliación del conocimiento de las partes sobre los hechos que llevaron a aquella disputa³⁷.

Una de sus principales características de la mediación es que la solución no es impuesta por terceras personas sino que es creada por las partes porque son los mismos interesados los que la han propuesto y se han comprometido a cumplirla. De ahí que la reflexión sobre la mediación ayuda a todos a entender el conflicto y su dimensión ideológica³⁸. Por ello, «la mediación puede ser una poderosa herramienta en la resolución de conflictos, pero debe ser utilizada con una metodología adecuada para que sea eficaz³⁹».

También la mediación se entiende como una negociación asistida por una tercera persona neutral, equidistante de las partes, cuya labor es ayudarlas a manejar el conflicto⁴⁰. Este tercero, el mediador, no tiene poder de decisión, no aconseja, no da opinión: solo conduce el procedimiento y realiza una delicada tarea con la finalidad de que las partes restablezcan la comunicación y, a partir de ahí, estén en condiciones de negociar. Su rol consiste en ser tercero en la comunicación, guiar a la pareja en la definición de los temas y actuar como agente de resolución de los conflictos; ayudar a los que disputan a llevar su propia negociación a buen término⁴¹. Por esta razón se hace hincapié en que el profesional de la mediación⁴² tenga una buena formación y práctica en el manejo de las relaciones humanas

³⁷ DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto (2010). La Mediación en la Actualidad y en el Futuro del Proceso Civil Brasileño. En Leticia García Villaluenga, Jorge Tomillo y Eduardo VÁZQUEZ de CASTRO (Codir.) (2010). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (pp. 351-366). Madrid: Editorial Reus.

³⁸ SHAPIRO, Daniel (2002). Negotiating emotions. *Conflict Resolution Quarterly*, I(20), 67-82.

³⁹ MALARET, Juan (2000). *Manual de negociación y mediación. Negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos*. Madrid: Colex, p. 69.

⁴⁰ HAYNES, John Michael (1995). *Fundamentos de la Mediación Familiar: manual práctico para mediadores*. Madrid: Gaia, p. 11.

⁴¹ MILNE, Ann (1986). Divorce Mediation: a process of Self-Definition and Self-Determination. En Neil S. Jacobson y Alan Gurman (eds.). (1986). *Clinical Handbook of Marital Therapy* (pp. 96-130). Nueva York: Guilford Press.

⁴² La mediación debe ser llevada a cabo por profesionales habilitados, entrenados y experimentados.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

y sociales⁴³. De hecho, el mediador debe mediar solo en materias en las que hayan recibido entrenamiento y para las que esté cualificado; ha de considerar la complejidad de los asuntos y si estos entran dentro de su capacidad como mediador. Si así lo valora, debe pasar el caso a otro profesional más cualificado que él; pero son las partes las que conservan el poder de decisión y participan activamente en la búsqueda de una solución.

El mediador identifica el verdadero conflicto y las cuestiones que lo generan, hace que las partes descubran sus intereses y necesidades, y ayuda a generar opciones para la resolución de la disputa de forma satisfactoria para todos los participantes, por lo que la «legitimidad y confianza son dos aspectos centrales que influirán en forma determinante en el proceso de mediación⁴⁴».

1.1.2.3.1 Etapas de la mediación

El mediador, después de analizar los puntos subjetivos del conflicto, deberá considerar qué técnica es la más adecuada para cada caso con el fin de lograr la participación de todos los convocados a la mediación. En este sentido, se puede decir que la mediación se divide en tres etapas.

La etapa inicial se inicia una vez que las partes han aceptado ir a mediación. Se inaugura con una entrevista establecida con el objeto de conocer a las partes y ganarse su confianza. En este encuentro se recopila y analiza la información entregada:

«Respecto a la información sobre la actitud u orientación de las partes, son dos los mecanismos habituales que utiliza el mediador para descubrir cuál de ellas se encuentran instaladas: las entrevistas privadas con cada una de las partes por separado, denominadas *caucus*, y las primeras reuniones que el mediador mantiene con ambas partes, donde podrá indagar y descubrir la relación que se genera entre ellas⁴⁵».

⁴³ DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto (2010). *La Mediación en la Actualidad...*, op. cit., pp. 351 y ss.

⁴⁴ DE DIEGO, Rafael y GUILLÉN, Carlos (2006). *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide, p. 66.

⁴⁵ HINOJOSA, Rafael (coord.) (2006). *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p.78.

Se indica, a su vez, a las partes, las reglas de procedimiento en materia de mediación, quién será el mediador, la función que este ejerce y el papel que cumplen las partes. Luego se determina la manera más adecuada de dirigir la mediación.

Una vez aceptada la mediación, se pasa a una segunda etapa: la sesión conjunta. A través de ella se busca la información externa que sale de la conversación, así como aquello que se oculta, con el objeto de que el desarrollo de la mediación sea correcto: todo esto, en pro de las necesidades e intereses de cada una de las partes. En esta fase, en definitiva, se trata de delimitar el conflicto y de identificar sus puntos problemáticos. El objeto es «ordenar el conflicto para poder trabajar y fijar en común los puntos a resolver⁴⁶», incidiendo en las cuestiones importantes, evitando que aflore la rabia, por lo que el mediador no debe permitir subidas de tono de voz o descalificaciones personales.

Por último, está el cierre, para lo que debemos recordar que son las partes, de forma voluntaria, las que aceptan el acuerdo. En el cierre se definen las reglas para el acuerdo y, a través del mediador, se formulan las propuestas hasta llegar a la negociación final.

Producido el acuerdo, se deben realizar las siguientes acciones⁴⁷: (a) confeccionar un borrador a partir de las propuestas presentadas y aceptadas por todas las partes, que pueden consultar a la familia, a amigos, al asesor, entre otros; (b) Redactar un acuerdo definitivo, partiendo del borrador y modificando lo que las partes estimen conveniente.

Tanto las partes como el mediador deben firmar el acuerdo con el fin de lograr obtener un compromiso a futuro que garantice que este se cumpla.

Todo lo anterior debe realizarse con independencia de que su eficacia quede sujeta a condición, como sería que el acuerdo sea elevado a documento público. Además, es importante tener en cuenta, por último, que el mediador, objetivamente, debe hacer una

⁴⁶ VILLAGRASA, Carlos (coord.) (2004). *La mediación. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*. Barcelona: Pòrtic, 72. Traducción personal.

⁴⁷ *Idem*, p. 74.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

«valoración de la indicación del proceso. Se trata de que el mediador sepa discriminar si las partes son candidatas al proceso de mediación o bien lo serían a cualquier otro tipo de servicios relacionados como orientador familiar, etcétera⁴⁸».

1.1.2.3.2 Modelos de Mediación Familiar

A lo largo del tiempo se han desarrollado distintos métodos para afrontar el proceso de mediación familiar. Tal circunstancia ha llevado a que en la actualidad sean tres los modelos considerados por la doctrina mayoritaria como fundamentales: el Modelo Lineal de Fisher y Ury (1989); el Modelo Transformativo de Bush y Folger (1994); y el Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb (1994). Estos tres modelos sientan las bases teóricas sobre las que posteriormente se aplican las intervenciones cuyo objeto de actuación son los conflictos⁴⁹. Conociéndolos obtendremos una visión más omnicomprendiva de lo que es un proceso de mediación, así como de las diferentes técnicas que pueden ser utilizadas para alcanzar los objetivos propuestos.

1.1.2.3.2.1. Modelo Tradicional-lineal o de Harvard (Fisher y Ury 1989)

Este modelo nace del Harvard Negotiation Project, desarrollado por la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y presentado por Fisher y Ury⁵⁰. El modelo tiene por finalidad «identificar y profundizar en las causas que han originado el conflicto para conocerlas y que las partes puedan llegar a una solución que pueda plasmarse en un acuerdo a largo plazo⁵¹».

Su objetivo básico es solucionar los problemas generados por intereses incompatibles. Su rasgo fundamental «se centra en entender la mediación como una técnica de negociación asistida por terceros, cuya finalidad es la resolución de conflictos. El conflicto es concebido

⁴⁸ SORIA, Miguel Ángel, VILLAGRASA, Carlos y ARMADANS, Inma (2008). *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*. Barcelona: Bosch, p. 160.

⁴⁹ RONDÓN, Luis Miguel y MUNUERA, Pilar (2009). Mediación Familiar: Un nuevo espacio de intervención para trabajadores sociales. *Revista Trabajo Social*, 11, 25-41.

⁵⁰ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce (1999). *Getting to Yes...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

⁵¹ HINOJOSA, Rafael (coord.) (2006). *Sistemas de solución extrajudicial...*, *op. cit.*, p. 70.

como un obstáculo para la satisfacción de los intereses y necesidades de dos partes que están en discordia para la realización de su derecho⁵²». Al caracterizarse como una técnica de negociación asistida, algunos autores han llegado a sostener que el modelo Harvard «no es directamente un sistema de mediación, sino una escuela de negociación y resolución de conflictos⁵³»; pero la gran mayoría de los autores lo reconocen como uno de los primeros modelos estructurados de mediación⁵⁴.

El modelo consiste en la promoción de la comunicación entre las partes, entendida en sentido lineal; es decir, los mediados deben comunicarse entre sí continuamente (*communication back and forth*), transmitiendo información de forma clara para que sean entendidos por la otra parte y prestando atención a lo que la otra parte transmite.

Para estos autores el éxito de cualquier método de negociación es evaluado por la aplicación en tres criterios: concretamente, (i) deberá producirse un acuerdo justo (si el acuerdo fuere posible); (ii) este acuerdo deberá ser eficiente; y (iii) el acuerdo deberá mejorar o, por lo menos, no deteriorar, la relación existente entre las partes⁵⁵.

El modelo de Harvard defiende una concepción lineal de la causalidad: se utiliza el lenguaje lineal con la finalidad de clarificar el conflicto y disminuir las diferencias para llegar a un denominador común. Por ello, se proponen pautas que debe seguir el mediador, a quien se considera un facilitador del diálogo que trata de minimizar las diferencias en pro del acuerdo. Por lo tanto, este modelo no se centra en lo negativo, sino que, al contrario, busca los puntos en concordancia «intentando superar el caos, para lograr una nueva situación basada en el orden⁵⁶». La comunicación verbal se consigue por medio de preguntas

⁵² SOLETO, Helena y OTERO, Milagros (coord.) (2007). *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, p. 159.

⁵³ GIMÉNEZ, Carlos (2001). Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. *Revista Migraciones*, 10, 3.

⁵⁴ HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladys Stella (1995). *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires: A.D-HOC, pp. 206-207.

⁵⁵ *Idem*, p. 4.

⁵⁶ DE DIEGO VALLEJOS, Rafael y GUILLÉN GESTOSO, Carlos. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide, 2006, p. 58.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

abiertas, con lo que se trata de evitar interrogatorios cerrados que requieren solo como respuesta un *sí* o un *no*.

A modo de ejemplo, se pretende hablar de forma clara para que cada parte pueda ser entendida; hablar cada interviniente de sí mismo, sin criticar o condenar al otro; e intervenir de forma propositiva e intencional.

Alcanzado el objetivo antes señalado, el mediador, aprovechando esta circunstancia y cuando cree conocer los intereses de las partes, redacta un borrador de propuestas de acuerdo, que se conoce como *Procedimiento de texto único*: la finalidad es que las partes viertan sobre él las críticas que consideren necesarias, de tal manera que, una vez que las partes han respondido, el mediador nuevamente presente otra propuesta en otro borrador. En este segundo borrador también las partes dirán qué les resulta aceptable y qué no, y así sucesivamente hasta el punto en que el mediador considera que ya no puede mejorar la propuesta de acuerdo. Es en ese momento cuando las partes deben tomar una decisión final, y aceptar o no la propuesta.

El rol del mediador es, pues, centrar a las partes en solucionar un conflicto existente entre ellas, pero tratando de superar el problema y no centrándose en él: mirar hacia el futuro.

El método en que se basa comprende cuatro aspectos:

- a) Personas: se trata de desvincular problemas y personas.
- b) Intereses de cada parte: se hace referencia a los intereses concretos que han de negociarse en el proceso, obviando las posiciones de las partes.
- c) Planteamiento de opciones: en este trámite, las partes intentan un acuerdo proponiendo opciones alternativas a las que tenían pensadas, en beneficio mutuo.
- d) Criterios: el mediador ha de procurar que las partes alcancen un resultado que se fundamente en un criterio u objetivo concreto.

Lo importante es conseguir la satisfacción de los intereses y no ampliar la comunicación o modificar la relación entre las partes: hay que centrarse en el contenido de la comunicación para lograr el acuerdo.

Con posterioridad, se han ido añadiendo a esta base algunos elementos, que constituyen los siete elementos del Método Harvard:

1. Alternativas: se trata de plantear con qué alternativas se cuenta y cuáles son los márgenes, y buscar la mejor alternativa posible para el acuerdo, esto es: *Mejor Alternativa para un Acuerdo Negociado*⁵⁷, solo se recurre al proceso de negociación en aquellos casos en que resulta útil a las partes, ya sea para obtener un mínimo de sus objetivos, ya sea con el fin de conseguir el resultado más favorable.
2. Intereses: se trata de llevar el procedimiento, en lo sustancial o psicológico, según los intereses del proceso.
3. Opciones: se trata de lograr acuerdos en los que ambas partes ganen algo para que se comprometan.
4. Criterios (legitimidad): aquí se fijan criterios operativos que permitan establecer si las propuestas son legítimas moral y legalmente, en pro de la máxima objetividad; y se consulta a asesores externos, si es necesario.
5. Compromiso: en este punto, las opciones evaluadas y aceptadas por las partes se incorporan al acuerdo.
6. Comunicación: como su nombre indica, se trata de favorecer la mayor comunicación entre las partes.

⁵⁷ Para Fisher y Ury (1996) *Mejor Alternativa para un Acuerdo Negociado (MAAN) o Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA)*: «Adoptar un mínimo aceptable puede impedir que acepte un acuerdo pésimo, también puede impedirle que invente y llegue a un acuerdo sobre una solución que será sensato aceptar. Una cifra seleccionada de forma arbitraria no es la medida de lo que debería aceptar⁵⁷». Es decir, que solo se recurre al proceso de negociación en aquellos casos en que resulta útil a las partes, ya sea para obtener un mínimo de sus objetivos, ya sea con el fin de conseguir el resultado más favorable» (FISHER, Roger y URY, Williams (1996). *Obtenga el sí. El arte de negociación sin ceder*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000, p117).

7. Relación: la labor del mediador debe fundarse en un doble objetivo: (a) procurar exitosamente asuntos; (b) a su vez, y desde la perspectiva de la empatía, procurar una buena relación entre las partes y él mismo⁵⁸.

Entre las aportaciones reconocidas a este modelo está la idea de la preparación de las partes para el proceso de negociación. Para ello, se parte de considerar que las posibles soluciones para satisfacer nuestros intereses pueden revestir la forma de *alternativas* u *opciones*, siempre teniendo claro que en un proceso de negociación estos términos adquieren significados diferentes. En este sentido, las *alternativas* son el conjunto de soluciones que satisfacen nuestros intereses fuera de la mesa de negociación; las *opciones* son el conjunto de soluciones que satisfacen los intereses de las partes dentro de la mesa de negociación. Tener más alternativas implica, generalmente, tener más poder de negociación, por lo cual este elemento se convierte en el eje central de la negociación: *Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado*.

Este modelo de mediación sigue las siguientes fases:

- a) Definición del problema: las partes explican sus posiciones.
- b) Indagación fáctica: se recogen y comparten todos los datos relevantes.
- c) Clarificación de necesidades: se exploran prioridades y necesidades futuras.
- d) Establecimiento de opciones: se desarrollan opciones en función de necesidades.
- e) Negociación: se negocian resultados mutuamente aceptados.

Se critica a este modelo que se centre esencialmente en el contenido verbal de la comunicación, sin considerar las relaciones entre las personas o el contexto en que estas se desenvuelven. Por sus características, este modelo se utiliza en las controversias derivadas de negociaciones comerciales, ya que presenta claras ventajas para la resolución de conflictos que no necesitan un arduo trabajo para establecer la relación entre las partes: son

⁵⁸ SORIA, Miguel Ángel, VILLAGRASA, Carlos y AMADANS, Inma (2008). *Mediación familiar...*, op. cit., pp. 127-128.

conflictos que requieren solucionar el problema de modo menos costoso, más rápido y eficaz.

1.1.2.3.2.2 Modelo Transformativo de Bush y Folger (1994)

Este modelo trata de potenciar la capacidad de las partes de transformar las situaciones conflictivas por medio de la modificación de la relación existente entre ellas. Para ello, resulta indispensable fomentar el aspecto relacional en el momento de mediar; esto es: «El conflicto debe utilizarse para fomentar la transformación humana, transformación que se analiza fundamentalmente en dos campos diferenciados entre sí: la revalorización ('empowerment') y el reconocimiento ('recognition')».

La revalorización ('empowerment') incide en afianzar la fortaleza del individuo para que esté más capacitado y tenga más posibilidades de triunfo al enfrentarse a cualquier circunstancia que le sea adversa. El reconocimiento ('recognition') prepara al individuo para experimentar preocupación por los otros, especialmente por aquellos que «presentan intereses distintos de los suyos⁵⁹». Una vez que estos efectos se verifiquen, las partes podrán transformar su interacción conflictual de destructiva en constructiva⁶⁰.

La mediación transformadora presenta diez características esenciales enumeradas por Bush y Folger (1994): (1) la revalorización y el reconocimiento son los objetivos principales del proceso y del mediador; (2) las partes asumen la responsabilidad en el resultado; (3) el mediador no deberá criticar las opiniones y decisiones de las partes; (4) el mediador deberá tener una visión optimista de las aptitudes y motivos de las partes; (5) el mediador transformador debe incentivar las partes a descubrir y expresar sus emociones; (6) el mediador deberá aceptar y explorar la incertidumbre de las partes y no suponer que entiende la situación y las necesidades de los individuos en conflicto; (7) el mediador deberá permanecer centrado en el aquí y ahora de la interacción del conflicto, prestando

⁵⁹ SOLETO, Helena y OTERO, Milagros (coord.) (2007). *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., p. 163.

⁶⁰ BUSH, Robert A. Baruch y FOLGER, Joseph P. (2005), *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, pp. 22-23.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

atención a lo que cada parte está diciendo en cada instante; (8) el mediador deberá poner en valor las declaraciones de las partes sobre el pasado porque estas pueden tener valor para el presente; (9) el mediador deberá concebir una intervención como un punto en una secuencia mayor de interacción del conflicto; (10) los éxitos alcanzados, por pequeños que sean⁶¹, deberán ser celebrados.

Su objetivo es transformar a las partes desarrollando la autoconfianza, la empatía y la tolerancia. Es muy terapéutico: hay un potenciamiento del protagonismo y del reconocimiento del otro por medio del retorno a las ideas de la comunidad y del bien común. La forma de conseguir este objetivo «es proyectando reuniones conjuntas y/o individuales con cada una de las partes, en las que el mediador intenta que ambos reconozcan su parte de responsabilidad en el desarrollo del conflicto y la que le corresponde al otro⁶²».

En definitiva, con este método se busca un cambio social por medio del cual la solución del conflicto se torne más humana, y que las partes entiendan que con este tipo de mediación se intenta conciliar las diferencias entre las partes de forma permanente y para siempre.

La crítica a este modelo atañe al papel que juegan los mediadores, que se colocan en un plano de milagrosos capaces de modificar a las personas o sus conflictos en un proceso relativamente breve. Por esta razón, su objetivo debería haber sido más claro, en el sentido de que lo que se persigue es, acaso, cambiar a las personas; o bien, las percepciones de su conflicto, puesto que es posible cambiar el conflicto, pero modificar a las personas, como función del mediador, es potencialmente peligroso, incluso porque puede cuestionar su neutralidad⁶³.

⁶¹ PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, pp. 47-49.

⁶² DE DIEGO, Rafael y GUILLÉN, Carlos (2006). *Mediación. Proceso, tácticas...*, op. cit., p. 57.

⁶³ PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, op. cit., p.50.

1.1.2.3.2.3. Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb (1994)

El Modelo Circular Narrativo fue presentado por Sara Cobb en 1994⁶⁴, quien se convirtió en la representante más relevante de este modelo⁶⁵. Se caracteriza por la importancia que otorga a la comunicación, y trata de crear, a través de la mediación, un contexto favorable para que las partes mejoren su relación.

Se denomina *circular* porque parte de una concepción circular tanto de la comunicación como de la causalidad, y se denomina *narrativo* porque la categoría de *narrativa* es central tanto desde el punto de vista analítico como propositivo⁶⁶.

Su objetivo es trabajar la relación entre las partes partiendo de la comunicación existente entre ellas, analizando su problema dentro de las circunstancias concretas en que este se produjo y proporcionando una visión muy realista de tal problema. Al estar dentro de un contexto adversarial, las partes harán sus relatos con acusación, reproche, negación, entre otros, lo que puede influir en el proceso de mediación.

Por ende, este método lo que busca «es que para poder llegar a acuerdo las personas necesitan transformar *las historias conflictivas* con que llegan a la mediación en otras *historias alternativas*⁶⁷. De este modo, la tarea que le corresponde al mediador es muy significativa, ya que debe promover la desestabilización de las historias fomentando los momentos de cambio susceptibles de alterar significados, y resolver las diferencias⁶⁸, Por ello, será de suma importancia para el trabajo en mediación analizar de qué manera las partes han construido su conflicto⁶⁹.

⁶⁴ COBB, Sara (1994). A narrative perspective on mediation: towards the materialization of the «storytelling» metaphor. En Joseoh Folger y Tricia Jones (eds.). *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives* (pp. 48-66). California: Sage Publications.

⁶⁵ Otros estudios sobre esta materia han sido desarrollados por Janet Rifkin, John Winslade y Gerald Monk.

⁶⁶ GIMÉNEZ, Carlos (2001). Modelos de mediación y su aplicación..., *op. cit.*, p.21

⁶⁷ VILLAGRASA, Carlos (coord.) (2004). *La mediación. L'alternativa...*, *op. cit.*, p. 30. Traducción personal.

⁶⁸ GOMES, Lucinda. (2009). Mediação familiar e Conflito Parental: Modelos de Mediação. *Newsletter do GRAL*, 11, 3-4.

⁶⁹ OVEJERO, Anastasio (2006). *Psicología Social y Mediación*. Madrid: Pirámide, p. 182.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

La metodología que aplica este modelo es que en la mediación las partes narren su historia individual relativa al conflicto «con el doble propósito de implicarlos por igual, y de ayudarlos a llegar a una comprensión compartida⁷⁰». El mediador sirve de instrumento para ayudar a las partes «a construir una nueva historia a partir de la nueva revalorización y la del otro, mediante la comunicación de causalidad circular⁷¹».

La mediación narrativa se caracteriza por ser un proceso dinámico en que las partes en conflicto pasan por tres fases: compromiso, deconstrucción de la historia saturada de conflictos⁷² y construcción de una historia alternativa⁷³, lo que permite generar más opciones entre las partes. Por esta razón, la persona mediadora juega un rol fundamental por cuanto es este quien debe trabajar para cambiar la historia material que han construido las partes y que llevan a mediación y desarrollar así una narrativa alternativa. Estas etapas no están ordenadas secuencialmente. A veces una mediación puede moverse hacia adelante y hacia atrás entre estas etapas⁷⁴.

A esto se debe agregar que la intervención narrativa se sustenta en tres criterios⁷⁵: (a) la coherencia narrativa; (b) el cierre narrativo, formado por una plenitud de la narrativa y una resonancia cultural; (c) la interdependencia narrativa, que funciona como «teoría de la responsabilidad⁷⁶». Estos tres principios determinan la diferencia fundamental del proceso de mediación desde un enfoque circular narrativo: así, proceso y contenido quedan indisolublemente unidos.

⁷⁰ PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, op. cit., p. 58.

⁷¹ DE DIEGO, Rafael y GUILLÉN, Carlos (2006). *Mediación. Proceso, tácticas...*, op. cit., p. 59.

⁷² «Se entiende aquella narrativa que enfatiza en los elementos conflictivos de la relación y que deja fuera de la narrativa aquellos elementos no-conflictivos de la relación, tales como: acuerdos previos, cooperación o mutuo respeto. La deconstrucción del conflicto conlleva el que el mediador cuestione las certidumbres en las que los participantes basan su narrativa del conflicto e invite a las partes a considerar otros posibles argumentos». WINSLADE, John y MONK, Gerald. (2000). *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, pp. 58-93.

⁷³ TAYLOR, A. (2002). *The Handbook of Family Dispute Resolution: Mediation Theory and Practice*. San Francisco: Jossey Bass, p.135

⁷⁴ WINSLADE, John y MONK, Gerald. (2001). *Narrative Mediation...* op. cit., p.58.

⁷⁵ COOB, Sara (1997). Una perspectiva narrativa en mediación. En Joseph Folger y Tricia Jones (coords.). *Nuevas direcciones en mediación* (pp. 89-100). Buenos Aires: Paidós.

⁷⁶ Donde se vislumbra un desenlace negativo con las acciones de un «responsable», estas teorías proporcionan la justificación racional de la «narrativa construida». Las parejas en proceso de separación suelen responsabilizar al «otro» o a «otros» del desenlace negativo, lo que lleva a la construcción del «yo víctima» y la construcción del otro como «agresor» o victimario.

Este modelo de mediación parte de una prerreunión⁷⁷ en la que cada participante relata el problema tal como lo ve, y de forma privada: es decir, sin la presencia de la otra parte, porque lo que se busca es evitar la *colonización de narrativas*⁷⁸. Entendiendo por tal colonización aquella en que la primera parte que habla en el proceso, o aquella que ostenta un mayor poder en la relación, convierte su relato en el dominante en todo el proceso. La parte más débil, o quien habla en segundo lugar, queda así condicionada a responder o defenderse del primer relato en el que ocupa una posición marginal, desventajosa o negativa⁷⁹.

Este riesgo se presenta en todo el proceso de mediación. Y cabe insistir en que el discurso dominante no es el que se expone primero, sino el que posiciona al mediador y a los participantes a favor de una ideas preconcebidas o dadas por ciertas⁸⁰. Las partes deben lograr comunicar su historia o conseguir que su narrativa sea una subnarrativa de la narración primaria⁸¹. A raíz de estas circunstancias, uno de los elementos esenciales del modelo circular narrativo es el cambio de los significados, ya que se parte de la premisa de que con el lenguaje construimos y deconstruimos la realidad y, por tanto, modificando las narraciones, a través de la comunicación, modificamos también la percepción que tenemos de esa realidad⁸².

Luego se realizan reuniones individuales, guiadas por un mediador, en las que se incentiva al examen de la relación. Las reuniones conjuntas se llevarán a cabo una vez que se establezca la posibilidad de llegar a un acuerdo.

⁷⁷ En esta prerreunión se da a las partes, resguardadas por el contrato de confidencialidad, explicaciones del proceso y sus características. Se tratarán los honorarios, en el caso de que sea a través de un servicio privado y no público, y la duración de la mediación.

⁷⁸ SORIA, Miguel Ángel, VILLAGRASA, Carlos y AMADANS, Inma (2008). *Mediación familiar...*, *op. cit.*, p.130.

⁷⁹ GARRIDO, Salvador y MUNUERA, Pilar (2014). Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, 139-166.

⁸⁰ WINSLADE, John y MONK, Gerald. (2001). *Narrative Mediation...* *op. cit.*, p. 58.

⁸¹ COBB, Sara, y RIFKIN, Janet (1991). Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narrative in community mediation. En Susan Silbey y Austin Sarat (Eds.). *Law Politics & Society* (pp. 73-74), 11, Greenwich (CT): JAI Press.

⁸² SUARES, Marínés (1996). *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, pp. 61-62.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

Las técnicas presentadas en este modelo son utilizadas indistintamente por los mediadores: no existen prohibiciones que limiten su uso, y todas tienen como objetivo conseguir el *empowerment* de la persona. Con todo, este término, *empowerment*, tiene un significado diferente al utilizado por el modelo transformativo. De hecho:

«[...] puede ser entendido como potenciamiento del protagonismo, o sea, como algo que se da dentro de una relación, por lo cual las personas potencian aquellos recursos que les permiten ser un agente, un protagonista de su vida, al mismo tiempo que se *hacen cargo*, responsables de sus acciones»⁸³.

Por ello se convierte en un método muy creativo que busca la formulación de una narración alternativa que pueda servir de base a un futuro acuerdo, consecuencia del cambio en la relación de las partes. Para ello, lo que se trabaja son las emociones, ya que, fundamentalmente, el modelo aspira a desarrollar entre las partes una actitud de cooperación y respeto, independientemente de la obtención o no de un acuerdo⁸⁴.

1.2. La Mediación Familiar

La mediación en el Derecho de Familia se considera una técnica o procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos realizada por una entidad pública o privada y desarrollada por un equipo de profesionales formado, principalmente, por abogados y psicólogos. Su objetivo es ayudar a los miembros de la familia, principalmente a las parejas en conflicto, a negociar sus desacuerdos facilitando a las partes los instrumentos necesarios para resolverlos de una manera pacífica.

Es importante recalcar que la mediación como tal no debe ser considerada una terapia por cuanto no tiene como objetivo provocar cambios afectivos en la pareja, ni tampoco en las relaciones personales. Pero a través de ella se puede lograr un efecto terapéutico desde el momento en que las partes se abren al entendimiento para la adopción de los acuerdos y se

⁸³ *Idem*, p. 60.

⁸⁴ ⁸⁴ WINSLADE, John y MONK, Gerald. (2001). Narrative Mediation... *op. cit.*, pp. 82-92

restablece la comunicación entre ambas: todo esto, guiado por un profesional llamado *mediador*.

Más concretamente, la terapia familiar intenta ayudar a la pareja en la ruptura, por medio de un psicólogo u orientador familiar, con el fin de evitar esta ruptura o en la búsqueda de alguna solución. A diferencia de ello, en la mediación familiar estos temas no se cuestionan. El mediador, por lo tanto, debe mantener una actitud imparcial y neutral frente a los mediados: no es protagonista del proceso de mediación y carece de poder en la toma de decisiones, ya que con eso se desvirtuaría la esencia de mediar, que es darle el poder a la pareja de hallar una solución a su problema.

Por otro lado, es cierto que las controversias familiares son conflictos interpersonales en los que se ven involucrados todos los miembros de la familia, ya que, en conjunto, todos ellos comparten una historia. Por este motivo, la mediación familiar resulta también una buena alternativa como resolución de conflictos derivados de la ruptura, al tratarse de un modelo de intervención estructurado, establecido con el fin de ayudar a las parejas en situación de crisis a elaborar un acuerdo duradero y mutuamente aceptable para la reorganización familiar, que presta especial atención a las necesidades de los hijos.

De ahí la importancia de no considerar la mediación familiar como una mera solución de conflictos solo para la pareja. Se debe tener en cuenta⁸⁵ que su campo de acción es aún más amplio, ya que también sirve para resolver problemas de relación y comunicación entre padre e hijos, abuelos y nietos, entre hermanos o personas unidas entre sí por parentesco o afinidad, por lo que «no puede ser reducido a una simple técnica de gestión de conflictos⁸⁶».

⁸⁵ De acuerdo con Parkinson (1999): «[...] los enfrentamientos que acompañan la ruptura convivencial tienen raíces muy profundas, existen conflictos estructurados en los que ambos cónyuges tienen una profunda necesidad emocional de seguir peleando, porque su vida carecería de significado si uno de ellos renunciase a la lucha. En estos casos, incluso los mediadores más expertos pueden fracasar al intentar resolver conflictos enmarañados a los que ninguna de las partes quiere poner fin» (PARKINSON, Lisa (1999). *Mediating high conflict couples*. Ponencia. Congreso Internacional de mediación Familiar. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña).

⁸⁶ BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre (1992). *La médiation: une justice douce*. París: Syros- Alternatives, p. 151. Traducción personal.

Al recurrir a la mediación, las partes esperan obtener resultados, por lo que volvemos al concepto de *ganar o perder*. Por ello les sorprende que el mediador explique que se trata de *ganar-ganar*, y que no hay un perdedor o un ganador, ya que no es una competencia ni tampoco una demostración de quién tiene el poder.

La forma como se efectúa la mediación familiar es a través de varias sesiones en las que participan las partes y el mediador, de manera que este resulta un pilar fundamental en todo este proceso de negociación: es el mediador quien guía el proceso para que todos salgan beneficiados con el resultado, en pro de un interés común, que es el de sus hijos, caso de haberlos.

1.2.1. Breve reseña histórica de la mediación familiar

El concepto de *mediación* no es nuevo en el ámbito del derecho. Basta con mirar al pasado. De hecho, la mediación ya se utilizaba en la antigua China como medio de solución de conflictos con el objeto de alcanzar un acuerdo entre las partes. Con el transcurso del tiempo su aplicación se fue desplazando hacia distintas áreas: familiar, laboral, comercial, sanitaria, comunitaria, educativa e, incluso, penal, especialmente en lo que atañe a la relación con programas de reparación a la víctima.

El antecedente más próximo entendido en los términos que actualmente se conoce queda así descrito: «[...] lo encontramos en 1960 en la iniciativa del Departamento de Conciliación del Tribunal de Familia de Milwaukee (Wisconsin EEUU). El cambio cualitativo de la búsqueda de la reconciliación conyugal, a la articulación del proceso de divorcio, dio lugar a la implementación de la mediación en la década de los 70. En aquel momento los juzgados estaban colapsados debido al fuerte incremento de los divorcios contenciosos. Los problemas derivados por los plazos de espera, los costos económicos, la pérdida de la función parental y de los vínculos coparentales generaba problemas no solo con la justicia, sino que además existía una gran insatisfacción entre los usuarios⁸⁷».

⁸⁷ BOUCHÉ, Henri e HIDALGO, Francisco (Dirs.) (2004). *Mediación y orientación familiar*. Madrid: Dykinson, p. 578.

En sus inicios, pues, la mediación familiar se utilizó como soporte en el proceso de divorcio y en la resolución de los conflictos relacionados con la custodia y la convivencia de los hijos respecto de sus progenitores.

En España, el motivo principal por que la historia de la mediación familiar es tan corta es por la falta de posibilidad legal de separación y divorcio antes de 1981⁸⁸. Es la Ley 30/1981, de 7 de julio, la que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil⁸⁹. Por

⁸⁸ COY, Antonio (2000). La mediación en España. *Apuntes de Psicología*, 18 (2 y 3), p. 201

⁸⁹ Artículo 82 del Código Civil. Ley 30/1981. Son causas de separación:

1. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.
2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.
3. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.
4. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.
5. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el Artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.
6. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.
7. Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3., 4. y 5. del Artículo 86.

Artículo 86 del Código Civil. Ley 30/1981.

Son causas de divorcio:

1. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.
2. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el Artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.
3. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:
 - o a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
 - o b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.
4. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de a menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.
5. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

medio de ella se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio⁹⁰. La regulación del matrimonio se adaptó a los principios de la Constitución Española.

En este marco, las primeras manifestaciones de mediación familiar se remontan al año 1988 y se deben al Servicio de Mediación a la Familia en Conflicto, con sede en Donostia y subvencionado por el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco⁹¹. Pero en el año 1990, casi simultáneamente, comienzan a funcionar cuatro servicios de mediación familiar. El primero de ellos, ubicado en Madrid, fue el Servicio de Mediación Familiar (SMF), de la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF). El servicio se constituyó a partir de un convenio programa entre el Ministerio de Asuntos Sociales y UNAF⁹².

Otro proyecto pionero en Madrid, creado, asimismo, en 1990, como experiencia piloto de mediación, es el Programa de Mediación en Ruptura de Pareja, realizado por el equipo del Centro de Resolución de Conflictos Apside⁹³ y promocionado por la asociación Atención y Mediación a la Familia en Proceso de Cambio. El proyecto fue subvencionado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, una vez fue aprobado en septiembre de 1990 con su respectiva puesta en marcha. Ya en el año 1991, en el Centro de Psicología Apside de Madrid, con intervención de la fundación Familia, Ocio y Naturaleza (FONAT), se pone también en marcha un servicio de mediación familiar subvencionado por el Ministerio de Asuntos Sociales, que funciona con carácter extrajudicial y es gratuito para el usuario⁹⁴.

necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los Artículos 90 y 103 de este Código.

⁹⁰ Para su aplicación, el 3 de julio de 1981 se aprobó el Real Decreto 1322/1981 que creaba los Tribunales de Familia.

⁹¹ Siendo atendido por una asistente social y criminóloga con formación terapéutica, supervisada por un psicólogo clínico experto en conflictos matrimoniales y en la elaboración de informes periciales para tribunales eclesiásticos y civiles.

⁹² Con el propósito de «aportar un asesoramiento especializado a aquellas familias que se disponen a afrontar una ruptura matrimonial, ofreciéndoles ayuda eficaz y apropiada para superar las dificultades asociadas a la separación y el divorcio». Memoria de la UNAF, 1992.

⁹³ A cargo de la Dra. Trinidad Bernal Samper. Actualmente, Directora del Centro Apside, que es experta en emoción, relaciones interpersonales, conflicto y mediación. Creadora del primer programa de Mediación en Ruptura. Autora de diversas publicaciones basadas en las investigaciones realizadas y con experimentada trayectoria en el área docente.

⁹⁴ RIPOL-MILLET, Aleix (2001): Familias, trabajo social y mediación. Paidós Iberica.Barcelona pp.82-87.

Al poco tiempo de la puesta en marcha de este programa, en marzo de 1991, también con la subvención del Ministerio de Asuntos Sociales, se constituye el Servicio de Mediación Familiar de la Unión de Asociaciones Familiares, con el fin de aportar asesoramiento especializado a aquellas familias que se dirigían a afrontar una ruptura matrimonial. El programa ofrecía ayuda eficaz apropiada para superar las dificultades asociadas a la separación y el divorcio.

El mismo año comenzó a funcionar el Servicio de Mediación Familiar de la Unión de Asociaciones Familiares. Se trataba de un servicio con carácter extrajudicial, y fue subvencionado por la Dirección General de Acción Social del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Por su lado, en Barcelona se crearon, unos meses más tarde de ese mismo año 1991, dos servicios de mediación familiar: el Servicio de Mediación Familiar de Barcelona, adscrito al Instituto de Trabajo Social y Servicios Sociales (INTRESS), y el Servicio de Mediación Familiar del Instituto Genus. El Servicio de Mediación Familiar de Barcelona fue financiado en sus inicios por la Fundación La Caixa. En el mes de febrero de 1991 fue presentado públicamente, junto con con el patrocinado por el Instituto Genus de Barcelona. Es más: en el mes de marzo del mismo año el servicio fue presentado formalmente en el Colegio de Abogados de Barcelona, en el Servicio de Orientación Jurídica del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y en el Colegio de Psicólogos de Cataluña.

En un principio el servicio pasó a depender de un Juzgado de Familia de Barcelona. Allí, los técnicos de los equipos psicosociales empezaron a recurrir a la mediación con la finalidad de asesorar a los jueces en relación con las medidas a adoptar. De hecho, pues, en la práctica, las demandas de mediación comenzaron en el Juzgado de Familia número 14 desde 1991.

Actualmente, el Servicio de Mediación Familiar de Barcelona, creado por INTRESS, está integrado en el nuevo Centro de Atención a Familias (CAF) que opera en Barcelona, y

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

colabora con el Plan Integral de Suport a la Infància i l'Adolescència de Catalunya, dependiente del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Catalunya. Sus acciones se dirigen hacia tres programas: Asesoramiento, Seguimiento y Mediación, todos ellos con una clara orientación mediacional⁹⁵.

Avanzando en el tiempo, en Bilbao, en 1992, y tras un año de preparación, comenzó a funcionar el Servicio de Orientación Familiar Lagungo (Sendi Oneraki Laguntza)⁹⁶, integrado en la Delegación Diocesana de Pastoral Familiar de Bilbao.

Dos años más tarde, en 1994, surgió el primer servicio público municipal de mediación en el ámbito de la Comunidad de Madrid; concretamente, en el Ayuntamiento de San Fernando de Henares, mediante la labor de un abogado que interviene como mediador. También el Ayuntamiento de Murcia, en el año 1995, creó el servicio de mediación familiar, que fue desempeñado por un abogado y un psicólogo, que actúan conjuntamente como comediantes⁹⁷.

Otro ayuntamiento, el Ayuntamiento de Fuenlabrada, en 1996, y en la línea de los anteriores, estableció, igualmente, el servicio de mediación, constituido por un equipo de profesionales compuesto por abogados y psicólogos. Lo relevante en este caso es que el modelo de mediación utilizado por ellos era de mediación global; es decir, se ofrecía, dentro de un mismo espacio, tomar decisiones que están en directa relación con el conflicto, y se abordaban los temas de la ruptura, guarda y custodia, los de tipo patrimonial, y, en general, todo lo que tuviera que ver con la familia.

Por último, cabe mencionar el Proyecto para el Seguimiento de la Implantación en España de la Mediación Familiar Intrajudicial⁹⁸, con la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Por

⁹⁵ RODRIGUEZ, Sonia (2010). *La mediación familiar en España. Fundamentos y concepto y modelos jurídicos*. Valencia: Tirant Blanch, p. 182.

⁹⁶ Este servicio nace «como una contribución eclesial a la mejora de la convivencia familiar y de pareja», constituyéndose como una entidad sin ánimo de lucro, «dirigida a todos los ciudadanos sin ningún tipo de discriminación, para facilitar a quien lo necesite orientación, asesoramiento y terapia».

⁹⁷ RODRÍGUEZ, Sonia (2010). *La mediación familiar en España...*, *op. cit.*, p. 184.

medio de este proyecto, el magistrado Pascual Ortuño y el psicólogo Ignacio Bolaños iniciaron una experiencia piloto que permitía que la mediación judicial pudiera solicitarse en cualquier fase del procedimiento judicial. Este proyecto se llevó a cabo durante los meses de enero a septiembre de 2006. En él intervinieron seis juzgados de familia de diversas ciudades españolas.

Dentro del ámbito europeo, la mediación familiar tiene su origen en la Tercera Conferencia Europea sobre Derecho de Familia, celebrada en 1995, en la que se recomendaba a dicho organismo examinar el fenómeno de la mediación familiar. Pero fue en la Cuarta Conferencia Europea sobre Derecho de Familia en la que aquella recomendación lleva a propiciar un instrumento internacional que contenga los principios básicos de la mediación. Y es así como, siguiendo este objetivo, el Comité de Expertos en Derecho de Familia, bajo la autoridad del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, ejecuta dicho mandato, y se crea, por ende, un grupo de trabajo que preparó un proyecto de recomendación. Tras las correspondientes revisiones y estudios, la recomendación fue publicada el 21 de enero de 1998 por el Comité de Ministros, dirigido a los Estados Miembros. Este texto fue conocido como la Recomendación N.º. R (98) 1⁹⁹, sobre la Mediación Familiar. En él se reconocen los cambios familiares producto de la separación y el divorcio, con consecuencias directas en el ámbito familiar e indirectas en lo social, y efectos negativos para la familia y las personas menores de edad.

⁹⁸En esta materia, los autores entienden la *mediación intrafamiliar* desde distintas perspectivas: Para COY: «Es aquella que se lleva a cabo por profesionales que están integrados dentro de la administración de justicia a través de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia» (COY FERRER, Antonio (2000). La mediación en España. *Apuntes de Psicología*, 18 (2-3), 199-217). Para ORTUÑO (2005) y LASHERAS (2007): «Aquella que se desenvuelve dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los Tribunales, tanto si es en fase de ejecución de sentencia o durante la tramitación del proceso declarativo. En este caso se suspende el curso del procedimiento mientras se desarrolla la mediación» (ORTUÑO, Pascual (2000). La mediación familiar intrajudicial. Un reto para la práctica del derecho de familia. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 7, 43-65; y LASHERAS, Pilar (2007). Mediación intraprocesal: respuesta a las interrogantes planteadas tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005. *REDURS*, 5, 43-65.).

⁹⁹ Concluye con que el recurso de la mediación familiar «puede en su caso: a) mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; b) reducir los conflictos entre las partes en litigio; c) dar lugar a acuerdos amigables; d) garantizar el mantenimiento de relaciones personales entre los padres y los hijos; y e) reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y los Estados y reducir el tiempo necesario para reglamentar los conflictos».

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

La citada Recomendación vislumbra la mediación como una alternativa seria a la resolución judicial de los litigios familiares. De hecho, mueve a los estados miembros a tomar conciencia sobre ella y a colocar como opción la mediación familiar para resolver conflictos familiares, específicamente en lo que atañe a la ruptura de la relación.

En Chile, la incorporación de la mediación familiar es aún más reciente que en España o en general, en Europa, ya que apenas se empieza a conocer a finales de los años 90 a través de seminarios y cursos de capacitación en técnicas de mediación. Claro ejemplo de ello son los programas: (a) Sistematización de la I Jornada de Mediación y Políticas Públicas, realizada en el año 1999 por el Centro de Promoción Universitaria en convenio de la Fundación Adenauer; (b) Sistematización en Mediación, realizada por el Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales (2000); (c) Sistematización realizada por la Corporación de Asistencia Judicial (2001) y el Programa Acceso a la Justicia (2004)¹⁰⁰. Con todo, también el Estado desempeña un papel importante, a través del Ministerio de Justicia, en la promoción de la mediación, ya que tiene una gran participación en el inicio de la Mediación Familiar. Y lo hace de la siguiente manera:

1. **1996.** Se crean los dos primeros Centros de Mediación, con sede en Santiago y Valparaíso, dependientes de las Corporaciones de Asistencia Judicial.
2. **1997:** Se crea el Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales, en Santiago y Valparaíso, como experiencia piloto. El programa permitió evaluar la aplicación de este mecanismo, su receptividad y resultados.
3. **De 1997 a 2002:** El Ministerio de Justicia asigna presupuesto a las cuatro corporaciones de Asistencia Judicial, existentes en el país, para la creación de un Centro de Mediación en cada región. Así también se va potenciando la Solución Alternativa de Conflictos en los consultorios judiciales existentes a nivel comunal, a través del programa Acceso a la Justicia.
4. **Noviembre de 1997:** El proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia (Ley 19.968) ingresa a trámite legislativo. Este proyecto entra en vigencia en octubre de 2005.

¹⁰⁰ REBOLLEDO, Viviana (2009). *La Mediación en Chile: Desarrollo, Resultados y Desafío* (Tesis de grado de Magister en Gestión y Política Pública. Universidad de Chile), p. 10.

Se decide que sea el Ministerio de Justicia, y no el poder judicial, el organismo que se haga cargo de la administración del Registro Único de Mediadores, de su fusión con el creado meses anteriores, producto de la Ley de Matrimonio Civil, y de proveer una adecuada oferta de mediación a nivel nacional, a través de procesos de licitación (Congreso Nacional, 2003).

5. **2005-2009.** Con la finalidad de dar cumplimiento al Título V de la Ley 19.968, el Ministerio de Justicia, bajo Decreto de Resolución exenta N° 700, de noviembre del año 2005, lleva a cabo el proceso de licitación pública de los servicios de mediación familiar. A partir de junio del 2006, este proceso se implementa en todo el país. Esta licitación se mantiene por espacio de tres años, desde junio de 2006 a junio del año 2009, periodo en el cual aún la ley no exige la obligatoriedad de asistir a mediación previa en las materias relacionadas con alimentos, relación directa y regular, y cuidado personal del niño.

6. **2008.** A raíz de los problemas que siguieron para su implementación, el Ministerio de Justicia modifica la Ley 19.968, en su título V, e incorpora, en el año 2008, el Decreto Ley 20.286, que contempla la mediación previa¹⁰¹ como requisito previo a la interposición de la demanda en lo relativo a los alimentos, la relación directa y regular, y el cuidado personal del niño. Se deberá pasar por este proceso antes de ir a juicio. En caso de que las partes logren un acuerdo a través de esta modalidad, este acuerdo tiene el carácter de sentencia judicial al ser presentado en el Tribunal de Familia o en el Juzgado de Letras con competencia en familia.

7. **2009.** En enero del año 2009 se publican las nuevas bases de licitación bajo la resolución exenta N.° 904: se llama a licitación por tres años «la prestación de servicios de mediación familiar licitada». La modalidad «a licitar» es modificada; es decir, ya no se habla de *carteras*, sino que de *zonas*.

¹⁰¹ Siguiendo los datos entregados por el Informe a Nivel Nacional del Ministerio de Justicia durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012, el porcentaje de las causas de obligación previa obligatoria con acuerdo ascendió solo a un 40%. De acuerdo con estos resultados, para el legislador no resulta exitosa esta medida, ya que no logra descongestionar la carga de los Tribunales de Familia. En razón de esto, en 2014 (4 de diciembre) se presenta un proyecto de ley, Boletín N°9833-18, que modifica la Ley N.° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, con el objeto de eliminar la mediación previa: se señala que se podrá efectuar si ambas partes así lo acuerdan. Por último, se establece que no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la Ley N.° 19.620, sobre adopción. A la fecha esta materia aún no se resuelve.

8. **2011.** Por Resolución N.º 188, de agosto de 2011, el Ministerio de Justicia introduce modificaciones a las remuneraciones de los mediadores licitados en las bases del proceso de licitación correspondiente. De este modo, en la actualidad se contemplan los siguientes pagos: (a) pago base por causa ingresada al centro de mediación; (b) pago por causa terminada con acuerdo: aquella en que el acta de mediación ha sido aprobada íntegramente por el juez, lo que debe estar debidamente acreditado, bastando con que el acuerdo se haya alcanzado en una de las materias derivadas o ingresadas a mediación; (c) pago por causa en trámite: aquella en que se ha realizado al menos una sesión con asistencia de ambas partes; y (d) pago extraordinario por materia adicional mediada con acuerdo: aquella que procede en casos por derivación, en los que se llega a acuerdo en todas las materias derivadas, pero las partes, además, llegan a un acuerdo en una materia adicional.

9. **2014.** Decreto Exento N.º 53, de 2014, del Ministerio de Justicia, que fija el nuevo arancel máximo que podrán percibir los mediadores inscritos en el registro de mediadores de la Ley 19.968 (derogado).

10. **2016.** Decreto Supremo exento N.º 4264, de 24 de diciembre, publicado el 4 de enero de 2016. El decreto fija el arancel máximo que podrán percibir los mediadores inscritos en el Registro de Mediadores, que establece la Ley 19.968 y su reglamento, en la suma de \$84.600 (ochenta y cuatro mil seiscientos pesos), por cada sesión realizada durante un proceso de mediación.

1.2.2 El concepto de *mediación familiar*

En la actualidad, la definición del concepto de *mediación* es abundante en nuestra literatura. Importante lugar ocupa la definición que ofrecen Villagrasa y Vall (2000) al apuntar que se trata de «[u]n proceso extrajudicial por el que un profesional imparcial, cualificado y sin poder decisorio, asiste a las partes en conflicto, principalmente para facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de una solución voluntaria y duradera¹⁰²». En esta definición confluyen los elementos necesarios para llevar a cabo un proceso de mediación.

¹⁰² VILLAGRASA, Carlos y VALL, Ana María (2000). La mediación familiar: Una nueva vía para gestionar conflictos familiares. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3, p.1794.

De este modo, se entiende que las partes implicadas en resolver su conflicto buscan un tercero que les ayude a lograr un acuerdo: a través del mediador pueden tratar los temas que forman parte de la controversia de manera constructiva, lograr la comunicación que por sí solos no logran. De ahí la importancia de dar la mayor libertad de acción al momento de participar en el proceso de mediación, situación que no podría ser posible si los mediadores están sujetos a estrictas reglas que no permiten la ductilidad frente al problema y la solución.

La mediación así aparece integrada por una serie de principios como la voluntariedad, la imparcialidad del mediador y la neutralidad por parte del tercero, al no tener este poder de decisión.

Cabe tener presente que «el éxito de una mediación no radica en acordar o en comprometerse sino en la decisión, clara y con conocimiento de causa, de las partes sobre si quieren o no acordar o comprometerse¹⁰³». Por ello, tanto en la doctrina¹⁰⁴ como en la

¹⁰³ BOLAÑOS, Ignacio (2008). Hijos alienados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas. Madrid: Editorial Reus, p.94.

¹⁰⁴ Siguiendo un planteamiento parecido, encontramos otras definiciones. En Parkinson (2005), la mediación familiar ha sido definida como un proceso en el que una tercera persona imparcial ayuda a los involucrados en una ruptura familiar, y en especial, a las parejas en vías de separación o divorcio, a comunicarse mejor entre ellos y a llegar a sus propias decisiones conjuntas, sobre la base de una información suficiente, respecto de algunos o de todos los temas relacionados con la separación, el divorcio, los hijos, la economía o el patrimonio familiar (PARKINSON, Lisa (2005). *Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Editorial Gedisa, p. 28). Moore (2006), por su parte, caracteriza la figura del mediador del siguiente modo: «La intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable» (MOORE, Christopher (2006). *El proceso de mediación*. Barcelona: Granica, p. 44). De forma genérica, y abordando la conflictividad social en un sentido amplio, Vinyamata (2003) señala que «[L]a mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás» (VINYAMATA, Eduard (2003). *Aprender de Mediación*. Barcelona: Paidós, p. 13.

Un concepto más restrictivo es el que aportan Folberg y Taylor (1992), quienes definen al mecanismo como «el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades» (FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison (1992). *Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio*. México: Limusa, p. 12). A su vez, Haynes (2000) define así la mediación: «[L]a mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada, y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicada» (HAYNES, John M. (2000). *Fundamentos de la Mediación Familiar*. Barcelona: Gaia, p 13).

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

legislación se han ido afinando criterios normativos más abiertos y adaptables a los tiempos actuales. De esta manera se han logrado abordar otras áreas con el objeto de satisfacer las necesidades propias de la mediación. El proceso de mediación se ha revelado, pues, como un instrumento muy valioso para la solución de los conflictos derivados de la crisis de pareja: consigue soluciones de una forma ágil, flexible y no confrontativa¹⁰⁵.

Se puede concluir que todas las definiciones coinciden en la idea de un tercero ajeno a la disputa, que actúa de forma imparcial y neutral, y que dirige a las partes, sometidas voluntariamente a este proceso, hacia un acuerdo que nace de ellas. Lo importante, en cualquier caso, es destacar el proceso transformativo que la mediación provoca entre las partes, lo que convierte a este mecanismo en una ventaja para las familias que optan por este procedimiento, ya que beneficia a todo el grupo familiar¹⁰⁶.

1.3. Marco normativo vinculado con la mediación familiar

En este apartado enumeraremos el principal acervo normativo vinculado con la mediación familiar, vigente en la actualidad tanto a nivel internacional como nacional.

1.3.1. Marco normativo internacional

1. El Convenio de La Haya de 1980, de 25 de octubre, sobre sustracción internacional de menores que, en su artículo 7, insta a los estados firmantes a establecer mecanismos que posibiliten que se llegue a acuerdos en esta materia¹⁰⁷.

¹⁰⁵ GARCÍA, Lucía. (2003). *Mediación Familiar*. Madrid: Dykinson, p. 98.

¹⁰⁶ La ley 15/2009, de 22 de julio, en su artículo 1, la define, y le da una finalidad al concepto diciendo qué se entiende por mediación:

1.- El procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral.

2.- La mediación, como método de gestión de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance. De acuerdo con la definición, la mediación familiar se concibe legalmente como una técnica extrajudicial y de alternativa de resolución de conflictos familiares, que tiene como objetivo el ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

¹⁰⁷ En importante resaltar en este punto la *Guía de Buenas Prácticas en Mediación*, nacida precisamente en el seno del Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980. Si bien no es obligatoria para los estados miembros,

2. El Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los menores ratificado por España.
3. El Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la reclamación internacional de alimentos de los menores y de otros miembros de la familia.

1.3.2. Marco normativo europeo

A través del Consejo de Europa existen tres recomendaciones que promueven la mediación en materia civil.

1. Recomendación 12/1986, de 17 de septiembre, que señala que «el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial».
2. Recomendación 1/1998, de 21 de enero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación familiar¹⁰⁸.
3. Recomendación 10/2002, de 18 de septiembre, sobre mediación en materia civil.

1.3.3. Marco normativo español

En el Derecho español coexisten tres leyes que hacen referencia a la mediación en el ámbito familiar:

1. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia Doméstica, en su artículo 44, n°5, en la que se establece que en «todos estos casos¹⁰⁹» está vedada la mediación familiar.

en esta guía se contienen los principios y las buenas prácticas que deberán utilizarse en la mediación de conflictos transfronterizos, así como otros mecanismos de soluciones consensuadas tanto en materia y sustracción internacional de menores como en otros convenios de La Haya a los que sea aplicable; por ejemplo, los citados con anterioridad en los que se contempla la posibilidad de acudir a mediación en los supuestos de conflictos familiares internacionales, dando seguridad jurídica internacional.

¹⁰⁸ Se debe considerar como el instrumento legal que sirve de referente inmediato en la regulación de la mediación en Europa, y de gran trascendencia en España. Es reconocida expresamente como antecedente en las leyes de mediación familiar dictadas por las Comunidades Autónomas.

Se refiere a la mediación familiar como un «proceso en el que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones que son objeto de litigio, con vistas a la obtención de acuerdos comunes».

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

2. Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Nulidad, Separación y Divorcio¹¹⁰. En esta ley, por

¹⁰⁹Artículo 44. Competencia.

Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

a) Los de filiación, maternidad y paternidad.

b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

c) Los que versen sobre relaciones paternofiliales.

d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.

¹¹⁰ Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos

primera vez, se introduce la mediación en dos artículos¹¹¹, lo que posibilita la suspensión del procedimiento judicial si las partes desean acudir a mediación.

3. Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, por medio de la cual se realiza la transposición al Derecho nacional de la Directiva europea 2008/52/CE. Asimismo, esta ley cumple con la obligación que contenía la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Nulidad, Separación y Divorcio.

La importancia de la ley 5/2012, de 6 de junio, radica en que por primera vez se reglamenta la mediación civil y mercantil a nivel estatal: se regulan los principios de la mediación, el ámbito de aplicación de la norma, el estatuto mínimo del mediador y el procedimiento de mediación. Como consecuencia, se hizo necesario modificar determinados artículos para su aplicación.

1.3.4. Marco normativo catalán

La Ley de Mediación Familiar en Cataluña surge como respuesta al mandato explícito que se establecía en el artículo 79.2 del Código de Familia de Cataluña con el objeto de facilitar la gestión constructiva de los conflictos interpersonales y evitar que estos lleguen a los juzgados para, de este modo, reducir la carga de los órganos judiciales de Cataluña.

de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

¹¹¹ Se introduce una nueva regla 7.ª al artículo 770 con la siguiente redacción: 7.ª Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación. Se modifica el apartado 2 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo:

2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieren valerse para acreditarlo.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

Así, el régimen jurídico aplicable a la Mediación Familiar en Cataluña está integrado por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, que deroga la ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña¹¹².

Los factores que influyeron en la necesidad de actualizar la ley fueron, en primer lugar, los resultados obtenidos con esta experiencia, que fueron muy positivos; en segundo lugar, la publicación de la Recomendación 10/2002 del Consejo de Europa y la tendencia de los países de la Unión Europea a actualizar y ampliar sus leyes de mediación; y, en tercer lugar, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida por la Ley 15/2002, en la que se prevé la mediación en sus procedimientos de familia.

Lo que establece esta nueva ley es la ampliación de los supuestos de mediación familiar. También introduce la mediación civil para gestionar conflictos surgidos de la convivencia ciudadana y social, así como para gestionar otros conflictos de carácter privado en los que las partes tengan que mantener relaciones en el futuro. De este modo, esta ley puede llegar a ser muy útil, ya que, entre otros, busca resolver conflictos derivados de las relaciones entre vecinos, asociativas o colegiales, y también, en los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar; también, en las disputas familiares por cuestiones sucesorias.

En suma, el objetivo de esta nueva ley es el facilitar la gestión constructiva de los conflictos interpersonales y evitar que lleguen a los juzgados determinados asuntos para reducir la carga de los órganos judiciales de Cataluña. En opinión de Rodríguez (2010), la mediación familiar catalana está mirada como un modelo tradicional de mediación directiva. Para esta autora:

¹¹² Siendo la primera que entra a funcionar sobre mediación familiar marcando un hito importante para resolver las crisis de tipo familiar y, desarrollada por el decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba su reglamento, y las Órdenes del Departamento de justicia de fecha 13 de junio de 2002, por las que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación familiar, y de 3 de julio de 2002, reguladora del contenido y del procedimiento de homologación de los cursos de formación específica en materia de mediación familiar. Después de diversos proyectos de ley, siendo el primero de 9 de marzo de 1999 y el segundo de 26 de junio de 2000, y una ley aprobada y desarrollada reglamentariamente, Cataluña llegó a convertirse en la primera Comunidad Autónoma que se dotó de una normativa con vocación de regular la mediación familiar de una forma completa.

«la mediación familiar constituye un proceso que posee un fin en sí mismo, en la medida en que, aun sin que se consiga el objetivo de lograr un acuerdo que evite o ponga fin al procedimiento judicial de mediación familiar, como proceso en sí mismo considerado y por sí solo redundará en reducir los efectos negativos del proceso, ya que siempre va a conducir a las partes a un acercamiento¹¹³».

A lo anterior debe agregarse el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado.

En Cataluña se regula cualquier conflicto que ocurra en los siguientes supuestos: procedimientos de divorcio separación o nulidad, relaciones paterno-filiales¹¹⁴, conflictos que surjan en los casos de acogimiento, conflictos entre la familia adoptante y el hijo o hija adoptada con la familia biológica, cuestiones relativas al cuidado de personas, derecho a recibir pensión de alimentos, cuestiones derivadas de la sucesión de una persona¹¹⁵, entre otras. Además, se reconoce a las parejas de hecho como parte de su ámbito siempre que se encuentren inscritas en el Registro de la Comunidad: caso contrario, no pueden acceder a la mediación.

La normativa catalana tiene, pues, como objeto no dejar fuera ningún conflicto. Se suma a la exhaustiva enumeración anterior lo contenido en el artículo 2.1.e. de la Ley 15/2009, de 22 de julio, una cláusula de cierre que involucra cualesquiera situaciones que no han sido especificadas para que sean resueltas por vía extrajudicial. El mentado precepto reza del siguiente tenor literal:

«Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado. Esta cláusula de cierre involucra cualesquiera situaciones que no han sido especificadas para que sean resueltas por vía extrajudicial».

¹¹³ RODRÍGUEZ, Sonia (2010). La mediación familiar en España..., *op. cit.*, p. 263.

¹¹⁴ En general, entre familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

¹¹⁵ DUPLÁ, María Teresa (coord.) (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la Normativa Autonómica*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, p. 409.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

De lo antes expuesto se puede deducir que, en materia de conflictos familiares que se regulan, la legislación catalana no contiene un *numerus clausus*¹¹⁶, sino todo lo contrario: es abierta, y permite incorporar casos no descritos expresamente en la norma.

Es preciso señalar que la ley catalana, en los casos de crisis familiar, amplía el ámbito espacial en la aplicación de estos conflictos, e impulsa el uso de la mediación internacional. Para ser llevada a cabo requiere que se realice dentro del territorio español, ya sea por personas de la misma nacionalidad, o de otras nacionalidades residentes en España, o por personas de nacionalidad española que están en conflicto con personas de otras nacionalidades pero residentes en España. La regla general es que se aplica la norma a los actos que se desarrollan dentro del territorio de la comunidad autónoma catalana.

Villagrasa y Vall (2000) entienden que, en la actualidad, la mediación ha evolucionado de un carácter de mecanismo de recomposición de los conflictos familiares que apuntan a la reconciliación, a una fórmula de resolución amistosa o pactada de controversias sin necesidad de acudir a un proceso judicial contencioso¹¹⁷.

Así también se reconoce en la referencia contenida en la Exposición de Motivos de la Ley catalana, al declarar lo siguiente: «(...) si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura».

1.3.5. Marco normativo chileno

Hoy día la mediación se contempla en el artículo 103 de la Ley 20.286, que introdujo modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968. En ella se define *mediación* en estos términos:

¹¹⁶ *Idem*, p. 410.

¹¹⁷ VILLAGRASA, Carlos y VALL, Ana María (2000). La mediación familiar..., *op. cit.*, p. 1794.

«[...] aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos».

A raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su posterior ratificación por parte de Chile, la normativa nacional sufrió un buen número de modificaciones; entre ellas, la inclusión de la mediación familiar para la resolución de conflictos familiares.

Concretamente, los primeros indicios legales se remontan al gobierno del presidente Patricio Aylwin Azocar, que crea la Comisión Nacional de Familia: en su informe final, de 1993, se llamaba a la creación de tribunales especializados que conocieran los conflictos que afectaran a las familias chilenas. Pero no fue hasta el 5 de noviembre de 1997, bajo la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, cuando se presentó, finalmente, el proyecto de ley que crea los tribunales de familia (Boletín N° 2118-18). Y solo años más tarde, el 30 de agosto del año 2004, se publica la Ley N° 19.968, que crea una judicatura especializada en asuntos de familia. Esta ley, dentro de sus principales novedades, contempla un mecanismo de resolución de conflictos familiares, como es la mediación, mediante la cual, el ejecutivo quiso incluir un cambio en el área judicial: tal y como ya hemos afirmado con anterioridad, esta mediación se caracteriza por ser adversarial.

Por esta razón, resultó importante que el Juez de Familia buscara alternativas tendientes a mitigar la confrontación entre las partes, porque la especial naturaleza del conflicto familiar y sus repercusiones en cada uno de los miembros de la familia, como en su conjunto, aconsejan atacar los problemas en su fase más temprana, como modo de minimizar sus consecuencias¹¹⁸.

No obstante lo anterior, desde la entrada en vigor de los Tribunales de Familia, la mediación no terminó de dar los resultados esperados. En primer lugar, no evitó el colapso

¹¹⁸ En el Título 3° del Proyecto se contemplaba la mediación conjuntamente con otras materias, como la regulación del procedimiento ordinario y las medidas cautelares. Se señalaba lo siguiente: «(...) por primera vez en nuestra historia, se define y consagra normativamente la mediación como un sistema de resolución de conflictos no adversarial, en que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto».

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

de los tribunales en el momento de su instalación, y en segundo término, las causas ingresadas al sistema de mediación fueron inferiores, lo que llevó al legislador a tomar medidas aprovechando la reforma procesal de familia y a promover la modificación de la legislación. Así, la Presidenta de la República, el 17 de agosto de 2006, mediante mensaje presidencial, señaló a la Honorable Cámara de Diputados que sometiera a su consideración el Proyecto de Ley N.º 20.286, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N.º 19.968, que creó los Tribunales de Familia: se argumentó que desde su entrada en vigencia el 1 de octubre de 2005, «se han evidenciado una serie de aspectos que deben ser revisados y adaptados, para cumplir con el ideal de justicia temprana, desformalizada, transparente, accesible, directa y colaborativa, que ha guiado el surgimiento de esta nueva justicia. Es por ello que los cambios que en este proyecto de ley se proponen, a solo meses de su inicio, más que simples enmiendas al sistema, importan sanas herramientas contraloras de su original inspiración y objetivo¹¹⁹». Esta iniciativa se materializó en la Ley N.º 20.286, publicada el 15 de septiembre de 2008, que establecía una nueva forma de iniciar el proceso de mediación en determinadas materias denominadas de *mediación obligatoria* o *mediación previa*¹²⁰.

Lo que ha pretendido el Estado, con la reforma impulsada con la Ley N.º 20.286, es mantener el sentido de las instituciones que se introdujeron en la legislación chilena cuidando de no alterar su esencia y potenciado la mediación como un mecanismo moderno, eficiente y no confrontacional de resolución de conflictos de índole familiar.

Se debe agregar a lo anterior la Ley de Filiación N.º 19.585 y la Ley de Adopción N.º 19.620, ya que con ellas se manejan los conceptos básicos en orden al Derecho de Familia, lo que permite que el mediador pueda movilizarse dentro de un marco jurídico

¹¹⁹ Historia de la Ley N.º 20.286 que «Introduce Modificaciones Orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia», septiembre de 2008, pág. 6.

¹²⁰ El párrafo quinto del Título III del proyecto de ley establecía que ciertas materias se someterían a un procedimiento previo y obligatorio de mediación. Así, el artículo 59 señalaba: «Las causas relativas a alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal, deberán someterse a un procedimiento de mediación previa, el que se regirá por las normas de esta ley y por las de la ley que regule el sistema nacional de mediación». Esta norma no fue aprobada por nuestro Congreso Nacional y, por ende, no se incorporó en el texto definitivo de la ley que creó los Tribunales de Familia y que fue publicada el día 30 de agosto de 2004, lo cual, posteriormente, tuvo que ser modificado por el legislador a través de la Ley N.º 20.286.

vigente. En cuanto al concepto de *mediación familiar*, este se introduce como cuerpo legal en la Ley de Matrimonio Civil 19.974, de mayo de 2004, que entra en vigor el 18 de noviembre de 2004¹²¹, y en la Ley de Tribunales de Familia 19.968, de 30 de agosto de 2004, que entra en vigor el 18 de noviembre de 2004 y regula la mediación en un sentido más amplio al del simple conflicto entre cónyuges¹²².

Al existir situaciones en que ambas leyes no concordaban, se debieron tomar medidas al respecto. El problema se resolvió con la dictación de una nueva ley, la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008, a través de la cual se introdujo una nueva regulación en el Título V de la Ley 19.968, que establecía modificaciones orgánicas y procedimentales, de tal manera que estos cambios provocaran un servicio más eficiente, rápido y ágil para la ciudadanía¹²³. También se derogaron las normas sobre mediación de la ley de Matrimonio Civil¹²⁴. En esta nueva normativa se establece que los acuerdos alcanzados ante un mediador, si son aprobados por el juez, tendrán el mismo valor jurídico que una sentencia, por lo que el mediador debe presentarlo ante el juez para su aprobación. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la mediación se frustra y se retoma el curso normal del juicio.

¹²¹ En su primera versión no contemplaba una instancia de mediación, sino que se incluyó con posterioridad como consecuencia de la discusión parlamentaria del proyecto de ley de Tribunales de Familia que la contenía desde sus inicios.

¹²² Anteriormente a la publicación de la ley de Matrimonio Civil, en 1996 se establecieron, a modo experimental, centros de mediación en materia de familia en la Corporación de Asistencia Judicial de Santiago y Valparaíso. Lo mismo intentó hacer el Ministerio de Justicia con un programa piloto de mediación familiar llamado Programa de Resolución de Conflictos anexo a tribunales.

¹²³ La ley 20.286 se complementa con el reglamento aprobado por el decreto Supremo 763, Ministerio de Justicia, 14 de noviembre de 2008, Diario Oficial del 25 de mayo de 2009 del Ministerio de Justicia, 2008, que reglamenta materias para la ejecución del Título V, de la mediación familiar, de la Ley 19.968 introducido por la Ley 20.286.

¹²⁴ La normativa relativa a la mediación familiar chilena se debe complementar con el reglamento aprobado por el decreto supremo 763, ministerio de Justicia, 14 de noviembre de 2008, publicado en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2009, que reglamenta materias para la ejecución del Título V, de la mediación familiar, de la Ley 19.968, y en el Auto Acordado de la Corte Suprema Acta N.º 30-2009, de 30 de enero de 2009.

Y otras normas de carácter administrativo. Decreto N°993 de 2005 del Ministerio de Justicia, denominado Aprueba Bases Administrativas Generales, y sus anexos de licitación pública de servicios de mediación, publicados en el Diario Oficial de 24 de octubre de 2005. Decreto exento N°3,490 del Ministerio de Justicia, que fija aranceles máximos para mediadores, publicado en el Diario Oficial de 30 de noviembre de 2004. Decreto N°673 de Ministerio de Justicia, que fija normas reglamentarias sobre matrimonio civil y registro de mediadores, publicado en el Diario oficial de 30 de diciembre de 2004. Resolución exenta N°4.061 que aprueba bases y formulario de postulación para Registro Nacional de Mediadores, publicado en el Diario Oficial de 30 de octubre de 2004 del Ministerio de Justicia.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

La mediación familiar también se encuentra normada en el reglamento con carácter de decreto N° 763, con fecha 14 de noviembre de 2008, por medio de la cual se incorpora de forma más detallada los requisitos para acreditarse como mediador.

En cuanto las licitaciones, estas cuentan con una regulación especial: el Decreto 904, de 18 de febrero de 2009, que elaboró las Bases Tipo de Licitación de los Servicios de Mediación, en que se estipulan los requisitos para la selección técnica y económica de sus prestadores, así como los criterios de calificación.

Por último, debemos incluir la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066, la Ley de Responsabilidad Juvenil 20.084, la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones N.° 14.908, las normas sobre autorización de salida de los menores del país y el Código Civil, en lo que atañe al cuidado personal, relación directa y regular, y en lo relativo a bienes familiares.

Se puede concluir en esta materia que las definiciones entregadas por las distintas legislaciones en relación con la mediación se ajustan mejor a sus objetivos, que son facilitar la recomposición de los intereses en conflicto a fin de poder acercar las posturas y cooperar en aminorar el colapso judicial. En este contexto, considerar la mediación como vía alternativa de resolución de conflictos constituye una gran aportación al sistema de administración de justicia, como un modo de acceder más eficazmente al sistema de justicia, de aportar soluciones más adecuadas al tipo de conflictos que se tratan, así como de descongestionar la excesiva carga que actualmente soportan los tribunales de familia.

1.4. Principios de la Mediación Familiar

La finalidad de la mediación como sistema cooperativo es abrir los frentes de manera que las partes se acerquen con objeto de lograr la comunicación necesaria para pacificar el conflicto y salvaguardar intereses superiores a los propios de la pareja. La esencia de la mediación la constituyen, sin duda, los principios sobre los que se está consolidando, que representan el eje en torno al cual gira la mediación.

Tanto la legislación española como la chilena desarrollan los principios básicos que han de informar el ejercicio de la mediación familiar. Destaca la figura del mediador, dentro de este proceso, que debe velar por el cumplimiento de tales principios. Analicemos, pues, cada uno de esos principios.

1.4.1. Voluntariedad

El principal atributo de la mediación es su carácter voluntario: de lo contrario no tendría sentido, pues lo que se pretende es establecer acuerdos surgidos de la voluntad de las partes involucradas. De este modo, quienes deciden son las personas interesadas y no un tercero, como es el caso del sistema judicial o del sistema arbitral. Se entiende que la ausencia de cualquiera de las partes se interpreta como un *no* a la mediación¹²⁵. Sin embargo, en algunas legislaciones se exige como etapa obligada, previa al proceso judicial o administrativo. Este es el caso de las legislaciones sobre mediación de los estados con experiencia en su uso, donde los actores deben asistir obligatoriamente a una primera sesión en la que el mediador les ofrece información sobre el recurso, sobre los beneficios que les puede reportar y sobre el lugar de cada cual en el proceso. Sin embargo, todas las leyes autonómicas españolas coinciden en definir la voluntariedad como la discrecionalidad de participar o no en el proceso de mediación, entendido como un todo¹²⁶.

La legislación catalana¹²⁷ estima que la mediación no debe imponerse de manera forzosa. A este respecto, en la Recomendación R (98) 1, al tratar sobre la organización de la mediación, se señala, en primer lugar, que: «la mediación no deberá, en principio, ser obligatoria», lo que no implica que esa voluntariedad sea susceptible de convertirse en

¹²⁵ NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio (2012). *Derecho Procesal de Familia. La Primera Reforma Procesal Civil en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 537.

¹²⁶ GARCÍA BACETE, Francisco, VAQUER, Antoni y GOMIS, Cristina (Coords.) (2010). *Intervención y Mediación familiar*. Valencia: Universitat Jaume I, p. 488.

¹²⁷ Ley 15/2009, de 12 de julio. Artículo 5. Voluntariedad.

1. La mediación se basa en el principio de voluntariedad, según el cual las partes son libres de acogerse a la misma o no, así como de desistir en cualquier momento.
2. Si una vez iniciado el procedimiento de mediación cualquiera de las partes desiste, no pueden tener efectos en un litigio ulterior el hecho del desistimiento, las ofertas de negociación de las partes, los acuerdos que hayan sido revocados en el tiempo y la forma adecuados ni ninguna otra circunstancia conocida como consecuencia del procedimiento

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

obligatoria, si así se considerase posteriormente. En cualquier caso, en materia de mediación familiar, es cierto que la mediación se mira como paso previo al juicio, ya que el éxito de la mediación familiar depende precisamente de que las partes hayan acudido a ella de esa manera y por propia convicción. Lo idóneo sería que la obligación fuese únicamente la asistencia a una sesión informativa previa, para que las partes pudieran, al menos, conocer las ventajas de solucionar sus problemas por esta vía, de manera que correspondiera posteriormente solo a ellas la decisión de continuar o no con el procedimiento.

A favor de la mediación obligatoria se invocan como argumentos: (1) su eficiencia (por descargar de asuntos a los tribunales); (2) su promoción ante los abogados (que muchas veces critican este mecanismo sin utilizarlo, situación que se percibe en la práctica al no existir la difusión necesaria de este método y por la falta generalizada de información por parte de los abogados sobre esta alternativa a sus clientes; y (3) su aplicación para los ciudadanos que lo perciben como un síntoma de fragilidad de su pretensión (pensando que indican a la parte contraria que su causa o derecho no es sólido)¹²⁸.

Algunos autores¹²⁹ sostienen que la tendencia para implementar sistemas de mediación obligatoria no es defendible, salvo casos excepcionales. Para otros, en cambio, la postura se decanta contra cualquier obligatoriedad de aplicación de la mediación por la naturaleza consensual inherente a ella: lo que caracteriza a la mediación es precisamente la voluntariedad; por ende, las partes, si no se sintieran totalmente libres, podrían dejar sin efecto el acuerdo y, con ello, hacer fracasar la mediación.

También es cierto que en algunas legislaciones se utiliza el sistema de obligatoriedad-sanción. Así ocurre en Argentina, donde se impone una multa, o en Inglaterra: el rechazo de

¹²⁸ REUBEN, Richard C. (2007). Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation. *Dispute Resolution Magazine*, 13(2), p. 13.

¹²⁹ Para Nelle (1992), solo se debe establecer la *mandatory mediation* en los siguientes casos: (a) para conflictos apropiados (principalmente cuando están basados en los intereses de las partes y no tanto en el derecho aplicable al caso); (b) cuando las relaciones de poder estuvieran en equilibrio; y (c) para superar barreras en la aplicación de la mediación. NELLE, Andreas (1992). Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 7 (2), 287-313.

la mediación puede conllevar una condena en costas. Situación distinta es la mediación sugerida o inducida, en que la mediación es una fase del proceso, pero facultativa, que las partes pueden aceptar o rechazar, sin existir obligatoriedad o sanción por la no participación.

En lo que atañe al caso chileno, cabe destacar que la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008, introduce la mediación previa obligatoria por lo que se modifica la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En esta normativa se establece la mediación familiar como un proceso extrajudicial para la resolución de conflictos. En el proyecto de ley de los Tribunales de Familia, presentado el 5 de noviembre de 1997 ante la Cámara de Diputados, ya se establecía la mediación previa y obligatoria¹³⁰ en ciertas materias que debían ser iniciadas por un proceso de mediación, específicamente: el derecho de alimentos, el cuidado personal y el derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular.

La ley, que entró a regir el 1 de octubre de 2005, instituyó la mediación únicamente como un mecanismo voluntario tanto en su inicio como en la permanencia de las partes en ella. La explicación la encontramos en que se prefirió ese camino debido a que en esos momentos no existían los recursos humanos ni económicos que pudiesen garantizar un adecuado funcionamiento de la mediación previa y obligatoria.

Con todo, una vez aplicada, se observó que los resultados cuantitativos estaban por debajo de lo esperado, por lo que la implementación voluntaria a la legislación chilena se convirtió en un verdadero fracaso debido al desconocimiento por parte de la población de este mecanismo de resolución de conflictos y de sus ventajas. Debido a que la poca información que tenían los abogados y los jueces para acceder a ella provocó la falta de interés en el momento de elegirla, se debió sustituir por la derivación obligatoria¹³¹ en tres materias

¹³⁰ En el proyecto original de la Ley que crea los Tribunales de Familia, en su artículo 23 inciso 2.º para todos los efectos legales, se entiende por *mediación* aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto.

¹³¹ VARGAS, Macarena (2008). Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*, 21(2), 183-202. [En línea].

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

previamente a la interposición de la demanda. El artículo 106 inciso 1.º de la Ley de Tribunales de Familia señala que «la pensión de alimentos, el cuidado personal, y el derecho de los padres que viven separados a mantener una relación directa y regular con los hijos, hijas que no viven con ellos deben someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento».

Ello significa que las partes, aunque deseen ir directamente al procedimiento judicial, no pueden hacerlo, ya que deben previamente someterlo a mediación. Solo en el caso de verse frustrada la mediación, podrán iniciar el procedimiento por vía judicial, con el certificado de mediación frustrada.

La explicación al establecimiento de la mediación previa en la legislación chilena está basada en consideraciones de eficacia y gestión de los recursos judiciales¹³² con el fin de descongestionar los tribunales de familia, ya que la gran mayoría de las veces, por desconocimiento de la población en lo que atañe a la mediación, este método no logra posicionarse como un modo alternativo de resolución de conflictos¹³³. De este modo se evita que no se pierdan los objetivos sustantivos del establecimiento de la mediación en el contexto familiar ni los principios en que se basa. Si bien la mediación en ciertas materias es obligatoria como instancia prejudicial, se mantiene el principio de la voluntariedad de las partes para continuar o no con el proceso iniciado:

«En todo caso para que exista voluntariedad –entendida como primera característica de la mediación– resulta imprescindible que sean las partes las que acudan libremente a este procedimiento. Tanto es así que, al compararse el proceso judicial

¹³² Como resultado de la aplicación de políticas públicas destinadas a mejorar la calidad, percepción y acceso a la justicia, dirigidas a la aceptación cultural de los sistemas alternativos de solución de conflictos como una forma válida y eficaz para resolver la controversia y llegar a un acuerdo.

¹³³ Ley 20.286. Artículo 106.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al der echo de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

y la mediación, se contraponen la obligatoriedad del primero y la voluntariedad del segundo¹³⁴».

Lo que ha pretendido el Estado chileno con la reforma introducida en la Ley 20.286 es fortalecer la mediación como un mecanismo eficiente para la resolución de conflictos a través de una vía no adversarial.

Es importante señalar que tanto la legislación chilena como la legislación catalana concuerdan en que en la mediación familiar el principio rector es la voluntariedad:

«En cuanto al carácter esencial de la voluntariedad tiene su origen en la regla de que nadie puede negociar si no desea hacerlo. Sin el consentimiento de todas las partes involucradas no hay posibilidad de negociar. En el campo de la mediación el mencionado principio se traduce en las siguientes consecuencias. Primero, nadie puede ser obligado a resolver un conflicto únicamente a través de la mediación. Segundo, las partes una vez sometido un caso a mediación, se pueden retirar cuando lo deseen. Es más, nadie puede ser obligado a asistir a una sesión de mediación, incluso aquella persona que ha promovido la mediación, como también en los casos en que la mediación es previa y obligatoria al ejercicio de una acción judicial¹³⁵».

Por ende, los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión o durante el procedimiento, alguna de las partes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, esta se tendrá por terminada y quedará la posibilidad de seguir el proceso mediante el juicio. Por otro lado, si bien el mediador está facultado para exponer las ventajas de permanecer en la mediación, en ningún caso puede obligar o impedir la decisión de no continuar con el proceso, ya que las partes participan libremente y sin ninguna autoridad que los obligue. Y si abandonan en cualquier momento el proceso de mediación, esta decisión no debe considerarse como un perjuicio para la parte que tomó la decisión. En síntesis, se sigue respetando el principio, ya que sigue siendo voluntario para

¹³⁴ GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2009). *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid: La Ley, p.165.

¹³⁵ REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN. La mediación previa y obligatoria en los Tribunales de Familia por la ley 20.286. Un análisis comparativo. N° 223-224, año LXXVI (en diciembre 2008).

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

las partes asistir a la citación o permanecer en el procedimiento ante el mediador, y más aún, llegar a acuerdos¹³⁶.

La legislación catalana agrega que no solo debe entenderse aplicable este principio para las partes, sino ya que también se extiende al mediador¹³⁷. En Chile esta regla presenta ciertos matices. En los casos en que el mediador se encuentre frente a una mediación frustrada¹³⁸ la ley le faculta para retirarse, apoyado en el principio de imparcialidad o neutralidad que debe mantener el profesional en el proceso de mediación. Pero la situación se vuelve un tanto más complicada en el caso de aquellos mediadores que han ganado la licitación¹³⁹ o que tienen contratada, con el Ministerio de Justicia, la prestación de sus servicios de forma gratuita, a las partes, en todo el procedimiento de mediación. Esto es así porque sobre ellos pesa la obligación de prestar sus servicios conforme lo establecen las Bases Técnicas de Licitación en la resolución 188, N°7.1 del Ministerio de Justicia, y es falta gravísima y causal de término del contrato¹⁴⁰ el no asumir, injustificadamente, una mediación derivada o voluntaria. De ello se desprende que, en principio, el mediador deberá prestar los servicios a los que se obligó. Además, la sanción solo es ejecutada en el caso de que resulte ser injustificada: basta, para estos casos, la falta de objetividad, que se traduce en no poder ser imparcial frente al caso que se le presenta —con lo que pueden verse vulnerados otros principios de la mediación—; o bien, la constatación, al tratar a las partes, de la imposibilidad de que estas puedan llegar a un acuerdo.

136 DONOSO, María de la Paz y SALGADO, Clara (2010). Mediación Familiar. Un enfoque de la familia y su contexto legal. Santiago de Chile: Ediciones UCH, p. 155.

¹³⁷ Ley Mediación Familiar Catalana, de 12 de julio 15/2009 Artículo 14.b) Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones establecidas por la presente ley, así como si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida, dadas las cuestiones sometidas a mediación. La persona mediadora debe prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes y, si procede, denunciar el hecho a las autoridades judiciales.

¹³⁸ Artículo 111 inciso 4 Ley Tribunales de Familia. «Se entenderá que la mediación se frustra si algunos de los participantes, citado por dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa; si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y, en general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no alcanzará acuerdos».

¹³⁹ Ministerio de Justicia. Resolución 188 (29 de agosto de 2011), Nuevas bases de licitación de servicios de mediación, N°7.1 «los contratados tienen la obligación de prestar servicios de mediación familiar en las materias susceptibles de dicho procedimiento, en conformidad a la legislación vigente, sean estas de derivación previa o voluntaria».

¹⁴⁰ Ministerio de Justicia. Resolución 188 (29 de agosto de 2011), Nuevas bases de licitación de servicios de mediación. N°24.2 letra d.

No se considera una excepción al principio de voluntariedad, puesto que las partes no están obligadas a participar en este proceso. Es lo que la ley ha denominado *mediación frustrada*. Se entiende por tal la no asistencia a la sesión inicial y esperar a la segunda citación, a la que tampoco se asiste. Frente a esta no actuación, es necesario pedir el certificado de mediación frustrada para presentar la correspondiente demanda ante el Tribunal de Familia. De lo dicho anteriormente se puede señalar que la terminología de *mediación obligatoria* que le dan algunos autores¹⁴¹ no es la más adecuada, ya que induce a errores al indicar su particularidad. Si bien en los tres casos exigidos por la ley, la mediación es provocada por la autoridad, los partícipes no se desprenden en ningún caso de la libertad para decidir si desean o no participar del proceso de mediación.

La limitación que acompaña a este principio se manifiesta una vez que se ha producido el acuerdo, ya sea total o parcial, y se ha firmado el acta de acuerdo, ya que a partir de ese momento esta es obligatoria para las partes que la hayan suscrito¹⁴²: la ley le da el valor de sentencia ejecutoriada y puede hacer exigible su cumplimiento por medio de la fuerza¹⁴³.

Por último, se debe señalar que existen situaciones en las que la mediación no puede llevarse a cabo, como ocurre en los casos en que las partes no están dispuestas a llegar a un acuerdo, o bien existe un desequilibrio de poderes o de medios tales como el tiempo, dinero, custodia de los hijos, entre otros, o se evidencia una relación de maltrato entre los actores¹⁴⁴, ya que el principio de voluntariedad se ve claramente vulnerado.

¹⁴¹ VARGAS, Macarena (2008). Mediación obligatoria y algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*, (Valdivia), 21(2), pp. 183-202, y MOORE, Christopher (2006). *El proceso de mediación*. Buenos Aires: Granica.

¹⁴² Artículo 111 inciso 2°. El acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez, en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de la partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

¹⁴³ En materia de familia impera la regla de que la cosa juzgada solo es formal en cuanto que las partes pueden, transcurrido el plazo que la ley determina, demandar nuevamente la misma materia y por la misma causa, si hay un cambio de circunstancias que lo amerite. Esta regla es aplicable tanto a una sentencia judicial como a un acta de mediación firmada por las partes

¹⁴⁴ GARCIA BACETE, Francisco, VAQUER, Antoni y GOMIS, Cristina (Coords.) (2010). *Intervención y Mediación familiar...*, *op. cit.*, p. 490.

1.4.2. Imparcialidad de los mediadores

La imparcialidad de los mediadores significa que el mediador no debe tomar partido por ninguna de las partes del proceso y que sus creencias no pueden convertirlo en aliado de una de las partes. Ello implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, de manera que deberán abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viera afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso y justificarse ante el juzgado que corresponda. Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.

Tanto el ordenamiento jurídico chileno¹⁴⁵ como el catalán¹⁴⁶ lo incorporan como principio de la mediación¹⁴⁷.

En esta materia resulta una buena guía la Recomendación N.º R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, al definir los principios de imparcialidad y neutralidad, II. a y b de la siguiente manera: «el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes» y «el mediador es neutro en cuanto a la resolución del

¹⁴⁵ Ley 20.286. Artículo 105,d) Imparcialidad: lo que implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viera afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda.

¹⁴⁶ Ley 15/2009 de 12 de julio Artículo 6. *Imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora.*

1. La persona mediadora ejerce su función con imparcialidad y neutralidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es preciso, debe interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia. En todo caso, se debe interrumpir o, si procede, paralizar el inicio de la mediación familiar, si está implicada una mujer que ha sufrido o sufre cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja o en el ámbito familiar objeto de la mediación.

2. La persona mediadora debe ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos sus compromisos y decisiones sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta y sin tomar parte. 3. Si existe conflicto de intereses, vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo grado, o amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y una de las partes, la persona mediadora debe declinar la designación. En caso de duda, puede solicitar un informe a su colegio profesional.

4. No puede actuar como mediador o mediadora la persona que anteriormente ha intervenido profesionalmente en defensa de los intereses de una de las partes en contra de la otra.

5. Si se da alguno de los supuestos del apartado 3 y la persona mediadora no ha declinado la designación, la parte puede, en cualquier momento del procedimiento, recusar su nombramiento, ante el órgano o la persona que la haya designado, de acuerdo con lo establecido por la legislación sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

proceso de mediación». Se entiende, por ende, que el principio de imparcialidad trata de asegurar que el mediador no tiene ningún tipo de relación con las partes¹⁴⁸. El mediador imparcial es el que lleva a que se preserve la igualdad de las partes sin asumir la posición de ninguna de ellas y con el máximo respeto de sus intereses. Es importante reconocer que «la actividad del mediador no es en modo alguno terapéutica, sino que debe consistir en identificar intuitivamente la situación de conflicto y, con espíritu de servicio, facilitar la comunicación sin influir en la decisión finalmente acordadas, que corresponden exclusivamente a las partes¹⁴⁹».

El mediador familiar es imparcial frente a las partes y posibilita su igualdad de poder. Aquí se puede agregar la equidistancia, ya que se asiste a las partes de igual forma con el fin de que estas puedan exponer sus puntos de vista; de ahí que, en los casos en que haya alguna situación de amistad, pleito, entre otros, con alguna de ellas, deberá abstenerse de intervenir¹⁵⁰.

Este tercero encargado de acercar los postulados de las partes viabiliza el proceso sin ejercer presión sobre ellas para lograr un acuerdo, por lo que el mediador no dispone sino que propone: su actuación no es pasiva; y debe involucrarse activamente en la negociación aunque sin tomar partido, pero colocando el máximo interés tanto en eliminar los desequilibrios existentes entre las partes debido a su diverso poder negociador, como en conseguir que el resultado sea realista, duradero y favorable para los intervinientes.

Se debe agregar que el mediador no podrá resolver los casos en que aprecie una relación de desequilibrio de recursos entre los actores (por ejemplo, recursos económicos, síndrome de alienación parental) durante el proceso de mediación. Ante tal circunstancia, el mediador

¹⁴⁸ BLANCO, Marta (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid: Editorial Reus, p. 171.

¹⁴⁹ VILLAGRASA, Carlos y VALL, Ana María (2003). Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Dret Civil de Catalunya. *Revista jurídica de Catalunya*, 102(2), pp. 333-360.

¹⁵⁰ Es importante señalar en este punto lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley de Mediación Familiar Catalana, cuando afirma «en el caso de que no haya hijos comunes o que haya mayores de edad o emancipados, se ha de dar prioridad al interés del cónyuge o miembro de la pareja más necesitada de protección, en atención a criterios de edad, de situación laboral, de salud física y psíquica y de duración de la convivencia...», pues se opone al concepto de imparcialidad por parte del mediador.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

deberá suspender el proceso, abandonar esa imparcialidad y derivar el caso al servicio adecuado¹⁵¹.

La calidad del proceso de mediación depende, y en mucho, de la cualificación y profesionalidad del mediador que la lleve a cabo.

La estricta imparcialidad restringirá las intervenciones del mediador para sostener a una parte más que a la otra en una coyuntura particular. El mediador debe intervenir proactivamente en ayuda de un participante en una determinada situación, al tiempo que debe mantener un equilibrio en el proceso en su conjunto.

Parte de la doctrina¹⁵² considera que el término de imparcialidad debe incorporar el concepto de *equidistancia*, que alude a que el mediador presta igual atención a todos los participantes y maneja el proceso en una manera equilibrada y equitativa.

1.4.3. Neutralidad

El mediador debe ser neutral frente a los distintos intereses. Esta es la primera consigna para los mediadores: no debe tomarse partido por ninguna de las partes, y ha de garantizarse la igualdad de quienes participan en el proceso de mediación. Se entiende este principio como aquel que impide al mediador imponer un determinado acuerdo u orientar a las partes a acuerdos que se correspondan con su propia escala de valores¹⁵³. El principio exige, pues, no imponer acuerdos ni orientar a las partes para que acepten soluciones que estén en línea con su propia escala de valores: es una búsqueda de favorecer que las partes encuentren un ámbito y clima de diálogo, así como de garantizar una igualdad entre ellas basada en el principio de la buena fe. Por eso es que «el concepto de neutralidad, tal y como se entiende en mediación, dista del tradicionalmente entendido en el ámbito judicial, ya que

¹⁵¹ GARCÍA BACETE, Francisco, VAQUER, Antoni y GOMIS, Cristina (Coords.) (2010). *Intervención y Mediación familiar...*, op. cit., p. 487.

¹⁵² PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación familiar: Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*. Madrid: Gedisa, p. 30.

¹⁵³ BLANCO, Marta (2009). *Colección de Mediación...*, op. cit., p.174.

mientras el juez debe encontrar la “verdad real” y resolver según dicta la ley, el mediador es un intermediario que debe conseguir que las partes encuentren la verdadera satisfacción de sus intereses autocomponiendo el resultado de la disputa¹⁵⁴».

Es importante señalar que esto no significa que el mediador pueda tener una opinión personal al respecto. Es cierto que se parte del reconocimiento de unos valores, pero no se considera que sea pertinente que la persona mediadora comience el proceso imponiendo sus valoraciones personales para llevar a cabo su quehacer, y que se predisponga, en función de ello, a favor o en contra de alguna parte¹⁵⁵: estas valoraciones deben estar al margen de los intereses de las partes litigantes, para lo que cabe ser consciente de que la mejor solución es la que las partes quieren y no la que el mediador entienda como tal¹⁵⁶; lo que no significa que se dejen al margen todo tipo de valores y que se actúe de manera pasiva¹⁵⁷.

El código de conducta europeo para los mediadores vincula la neutralidad con la independencia. Señala que el mediador no podrá comenzar o continuar con una mediación sin dar a conocer las circunstancias que pudieran interferir en su independencia, o crear «un conflicto de intereses». Esta obligación permanece a lo largo de todo el proceso de mediación. Además, la neutralidad es más bien un compromiso ético intangible, no objetivable. La calidad de la neutralidad del mediador es una operación subjetiva, que difícilmente se pueda definir en una norma legal¹⁵⁸.

Se mira la neutralidad desde dos puntos de vista: por un lado está «el comportamiento o la relación entre el interventor y los litigantes. Los mediadores a menudo no han tenido una

¹⁵⁴ De DIEGO, Rafael, GUILLÉN, Carlos (2006). *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide, p.71.

¹⁵⁵ SUARES, Marínés (1996). *Mediación, conducción de disputas...*, op. cit., p. 58.

¹⁵⁶ Villaluenga (2006) afirma al respecto: «Ciertamente la influencia del mediador es inevitable (...). La cuestión radica, entonces, en determinar qué influencia resulta o no aceptable. En nuestra opinión, la clave está en el respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, entendido en sentido amplio. Es decir, la neutralidad pasaría por atender al ser y sentir de los sujetos que acuden a mediación, así como a la voluntad que manifiestan en mejor o peor manera (tanto si son capaces de expresarse en el lenguaje de las necesidades, como si sólo lo hacen desde sus posiciones)» (GARCÍA VILLALUENGA, Leticia (2006). *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, p.406).

¹⁵⁷ SUARES, Marínés. (1996). *Mediación. Conducción de disputas...*, op. cit., p. 58.

¹⁵⁸ GARCÍA BACETE, Francisco, VAQUER, Antoni y GOMIS, Cristina (Coords.) (2010). *Intervención y Mediación familiar...*, op. cit., p. 487.

relación previa con las partes en litigio o no han mantenido una relación en la cual hayan influido directamente las recompensas o beneficios destinados a una de las partes en detrimento de la otra; y por otro, está la idea de que el mediador no espera cosechar directamente beneficios o retribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encauzar la mediación¹⁵⁹».

Por último, se debe mencionar que la neutralidad no ha de suponer pasividad por parte de la persona mediadora: todo lo contrario, debe involucrarse en el caso pero ciñéndose a su papel, que no es otro que el de conducir y facilitar el proceso. Para ello ha de saber facilitar la comunicación entre las partes¹⁶⁰.

1.4.4. Confidencialidad

La confidencialidad significa que el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y que no podrá revelar su contenido a menos que las partes, de común acuerdo, lo autoricen. Ya que está amparado por el secreto profesional¹⁶¹.

En Chile, la normativa sobre mediación, en su artículo 105 letra c), señala «que la violación de esta reserva será sancionada con la pena, prevista en el artículo 247 del Código Penal, de reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales. Agrega, que nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo. Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de

¹⁵⁹ MOORE, Christopher (1995). *El proceso de mediación...*, op. cit., p. 46.

¹⁶⁰ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia (2006). *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., 405.

¹⁶¹ En este sentido, tanto en la Recomendación (98) 1 del comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil del 19 de abril de 2002, la Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales o el borrador del Código de Conducta Europeo para los mediadores, como en la legislación autonómica sobre mediación familiar ha prestado especial atención a este principio, afirmando que todas las actas relativas a la mediación tienen carácter reservado. BLANCO, Marta (2009). *Colección de Mediación...*, op. cit., p.176.

niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención».

En Cataluña, por su parte, la violación del mencionado principio de confidencialidad¹⁶² se sanciona como infracción grave o muy grave, puesto que la revelación de secretos es penalmente sancionable. Es importante señalar que esta sanción solo dice *relación con el mediador* ya que no existe una pena expresa para la vulneración del principio de confidencialidad cuando la efectúan las partes.

Se reconoce en los dos textos legales que nada de lo manifestado por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo. Pero existen situaciones en que el mediador quedará exento del deber de confidencialidad, concretamente en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o de abuso en contra de niños, niñas o adolescentes e incluso a discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención. A su vez, si la persona mediadora tiene datos que revelan la existencia de una amenaza ya sea para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio debe detener el procedimiento de mediación e informar a las autoridades judiciales de este asunto.

¹⁶² Ley 15/2009 de 12 de julio. Artículo 7. *Confidencialidad*.

1. Todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia de esta mediación. Tanto los mediadores como los técnicos que participen en el procedimiento están obligados a la confidencialidad por el secreto profesional.

2. Las partes en un proceso de mediación no pueden solicitar en juicio ni en actos de instrucción judicial la declaración del mediador o mediadora como perito o testigo de una de las partes, para no comprometer su neutralidad, sin perjuicio de lo establecido por la legislación penal y procesal.

3. Las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado.

4. No está sujeta al deber de confidencialidad la información obtenida en el curso de la mediación que:

a) No está personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación.

b) Supone una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

c) Se obtiene en la mediación dentro del ámbito comunitario, si se utiliza el procedimiento del diálogo público como forma de intervención mediadora abierta a la participación ciudadana.

5. La persona mediadora, si tiene datos que revelan la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio, debe parar el procedimiento de mediación y debe informar de ello a las autoridades judiciales.

La confidencialidad del proceso de mediación genera un ambiente de confianza entre las partes y el mediador, para, de esta forma, permitir que el diálogo fluya con absoluta libertad y con la seguridad de que los asuntos tratados no serán expuestos por el mediador en ninguna instancia judicial.

1.4.5. Igualdad de condiciones de las partes

La igualdad de condiciones de las partes significa que ninguna de ellas puede abusar de la situación de inferioridad de la otra, de su error o de su ignorancia con la pretensión de lograr un acuerdo desequilibrado o manifiestamente injusto. En virtud de ello, el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. El mediador garantiza de esta manera que las partes en conflicto se encuentren en igualdad de condiciones para negociar.

Caso contrario, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga el equilibrio. De no ser esto posible, declarará terminada la mediación, siendo esta la razón por la cual se excluye la posibilidad de mediar en situaciones en que el desequilibrio de poder entre las partes en conflicto es de tal índole que ninguna actuación del mediador podrá desequilibrar una posible negociación¹⁶³. Un claro ejemplo lo constituyen los casos en que existe violencia intrafamiliar. Por eso, la ley, por regla general, prohíbe la mediación en este tipo de situaciones, ya que, debido a la desigualdad, una de las partes puede forzar un acuerdo a su favor.

Al encontrarnos con una sola parte que cede en todos o alguno de los puntos que se están tratando, no se estaría colaborando sino que abdicando: estaríamos en presencia, quizás, de una forma de autotutela encubierta.¹⁶⁴

¹⁶³ BLANCO, Marta (2009). *Colección de Mediación...*, op. cit., p. 172.

¹⁶⁴ NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio (2012). *Derecho Procesal de Familia...*, op.cit., p. 537.

1.4.6. Interacción protagónica de las partes

La interacción protagónica de las partes significa que ellas mismas son las que buscan una solución al conflicto, ayudadas por la persona mediadora, quien no les impone un determinado acuerdo. La solución es negociada, asumida y acordada por las partes.

Así, las partes, en el proceso de mediación, basan su participación esencialmente en la voluntariedad; es decir, el poder de decisión está en ellas¹⁶⁵. A lo apuntado anteriormente debemos agregar que, si bien la voluntariedad es un derecho, este también tiene que ir acompañado del «deber de una actitud mediadora¹⁶⁶», ya que por medio de esta es más factible poder llegar a un acuerdo. Algunos autores¹⁶⁷ consideran este acuerdo la base del principio denominado *protagonismo de las partes*.

1.4.7. Buena fe

Tanto las partes como la persona del mediador deben actuar conforme al principio de la buena fe. Así, la mediación familiar no debe ser empleada como un instrumento dilatorio sino en la voluntad de subrayar ese elemento cooperativo para la resolución o interpretación del conflicto. El mediador debe mantener la lealtad en el desempeño de su función y las partes se han de comprometer a colaborar con él durante todo el proceso¹⁶⁸: el mediador debe estar alerta a cualquier señal que indique una actuación de mala fe. Por tanto, esa superación de la desconfianza se hace necesaria para avanzar, incluso si no se llega a

¹⁶⁵ «La voluntariedad está representada por distintas tomas de decisiones. La primera es decidir ir a informarse sobre lo que es la mediación, después decidir aceptar la mediación, decidir continuar en ella y finalmente concluir con sus propios acuerdos» (BERNAL, Teresa (2008). *La mediación, una solución...*, *op. cit.*, p. 134).

¹⁶⁶ SUARES, Marínés (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

¹⁶⁷ El acuerdo debe ser resultado del trabajo común de las partes con el mediador, pero será mejor, mientras más hayan trabajado las partes en diálogo directo y cuanto más refleje el contenido y espíritu de la comunicación lograda (BIANCHI, Roberto A. (1996). *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires: Zavalia, p. 61. Y los individuos que participan en una mediación son los que tienen que tomar decisiones respecto sus problemas, ellos deben sentirse capaces de tomar esas decisiones (DÍEZ, Francisco y TAPIA, Graciela (1999). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Editorial Paidós, p.47.

¹⁶⁸ DUPLÁ, María Teresa (coord.) (2012). *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 420.

acuerdos, lo que significa que el mediador «debe partir del presupuesto de que las partes en conflicto actúan con sinceridad, honradez y rectitud¹⁶⁹».

La buena fe se presume. Al ser las partes interlocutoras entre sí, necesariamente se deben escuchar y respetar mutuamente. En síntesis, la buena fe significa actuar sin malicia, sin mentiras, sin mala fe¹⁷⁰. Frente a la ausencia de este principio, el asunto se debe resolver por otros medios.

1.4.8. Carácter personalísimo

En la mediación, tanto las partes como el mediador deben asistir personalmente a las reuniones, lo que significa que no pueden concurrir ni representantes ni intermediarios: ello no impide que estas figuras puedan estar presentes, pero son prescindibles. Los abogados solo podrán acompañar, pero nunca reemplazarán a las partes.

En esta materia, el ordenamiento jurídico catalán¹⁷¹ es muy claro, al establecer el carácter personalísimo expresamente en su artículo 8 (Ley 15/2009, de 12 de julio): se basa en el principio de la autocomposición del conflicto, ya que son las partes y no el mediador quienes definen los términos del acuerdo, de manera que el protagonismo de las partes es la principal aportación. Por ello, en la mediación se observa que el acuerdo a que se llega es producto de la negociación efectuada por las propias partes. Son ellas quienes definen los términos del acuerdo. Es lo que se denomina *principio de autocomposición del conflicto*¹⁷², en que el mediador solo es un guía, un comunicador entre las partes, sin poder de decisión alguno:

¹⁶⁹ SORIA, Miguel Ángel, VILLAGRASA, Carlos y AMADAMS, Inma (2008). *Mediación Familiar...*, *op. cit.*, p. 200.

¹⁷⁰ ÁLVAREZ, Manuel (coord.) (2013). *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Madrid: Dykinson, p. 13.

¹⁷¹ Ley 15/2009 de 12 julio. Artículo 8. *Carácter personalísimo*.

1. En la mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación.

2. En la mediación civil, entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.

¹⁷² VELARDE, María Silvia. *Introducción al derecho del arbitraje...*, *op. cit.*, p. 289.

«La actividad mediadora supone presencia, tanto de la persona mediadora como a las partes. En todo caso quien media no sólo es el testigo de todos y cada uno de los acuerdos que se pueden adoptar, sino también de cómo éstos se han gestado¹⁷³».

Una de las formas para poner término a una controversia se logra con la concurrencia de los implicados; ello, por razones obvias, ya que las partes «son los únicos interlocutores válidos¹⁷⁴» para llegar a un acuerdo que sea parcial o total de manera amigable.

1.4.9. Consideración de opiniones de terceros

En el artículo 105 letra f) de la Ley de Tribunales de Familia se establece, en relación al principio de opiniones de terceros, lo siguiente: «Opiniones de terceros: en virtud del cual, el mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar».

Se entiende por *terceros* en la mediación «aquellas personas que, sin tener en sus manos el poder de decidir el asunto controvertido pueden verse perjudicadas o favorecidas por lo que se acuerde como resultado de este proceso¹⁷⁵».

En esta materia los resultados del conflicto atañen también a un grupo de personas que no son los actores principales del conflicto. Por ello, el mediador velará para que se consideren, a su vez, las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

Quienes forman parte de este grupo son, en primer término, los hijos, que pueden ser niños, niñas o adolescentes; de manera que, siguiendo el principio del interés superior del niño¹⁷⁶

¹⁷³ GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2009). La mediación familiar..., *op. cit.*, p. 510.

¹⁷⁴ Materiales jurídicos del libro blanco de la Mediación en Cataluña. Generalitat de Catalunya Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada. Volumen II. 2011, p.157.

¹⁷⁵ TARUD, Claudia (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión jurídica*, 12(23), pp.115-132.

¹⁷⁶ Artículo 3, inciso primero «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷⁷, se pretende recalcar su especial situación de vulnerabilidad, ya que no están en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, y carecen por sí solos de influencia social. De ahí la importancia de darles una mayor participación en la vida familiar: frente al conflicto, que ellos sean parte, ya que a través de este proceso se facilita la comunicación de manera eficaz y clara, y con la ayuda del mediador, las partes (progenitores e hijos) pueden llegar a definir el conflicto y a descubrir los intereses, las necesidades y los sentimientos que existen detrás de las posiciones.

El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes todavía se encuentra dando los primeros pasos. Alcanza un cierto protagonismo en asuntos tales como los conflictos entre progenitores e hijos adolescentes, ya que estos últimos son, evidentemente, parte de la mediación. Paulatinamente los agentes jurídicos están incorporando a los menores de edad en este tipo de proceso pero protegiéndolos de los agravios y del malestar que les ocasionan las controversias que existen entre sus padres. La esencia de la mediación es precisamente la de permitir que todo el mundo pueda ser participe activo en la gestión de sus conflictos y, por ende, los niños tienen que ser actores en la mediación familiar.

En la legislación chilena este proceso se basa en buscar la situación en que menos se judicialice el conflicto, con el objeto de que los menores no tengan que llegar a los tribunales. Por ello, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente: el mediador podrá citarlos solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación¹⁷⁸. La participación del menor de edad se centra en situaciones puntuales con el fin de que tenga la mínima relación con todo el conflicto.

¹⁷⁷ 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 se le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» de la CDN.

¹⁷⁸ Artículo 105 letra e, significa que las partes y el mediador deberán procurar el bienestar de los niños y niñas, y tomar en cuenta sus necesidades al momento de llegar a acuerdos.

Otro derecho que acompaña al interés superior del niño es el derecho a ser oído¹⁷⁹ en todos los procesos en que se están decidiendo asuntos que le conciernen. Por este motivo, hoy día el menor de edad se encuentra incorporado en la mediación, y se privilegia su bienestar físico y psicológico¹⁸⁰ sobre el interés particular de los progenitores.

Sobre esta materia, la legislación catalana ha introducido una norma en su artículo 4¹⁸¹, en relación con las personas legitimadas para intervenir en un proceso de mediación. En el caso de los menores de edad, el numeral 2 establece que, excepcionalmente, pueden solicitar la mediación en las siguientes materias: filiación, adopción y acogida; así como en las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica, o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer datos biológicos. También pueden solicitar la mediación en los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos, así como en los casos en que existan conflictos relativos a la comunicación y relación entre los progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas que formen parte del ámbito familiar. Agrega además, en los casos en que exista contradicción de intereses, los menores pueden participar asistidos por un defensor o defensora: su limitante es que tengan suficiente conocimiento.

Cabe especificar, en cualquier caso, que los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Como una medida de protección al menor en

¹⁷⁹ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 12.2. 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.

¹⁸⁰ CÁRDENAS (1999) señala que, para aprovechar las ventajas y disminuir los riesgos, es preferible hablar de una participación opcional y ordenada, que contempla requisitos y resguardos para el menor (CÁRDENAS, Eduardo (1999). *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Lumen/Humanitas. 1999, pp. 144-148).

¹⁸¹ Artículo 4. Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación:

1. Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación.

2. Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora.

Medios alternativos a la solución de conflictos. Mediación Familiar

los casos en que exista contradicción de intereses, estos menores de edad pueden participar asistidos por un defensor/a.

«La familia no es una agrupación social privada aislada por lo que son útiles las opiniones y datos que puedan aportar las personas que teniendo la calidad de terceros en el conflicto son, no obstante, miembros de la familia o cercanos a ésta¹⁸²».

También pueden ser convocados algún familiar o personas cercanas a la familia como vecinos, empleadores o trabajadores; e incluso puede contarse con la participación de otros profesionales en calidad de peritos, psicólogos orientadores familiares, etcétera.

Quien discrepa, en este punto, sobre la participación y opinión de terceros en el proceso de mediación es Garrido (2013)¹⁸³, basándose en los siguientes argumentos:

- a) La mediación atenta contra la intimidad de las partes.
- b) La mediación no es una cuestión de debate público. El público ningún derecho tiene a que en una relación de pareja o familia se considere su opinión, si no pertenece a esa pareja o familia;
- c) Nadie en lo absoluto conoce a cabalidad el trasfondo real de los problemas de una familia, más que los directamente involucrados, y con ello digo, ni los suegros, ni abuelos, ni tíos o sobrinos y
- d) Por último, la mediación supone que la solución provendrá exclusivamente de las partes, y la habilidad del mediador estará en buscar los factores que, ajustándose a esta premisa, logren aquello.

¹⁸² NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio (2012). Derecho Procesal de Familia..., *op. cit.*, p. 537.

¹⁸³ GARRIDO, Carlos (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Generalidades, contenido orgánico, competencia, principios y reglas generales, procedimientos, recursos, mediación y formularios*. Chile: Metropolitana, tomo III, p.1697.

Capítulo 2
El principio
del interés superior del niño

Capítulo 2

El principio del *interés superior del niño*

2. El principio del *interés superior del niño*

Antes de la aprobación y entrada en vigor, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños y adolescentes eran considerados «objetos pasivos de protección»¹⁸⁴ y, por tanto, ignorados como personas. Todo lo que tuviese que ver con la infancia y la adolescencia se trataba desde un parámetro privado y por medio de los progenitores o de los representantes legales.

Durante el siglo XX se empezaron a hacer evidentes las grandes transformaciones en materia de infancia hasta lograr su reconocimiento desde la perspectiva jurídica y social en el siglo XXI¹⁸⁵. Con todo, para alcanzar este reconocimiento se ha ido adoptando gradualmente un número significativo de tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, en general, y los derechos del niño, en particular. Con ello se comienza a consolidar un nuevo concepto de *infancia* y *adolescencia*, que ha ido permeándose paulatinamente en los ordenamientos jurídicos internos.

Es en la Convención sobre los Derechos del Niño donde se plasma todo este pensamiento: los intereses de los niños se convierten en verdaderos derechos y se reconoce a los menores de edad como personas por el mero hecho de tener la condición humana¹⁸⁶. Ello implica que los menores de edad ostentan derechos y obligaciones y gozan de las mismas garantías

¹⁸⁴ De acuerdo con el nuevo sistema de protección integral de niños y adolescentes que implica este nuevo modelo –a diferencia del modelo anterior– en el Paradigma de la Situación Irregular, en el que el niño era considerado «objeto» de protección estatal.

¹⁸⁵ ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget (1997). *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Buenos Aires: UNICEF. Título original: *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, Florencia: UNICEF, 1996.

¹⁸⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999b). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derecho del Niño*, N.º1, sección I. Santiago de Chile: UNICEF y Ministerio de Justicia, 45-63.

El principio del *interés superior del niño*

procesales reconocidas constitucionalmente para los adultos. Del mismo modo, quienes son llamados a cumplir y respetar estos derechos respecto de los niños y adolescentes son tanto los progenitores como las autoridades públicas.

2.1. Reseña histórica: antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño

Siguiendo un orden cronológico, la Declaración de Ginebra de 1924 constituye la piedra angular del derecho de la infancia por convertirse en el primer instrumento internacional de protección jurídica a favor de los derechos de los niños. Esta declaración fue fruto de un movimiento que culminó con la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989.

La Declaración de Ginebra fue aprobada el 26 de diciembre de 1924 por la Sociedad de las Naciones, organismo que antecedió a las Naciones Unidas. En realidad, solo representó una manifestación de intenciones: su redacción es general e imprecisa, de poco contenido jurídico, y carece de fuerza vinculante para los Estados. No obstante, resulta relevante por ser el primer intento de cambio respecto del concepto de *menor de edad*, y por sentar un precedente en torno a los derechos de la niñez¹⁸⁷. Esta declaración se compone de cinco principios que reconocen por primera vez al niño y adolescente como un sujeto individual al que se le deben asegurar las condiciones idóneas para su protección y desarrollo.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, se adoptó la Declaración Universal de los Derechos

¹⁸⁷ Según se señala en su preámbulo, su objetivo es que los gobiernos, y todos los hombres y mujeres, reconozcan que debe concederse a los niños estas mínimas consideraciones según lo que se crea mejor y más beneficioso para ellos, independientemente de su raza, nacionalidad o creencia religiosa. Es así como “se declara que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser asistido, el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla, el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en toda ocasión de calamidad pública.
4. El niño debe ser puesto en condición de ganar la subsistencia y ser protegido contra toda clase explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos”.

Humanos. En su artículo dos¹⁸⁸ *in limine* se lee «toda persona» –sin colocar límites de edad–, por lo que quedan tácitamente reconocidos los derechos de la infancia como derechos humanos; por lo tanto, estos derechos son también sujetos de protección¹⁸⁹.

Una década después, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, se aprobó el primer texto universal en que se tratan los derechos de los niños y adolescentes. La Declaración de los Derechos del Niño introduce y amplía el contenido de la Declaración de Ginebra: de cinco se pasa a diez principios sobre los derechos del niño¹⁹⁰. Si bien el alcance de esta declaración es de mayor profundidad que su antecedente inmediato en lo que atañe a principios, carece de la categoría de un tratado; por lo tanto, no resulta vinculante para los Estados.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño se convierte en el cuerpo legal universal de mayor relevancia en materia de niños y adolescentes¹⁹¹. Este texto fue adoptado, abierto a la firma y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, y tuvo su entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con lo establecido en artículo 49.

Este tratado se redactó sobre la base de los diez principios básicos formulados en la Declaración de los Derechos de los Niños de 1959, así como sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra de 1924 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y

¹⁸⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

¹⁸⁹ Actualmente no hay dudas acerca de ella.

¹⁹⁰ Principio 2, se declara que «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño».

El párrafo segundo del principio 7 anuncia: «El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres».

¹⁹¹ Es importante señalar que, si bien los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión, reunión y participación, en la Convención sobre los Derechos del Niño no figuran los derechos políticos en el sentido estricto: votar, ser candidato y tener acceso a la función pública.

El principio del *interés superior del niño*

Culturales, de 1966. Con posterioridad a su aprobación, se anexaron a la Convención sobre los Derechos del Niño, tres protocolos facultativos supervisados por el Comité de los Derechos del Niño¹⁹²: el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que entra en vigor el año 2002; y por último, un protocolo facultativo relativo a un Procedimiento de Presentación de Comunicaciones, firmado el año 2012. Hay unanimidad en reconocer que existe un antes y un después en el tratamiento jurídico de la infancia y la adolescencia a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En Chile, la Convención sobre los Derechos del Niño es derecho vigente desde la publicación del Decreto Supremo N.º 830, de 27 de septiembre de 1990. Fue suscrita por el Presidente de la República Patricio Aylwin, y aprobada por el Pleno del Congreso.

Una de las características relevantes de La Convención sobre los Derechos del Niño es que los Estados parte, una vez que la han aceptado y ratificado, deben encargarse de velar por su cumplimiento, con el compromiso de su implementación progresiva de acuerdo con su artículo 4¹⁹³. Ello supone que en toda ley que se apruebe y tenga relación directa con el menor de edad se deben tener presentes los principios¹⁹⁴ que inspiran y orientan el

¹⁹² El Comité de los Derechos del Niño es un órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa tanto la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño como la aplicación de los protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité de los Derechos del Niño es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su principal función de es la revisión de los informes periódicos preparados por los Estados parte sobre «las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos», así como «las circunstancias y dificultades, si las hubiera, que afectan el cumplimiento» de las obligaciones adquiridas con la Convención. El primer informe debe ser presentado a los dos años, a partir de la fecha en la que para cada Estado parte haya entrado en vigor la presente Convención y, en lo sucesivo, cada cinco años.

¹⁹³ Para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la redacción del artículo 4 establece lo siguiente: «Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional»

¹⁹⁴ Los derechos que los Estados parte se obligan a garantizar a través de la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser interpretados teniendo en cuenta cuatro valores fundamentales: en primer lugar, en el artículo 2.º, el principio de la «no discriminación»; en segundo lugar, en el artículo 3.º, el del «interés superior»; en tercer lugar, en el artículo 6.º, el «derecho a la vida, supervivencia y desarrollo»; y, por último, en el artículo 12.º es en donde se reconoce el derecho a participación por medio del respeto a la «opinión del niño».

contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio rector es el *interés superior del niño*¹⁹⁵.

La normativa inserta en la Convención sobre los Derechos del Niño ha provocado grandes cambios dentro del ordenamiento jurídico de los Estados parte, ya que gradualmente esta normativa se ha ido incorporando al Derecho nacional¹⁹⁶. Por ende, el compromiso legal de poner en práctica los principios y las disposiciones del tratado en los respectivos países ha desencadenado un proceso de adecuación de la legislación interna y, por tanto, la respectiva adopción de medidas para dar cumplimiento a estos derechos. El Comité sobre los Derechos del Niño es el órgano a través del cual se supervisa que los Estados parte apliquen la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se puede afirmar de lo antes expuesto que, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha pasado de una mera enunciación de principios a una efectiva aplicación de los derechos en la protección de la infancia. De este modo, se han concentrado en un solo instrumento todos los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, políticos y civiles.

En lo que atañe a otros instrumentos de protección, a partir de la década de los 60 van surgiendo nuevos instrumentos internacionales que prestan más atención a la infancia. Existe, de hecho, intención de conseguir una acabada regulación sobre los derechos de la niñez, ayudada en gran medida por el perfeccionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene como objetivo la igual protección de los derechos para todos los seres humanos.

En Europa, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 14 de noviembre de 1950, y en vigor, desde

¹⁹⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce derechos fundamentales como la libertad de expresión, reunión y participación; pero no figuran en él derechos políticos como el de votar, ser candidato y tener acceso a la función pública.

¹⁹⁶ En relación con el artículo 26 de la Convención de Viena, basado en el principio *pacta sunt servanda*: «Todo tratado es obligatorio para las partes del mismo y debe ser respetados de buena fe».

El principio del *interés superior del niño*

el 3 de septiembre de 1953, determina implícitamente los derechos de los niños¹⁹⁷ como fuente de todos los derechos de la humanidad. También cabe mencionar al respecto la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

Otro texto a tomar en consideración es el Convenio de la Haya sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores. Atendiendo al interés del niño, en el Convenio de la Haya se establece una excepción a la regla general de atribución de competencia a las autoridades del lugar de residencia del menor y a la regla general de aplicación de su ley interna (art. 4). A este respecto, en materia de adopción internacional, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional estipula, en su artículo 1, que tiene por objeto «establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional¹⁹⁸». El convenio fue aprobado en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Dentro del ámbito del derecho de familia consignamos, asimismo, el Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980; la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada mediante resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de

¹⁹⁷ Artículo 25: (1) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia: la salud y el bienestar, y, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (2) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

¹⁹⁸ En los casos de adopción internacional, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando las autoridades competentes del Estado de origen han constatado, después de examinar adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño (art. 4.b). Y, en el mismo sentido, el artículo (16.1.d). En el caso de que la adopción deba tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y «la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior», se han de tomar las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para retirar al niño de la familia adoptante, asegurar sin demora una nueva adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero, consultándolo previamente al Estado de origen e informándole sobre los nuevos padres adoptivos. Como último recurso se devolverá el niño al Estado de origen «si así lo exige su interés». Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta la opinión del menor, bien simplemente consultándole o siendo necesario su consentimiento, según su edad y grado de madurez (artículo 21). Por último, «solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño» (art. 24).

1992; la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 1996; el Convenio Europeo sobre Adopciones, aprobado inicialmente en el año 1967 y revisado el 27 de noviembre de 2008; el Convenio sobre la Visita a Menores, de 15 de mayo del 2003; y la Convención contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, de 25 de octubre de 2007.

Otros instrumentos jurídicos que refuerzan la idea del interés superior del niño son los siguientes: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000¹⁹⁹; y la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de 2010, en su artículo 24.2. (Derechos del Niño).

Por último, acerca del ámbito sanitario, en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, elaborado por el Consejo de Europa el año 1996 y ratificado el 4 de abril de 1997²⁰⁰, se reconoce expresamente, en materia de consentimiento informado, que la opinión del menor de edad debe ser tomada en consideración, de acuerdo con su edad y madurez.

Sobre la administración de justicia relacionada con menores de edad en conflicto con la ley penal, destacamos los siguientes instrumentos: a) Reglas de Beijing. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, de 29 de noviembre de 1984: estas reglas están expresamente incorporadas al preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰¹; b) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad²⁰²; c) Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención

¹⁹⁹ Artículo 24: «En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el superior interés del menor constituirá una consideración primordial».

²⁰⁰ Con posterioridad se anexan tres protocolos. El protocolo adicional sobre la prohibición de la clonación de seres humanos, de 12 de enero de 1998; el protocolo adicional sobre trasplantes de órganos y tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002; y el Protocolo adicional sobre investigación biomédica, de 25 de enero de 2005.

²⁰¹ Tienen por finalidad dar orientación a los Estados parte para que elaboren sistemas especiales para la administración de la justicia de menores de edad, que proteja y responda a las necesidades de los derechos de los adolescentes.

²⁰² Protegen los derechos fundamentales y obliga a los Estados a tomar medidas para la reinserción de las personas menores de edad que ya están privadas de libertad. Indica que la privación de libertad debe ser una disposición de último recurso, que dure lo menos posible y se limite a casos excepcionales; además, debe ajustarse estrictamente a los principios del derecho internacional.

El principio del *interés superior del niño*

de la Delincuencia Juvenil (Directrices RAID-Resolución 45/112 14, de noviembre de 1990²⁰³).

En América Latina, a su vez, como consecuencia de la celebración y ratificación de los tratados internacionales constitutivos, se establecen normativas jurídicas internacionales de protección, de alcance regional, acompañadas de un catálogo de responsabilidades internacionales para sus miembros con carácter vinculante. Así, podemos indicar que dentro del sistema interamericano destaca la Carta de la Organización de Estados Americanos; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que fue uno de los instrumentos precursores del desarrollo del marco jurídico referido a la protección de los grupos vulnerables, y establece el carácter prioritario que debe tener la infancia para los Estados; y la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el año 1969, por la que se crean dos órganos competentes para conocer las violaciones de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que inicia sus actividades en 1960, por medio de la cual se ha desarrollado los postulados del artículo VII²⁰⁴ de la Declaración Americana en los informes temáticos de las relatorías, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo a través del cual se ha confirmado la protección especial del niño como sujeto de derechos: su marco jurídico aplicable parte de las disposiciones tanto de la Declaración Americana como de la Convención Americana de Derechos Humanos, complementadas por la interpretación sistemática de sus textos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, a través del sistema de interpretación sistemática.

²⁰³ Guía de prevención para que los adolescentes y jóvenes no entren en conflicto con la ley.

²⁰⁴ Art. VII.-Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayudas especiales

2.2. El *interés superior del niño*: origen y evolución

Bajo el principio del *interés superior del niño*, los nuevos modelos familiares se basan en un sistema participativo y plural respecto del cuidado y del desarrollo integral de la personalidad del menor de edad. He aquí la exclusiva interconexión entre el Derecho de familia y el Derecho del menor de edad.

Es evidente que el eje central de la regulación del Derecho de familia se ha orientado hacia unas personas desatendidas hasta épocas recientes: los niños, niñas y adolescentes. Hoy el Derecho de familia ofrece una atención general a sus necesidades, en cuanto personas, y especialmente, en cuanto a su personalidad vulnerable y en formación.

En este contexto, el interés superior del menor es, además de un principio general, el mecanismo de garantía del disfrute de los derechos fundamentales del niño. Por ello, el reconocimiento de los derechos de la infancia conduce a una doble consecuencia: la fijación de un sistema de valores y la asignación de ámbitos de libertad en los que se manifiesta el interés del menor y que este se autorresponsabilice de sus decisiones.

Del análisis de la normativa internacional e interna que se realiza en este capítulo, así como de la evolución, tanto jurídica como social, de la consideración del niño y del adolescente en la sociedad, se deduce que el interés superior del niño ha experimentado una transformación profunda: ha pasado de ser un principio inexistente e inimaginable a convertirse en un principio implícito en muchas normas y resoluciones judiciales, para, finalmente, en el estadio actual, llegar a ser una realidad contemplada expresamente en la ley, basada en una concepción teleológica del Derecho.

De este modo, la Convención sobre los Derechos del Niño se materializa como un cuerpo legislativo de políticas públicas de infancia en el que el niño y el adolescente pasan a ser reconocidos como sujetos de derechos. Por este motivo, el Estado se compromete a garantizar sus derechos a través del cumplimiento de principios rectores en ella contenidos. Se entiende por *principios* aquellos que se imponen a las autoridades; esto es, aquellos que

El principio del *interés superior del niño*

son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y que van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos²⁰⁵.

En la protección integral, el principio del *interés superior del niño* ha estado siempre presente por ser esencial dentro del ámbito del Derecho de familia. Su origen se halla en el Derecho francés. Efectivamente, a partir de mediados del siglo XIX, en Francia²⁰⁶, un legislador lucha encausado para que este principio sea elevado al rango de principio general del Derecho. Así se puede comprobar en el Derecho civil; concretamente, en las leyes que limitan la patria potestad, del 24 de julio de 1889, en las que se hace un registro sobre esta materia por primera vez.

En Italia, en cambio, recién se comienza a tratar la noción del interés superior del niño a partir de la Ley de Adopción de 1967, en la que el uso de dicho concepto servía para «contrastar y superar antiguos prejuicios e incrustaciones culturales²⁰⁷».

Por último, en el Reino Unido, el *Welfare principle* o ‘Principio del Bienestar’ fue incorporado en la *Common Law* a principios del siglo XX como una consideración primordial (*Paramount consideration*) a tener presente en los supuestos de custodia. La legislación inmediatamente subsiguiente no pudo sino reflejar esa misma visión. Así se puso de manifiesto en la *Guardianship of Infants Act*, de 1925, en la que expresamente se estipula: «*in making decisions relating to the custody and upbringing of children, the courts should make the child's welfare the first and paramount* (la primera y primordial) *consideration*²⁰⁸».

²⁰⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999b). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*

²⁰⁶ RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (1996). Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la Loi et la Jurisprudence Française. En Víctor Solé Sala y Miguel Ángel Verdugo Alonso (coords.). *La Convención sobre los Derechos del Niño hacia el siglo XXI: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 de 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación de la UNICEF* (pp. 6-25). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

²⁰⁷ DOGLIOTTI, Massimo (1992). Che cosa è l'interesse del minore? *Diritto di famiglia e delle persone*, 21(4), 1992, 1093-1101.

²⁰⁸ Cfr. CRETNEY, Stephen Michael (1979). *Principles of Family Law*. London: Swett and Maxwell, p.491.

Con todo, el término, como lo conocemos hoy día, tiene su origen en la Child Welfare and Adoption Assistance Act, de 1980, en los Estados Unidos de América, para luego concretarse de manera definitiva en la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, en 1989, y en la Children Act, de 1989, en Inglaterra. Este principio destaca por la primacía de su interés por la protección integral público y privado. A nivel internacional, el concepto del *interés superior del niño* se recoge en el Preámbulo de la Convención de La Haya, de 1980: *Best Interest of the Children*²⁰⁹.

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene principios que la doctrina ha denominado *estructurantes*²¹⁰: principios guía, principios rectores, nociones marco; y precisamente uno de ellos es el principio del *interés superior del niño*²¹¹. Al estar dentro del rango de un principio rector, este se traduce en acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna sobre la base de las características propias de los niños y adolescentes, por medio de las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible, físico e intelectual²¹².

²⁰⁹ El origen del principio está en la tradición anglosajona: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (traducción aceptada al español).

²¹⁰ Destacan los siguientes principios: el principio de no discriminación (art.2), el derecho a la vida y a la integridad física (art.5), el derecho de autonomía y participación (arts. 5 y 12), el del interés superior del niño (art.3).

²¹¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999b). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derecho del Niño*, N°1, sección 1. Santiago de Chile: UNICEF y Ministerio de Justicia, 45-63.

²¹² La Convención sobre los Derechos del Niño agrupa en cuatro categorías los derechos fundamentales de la infancia:

a) Derecho de Supervivencia: el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo de sus capacidades (art. 6), a la salud (art. 24), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a la seguridad social (art. 26), a la protección en casos de conflictos armados (art. 38), a que los padres tengan la asistencia debida para que puedan asumir su crianza (art. 18).

b) Derecho al Desarrollo: derecho a la educación (arts. 28 y 29), acceso a la información (art. 17), a preservar su identidad (art. 8), al nombre y nacionalidad (art. 7), a no ser separado de sus padres (art. 9), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), a la recreación y la cultura (art. 31).

c) Derecho a la Protección: la protección abarca todas las formas de explotación y crueldad (art. 19); protección a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia o correspondencia (art. 16), protección especial al niño refugiado (art. 22), protección al niño mental o físicamente impedido (art. 23), protección contra abusos en el sistema de justicia penal (arts. 37 y 40), protección contra el abuso sexual (art. 34), contra la venta o trata de niños (art. 35), contra el uso ilícito de estupefacientes (art. 33).

d) Derecho a la Participación: los derechos a la participación incluyen la libertad de expresión (art. 13), el derecho a ser oído en todos los asuntos que lo afecten (art. 12), el derecho a la libre asociación y libertad de

En definitiva, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño se produce la transformación más relevante en materia legislativa respecto de la infancia y su relación con el Estado y demás organizaciones sociales. Se cambia la conceptualización de los niños y adolescentes como «objetos de derecho» a un nuevo paradigma «niño sujeto de derechos», sustentado por la Doctrina de la Protección Integral²¹³. Ello provoca cambios sustanciales en la normativa de los Estados parte, que adecuan sus legislaciones a esta nueva conceptualización.

2.3. La Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3.1) y sus Observaciones Generales

2.3.1. Doctrina de la protección integral

Con anterioridad a la Convención sobre los Derechos del Niño, la situación de la infancia y la adolescencia se regulaba de acuerdo con la doctrina de la situación irregular²¹⁴. Esta doctrina vehiculaba una concepción paternalista y asistencial que asumía que todos los niños o adolescentes pobres, víctimas de abusos o maltratos, que se encontraban en situación de riesgo o en estado de abandono, inadaptados o infractores de la ley penal, etc., eran objeto de intervención por parte del Estado al ser considerados vulnerables. Por ello, estos niños debían ser protegidos o vigilados. Se les consideraba, pues, como «un ser dependiente, que debía ser sometido a la intervención protectora y educadora del Estado, la cual era profundamente selectiva (...) [y] provocaba una identificación entre protección al

celebrar reuniones pacíficas (art. 15); también señalan indivisibilidad de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

²¹³ Además de la Convención sobre los Derechos del Niño, otros instrumentos internacionales que reconocen y resguardan los derechos de los niños y tienen el interés superior del niño como eje central son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), que son los instrumentos jurídicos que constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia.

²¹⁴ El Instituto Interamericano del Niño define la situación irregular como “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades”.

niño y sanción, sobre la base de un pretendido objetivo de beneficencia o bienestar²¹⁵». En suma, por ser calificados como objetos de derecho, el Estado y la sociedad debían asumir un rol proteccionista con los niños que se encontraban en situación de riesgo, sobre la base de poderes que sobrepasaban la esfera familiar.

En cambio, la Doctrina de la Protección Integral «propone un modelo jurídico de responsabilidad, que incorpora una importante distinción entre las intervenciones cuyo objetivo es sancionar, que, aunque garantizan los derechos, implican una cierta limitación de la libertad del niño, y aquellas de resguardo o restitución de los derechos amenazados o vulnerados, que no deben implicar restricción de derechos sino, todo lo contrario, garantía y restitución de ellos²¹⁶».

Cuatro principios básicos de la protección integral se fundamentan en los principios universales de los derechos humanos: la efectividad y prioridad absoluta; la igualdad o no discriminación; la participación solidaria del Estado, la sociedad y la familia para el pleno ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes; y, por último, el interés superior del niño. La protección integral, al considerar a los niños y adolescentes como sujetos de derecho y personas en desarrollo, pone de manifiesto que a estos menores de edad se les debe reconocer en las necesidades los derechos exigibles que forman parte de sus derechos humanos: hay que lograrlo de manera efectiva y sin discriminación, en especial para aquellos cuyos derechos han sido vulnerados.

Precisamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, refleja el carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia, así como su estrecha vinculación con la doctrina de los derechos humanos. De este modo, sus libertades:

«involucran al universo total de la población infantil-juvenil. Incluyen todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada

²¹⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan (1997). Perspectivas de un derecho penal del niño. *Nueva Doctrina Penal*, 1997 (A), p. 65.

²¹⁶ FARIAS BARRERA, Ana María (2003). El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos. *Revista de Derechos del Niño*, 2, 153-186.

El principio del *interés superior del niño*

adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia²¹⁷».

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Esta teoría no va dirigida a un determinado segmento de la población infantil y adolescente sino a todos los niños y adolescentes sin excepción alguna, lo que implica protección igualitaria para todos los niños sin distinción de sexo, raza o condición social, entre otros. Los derechos humanos están asegurados para todos los niños al igual que las libertades, tales como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación.

En consecuencia, del reconocimiento de estos derechos nace en los Estados parte el compromiso de modificar sus normativas internas²¹⁸ y de dirigirlas al niño como sujeto de derechos. De este modo, el Estado ostenta un rol meramente subsidiario: en función del

²¹⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Forum Pacis, p.11.

²¹⁸ De acuerdo con lo que plantea Emilio García Méndez, los rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral son las siguientes:

«a) Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no solo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles. b) Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no solo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público. c) Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente quien se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión. d) Se asegura jurídicamente el principio básico de la igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia. e) Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión – debidamente comprobada- de delitos o contravenciones. f) Considera a la infancia como sujeto pleno de derechos. g) Incorpora explícitamente los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional. h) Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional (solo para dar ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad».

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2004). *Infancia. De los derechos y de la Justicia*. Buenos Aires: Editores Del Puerto. (Véase el Capítulo I, Legislaciones infantojuveniles en América Latina: modelos y tendencias. Punto VII, p.13).

principio de la mínima intervención del Estado, este debe desarrollar las políticas de fomento y protección necesarias, e intervenir únicamente, y en última instancia²¹⁹, de forma directa en la relación familiar. Es decir, el Estado no puede intervenir en la familia a través de sus órganos, contra la voluntad de la propia unidad familiar, si no es en casos graves y extremos²²⁰.

Este principio está implícitamente considerado en la Convención sobre los Derechos del Niño²²¹, y señala que los convocados a su ejecución son, en primer término, el Estado, seguido de los legisladores y, por último, los progenitores.

Siguiendo este orden, es deber del Estado entregar los mecanismos necesarios para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos: por ello, los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante ciertos problemas, sino que deben proveer soluciones y no dejar que sean los propios particulares los que de manera exclusiva deban solventarlos. Estos y el Estado deben colaborar²²² de manera estrecha para alcanzar el grado de bienestar que corresponde²²³.

En segundo lugar, los legisladores son los que deben cumplir su función a través de las modificaciones de las leyes. En cuanto al ámbito de la infancia y de la adolescencia, su

²¹⁹ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes. *Revista Chilena de Derecho*, 2, p. 284.

²²⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile: Puntotext Thomson Reuters, pp. 26-27.

²²¹ Este principio se encuentra implícito en el texto de la Convención sobre los derechos del niño, al señalarse expresamente en su Preámbulo: «convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad».

²²² Lluís Flaquer (2002: 184) afirma que el recinto doméstico ya no es un coto cerrado, sino que recibe el impacto de numerosos factores exteriores, desde la política social hasta las leyes protectoras de la infancia y la adolescencia. Ya no puede seguir afirmándose que la tendencia imperante en la familia de nuestras sociedades es la privatización: tanto se da esta, como, en palabras del propio autor, la *publicización* (FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís (Coord.) (2002): *Informe sobre la situació de la família a Catalunya. Un intent de diagnòstic*. Barcelona: Ed. Departament de Benestar Social. Generalitat de Catalunya).

²²³ Así lo afirma Enrique Fernández Masía (1998), al considerar que las formas de protección de las personas menores de edad han sufrido una profunda transformación en las últimas décadas (FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique (1998). Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España. *Actualidad Civil*, 19, 427-428). Ello se refleja, básicamente, en la creciente acentuación de la dimensión pública frente a la puramente privada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

El principio del *interés superior del niño*

labor se traduce en adecuar la normativa jurídica a las necesidades de los menores de edad y al momento actual, garantizando así el bien común. Dentro de este grupo también se incluyen a los operadores judiciales, por lo que resulta esencial la especialización en temas de infancia y adolescencia de los llamados a realizar estas actuaciones; es decir, también están llamados los jueces, consejeros técnicos, funcionarios judiciales, mediadores, psicólogos, abogados y todos los que se relacionen con materias afines.

Por último, y no menos trascendental, es la labor de los progenitores. La Convención sobre los Derechos del Niño regula las relaciones entre el niño y su familia; primordialmente, las relaciones del niño con sus progenitores. De hecho, numerosas disposiciones reglamentan la materia: en los artículos 5²²⁴ y 18²²⁵ se establece el derecho de los padres a la crianza y la educación, así como su responsabilidad en ello, siendo deber del Estado garantizar y apoyar este derecho. Tales preceptos señalan que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con el interés superior de sus hijos. A su vez, reconocen que los niños y adolescentes podrán ejercer los derechos que les corresponden de acuerdo con la «evolución de sus facultades».

De la lectura de ambas disposiciones, mencionadas en el párrafo anterior, se puede extraer que es deber del Estado la protección y el desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos e intereses superiores, lo que limita a sus padres en su rol. En síntesis, podemos afirmar que el Estado, la familia y la sociedad juegan un papel

²²⁴ Artículo 5.

Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

²²⁵ Artículo 18.

1. Los Estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

fundamental para el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

A lo anteriormente expuesto debemos incorporar el principio del *interés superior del niño*, ya que es el elemento primordial para implementar políticas públicas y administrativas. En razón de esto, y con el fin de determinar la importancia que adquiere el principio del *interés superior del niño* en la sociedad, cabe mencionar un estudio *in situ* de la aplicación de este principio, a través del Unicef Internacional Child Development Centre, de Florencia. El estudio, presentado como Best Interest of the Child Project, fue dirigido por Ph. Alston, e incidió en la relación existente entre el relativismo cultural y el interés superior del niño en diversos lugares y culturas, tales como Japón, Francia o Zimbawe.

Este trabajo analizó, concretamente, las implicaciones de la aplicación y del desarrollo del interés superior del niño en estos países, y llegó a la conclusión de que «a pesar de la importancia y diversidad manifiesta de los valores culturales, de las costumbres, de las tradiciones jurídicas, etc., estas deben ceder cuando entran en conflicto con un derecho humano; en este caso, cuando van en detrimento del *interés superior del niño*²²⁶».

Por ende, queda claro hacia dónde va dirigida la doctrina de la protección integral en lo relativo al principio superior del niño: se entiende que este principio se establece como una forma de garantizar al niño la plena satisfacción de sus derechos, y surge en su calidad de persona humana, por lo que los niños deben ser respetados por los padres, la sociedad y el Estado. Así, los derechos del niño en su conjunto aseguran la debida protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

Este principio ha sido ampliamente recogido en las legislaciones de los países que han llevado adelante un proceso de reforma de su Derecho de familia, lo que en el presente se conoce como el Nuevo Paradigma del Derecho de Familia²²⁷. Entre esos países se

²²⁶ ALSTON, Philip (1994). The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family*, 8, 1-25.

²²⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005). *Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Punto Lex S.A, p. 33.

El principio del *interés superior del niño*

encuentra España, que tiene consagrada a nivel constitucional la protección de la infancia²²⁸. En cambio, en Chile actualmente solo existe el proyecto de ley que crea el «Sistema de garantía de los derechos de la niñez²²⁹» (Boletín N° 10.315-18, octubre 2015), cuyo objeto es: «la protección integral y el ejercicio de los derechos de los niños y niñas²³⁰» a cargo de la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados.

2.3.2. El artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la premisa fundamental de la doctrina de la Protección Integral, que es el principio del *interés superior del niño*. Como consecuencia, debe entenderse que los niños y adolescentes han de ser considerados personas en desarrollo, unos miembros más de la sociedad. Sus derechos no deben ejercerse de forma separada, aislada o contraria a los de las demás personas que los rodean, sino que deben ser respetados en las distintas etapas de su desarrollo físico y psicológico²³¹, según edad y grado de madurez. Por ello, el *interés superior del niño* o *favor minoris* se debe entender proyectado hacia todas las actuaciones relacionadas con las

²²⁸ España consagra a nivel constitucional la protección de la infancia. Garantiza el pleno ejercicio de los derechos de los niños. La Constitución Política de España (1978), en su artículo 30, establece como obligación de los poderes públicos, asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los niños, según los acuerdos internacionales. Asimismo, mandata a los padres a prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los casos que la ley disponga (Proyecto de Ley Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez. Subsecretaría de la Niñez. Gobierno de Chile. Ministerio de Desarrollo Social).

²²⁹ Tiene por finalidades: cambiar la relación entre el Estado y los niños, eliminando la invisibilidad de los problemas que les afectan, y reconociendo su calidad de sujetos de derechos; superar el paradigma de la doctrina de la situación irregular y establecer el enfoque de derechos y la protección integral; enfrentar la desarticulación de las prestaciones universales de la oferta pública y la protección especial, instalando un sistema articulado de prestaciones sociales; y garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la CDN.

²³⁰ «Además, se establece un Sistema de Garantía de los Derechos que estará integrado por un conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños de acuerdo con la política nacional y recursos de que disponga el país. Se reconoce el rol prioritario de los padres y de la familia en el cuidado, orientación y protección de los niños. Se reconoce que los órganos de la administración del Estado se encuentran obligados al respeto, promoción y protección de los derechos de los niños. Se establece el concepto de niño, el ámbito de aplicación de la ley y reglas generales de interpretación. Se establece el principio de progresividad en el cumplimiento de las obligaciones que establece esta ley» (Proyecto de Ley Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez. Subsecretaría de la niñez. Gobierno de Chile. Ministerio de Desarrollo Social).

²³¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2008). El nuevo derecho de la niñez. En Fundación Fernando Fueyo Laneri. *Estudios de Derecho Privado. Libro de homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yañez*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 441.

personas menores de edad, tanto en el ámbito administrativo como judicial, con miras a la satisfacción de sus derechos.

En cuanto a la redacción del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este principio se considera como una disposición *umbrela*²³²; es decir, se aplica «en su sentido más amplio y, por tanto, más abstracto», e incluye tanto las acciones como las omisiones. Además, las actuaciones no solo han de relacionarse con las decisiones finales, sino también con todos los actos, conductas propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas, al igual que con la pasividad o inactividad²³³. Esta disposición adquiere relevancia en aquellas materias en que serán las autoridades las que deben tomar las medidas necesarias cuando exista un conflicto con aquel del que tienen a cargo su cuidado, o entre estas y un tercero, con el fin de alcanzar el bienestar de la persona menor de edad. De hecho, el objetivo es velar por la protección del menor de edad, ya que este merece especial atención.

La Convención sobre los Derechos del Niño menciona el *mejor interés del niño* (*‘the best interest of the child’*) y no el *interés superior*. En sus inicios, la idea planteada por Polonia²³⁴ sobre el principio del *interés superior del niño* era la misma que ya se recogía redactada en la Declaración del 1959²³⁵. Pero en 1980 se cambió lo transcrito y la propuesta de la delegación americana²³⁶ hizo efecto en el plan de trabajo. Así, se sustituyó *consideración fundamental* (*‘paramount consideration’*), que significa que el interés superior del menor determina el curso de la acción a seguir, por *una consideración*

²³² ZERMATTEN, Jean (2003). *El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de Trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'Enfant, pp. 4 y 5.

²³³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño y su Configuración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho*, 42(3), p. 912.

²³⁴ Los países que tuvieron mayor influencia en la redacción de la convención fueron Polonia y los Estados Unidos de América siendo este último el que en la mayoría del texto se impuso con sus ideas. Somalia y Estados Unidos de América no lo han ratificado.

²³⁵ «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en Forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (Commission on Human Rights res. 20 (XXXIV) de 8.3.1978)».

²³⁶ La delegación belga propuso sin éxito una redacción en la cual no se mencionara en forma explícita el interés superior del niño. (E/CN.4/1983/62, anex II).

El principio del *interés superior del niño*

primordial ('*primary consideration*')²³⁷ para que el interés superior del menor fuera la primera cuestión a tomar en cuenta²³⁸. Esta última postura fue la que logró mayor adhesión, ya que permite una interpretación más adaptable a los diferentes intereses que pueden estar en juego: se entiende que el interés superior del niño debe ser considerado como un factor más, pero destacado dentro de otros intereses. Con todo, en 1989, durante la revisión técnica del borrador de la Convención, se propuso una nueva modificación a *consideración primordial*' ('*primary consideration*') por «*la*» *consideración primordial*²³⁹ ('*the primary consideration*'); a lo cual, el delegado de Finlandia indicó que el interés superior del niño debería ser «*la*» *consideración primordial* solo en la medida en que estuviera implicado su bienestar. Al no conseguirse consenso al respecto, se desestimó esta modificación, ya que podían converger otros principios tan relevantes como el del interés del niño. En definitiva, para evitar conflictos, se llegó a un acuerdo tras considerar que lo más indicado era escribir «*una*²⁴⁰» *consideración primordial*. De esta manera se aseguraba la mayor flexibilidad, por lo menos en los casos extremos, para permitir que puedan prevalecer otros intereses al margen de los del niño.

Con el objeto de aclarar las dudas referentes a este concepto, y en particular ofrecernos los criterios de interpretación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño aprobó, el 29 de mayo de 2013, la Observación General N.º 14. En este documento el Comité ginebrino recalca que el interés superior no está al mismo nivel que todas las otras consideraciones; por el contrario, está en una posición prioritaria en relación con otros intereses o derechos. De este modo, si llega a producirse algún conflicto, se debe valorar lo que resulte mejor para el niño o adolescente²⁴¹.

²³⁷ E/CN.4/L.1575, pp. 3-7.

²³⁸ FREEMAN, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child*. Leiden-Boston: Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 60.

²³⁹ E/CN.4/1989/48, párr.117.

²⁴⁰ Philip Alston y Bridget Gilmour aclaran este punto al decir que al interés superior del niño se le debe conferir *una* consideración primordial y no *la* consideración primordial, lo cual indica que el interés superior es una entre otras consideraciones que deben tenerse en cuenta al tomar decisiones que afecten la vida de los niños y jóvenes. ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget (1992). *Children, rights and the law*. Oxford: Clarendon Press. p.30.

²⁴¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N.º14. «Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial». Mayo 2013. Párrafo 21-24.

Dicho de otro modo, no debemos interpretar que este interés se sobrepone al resto de los otros intereses, entendiéndose por tales los de la familia, sociedad o Estado, sino que, al tomar medidas relacionadas con los niños, se adoptarán aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren.

La idea de la flexibilidad del principio desaparece cuando se trata de ámbitos que afectan al menor de edad directamente, como ocurre en caso de adopción, al establecerse que el interés del niño no es simplemente «una consideración primordial», sino «la consideración primordial²⁴²».

Desde un punto de vista gramatical, el uso de la palabra *niños*, en plural, en lugar de en singular, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, realza la imagen global que quiere ofrecerse: «la evaluación de los efectos debe ser mirada desde un punto de vista individual, para cada caso, puesto que la colectividad viene de la suma de los intereses individuales de cada ser único²⁴³». Expresa, además, que en las intervenciones que atañen a todos los niños se aplique sistemáticamente el criterio general del interés del niño. Por ello es importante tener presente el verdadero alcance de la palabra, así como conferir el significado más amplio y más flexible posible al artículo²⁴⁴. De esta manera se permite tener cubiertas todas las medidas que puedan afectar a los niños o adolescentes. En cambio, si se hubiese dado lugar al singular, el alcance de la interpretación habría sido más restrictivo.

Por último, la calificación, en el citado precepto, del interés del niño como *superior* no debe interpretarse como si los derechos de los niños fueran jerárquicamente superiores a los de los adultos. Solo se ha querido destacar que el niño ocupa un lugar preminente en la familia²⁴⁵ y en la sociedad, y que, por ende, debe ser respetado como persona. En modo

²⁴² Artículo 21. Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁴³ *Ídem*.

²⁴⁴ FREEMAN, Michael (2000). Taking Children's Rights More Seriously. *International Journal of Law, Policy and the Family*. 11, p. 46.

²⁴⁵ Considerando a la familia en un sentido amplio, entendiéndolo por tal: «todo grupo social, unido por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando estas sean estables». Informe de la Comisión Nacional de la Familia de 1994, p.35.

El principio del *interés superior del niño*

alguno esto «implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración²⁴⁶».

2.3.3. Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño y el interés superior del niño²⁴⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño no definió el concepto *interés superior del niño*, por lo que lo convirtió en un concepto indeterminado. Con el fin de conferirle un sentido más uniforme para los Estados parte, optó por la nomenclatura que adoptó el Comité de los Derechos del Niño en el año 1991, cuando se elaboró un documento con orientaciones que establecían, de forma implícita, que el interés superior del niño era un principio fundamental. No hubo entonces cabida a imaginar la revolución que ello produciría en la regulación de los derechos de la infancia y adolescencia a nivel mundial.

Como concepto abstracto, el interés superior del niño ha provocado diversas interpretaciones. Incluso la doctrina y la jurisprudencia han ofrecido enfoques que por momentos han excedido las reales pretensiones del principio. En razón de estas circunstancias, y con el fin de evitar que este concepto se convierta en lo que Carbonnier (1960) definió como una noción mágica, evanescente, que puede dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho²⁴⁸, luego de 22 años el Comité de los Derechos del Niño redactó un nuevo documento que enfatizaba la naturaleza jurídica del interés superior del niño y la forma en que este debe aplicarse. Se basaba en los avances doctrinales y jurisprudenciales en relación con la práctica judicial.

²⁴⁶ GROSMAN, Cecilia (1993). Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia. *Revista La Ley*, 1993-B, 1089-1090.

²⁴⁷ Las Observaciones Generales se relacionan con la orientación que ofrece el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la interpretación de una temática específica con respecto a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estas van dirigidas a las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, con la exigencia de tomar medidas activas por parte del Gobierno y de la judicatura. El Centro de Investigaciones Innocenti, colaborador de UNICEF, define las Observaciones Generales como interpretaciones que realiza el Comité sobre las provisiones y principios de la Convención en conformidad a su experiencia de vigilancia y monitoreo. En virtud a esta facultad, el año 2013, el Comité publica la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

²⁴⁸ CARBONNIER, Jean (1960). Comment S. Cour d'Appel Paris, 10 abril 1959, *Dalloz*, 1, 650-673.

Las orientaciones del Comité se establecen como guía en las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, principalmente para los padres y los cuidadores, como, a su vez, para las autoridades, instituciones de asistencia social, pública o privada, tribunales de justicia, autoridades administrativas y cuerpos legislativos. Su finalidad última es facilitar a todos los agentes sociales su adecuada interpretación y puesta en escena, y garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los que los niños y adolescentes son titulares²⁴⁹.

Con el fin de buscar uniformar la definición y aplicación del interés superior del niño, el comité de los derechos del niño, en la sesión de trabajo 62°, realizada en Ginebra con fecha 14 de enero al 1 de febrero de 2013, aprobó de forma excepcional cuatro nuevas observaciones generales²⁵⁰. Es en la Observación General N.º 14 donde se establece la finalidad sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. A través de esta observación general se proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; es decir, se les entrega a los Estados parte un marco general de las obligaciones²⁵¹ para hacer que se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que le concierna.

Para su mejor entendimiento, el Comité de los Derechos del Niño adaptó las funciones del interés superior del niño a la redacción del artículo 3º, número 1, de la Convención sobre

249 RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto (2015). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su Configuración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho*, 42 (3), 903-934.

250 N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). N.º 15 al disfrute del más alto nivel posible de salud. N.º 16 Obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. N.º 17 El derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.

251 Las obligaciones del Estado derivadas del artículo 3.1 se pueden clasificar en tres grupos:

- a) La obligación de *garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas*, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;
- b) La obligación de *velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial*; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.
- c) La obligación de *garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado*, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.

El principio del *interés superior del niño*

los Derechos del Niño²⁵². Al ser considerado un principio, un derecho y una norma de procedimiento, se les está garantizando a los niños y adolescentes la ejecución del principio del interés superior del niño por medio del respeto de sus garantías procesales.

2.3.4. Las orientaciones señaladas en la Observación General N.º 14

El Comité, con el objeto de ayudar a tomar las decisiones en pos del interés superior del niño, elaboró una lista de elementos esenciales sin ordenación jerárquica, enfocada hacia las necesidades y los derechos de los niños y adolescentes, ya que el Comité comprende que la primordial consideración es, efectivamente, el interés superior del niño. Los elementos que señala son los siguientes:

a) Al evaluar el interés superior del niño deberá atenderse, como mínimo, a los siguientes elementos:

- a. la opinión del niño
- b. la identidad del niño
- c. la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones
- d. el cuidado, protección y seguridad del niño
- e. la situación de vulnerabilidad
- f. el derecho del niño a la salud
- g. el derecho del niño a la educación

b) Criterios para un equilibrio entre los elementos de la evaluación *del interés superior*:

Nos encontramos frente a toda una reforma del sistema judicial que engloba las circunstancias que rodean al niño o adolescente para garantizarle el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos y su desarrollo holístico. Con tal fin, hay que considerar,

252 El artículo 3 N.º 1 indica que el derecho del interés superior del niño debe ser de consideración primordial en todas las acciones impartidas por las autoridades, instituciones de asistencia social pública o privada, tribunales de justicia, autoridades o cuerpos legislativos que digan relación con los niños, de manera tal, que los Estados parte están obligados a tomar medidas conducentes a este fin.

para su evaluación, su situación familiar, la edad, el sexo, los medios económicos, entre otros, y buscar un equilibrio entre la «protección» y el «empoderamiento» del niño en sus derechos, puesto que todos los derechos responden precisamente al interés superior.

c) Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño.

Para conseguir una correcta evaluación y determinación del interés superior del niño, el Comité invita a los Estados y a todas las personas que se hallen en situación de llevarlo a cabo, a que presten atención especial a las salvaguardias y garantías siguientes:

- a. el derecho del niño a expresar su propia opinión
- b. la determinación de los hechos
- c. la percepción del tiempo
- d. los profesionales cualificados
- e. la representación letrada
- f. la motivación jurídica
- g. los mecanismos para examinar o revisar las decisiones
- h. la evaluación del impacto en los derechos del niño

Se puede concluir, conforme a lo expresado por la Observación General N.º 14, que el concepto de *interés superior del niño* es un concepto jurídico indeterminado²⁵³. Al tener esta naturaleza, se vuelve flexible²⁵⁴ y adaptable, por lo que su contenido debe determinarse caso por caso: este debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Ya sea que la decisión la deba tomar, individual o colectivamente, el juez, el legislador, o la autoridad administrativa, social o educativa, la evaluación y la

²⁵³ A diferencia del concepto jurídico discrecional que depende de la cultura, escala de valores o actitud del que adopta la medida.

²⁵⁴ Como señala la Observación General N.º 14, “la flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”.

El principio del *interés superior del niño*

determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus protocolos facultativos. Por ello, la gran aportación de la Observación N.º 14 ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño más allá del simple ámbito legislativo o judicial, ampliándolo a las actuaciones adoptadas por todo tipo de autoridades, instituciones privadas e incluso por progenitores o guardadores²⁵⁵.

Al dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) el reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) la naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) la obligación de los Estados parte de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo²⁵⁶.

En definitiva, el Comité sobre los Derechos del Niño supo incluir las distintas funciones planteadas, ya sea por la doctrina como por la jurisprudencia, para establecer un concepto mucho más completo, donde se reconoce esta triple identidad reestructurando el sistema judicial de tal forma que se logre una visión holística de las circunstancias que rodean a niño, niña o adolescente.

2.4. Funciones, naturaleza y alcance del *interés superior del niño*

2.4.1. Funciones del *interés superior del niño*

Son diversas las funciones²⁵⁷ establecidas para del principio del interés superior del niño. Destacamos al respecto las que exponemos a continuación.

²⁵⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño y su Configuración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho*, 42(3), 903-934.

²⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación General N.º 14. «Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial». Mayo 2013. Párrafo 16.

²⁵⁷ FERRAJOLI, LUIGI (2001). Derechos fundamentales. En Luigi Ferrajoli. *Fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 40-44). Madrid: Trotta, p. 45.

En primer término, su carácter interpretativo. Efectivamente, el principio del interés superior del niño actúa como pauta interpretativa para solucionar los conflictos relacionados con los derechos del niño²⁵⁸. Al considerarse como un principio rector, se convierte en una regla fundamental para la interpretación del texto completo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, el principio debe ser abarcado en su conjunto, de manera que el reconocimiento y la protección de los derechos del menor de edad sean exigidos en su totalidad, sin limitaciones, respetando los valores intrínsecos de los derechos humanos, que son los de indivisibilidad e interdependencia.

La importancia del carácter interpretativo de este principio es que permite analizar sistemáticamente y de forma armónica las distintas disposiciones de la Convención sobre

²⁵⁸ Artículos de la Convención, en los que se encuentra previsto el *interés superior del niño* a modo de medida interpretativa.

El artículo 9, inciso 1, establece lo siguiente:

«Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño [...] Inciso 3. Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” .

El artículo 18, inciso 1, especifica:

«Los Estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».

El artículo 21 regula: «Los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...».

El artículo 37 regula:

«Los Estados parte velarán por que (...) c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales...».

El artículo 40, inciso 2, dispone: «(...) los Estados parte garantizarán, en particular (...):

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales (...).”.

El principio del *interés superior del niño*

los Derechos del Niño, así como las normas legales que regulan y protegen los derechos de la infancia y de la adolescencia. Así, los derechos del niño «deben ser interpretados sistemáticamente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño...²⁵⁹».

Al existir conflictos jurídicos de derecho, la propia Convención sobre los Derechos del Niño propone las soluciones en diferentes artículos, para que estas sean aplicadas a casos similares. Un ejemplo es el que se especifica en el artículo 9.1, que funda en este criterio la resolución entre el derecho del niño a la convivencia familiar y el de su integridad personal en caso de maltrato. En estos casos, frente a la imposibilidad de una satisfacción conjunta, mediando siempre reserva judicial, podrá separarse a un niño en contra de la voluntad de sus padres si el interés superior del niño lo hace necesario. La decisión resulta de una previa ponderación de los derechos en conflicto, teniendo en cuenta la información necesaria para el caso concreto. La decisión será, en definitiva, la que se considere más adecuada o correcta, primando los derechos de los niños por encima de otros intereses de terceros²⁶⁰.

En segundo lugar, también hay que resaltar su aspecto garantista²⁶¹: en el artículo 3, inciso 1, de la Convención se dispone lo siguiente:

²⁵⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* (pp. 48-62). Bogotá: Ed. Temis/Depalma.

²⁶⁰ *Ídem*. p. 89.

²⁶¹ En materia de responsabilidad penal del menor nos encontramos frente a La Teoría del Garantismo Penal, que considera como «su escenario de lucha a la moderna teoría constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, y desde allí plantea la necesidad de construir un Derecho Penal que parta de la criminología, redefina el discurso jurídico penal en donde los Derechos Humanos sean el faro de su quehacer, es decir, en donde antes que rendirle culto a la norma, este obedezca a los principios constitucionales garantistas y democráticos, denunciando fuertemente los abusos de la pena de cárcel, los cuales antes que resolver o atenuar los conflictos presentes en las sociedades, tienden a exacerbarlos, tornándolos aún más graves y degradadores de la dignidad humana; de ahí que una de sus ideas centrales sea la reducción al mínimo de la intervención penal». Cabezas Salmerón, Jordi. Reevaluación crítica del concepto de responsabilidad penal del menor. Posicionamientos sociales. Diciembre 2000, p. 7. Para los seguidores de esta corriente, la idea se concibe hacia la reducción de la pena con el fin de abolirla. Su planteamiento se basa en que «las clases subalternas» son las más criminalizadas, como a su vez, las más victimizadas; denuncia el sistema penal y da la alternativa de abolir, para unos, la cárcel y, para otros, el sistema penal total. Alessandro Baratta, Dario Melossi, Roberto Bergalli, Lola Aniyar de Castro, Raúl Zaffaroni, entre otros investigadores, comparten esta postura.

«[E]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

En palabras de Cillero:

«(...) desde la vigencia de la Convención (...) el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable realizado por una autoridad progresista o benevolente, y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad²⁶² y la convierte en “la consideración primordial».

Todo ello significa que todas las decisiones deben estar orientadas dentro del marco de los derechos de los niños, ya que ese es su objetivo primordial.

En síntesis, la Convención sobre los Derechos del Niño formula el principio del *interés superior del niño* como una garantía de la vigencia de los demás derechos, y consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos. Por ello, frente a conflictos jurídicos entre los derechos del niño y los intereses del adulto, se tendrá como prioridad al primero, supremacía no excluyente de los derechos de los terceros. Lo que determina la primacía de un derecho sobre otro es que, llevado al caso en particular, no existe la opción de su satisfacción conjunta.

Finalmente, en tercer lugar cabe señalar que el principio del interés superior del niño sirve en la aplicación de normas públicas. Esta función se obtiene del significado «órganos legislativos», que menciona la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que con esto se indica que, cuando se establece una ley, el Estado, a nivel nacional, regional o municipal, debe verificar que se tenga en cuenta a los niños y que su *interés superior* esté resguardado.

Este principio toma, además, una función nueva: sirve para establecer, en un programa legislativo, lo que es mejor para el niño y lo que no lo es.

²⁶² CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia: Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de septiembre de 1999, p. 8.

Todo ello se logra, de acuerdo con lo expresado con anterioridad, gracias a la creación de políticas públicas por parte del Gobierno en las que se reconocen los derechos de los niños y se promueve su protección efectiva a través de un ordenamiento jurídico nacional. En este ordenamiento han de incorporarse las normas relativas a los derechos de los niños, emanadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, y llenar así algunos vacíos o lagunas legales. También ha de contemplarse la promulgación de nuevas leyes relacionadas con la toma de decisiones en casos en que no existe norma expresa.

Se trata de una norma orientadora que no solo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas²⁶³ a la formulación de políticas públicas y a la práctica administrativa y judicial. Permite, también, que las políticas públicas sean dirigidas hacia un desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños o adultos.

2.4.2. Naturaleza del *interés superior del niño*

La naturaleza del interés superior del niño se describe en el párrafo 5 de la OG y es tratada desde diferentes perspectivas. De hecho, se considera un concepto triple, a través de un derecho sustantivo, de un principio jurídico interpretativo fundamental y de una norma de procedimiento.

1. Como un derecho sustantivo²⁶⁴. En él, la consideración primordial es el interés superior del niño. Se garantiza que ese derecho se respetará al tener que tomar una resolución, ya sea en forma particular, cuando afecte a un niño o adolescente, o en general, cuando se trate de materias que involucre a la niñez.

²⁶³ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2000). El Interés Superior del Niño. *Gaceta Jurídica*, 328, p. 23.

²⁶⁴ a) *Un derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

2. Como un principio jurídico interpretativo fundamental²⁶⁵. En el caso de que una normativa jurídica admita varias interpretaciones, debe elegirse aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño²⁶⁶.
3. Como una norma de procedimiento²⁶⁷. Esto implica que, previamente a la decisión sobre temas relativos a los niños, se debe establecer un criterio previo en el que se ponderen los efectos de tipo positivo o negativo al momento de tomar decisiones relacionadas con los intereses de los niños y adolescentes²⁶⁸.

Con esta fórmula, el Comité deja claramente establecido que si bien el *interés superior del niño* es un principio, ante todo es un derecho, y como tal puede ser invocado directamente ante los tribunales cuando se vea vulnerado, para su inmediata reparación o para pedir la anulación de cualquier acto jurídico que le concierna y que no haya respetado ese derecho.

Por último, al ser a su vez, una regla de procedimiento, quien debe evaluar y determinar que ese interés superior del niño es una consideración primordial, debe ceñirse a un procedimiento y demostrar que ha cumplido con ese requisito, so pena de ser declarado nulo el acto jurídico.

²⁶⁵ b) *Un principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

²⁶⁶ El marco interpretativo lo encontramos dentro de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y los Protocolos facultativos.

²⁶⁷ c) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

²⁶⁸ Al momento de considerar el interés superior del niño exponer los criterios usados y el modo en que se efectuó la valoración de los intereses normativos y concretos del niño.

2.4.3. Alcance del *interés superior del niño*

El artículo 3 párrafo 1 establece lo siguiente:

«En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

a) «*En todas las medidas*»

El uso de la expresión *medida* se debe entender en un sentido amplio, considerándose cualquier acto, conducta, propuesta, servicio, procedimiento o cualquier otra *medida* que concierna al niño. Se incluyen aquí las medidas legislativas (cualquier ley que concierna a los niños), las decisiones políticas o las medidas administrativas, entre otras.

Además, como el propio Comité señala, el término *medida* no exige que se haya realizado una acción, sino que incluye también las omisiones: por ejemplo, cuando las autoridades administrativas deciden no actuar ante una determinada situación.

b) «*Concernientes a*»

Es importante señalar que el artículo 3.1. no dice que el destinatario de la medida sea un niño, sino que la medida *concierna* a uno o varios niños.

Debe entenderse que el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en todas las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general; pero corresponde ser especialmente vigilantes en los casos en que la decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños: cuando se den estas circunstancias se deben tomar medidas que conlleven un mayor nivel de protección con un procedimiento detallado, de tal manera que se respeten los derechos fundamentales y se garantice el interés superior del menor de edad.

Así, pues, en relación con las medidas que no se refieren directamente a uno o varios niños, la expresión *concernientes a* tendría que aclararse en función de las circunstancias de cada caso para evaluar los efectos de la medida en el niño o los niños. Para solucionar este problema, y con el fin de cumplir las obligaciones derivadas del art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, debería introducirse un estudio de impacto en infancia²⁶⁹. Esta previsión está cubierta, en materia económica y de género, en la legislación española, que exige hoy en día un estudio de impacto económico y de impacto de género de toda medida legislativa²⁷⁰. Pero la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia no contempla esta precaución.

c) «*Los niños*»

El artículo 3.1. se dirige a los *niños*. Por ello, debemos entender que el interés superior debe ser una consideración primordial tanto en las medidas individuales como en las colectivas, como ya se dijo anteriormente.

e) «*Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*»

Esta frase señala que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en toda medida adoptada por cualquier persona o institución, incluidas las empresas privadas; esto es: los entes públicos y los privados, con o sin fines de lucro, que trabajan con niños («debe entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos»); todos los procedimientos judiciales, de cualquier

²⁶⁹ Esto significa evaluar el impacto que tiene en los niños cualquier medida que adopte el Estado.

²⁷⁰ En este sentido, la OG 14 reitera una afirmación que ya contenía la Observación general N.º 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme con la cual: «Con respecto a las medidas de aplicación, para que el interés superior del niño sea una consideración primordial a la que se atienda al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prever las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o asignación presupuestaria en los niños y el disfrute de sus derechos, y de evaluación de los efectos sobre los derechos del niño, con miras a juzgar las consecuencias reales de la aplicación» (OG 5, párr. 45; OG 14 párr. 35).

El principio del *interés superior del niño*

instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna (lo que incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje)²⁷¹; cualquier tipo de órgano administrativo de cualquier nivel y ámbito (educación, cuidado, salud, medio ambiente, condiciones de vida, protección, asilo, inmigración, acceso a la nacionalidad, etc.); así como cualquier tipo de órgano legislativo²⁷².

Los padres también desempeñan un papel determinante en todo esto, pero a ellos se hace referencia en el art. 18.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que explicita que el interés superior del niño debe ser siempre «su preocupación fundamental».

f) «Una consideración primordial a que se atenderá será»

Al decir *una* y no *la consideración primordial*²⁷³, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación, lo que lleva también a entender que el interés superior del niño es una consideración primordial de máxima prioridad. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.

²⁷¹ El Comité ha señalado explícitamente que, en la vía penal, el principio del *interés superior del niño* se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia reformativa cuando se trate de menores delincuentes (OG 14, par. 28).

²⁷² Debe considerarse aquí incluida la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio, como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados sobre cualquier otra materia que pueda concernir a los niños, así como la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos.

²⁷³ Nos señala el Comité en su Observación General n.º 14:

«(...) puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados».

El interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que las demás consideraciones, dada la situación especial de los niños, que se encuentran en desigualdad de condiciones frente a un adulto para defender sus derechos. Por ello, las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se descuidan.

Caso distinto es en dos materias específicas, que son la adopción (artículo 21 de la Convención) y las decisiones relativas a la separación de los niños de sus padres (artículo 9 de la Convención). En estos casos el derecho al interés superior, no se sustenta simplemente en *una consideración primordial*, sino a *la consideración primordial*; es decir, la única consideración: el interés superior del niño debe ser el factor determinante para tomar una decisión relacionada con la adopción o la separación.

En cuanto a la expresión «a que se atenderá», esta significa que no se da espacio al Estado para valorar si el interés superior del niño es una consideración primordial. Por el contrario, es obligatoria y debe estar dirigida en función del interés superior del niño.

g) «*El interés superior del niño*»

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de «todos» los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y el desarrollo holístico del niño²⁷⁴.

Es importante recalcar que en la Convención no hay una jerarquía de derechos, porque «todos los derechos» previstos responden al interés superior del niño. Por ello, no debemos considerar aisladamente el principio del *interés superior del niño* sino vincularlo con otros principios. Estos son: el derecho a la no discriminación, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y el derecho a ser oído.

²⁷⁴ El Comité entiende que el desarrollo holístico significa el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño.

El principio del *interés superior del niño*

La plena aplicación del concepto del interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana²⁷⁵.

2.5. Modelos (sistemas) de determinación del *interés superior del niño*

En la Convención sobre los Derechos del Niño, *el interés superior del niño* es uno de los principios generales considerados como principio rector-guía²⁷⁶:

«Cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el 'interés superior del niño' deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de este Tratado Internacional²⁷⁷».

Eekelaar describe el principio del interés superior del niño como algo relacionado con realizar las propias oportunidades de vida. Sostiene, también, que existen tres tipos de intereses que conciernen a los niños: *intereses básicos, intereses de desarrollo e intereses de autonomía*²⁷⁸. Este último tipo de interés es el que puede entrar en conflicto con el tono general de la Convención, al ser descrito como paternalista y proteccionista.

²⁷⁵ Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2013). *Observación General N.º14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1).

²⁷⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, p. 71.

²⁷⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *Ibidem*, p. 71.

²⁷⁸ De acuerdo con Eekelaar (1996), los intereses básicos de un menor se relacionan con su «cuidado físico, emocional e intelectual general dentro de las capacidades sociales de sus cuidadores inmediatos». Los intereses de desarrollo toman en cuenta el desarrollo de las capacidades del niño para su propia ventaja. Por último, el tercer grupo de intereses, denominados por Eekelaar como intereses de autonomía, se refieren a entrar en interacción social y elegir un estilo de vida voluntariamente. A Eekelaar le parece que estos intereses de autonomía son los más problemáticos, ya que pueden entrar en conflicto con los otros dos tipos de intereses y pueden incluso poner en riesgo el cumplimiento de los fines últimos del menor de realizar sus oportunidades de vida en la edad adulta, al permitirle tomar decisiones antes de que él o ella sea capaz de sopesar y evaluar la naturaleza y las consecuencias de dichas elecciones. (EEKELAAR, John (1994). *The interests of child and the child's wishes: The role of dynamic self-determinism. International Journal of Law, Policy and the Family*, 8(1), 42-61)

De hecho, son variadas las propuestas sobre el alcance de la aplicación del principio del interés superior del niño. La doctrina internacional ha intentado delimitar el concepto sin resultados consensuados hasta el momento, lo que genera múltiples interpretaciones. Ahora bien, en lo que todos los autores coinciden es en declararlo un principio vago, de contenido indeterminado. Por lo tanto, desde lo doctrinario, jurisprudencial y legislativo, son distintas las metodologías para su identificación. Al respecto, destacan dos grandes corrientes: la propia del sistema jurídico anglosajón, por un lado, y la propia de sistemas germánicos y latinos, por el otro²⁷⁹.

2.5.1. La técnica de los criterios preestablecidos

El pensamiento anglosajón utiliza técnicas legislativas diferentes para la regulación del contenido del principio del *interés superior del niño*. Así, combina las cláusulas generales con criterios normativos para su definición casuística, establecidos en los casos de crianza de los niños adolescentes –en particular, para la asignación de la guardia y custodia de los hijos tras la crisis matrimonial y, como consecuencia, para la concesión de un régimen de visitas y relaciones personales, para casos y situaciones específicas–. De este modo, se le entrega al juez una lista de verificaciones de bienestar con el fin de establecer la determinación de la mejor protección de los derechos de los niños.

En Inglaterra, el caso de *The Children Act*²⁸⁰ (1989) recoge principios generales relacionados con situaciones en las que se debe tomar una decisión sobre un menor de edad. En este sentido, la mencionada norma británica toma en consideración los siguientes elementos:

²⁷⁹ Fabiola Lathrop Gómez (2008) contraponen el sistema español en forma de *cláusula general* al sistema anglosajón, que opta por configurarlo mediante criterios normativos preestablecidos. Así, si bien la fórmula de cláusula general puede generar cierta inseguridad jurídica, lo que resulta indiscutible es que el sistema anglosajón permite que ciertas situaciones propias de la evolución social queden excluidas de la ley. (LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley, p. 116).

²⁸⁰ La ley contiene tres principios generales: *Welfare Principle*, que considera que el bienestar del niño es de suma importancia y entrega una lista de verificación de bienestar; el *No Delay Principle*, en que la demora es probable que perjudique el bienestar; y el *No Order Principle*, en la que el tribunal no emitirá una orden a menos que hacerlo sería mejor para el niño que no hacerlo.

El principio del *interés superior del niño*

- a) los deseos y sentimientos ciertos del niño respectivo, considerados a la luz de su edad y de su entendimiento;
- b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales;
- c) el efecto probable en él, de cualquier cambio en sus circunstancias;
- d) su edad, sexo, personalidad y cualquier otra característica que el juez considere relevante;
- e) cualquier daño que el niño haya sufrido o esté en riesgo de sufrir;
- f) la capacidad de su padre y de su madre, y de cualquier otra persona que el juez considere ser relevante para satisfacer las necesidades del menor de edad; y
- g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión.

Dentro de estos principios generales se encuentra el contenido del interés superior del niño, ya que se valora la rapidez con que los progenitores deben adoptar decisiones, así como las circunstancias en que se encuentra el menor de edad. Es lo que constituyen buenas prácticas elevadas a rango legal. Aquí se hace uso de una regla de mínima intervención, porque los tribunales no son los que toman las decisiones en aquellas materias en que los progenitores han llegado a un acuerdo: de ahí su importancia, ya que ello lo eleva a rango legal.

Otro ejemplo que ilustra la noción de interés superior del niño nos lleva a Canadá²⁸¹. Aquí, el proyecto de modificación del *Divorce Act* propone que el interés superior del niño sea juzgado según las siguientes consideraciones:

1. la naturaleza, la estabilidad y la intensidad de la relación entre el niño y cada una de las personas concernidas en el procedimiento,
2. la naturaleza, la estabilidad y la intensidad de la relación entre el niño y los otros miembros de la familia con los que este reside, o con las personas implicadas en los cuidados o en la educación del niño,
3. las ocupaciones del niño,

²⁸¹ ZERMATTEN, Jean (2003). *El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de Trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'Enfant, pp. 13-14.

4. la capacidad de cada persona de ofrecer un marco de vida, educación y todos los cuidados necesarios al niño,
5. los lazos culturales y religiosos del niño,
6. la importancia y las ventajas de una patria potestad conjunta, asegurando una implicación activa de los dos padres después de la separación,
7. la importancia de las relaciones del niño con sus abuelos o con otros miembros de la familia,
8. las propuestas de los padres,
9. la capacidad del niño para adaptarse a los puntos de vista de los padres,
10. la capacidad de los padres para facilitar y para asegurar el mantenimiento de una relación con otros miembros de la familia,
11. cualquier antecedente que muestre violencia realizada por uno de los padres hacia el niño,
12. la exclusión de preferencia ligada al sexo de uno de los padres,
13. la voluntad demostrada de cada padre para tomar parte a las sesiones educativas,
14. cualquier otro factor que pueda influir en la toma de decisión.

Este listado de consideraciones ofrece un avance respecto de lo que debería tenerse en cuenta en la determinación del contenido del principio del Interés Superior de Niño. A priori, el listado no es limitante, ya que, de acuerdo con la consideración número catorce, se deja abierta la posibilidad «a cualquier otro factor» para su resolución.

En cualquier caso, este ordenamiento jurídico en que se emplea la técnica de los criterios preestablecidos, reflejo de lo que la sociedad considera en ese momento como los factores más relevantes para definir el significado del interés de los niños, también se encuentra con problemas para su determinación. Concretamente, una de las principales críticas que recae sobre este sistema de objetivación del interés del menor es que puede caer en una rigidez excesiva. De hecho, por mayor número de situaciones en que se pueda anteponer el legislador respecto del menor, no será posible hacer frente a las nuevas situaciones que no fueron previstas. Además, las decisiones para cada caso en particular pueden estar tomadas desde un punto de vista personal, influido por estereotipos sociales o creencias individuales

El principio del *interés superior del niño*

que escapan a la idea del interés superior del niño, ya que «cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez, en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales²⁸²».

En España, tras recordar que el Código Civil español no contenía una lista de criterios que permitieran al juez determinar en cada caso las circunstancias que debían considerarse para justificar el interés del menor, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2009, entregó una relación de criterios que han sido luego empleados en casos de atribución del cuidado personal de los hijos para determinar qué resulta más beneficioso para ellos²⁸³. Esta situación ha cambiado en los últimos tiempos, ya que recientemente, en España, se ha aprobado una lista de criterios generales con el objeto de orientar la interpretación y aplicación del principio. Encontramos estos criterios en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

En el artículo 2.2. de esta ley, se han reconocido los siguientes criterios generales:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea

²⁸² GROSMAÑ, Cecilia (Dir.) (1998). *Los derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

²⁸³ Los criterios a seguir son los siguientes: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, con la garantía del desarrollo armónico de su personalidad.

También en Chile, durante los últimos años, se ha seguido este planteamiento y esta técnica, en el fondo mixta, a través de los artículos 225-2²⁸⁴ y 229²⁸⁵ del Código Civil. A

²⁸⁴ Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo».

²⁸⁵ Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres o el juez, en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

El principio del *interés superior del niño*

este respecto, en la redacción ofrecida tras la reforma introducida por la Ley 20.680, de 21 de junio de 2013, se enumera, para casos y situaciones específicas –en particular, para la asignación del cuidado personal de los hijos tras las crisis matrimoniales y, como consecuencia, para la fijación del régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio–, un elenco de indicadores que nos acercan a la determinación de qué debe considerarse como el interés del menor. Su interpretación y aplicación queda, como es lógico, en manos de los tribunales, cuyo margen de actuación será, en todo caso, más restringido.

Por todo ello, siguiendo también una influencia anglosajona, tanto la jurisprudencia como el legislador chileno han optado por introducir ciertos indicadores o elementos de objetivación que faciliten al intérprete la comprensión y aplicación del concepto jurídico indeterminado objeto de nuestro análisis. El resultado ha sido la incorporación de las llamadas en el ordenamiento jurídico civil chileno, siguiendo la originaria denominación inglesa: *statutory checklist* o *welfare checklist*.

En definitiva, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, el legislador ha ido optando con el tiempo por el sistema de objetivación, con el fin de identificarlo por medio de una lista de situaciones que quedan incluidas en el concepto general del interés del menor. Con ello se equipara el concepto de interés con la finalidad de proporcionar al juez una guía para la toma de decisiones que afecten a la persona menor de edad. Con todo, a esta opción se le critica que esta situación puede generar una rigidez excesiva, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor es peligrosa, por cuanto puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacta el precepto: este riesgo, no

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de estos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana. El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

obstante, queda superado con una cláusula de cierre abierta que dé cabida a cualquier nueva circunstancia que pueda ir surgiendo.

2.5.2. La técnica de la cláusula general

En los sistemas latinos y germánicos el principio del *interés superior de niño* aparece como una cláusula general²⁸⁶ o concepto jurídico indeterminado²⁸⁷. Se entiende por tal cuando la ley se refiere a una realidad «cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación²⁸⁸».

Durante los «trabajos preparatorios» nunca se consideraron los efectos de un conflicto de intereses entre un determinado derecho reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación de lo que constituye el interés superior del niño²⁸⁹. De hecho, conceptualizar el *interés superior del niño* siempre ha generado grandes discusiones en la mesa de trabajo por cuanto resulta subjetivo y porque su interpretación sería inevitablemente dejada al juicio de la persona, la institución o la organización que lo aplique²⁹⁰: el problema central es cómo se ha de entender el bien del niño.

²⁸⁶ Encarna Roca Trias plasma este criterio en las sentencias de las que ha sido ponente, y en las que claramente trata al interés del menor como cláusula general (ROCA TRIAS, Encarna (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de ingreso). *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 915-992). Igualmente Francisco Rivero Hernández (2007) se refiere a la técnica de la cláusula general como recurso del orden normativo usado por los legisladores para formular el interés del menor como prevalente en las relaciones jurídicas, señalando las ventajas e inconvenientes que de ello derivan (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007). *El interés del menor*, Madrid: Editorial Dykinson, pp. 102-106.)

²⁸⁷ La Doctrina Alemana considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor. Se trata de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza, al ser indeterminado lo considera un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Al existir conflicto por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño, y ello teniendo en cuenta que cada infante, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta adaptada al caso concreto sobre la regla general. Todo esto condicionado a la época en que transcurre porque nos encontraremos con distintos modelos sociales que cambian con el tiempo

²⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor...*, pp. 70-71 y 102-105.

²⁸⁹ ALSTON, Philip (1994). *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Oxford: Clarendon Press, p. 11.

El principio del *interés superior del niño*

El esquema tradicional en el derecho de familia era procurar no intervenir en la esfera interna de la familia. Sin embargo, incluir este principio en una cláusula general ha llevado, en cierta medida, a reformular esta idea. Así, frente a las crisis o conflictos que se produzcan entre el interés familiar y el individual se ofrece una especial protección al menor por ser el que *a priori* presenta una posición más débil, especialmente cuando se comprende un derecho fundamental.

Toda cláusula general²⁹¹ recoge un concepto abierto e indeterminado que solo será concretado cuando se lleve al caso particular. Se entiende por *cláusula general* una disposición legal a la que le falta precisión, por referirse a conceptos generales o muy abstractos. En razón de su flexibilidad, la doctrina²⁹² concuerda mayoritariamente en la conveniencia de que este principio sea considerado como cláusula general. Como el legislador no puede prever de antemano todas las peculiaridades de la realidad, recurre a menudo a conceptos indeterminados, los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, o «concepto dinámico» (*‘dynamic concept’*), como lo utiliza el Comité de los Derechos del Niño²⁹³ en la Observación General N.º 14 (2013), párrafo 1.º, lo que provoca una «tensión permanente entre el ideal de determinación plena y el ideal de la plena adecuación, sea en el momento legislativo o en el momento de aplicación de la norma y con ello del también eterno conflicto entre la seguridad y la justicia²⁹⁴».

Al tratarse de una norma flexible, presenta la ventaja de centrarse en el problema del caso en concreto que se pretende resolver y confiere al juez un ámbito de actuación más amplio. La rigidez en la norma estaría atentando contra la finalidad propia de este principio, que es

²⁹¹ Cláusulas generales introducidas en el ordenamiento jurídico español y chileno como la de la buena fe, abuso de derecho, equidad, fraude de ley o realidad social, orden público y las buenas costumbres, fidelidad, respeto, fuerza irresistible entre otros.

²⁹² ROCA TRIAS, Encarna. El interés del menor como factor de progreso..., *op. cit.*, p. 926.

²⁹³ Para Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet (2015), esta expresión es utilizada con idéntica significación que la noción de *concepto jurídico indeterminado*, puesto que en el lenguaje jurídico anglosajón no existe figura alguna conocida bajo la idea de concepto jurídico indeterminado (RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su Configuración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho*, 42(3), p. 905).

²⁹⁴ GARCÍA SALGADO, M^a José (2013). Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20.

buscar en cada caso lo que es mejor para el menor en la esfera de su vida familiar y social ante un supuesto de ruptura matrimonial²⁹⁵.

De este modo, se debe entender que cada niño representa unas circunstancias personales y familiares distintas. Por ende, las decisiones vienen condicionadas por múltiples factores y se orientan hacia el beneficio del menor de edad. Al no existir ninguna definición que precise qué debe ser considerado el *interés superior del niño*, el concepto jurídico es indeterminado y abstracto, así que debe ser determinado en cada situación a la vista de las circunstancias y particularidades del caso concreto: por todo ello, debe ser considerado un estándar jurídico y no ético²⁹⁶, que se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado, y legalmente, por medio de cláusulas generales; es decir, un «límite de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares», cuya naturaleza jurídica es la de un «principio o regla aplicable», que claramente la define como «medida media de conducta social correcta».

2.5.2.1. El principio del *interés superior del niño*: un concepto jurídico indeterminado

El principio prevalente del *interés superior del niño* se consagra como directriz básica en toda la legislación actual existente sobre niños y adolescentes, y se refleja incesantemente en la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales. Esta eclosión legislativa y jurisprudencial del interés superior del niño en el mundo jurídico occidental no es gratuita. Es conocida la relevancia que el Derecho ha otorgado a la infancia durante las últimas décadas.

Para determinar en qué consiste el interés del menor de edad se sigue un doble sistema: por un lado, su identificación mediante indicadores legales, representativos de lo que la sociedad considera los factores más importantes del interés del menor de edad, que

²⁹⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012a). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), p. 92.

²⁹⁶ Según Francisco Rivera (2007), al desenvolverse dentro del ámbito del derecho de familia y de la persona, «hace que la moral social y sus valores tengan en ocasiones notable peso en la determinación del interés superior del menor en cada casos concreto» lo que hace que tenga relación con lo ético. (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007). *El interés del menor* (2º ed.). Madrid: Editorial Dykinson, p. 68).

El principio del *interés superior del niño*

proporcionan pautas a seguir en las decisiones en que deba entrar en juego tal interés; y, por otro lado, a través de una cláusula general, en la que solo se impone la necesidad de actuar en interés del menor de edad, pero sin reconocerse un contenido concreto.

Este último es el criterio utilizado por los sistemas español, catalán y chileno. En ellos, el legislador incide escasamente en el contenido concreto del principio. De este modo, este se configura como un concepto jurídico indeterminado, que remite, para su precisión efectiva, al momento y a la persona que debe aplicar la norma y el concepto: el mandato legal se adecua, entonces, a cada supuesto específico, a la amplia variedad de personas implicadas y a la pluralidad de situaciones que pudieran presentarse. No obstante, y ante las serias dificultades para concretar en la práctica cuál es el verdadero significado del principio del *interés superior del niño*, parece que durante los últimos años la jurisprudencia y los legisladores, a nivel estatal y autonómico, en España y en Chile, han optado por introducir ciertos indicadores o elementos de objetivación que facilitan al intérprete la comprensión y aplicación del concepto jurídico indeterminado objeto de nuestro análisis, siguiendo con ello una tendencia claramente de influencia anglosajona²⁹⁷.

La cláusula del interés superior del niño tiene, por tanto, en estos ordenamientos jurídicos, una configuración necesariamente genérica, abierta y flexible. Ello permite su aplicación a las situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social de antemano no prevista, así como a los cambios que vayan produciéndose con el devenir del tiempo.

Finalmente, destaca la técnica legislativa utilizada por parte del llamado a aplicar el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor de edad: precisar, primero, el significado y el contenido del concepto –qué es o en qué consiste el interés del menor– y, a continuación, comprobar en qué situación y en qué circunstancias concretas de las posibles se da lo que más conviene a un niño o a una niña en particular. Este sistema, además, otorga una relevancia inusitada a los datos y a las circunstancias del caso concreto,

²⁹⁷ Ello se viene realizando con la incorporación de las llamadas *statutory checklist* o *welfare checklist*, siguiendo la denominación inglesa originaria.

porque estos son los que van a permitir, en definitiva, encontrar la solución adecuada dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado, que se sitúa en la llamada *zona de opciones razonables* o *halo conceptual*, como se verá más detalladamente en el epígrafe siguiente.

2.5.2.2. Estructura interna de todo concepto jurídico indeterminado: en particular, el *interés superior del niño*

Tanto la doctrina española como la alemana han analizado la estructura del interés del menor de edad y han identificado tres zonas en la delimitación y concreción del principio: la *zona de certeza positiva*, configurada por unos datos seguros y estables, a modo de presupuesto, como condicionamiento inicial mínimo; la *zona de certeza de negativa*, también segura, en la que desaparece el valor implícito en el concepto; y la *zona intermedia*, que puede ser denominada *zona de variación o incertidumbre* o *halo del concepto*, que da cabida a varias opciones dentro de márgenes relativos e imprecisos²⁹⁸, por lo que requiere un juicio de valor basado en la experiencia.

Es, precisamente, en esta última zona en la que el interés del menor de edad se convierte en un instrumento operacional cuya misión es confiada al juez. En este nivel, el concepto deja de ser técnico para ser cultural y valorativo²⁹⁹. Debido a estas razones, resulta dificultoso precisar de manera uniforme cuál es el mejor concepto de *interés superior del niño* debido a las variables que puede presentar en la interpretación de la cláusula general al tener que aplicarlas. Se suman a esto las diferencias culturales entre países, en las que este concepto se puede concebir de forma diferente.

La dificultad para determinar en qué consiste el interés del menor de edad desaparece en las zonas de certeza positiva y negativa, ya que, en esencia, estas son precisas. Un ejemplo es el que a un niño o a un adolescente que ha sufrido abusos sexuales de su padre, condenado por este delito, no se le conceda régimen de visitas.

²⁹⁸ *Ídem*, p. 72.

²⁹⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015). *El Interés Superior del Niño...*, *op. cit.*, p. 921.

A lo anteriormente expuesto se añade una segunda dificultad, relacionada con la exigencia, para la persona u órgano que debe llevar a la práctica la conceptualización del interés del menor de edad, porque, en realidad, deberá realizarse una doble tarea: conceptualizar y concretar. En efecto, en primer lugar, deben conceptualizarse aquellos criterios de valor que, por su imprecisión, han de perfilarse en el momento de ser aplicados «según los criterios de la experiencia común³⁰⁰». Ello obliga a la autoridad encargada a interpretarlos para, en segundo lugar, concretarlos en la toma de decisión, en razón de las circunstancias particulares de cada caso. Por este motivo, la precisión se ofrecerá en el momento de la aplicación al caso concreto, por cuanto no se admite más que una solución justa. Esto lo diferencia de las potestades discrecionales³⁰¹, que se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.

Por ser un concepto indeterminado, se podría pensar que sobre él no existe un límite; pero, en realidad, lo que se intenta establecer, sobre el hecho concreto, es en qué consiste dicho interés y, por consiguiente, qué es lo más beneficioso para ese menor de edad.

Esto tiene directa relación con lo que se conoce en doctrina como *la predictibilidad*, que consiste en «establecer la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas³⁰²». La predictibilidad se traduce, pues, en lograr colocar al niño o al adolescente dentro de un entorno que le permita vivir dignamente y cubrir necesidades

³⁰⁰ DIEZ-PICAZO, Luis (2003). *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, pp. 5-22

³⁰¹ Tanto los conceptos jurídicos indeterminados como la potestad discrecional constituyen el ejercicio de una habilitación legal y, por ende, se encuentran sujetos al principio de legalidad, por lo que en ambos se mantiene la proscripción de la arbitrariedad; sin embargo, existen sustanciales diferencias entre ambos, en el sentido de que, en ejercicio de una potestad discrecional, la Administración puede optar por diversas soluciones justas, y en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, solo una única solución será la justa. Por ello, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad, sino un proceso de juicio o estimación –proceso, en definitiva, reglado porque no admite más que una solución justa–, de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado. No es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Madrid: Cívitas, pp. 33 y ss; también en el mismo sentido, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Madrid: Editorial Civitas, pp. 443 y ss).

³⁰² ZERMATTEN, Jean (2003). *El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de Trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'Enfant, p.14.

básicas. Su explicación la encontramos en la visión infantocéntrica o puerocéntrica que debe dárseles tanto a la normas como a su interpretación, sobre la base del interés superior del niño por encima del interés de los otros sujetos, «los cuales pasan a segundo plano, razón por la cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado o paternocéntrica³⁰³».

Quienes intervienen en la determinación del principio serán los respectivos operadores jurídicos³⁰⁴, los progenitores e incluso el menor de edad. Y se tomarán las decisiones en relación con la situación del hijo menor de edad, buscando el interés de este, «configurándose como una modalización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los conflictos interconyugales. Esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede³⁰⁵», por lo que se tendrá que precisar que el interés real y efectivo sea el verdadero y adecuado al caso en particular.

Podemos concluir que, detrás de la solución jurídica que debe tomar la respectiva autoridad en esta materia, hay contenidos generales sobre los que apoyarse, basados en criterios de valor, en la ayuda de especialistas como psiquiatras, psicólogos, sociólogos o educadores, y en la información entregada por los progenitores y el menor de edad, siempre con la consideración de la edad del niño o del adolescente y su grado de madurez, así como de sus necesidades familiares, físicas, psicológicas, emocionales, económicas y educativas: todo, enfocado a lo que más le convenga al niño o al adolescente.

La introducción del principio como cláusula general en las distintas legislaciones presenta, en la práctica, importantes ventajas e inconvenientes, dado que la fórmula concebida no

³⁰³ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GÓNZALEZ, Javier (2011). Protección de menores. En Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado* (12ª ed.). Granada, España: Editorial Comares, p. 354. Véase también AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247.

³⁰⁴ En España estarán representados por el juez, el Ministerio Fiscal, los técnicos especializados. En Chile será a través del juez y los técnicos especializados.

³⁰⁵ DÍEZ PICAZO, Luis María (1984). El Principio de Protección Integral de los Hijos (tout pour l'enfant). En José Manuel González Porrás (dir.) *La Tutela de los Derechos del Menor*, Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. (pp. 127-131). Córdoba: Junta de Andalucía, p. 130.

El principio del *interés superior del niño*

aporta ninguna definición precisa sobre lo que debe considerarse *el interés superior del niño*: no entrega pautas generales orientadoras para el momento de su interpretación en concreto.

La función que le compete a la legislación de protección de menores de edad es que esta debe operar en todos los casos en los que se halle involucrado un menor de edad. Al Derecho le corresponde desarrollar todos los mecanismos para que ese interés se garantice efectivamente.

Incluir este principio en una cláusula general permite que el Derecho de familia se flexibilice. También le otorga un campo de acción más amplio que permite valorar la concreción del interés del menor de acuerdo con las circunstancias y con las características intrínsecas de cada caso concreto. Lo importante es que al aplicar la norma en la determinación de una situación concreta, la flexibilidad no se aparte de los sistemas jurídicos positivos y principios generales, con el fin de determinar los criterios de ponderación. Debe ser la autoridad judicial la encargada de adecuar dichos criterios al ámbito jurídico.

Por otro lado, si bien es cierto que el *interés superior del niño* es un concepto jurídico indeterminado, esto no significa que se deba convertir en un concepto de valoración arbitraria o generador de inseguridad jurídica. Existen ciertas pautas que permiten al operador jurídico valorar, de acuerdo con las circunstancias, la concreción del interés del menor de edad, en función de las características intrínsecas de cada caso concreto. La valoración se realizará por medio de la razonabilidad, la racionalidad y proporcionalidad de medios y fines, y adaptando el problema en cuestión al caso concreto que requiere una solución.

Dagnino³⁰⁶ es muy claro en este punto y dice que «al estudiar qué deba entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podrá hacerlo satisfactoriamente, habida cuenta de que toda previsión *a priori* podría pecar por exceso o por defecto, y que el interés del

³⁰⁶ DAGNINO, Francesco (1975). Potestà parentale e diritto de visita. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*. p.1525.

menor, globalmente considerado, es la síntesis lógica de una amplia gama de componentes objetivos y subjetivos, variables según las más diversas modalidades y circunstancias, y de ahí relativo, entendido como realidad que necesita de concreción con relación a las circunstancias contextuales en las que aparece³⁰⁷».

Otros autores³⁰⁸, en cambio, dudan del valor jurídico que se le pueda conferir al interés superior del niño, debido a la indeterminación del concepto. Así opina Carbonnier, quien califica «[e]l interés del menor como la noción mágica. Por más que contemplada por las Leyes, lo que no se comprende es el abuso que hoy se hace de ella. Al final, dicha noción

³⁰⁷ Otros autores que se pronuncian por las ventajas de un sistema así son: E. Roca Trías (1999): «Otros sistemas provocan o pueden provocar una rigidez peligrosa, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor, es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacte la norma. La rigidez de la normativa sobre principios, frente a la normativa casuística, que admite válvulas de escape cuando la situación no está absolutamente prevista en la lista, hace que para obtener una mejor protección de los derechos fundamentales de un colectivo débil, me incline por un sistema abierto como el español, aun y conociendo que ello deja abierta la puerta al arbitrio judicial, ya que el Juez debe apreciar en cada momento si se producen o no situaciones especiales que obliguen una protección concreta del interés del menor». ROCA TRIAS, Encarna (1999). *Familia y cambio social: de la "casa" a la persona*. Madrid: Editorial Cuadernos Civitas, p. 212 y ss. Torres Perea (2006) afirma que «...lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales) y de control (ante todo peligro o amenaza que afecte al menor), y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten». DE TORRES PEREA José Manuel (2006). Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán. pp. 675-742. https://www.boe.es/.../abrir_pdf.php?id=ANU...Tratamiento_del_interés...R. Pérez Manríquez (2010), a su vez, expone: «Bien es cierto que el principio del *interés superior del niño* podría ser considerado como indeterminado, en cuanto a que su definición se encontraría en constante desarrollo, pero adquiriere su verdadera dimensión cuando es aplicado al caso concreto». PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2010). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. En Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma (eds.). *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (pp. 573 -606). Quito, Ecuador: UNICEF. Lovera Parmo (2008) indica: « [I]os tratados internacionales como el ordenamiento jurídico nacional se encuentran plagado de cláusulas jurídicas de contenido indeterminado. Es decir, cláusulas legales a las cuales los jueces deben echar mano para resolver las disputas judiciales que llegan a su conocimiento, pero cuyo contenido, de su sola lectura, es difícil de comprender (y entender)». LOVERA PALERMO, Domingo (2008). Razonamiento judicial y Derechos del Niño: de ventrílocuos a marionetas. En *Justicia y Derechos del Niño*, N.º 10 (pp. 45-62). Santa fe de Bogotá, Colombia: UNICEF.

³⁰⁸ Díez-Picazo (2006) subraya la ambigüedad de los conceptos y cláusulas generales, y que solo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo (DÍEZ- PICAZO, Luis María y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2006). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones* (10ª ed.). Madrid: Tecno, p. 169). Grossman (1998) afirma que se ha establecido también como debilidad del principio el hecho de que su evaluación sería subjetiva, tanto por parte de los padres, como del juez y de la autoridad. Se señala que este interés es siempre definido por el adulto, y con ello se corre el riesgo de considerar más los intereses de estos que los de los niños (GROSSMAN, Cecilia (1998). *Los Derechos del Niño en la familia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 46). Gómez de la Torre (2000) expone, a su vez, que se ha dicho que la aplicación del interés superior del niño permite un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad, lo que debilita la tutela efectiva y eficiente de los derechos que la Convención contempla y coloca en riesgo lo que postula la doctrina de la protección integral (GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2000). El Interés Superior del Niño. *Gaceta Jurídica*, 328, 22-26).

El principio del *interés superior del niño*

terminaría por hacer superfluas todas las instituciones del Derecho de Familia. Sin embargo, nada más evanescente, nada que favorezca más la arbitrariedad judicial³⁰⁹». El interés superior del niño, en definitiva, puede llevar al juez a inclinarse por concepciones sociales predeterminadas para fundamentar una resolución.

De igual modo, la falta de concreción del concepto, que no está definido, pues, de forma específica, lleva a relativizar y manipular su contenido según los intereses que estén jurídica o culturalmente de moda: de este modo, queda sometido a criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva muy subjetiva y provoca cierto grado de inseguridad jurídica, lo que se contrapone con su función garantista.

Basados en el grado de inseguridad jurídica que conlleva su indeterminación, y con el fin de evitar llegar a conclusiones derivadas de criterios de tipo personal, basados en hechos aislados carentes de significado pero fundamentados en prácticas repetidas, se plantea como una solución el establecer directrices mínimas sobre la dignidad humana inherente a la persona del menor de edad. Estas directrices le han de permitir desarrollarse plenamente en su aspecto físico, psicológico, moral, social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad³¹⁰, y han de estar apoyadas por criterios científicos y académicos, a través de los cuales se expliquen los elementos del interés superior del niño. No hay, además, que dejar de lado el derecho del menor de edad a ser escuchado teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

³⁰⁹ Cita tomada de RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (1996). Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la Loi et la Jurisprudence Française. En Víctor Solé Sala y Miguel Ángel Verdugo Alonso (coords.). *La Convención sobre los Derechos del Niño hacia el siglo XXI: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 de 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación de la UNICEF* (pp.6-25). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 317.

³¹⁰ O'DONNELL, Daniel (2004). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. Ponencia presentada en el *XIX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, Ciudad de México D. F. (27-29 de octubre de 2004), pp. 119-161.

2.5.3 Propuestas doctrinales para establecer criterios en la determinación del *interés superior del niño*

Dentro de la doctrina, algunos autores tratan de buscar la uniformidad al término; pero existen, al respecto, diferentes teorías. Estas propuestas de *lege ferenda* resultan fundamentales, ya que a través de ellas se pueden crear nuevos criterios para legislar sobre infancia, adolescencia y familia.

2.5.3.1. El método tópico de Theodor Viehweg

De acuerdo con Viehweg (1964), en el análisis jurídico debe operar el principio por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partiendo de la directriz principal que informa de todo lo que afecta a los menores. Se trata de un modo funcional de orientación e hilo conductor del pensamiento. En palabras del autor³¹¹:

«La raíz de todo está simplemente en que el problema toma y conserva la primacía. Si la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental, esto es, de ser “móvil”. La primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Esto ha de valer especialmente para un sistema deductivo. A causa de lo inabarcable de su problemática, una jurisprudencia así concebida tiene un interés mucho mayor en una variedad asistemática de puntos de vista. No es enteramente exacto calificarlos como principios o reglas fundamentales. Se les tendría que llamar más exactamente reglas directivas o tópicos, según el criterio de nuestra investigación, puesto que no pertenecen al espíritu deductivo-sistemático, sino al tópico. La terminología de tipo científico señala una dirección falsa, cosa que no es rara en nuestro campo».

El núcleo fundamental de su elaboración radica en considerar que el razonamiento jurídico no es ni debe ser sistemático (deducir a partir de sistemas cerrados), sino tópico (a partir de problemas o casos)³¹². La encontramos en el estudio y la práctica del razonamiento jurídico,

³¹¹ VIEHWEG, Theodor (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, Madrid, 1964, p. 142.

³¹² MORELLI, Mariano G. (2008). Pensar el Derecho Desde el Problema. Theodor Viehweg: Tópica y Sistema en la Historia del Derecho, *Revista Trabajos del Centro*, 5, p. 61.

El principio del *interés superior del niño*

ya sea por sí misma o proporcionando una base sólida sobre la cual se construye una teoría de la argumentación jurídica.

La tónica jurídica de Viehweg (1964) se caracteriza por tres elementos interconectados: por un lado, la tónica es una técnica del pensamiento problemático; por otro, desde el punto de vista de su objeto, es la noción de topos o lugar en común; finalmente, desde el punto de vista del tipo de actividad, la tónica es una búsqueda y examen de premisas. Lo que la caracteriza es que consiste en un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones³¹³.

Algunos autores³¹⁴ concuerdan con la idea de buscar nuevos planteamientos metodológicos, basados en el análisis filosófico jurídico de la tónica jurídica para, a través de él, llegar a establecer la determinación del concepto del *interés superior del niño*.

En cuanto al interés superior del niño, el punto de vista principal será precisamente este principio, por lo que debemos centrarnos en la estructuración de los conceptos, ya que son los axiomas los que nos proporcionan una mejor solución al conflicto. De hecho, es desde ahí desde donde hay que construir la idea de bienestar del niño. Con todo, no existe una respuesta única, por lo que cada caso debe ser estudiado particularmente, tomando en consideración el Derecho y la jurisprudencia. Estos criterios en el futuro son los que servirán para lograr mejor el interés superior del niño.

2.5.3.2. El método del autodeterminismo dinámico de John Eekelaar

John Eekelaar (1994) defiende que dos modelos para la determinación del interés superior del niño: objetivización y autodeterminismo (*'self-determinism'*)³¹⁵.

³¹³ ATIENZA, Manuel (2005). Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2ª ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 58.

³¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007). *El interés del menor* (2º ed.). Madrid: Editorial Dykinson, pp. 81- 85.

³¹⁵ EEKELAAR, John (1994). *The Role of Dynamic Self Determinism, and the Best Interests of Child-Reconciling Culture and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 42-61. Recuperado:10.1093/lawfam/8.1.42,<http://law.fam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>.

La objetivización parte de tener que considerar criterios generales propios de cada sociedad sobre los que hay un consenso destinado a crear las condiciones óptimas para el desarrollo de los niños³¹⁶: hay ciertos planteamientos y estados de cosas cuya experiencia o vivencia se cree beneficiosa o perjudicial para el menor. Las circunstancias pueden o no ocurrir, pero en el caso de suscitarse, se trata de observar cuál de ellas será preferible considerar respecto de otras que podrían derivar o no de esa vivencia. El autor plantea la necesidad de la objetivización de la decisión que se refiere a los intereses de los menores de edad; en caso contrario, se puede caer en la inseguridad o arbitrariedad.

El autodeterminismo surge, en cambio, como alternativa al modelo anterior, de manera que es el niño el que adopta un papel protagónico e influye en la toma de decisiones relacionadas con su persona. También el autodeterminismo promueve la participación directa del menor de edad en la determinación de su propio interés. El proceso es dinámico: lo que hoy puede ser trascendental para tomar una decisión, con el transcurso del tiempo puede cambiar; por lo tanto, resulta acertado ir revisando la situación a medida que el menor de edad va creciendo, porque este irá teniendo una participación más activa y su opinión será relevante para alcanzar un resultado que vaya en su beneficio. Para Eekelaar es la mejor demostración de que la decisión se ha tomado teniendo en cuenta el interés superior del niño³¹⁷.

De este modo, para este autor, la construcción del interés superior del niño no parte de un criterio paternalista, sino que se basa en la autodeterminación. A partir de aquí, se plantea un doble problema: el conflicto, que puede producirse con los derechos de los padres,

³¹⁶ Por este método, la toma de decisiones se basa en la creencia de considerar el interés superior del niño. Esta percepción del interés superior del niño presupone varios estados de cosas cuya experiencia se piensa que tiene efectos beneficiosos o adversos para el niño. El *principio*, por tanto, hace referencia implícita a la experiencia o no experiencia de los estados de cosas y la preferencia de esas consecuencias a diferentes consecuencias derivadas de la experiencia (o no experiencia). *Ídem*, pp. 46 y ss. (Traducción personal).

³¹⁷ El niño se coloca en un ambiente que es razonablemente seguro, pero expuesto a una amplia gama de influencias. A medida que el niño se desarrolla, se le anima a aprovechar estas influencias, de tal manera que el propio niño contribuye a un buen resultado (ya que le han dado la oportunidad de participar activamente dentro del núcleo familiar). El hecho de que el resultado haya sido al menos en parte determinado por el niño se toma para demostrar que el resultado es en el mejor interés del niño. *Ídem*. pp.47-48 (Traducción personal).

El principio del *interés superior del niño*

porque los padres pueden enfrentarse conflictivamente con los hijos³¹⁸; y la falta de capacidad natural en los menores, que dificulta determinar la naturaleza de su reclamación.

Esto último está claramente establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 12, sobre el derecho a ser oído, que exige escuchar la opinión del menor de edad. Con todo, la forma tan amplia de redacción de esta disposición ofrece un gran margen para que los adultos puedan determinar si la edad o el grado de madurez, en el caso concreto, son suficientes para tomar en consideración la opinión del niño o del adolescente. Como consecuencia, en algunas ocasiones se puede llegar a limitar la participación del menor de edad.

A su vez el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N.º 14, recoge los dos elementos planteados por Eekelaar como parámetros para establecer la determinación del interés superior del niño, que se traduce en realizar un análisis específico de las circunstancias en que se encuentra el menor de edad y en buscar una respuesta individual (caso concreto), que no vaya en su detrimento. De hecho, los Estados parte han recogido esta propuesta para legislar sobre esta materia.

La crítica que se le hace a esta teoría es que el Derecho no puede basarse solamente en la voluntad de las personas.

2.5.3.3. El principio garantista de Miguel Cillero

En la Observación General N.º 14 se identifica el *interés superior del niño* con la satisfacción de derechos y se establece su primordialidad como elemento clave para la determinación del *interés superior del niño* en casos concretos.

Para Miguel Cillero (1997), el interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño es un principio³¹⁹ jurídico garantista. Se entiende por *garantía* los

³¹⁸ EEKELAAR, John (1994). The interests of child and the child's wishes..., op. cit., p.302.

«vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos³²⁰. Por ello, el interés superior del niño es, siempre, la satisfacción de sus derechos, y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos³²¹». En principio, el derecho que es inherente al niño es que ambos padres sean los encargados de su cuidado y educación en una situación ideal de convivencia preferente con ellos. Será potestad del Estado suplir este derecho reconocido, basado en el interés público, interviniendo en las familias que no cumplen este rol. De esta manera el Estado garantiza los derechos del niño y procura acercarse a una real protección del menor de edad.

En este sentido, podemos afirmar que el interés superior del niño es una garantía, ya que en toda decisión concerniente al niño deben estar considerados primordialmente sus derechos. Además, se agrega que esta garantía es amplia, ya que no solo obliga al legislador sino también se impone a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres: nada más lejano de ser considerado un principio que meramente debe «inspirar» las decisiones de las autoridades. El interés superior del niño, sirve, también, de base y orientación para iluminar la conciencia del juez o de la autoridad para que tome la decisión correcta. Esto es así porque está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas³²²: «el interés superior del niño le recuerda a la autoridad que el interés no constituye una solución jurídica de la nada, sino que en estricta sujeción de la forma y el contenido de los derechos legalmente sancionados».

³¹⁹ El autor se adhiere a la definición de Ronald Dworkin de considerarlo *principio*; esto es, proposiciones que describen derechos, cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia. Puede decirse que los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de los derechos, son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos (LÓPEZ RIVERA, Gissela (2001). *Nuevo Estatuto de Filiación y los derechos esenciales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pp.105-106).

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi (2001). Derechos fundamentales. En Luigi Ferrajoli. *Fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 40-44). Madrid: Trotta, p.45.

³²¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1997). *El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Seminario *Las nuevas doctrinas y la justicia para menores en Colombia*, ver documento del mismo nombre, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.

³²² CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999b). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derecho del Niño*, N°1, sección 1. Santiago de Chile: UNICEF y Ministerio de Justicia, 45-63.

2.5.3.4. Considerado como protección de los derechos fundamentales, la propuesta de Encarna Roca Trias

Encarna Roca Trias³²³ (1999) propone que el interés del menor debe centrarse en el respeto a sus derechos, como en el sistema de cláusula abierta. Basándose en la doctrina italiana, la autora entiende que resulta muy difícil intentar precisar un concepto de interés del menor que sea objetivo y uniforme. Añade que la argumentación jurídica que se utiliza se basa en la protección de la personalidad del menor, lo que permite dotar de contenido ese concepto abierto y coordinarlo con las disposiciones del artículo 2 de la Constitución italiana³²⁴. Así, se debe establecer un sistema de protección para prevenir violaciones de esos derechos y, en caso de que se dé la violación, para que exista un respaldo legal destinado a reponer la situación. Roca Trias (2009) agrega que este interés «no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general».

Ello significa reconocer que el menor de edad es titular de derechos fundamentales³²⁵. Por ende, el interés del menor no es otro que la seguridad de la protección de sus derechos fundamentales. De ahí la necesidad de otorgarle seguridad jurídica a través de la implantación de este principio en la legislación, «como una proyección al futuro de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas de su personalidad». Las autoridades, al tomar decisiones judiciales relacionadas con cuestiones en las que se ven involucrados menores de edad, no pueden interpretar sus derechos como un concepto vacío, ya que su «contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que, por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad».

³²³ ROCA TRIAS, Encarna (1999). *Familia y cambio social: de la "casa" a la persona*. Madrid: Editorial Cuadernos Civitas, p. 212.

³²⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012a). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30 (2), 89-108.

³²⁵ ROCA TRIAS, Encarna (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de ingreso). *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 915-992.

Dentro de esta corriente se encuentra Ravetllat Ballesté³²⁶ quien comparte la visión anterior con sus matices. Considera que esta teoría puede ser un eje a partir del cual empezar a construir un concepto común de interés superior del menor. Para este autor, con el planteamiento constitucional del problema de la protección de la personalidad, en el artículo 10 C.E., y su complemento en los artículos 39.3 y 39.4 C.E., en lo que se refiere a la protección del menor, se logra que, en definitiva, el niño se convierta en ciudadano al cumplir su mayoría de edad.

Para Roca Trias el principio del *interés del menor* se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de *fundamentales*, a las personas, porque el niño tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (de acuerdo con el artículo 29 Código Civil).

Por ello, las resoluciones judiciales que deban decidir sobre problemas con menores no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que, por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para reclamar su efectividad.

Concluye la autora que no debemos limitar el interés superior del niño, desde un punto de vista jurídico formal, con los derechos relacionados con su dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. Se debe ir más allá, e incluir otros conceptos que forman parte del desarrollo integral del niño, tales como la felicidad y el bienestar personal del menor de edad, como también el equilibrio emocional y afectivo, porque la personalidad no es algo abstracto: es una realidad humana concreta.

³²⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012a). El interés superior del niño..., *op. cit.*

2.5.3.5. El método hermenéutico de Francisco Rivero

Francisco Rivero Hernández (2000) asume la tesis de que en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado se puede encontrar «una solución razonable y justa entre varias opciones», acudiendo al valor o a la experiencia a que remite el concepto.

En términos generales, y con actitud tópica, el interés del menor refiere a una ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicios o previsible desventaja para él (componente negativo). Estos elementos o componentes, por ser compatibles, unas veces se presentan conjuntamente (su interés concreto reside proporcionalmente en las mejores opciones y en evitarle riesgos o perjuicios próximos), otras, como alternativos: por ejemplo, evitarle perjuicios verosímiles, males mayores, o elegir para él la opción menos mala, ya que no se puede proporcionar lo mejor posible o deseable. Esas ventajas y perjuicios, opciones o riesgos, pueden ser de muy variada índole y afectar a distintos ámbitos personales del menor³²⁷.

Ello implica que sobre él recaen varios criterios razonables. Estos criterios deben, por tanto, ser abordados desde un plano genérico mirado en abstracto, buscando todas las opciones posibles desde diferentes perspectivas, en que idénticos problemas puedan tener respuestas diferentes. Luego cabe acudir al caso en concreto de forma individual, al caso del niño o adolescente en cuestión.

Se puede concluir que, si bien cada uno de los autores³²⁸ centra su metodología en un problema específico, ninguna de ellas entrega una definición que resulte válida de manera

³²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007). *El interés del menor* (2º ed.). Madrid: Editorial Dykinson, p. 63.

³²⁸ Entre otros autores que intentan definir o establecer la determinación del concepto *interés superior del niño*, el método *funcional* de Philip Alston y Gilmour Walsh (1992) señalan que se puede interpretar el concepto del *interés superior del niño*:

«como el elemento funcional de los derechos en la Convención sobre los Derechos del Niño, ya sea para apoyar, justificar o aclarar un enfoque concreto con respecto a los asuntos que surjan en el seno de la Convención sobre los Derechos del Niño. En segundo término, puede actuar como principio de mediación que ayude a resolver los conflictos entre los diferentes derechos que surjan dentro del marco general de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por último, sirve para evaluar las leyes, las prácticas y las políticas referentes a los niños que no se incluyen de forma expresa en las

objetiva y universal³²⁹ acerca del interés superior del niño. En gran parte no puede darse un valor genérico porque el sujeto en cuestión es una persona menor de edad en proceso de formación, en el que intervienen elementos variables: culturales, sociales, psicológicos o familiares, que pueden afectarle en mayor o menor medida.

obligaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño» (ALSTON, Philip y WALSH, Gilmour (1992). *Children, rights and the law*. Oxford: Clarendon Press, pp.34 y ss.).

La teoría de Cecilia Grossman (1998) recalca lo siguiente:

“(…) si bien es clave dar un sentido al paradigma sobre la base de los derechos fundamentales del niño, expresión de sus necesidades básicas, ello no alcanza para establecer cuál es la solución más conveniente en el caso concreto, ya que el derecho establecido puede ser realizado de distintas maneras (lo cual) significa que asociar el “interés del niño” al respeto de sus derechos fundamentales reclama, concomitantemente, sopesar las circunstancias de hecho para determinar de qué manera tales derechos, que representan necesidades del niño, pueden recibir el mejor amparo. GROSSMAN., Cecilia (1998). Capítulo I: El Interés Superior del Niño. En su: *Los Derechos del Niño en la Familia*. Editorial Universidad, Buenos Aires. pág.46

Jean Zermatten (2003) intenta dar una definición y propone como tal:

«El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia».

Y termina diciendo que, si bien es imposible determinar objetivamente la noción de bienestar del niño, esta debe reemplazarse por la búsqueda del «menor mal»; es decir, la consideración de «cómo hacer el menor daño posible» (ZERMATTEN, Jean (2003). *El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de Trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'Enfant).

Gloria Baeza Concha (2001) lo define en los siguientes términos:

«como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general de sus derechos, que buscan su mayor bienestar. El bienestar del niño estará dado, mirado desde su prisma legal, al lograr la aplicación de las normas de la Convención, especialmente el artículo tercero, que exige la consideración de este *interés superior del niño* al tomar cualquier determinación, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal» (BAEZA CONCHA, Gloria (2001). *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*. *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2), p. 356).

Fabiola Lathrop (2004) relaciona el interés superior del niño con el derecho a ser oído:

«Estimar el *interés superior del niño* o *mejor interés del menor* como un principio general del derecho, cuyo contenido debe ser concretado, en cada caso, por los legisladores nacionales y locales, siendo el juez, en última instancia, quien lo deberá aplicar al caso concreto. Es decir, no existe un único concepto, sino que se trata de un concepto dinámico, en evolución. Se agrega a esto el carácter operativo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el que se considera necesario dictar normas procesales para una mejor aplicación. Prioritariamente el niño deberá ser oído personalmente y subsidiariamente, por medio de su representante». LATHROP GOMEZ. Fabiola (2004). *El derecho del niño a ser oído*, en María Dora Martinic (coord.). *Nuevas tendencias del Derecho*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 201-231.

³²⁹ Algunos autores consideran que la fórmula del interés superior del niño, contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, refleja una visión hiperindividualista y coloca los intereses de los niños por encima del interés general. Por lo mismo, países como Francia mantienen, en general, el concepto *interés del menor* y no *interés superior del niño*.

El principio del *interés superior del niño*

Donde existe acuerdo es en conferirle un valor jurídico instrumental a la decisión acerca de un derecho o de conflictos de derechos, entendiendo que el interés superior del niño consiste en garantizarle la satisfacción de los derechos que le corresponden por ser persona. Estos derechos deberán ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, de la sociedad y del Estado.

Además, como el concepto jurídico es indeterminado, se requiere abordar el conflicto desde un planteamiento genérico y abstracto, dentro de un margen de apreciación, para luego ser concretado en la persona en particular, acompañada de su realidad humana y jurídica. Así deberán tomar las decisiones quienes deban hacerlo en cada caso concreto.

2.6. El *interés superior del niño* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de la vida familiar y de la vida privada

El Tribunal Europeo de Derechos humanos³³⁰ se ha posicionado claramente a través de sus sentencias³³¹ en la protección de la vida familiar. Establece que el menor de edad debe estar integrado en su familia desde su nacimiento, por lo que debe privilegiarse la vida familiar. A este respecto, la Corte, con el pasar del tiempo, ha ido transformando el concepto de *vida familiar*. En la actualidad la noción tradicional se ha ampliado y, como recuerda la Gran Sala del propio Tribunal: «no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones “familiares” fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio». De hecho, no se distingue entre *hijos de jure* e *hijos de facto*. Por lo tanto, la vida familiar alude tanto a la vida matrimonial como a otras relaciones de convivencia no matrimoniales. Así, se reconocen distintos tipos de familias de hecho: una pareja que no está casada (asunto Johnston y otros c. Irlanda, n.º 9697/82 -

³³⁰ Dirección electrónica oficial en: <http://www.echr.coe.int/>. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se consideran *declarativas* y *no directamente ejecutables*; es decir, tienen que ser observadas, pero, en la práctica, carecen de efecto directo. En España, a pesar de que la Corte considere que hay una violación de derechos, los pronunciamientos judiciales de naturaleza condenatoria requieren una regulación expresa sobre un procedimiento concreto a seguir para poder revisar sentencias ya firmes.

18/12/1986); una mujer soltera y su hija³³², (asunto Marckx c. Bélgica, n.º 6833/74-13/06/1979), un hombre y su hija extramatrimonial (asunto Keegan c. Irlanda, n.º 16969/90-26 /05/1994); pero se agrega que es necesaria la efectividad de los lazos familiares como elemento determinante de la relación (asunto Söderbäck c. Suecia, n.º 24484/94-28/10/1998)³³³.

En las familias de facto se entiende que, dentro del respeto de la vida familiar del padre natural, en el régimen de visitas y en el de la adopción del niño sin el asentimiento del progenitor, este jugará, en el proceso de toma de decisión, un papel presencial, por lo que el artículo 8 será respetado si los derechos procesales de los padres naturales son suficientemente salvaguardados por las instancias nacionales (asunto Elsholz v. Alemania, N.º 25735/94-13/07/2000)³³⁴.

Esta mutación del concepto familia es el resultado de la lectura conjunta de los artículos 8³³⁵ y 12³³⁶ del Convenio³³⁷. Estos artículos establecen el derecho al respeto de la vida

³³² El Comité de Ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y su hijo como una familia más (resolución de 15 de mayo de 1970 sobre la protección social de las madres solteras y sus hijos, I, 10; II, 5, etc.).

³³³ En este caso, la Corte se inclinó por dar preferencia a la unión existente entre un menor y su padre adoptivo respecto a la vinculación del primero con su padre biológico.

³³⁴ PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2008). *Derecho europeo de familia*. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, 22, p. 14.

³³⁵ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³³⁶ Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

³³⁷ Sumados los protocolos por medio de los que se amplía el listado de derechos iniciales y aumenta considerablemente el ámbito de protección que este otorga, obligando a los Estados parte que han ratificado el Convenio. Los protocolos que contienen disposiciones directamente relacionadas a los niños son el Protocolo adicional (1952), en su artículo 2. Derecho a la instrucción: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»; y el Protocolo 7, en el artículo 5, que determina la igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges entre ellos, respecto a sus hijos sin importar el estatus como pareja, sin perjuicio de que el Estado tome las medidas «que fueran necesarias persiguiendo el interés de los niños».

El principio del *interés superior del niño*

privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia (asunto *Marckx v. Bélgica*, (n.º 6833/74-13/06/1979)³³⁸, de manera que el Tribunal manifiesta que «el respeto a la vida familiar implica, concretamente, la existencia, en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento». El artículo 12 reconoce el derecho a casarse y a fundar una familia.

Esta moderna concepción de vida familiar se circunscribe más a la realidad que se está viviendo actualmente, y busca un equilibrio entre la vida privada y la vida familiar. Esta idea no recibe apoyo mayoritario, ya que dentro de la doctrina hay detractores. Entre los ellos, Luis María Díez-Picazo (2007) sostiene que la razón por la que se protege el matrimonio como derecho fundamental es que este constituye el fundamento de la familia: si no hubiera familia, no haría falta el matrimonio³³⁹.

A nivel europeo, también existe tensión entre la legislación nacional e internacional, aunque la Corte, a través del principio del artículo 8, permite un margen de apreciación amplio a cada Estado acerca de los medios para regular dicha vida familiar (*'margin of appreciation doctrine'*). Con todo, el Estado queda obligado a realizar acciones positivas³⁴⁰ para proteger la «vida familiar», según la definición de la Corte y el normal desarrollo de los lazos familiares. Así, es obligación del Estado procurar a los menores de edad una debida protección jurídica. Como consecuencia, la Corte de Estrasburgo resuelve una y otra vez en contra de las regulaciones de los estados que no se ajustan a su interpretación dinámica del artículo 8, (*Keegan c. Irlanda*, n.º 16969/90-26 /05/1994); (*Elsholz c. Alemania*, N.º 25735/94-13/07/2000); (*Kutzner c. Alemania*, N.º 25735/94-26 /02/2002). Al respecto, en España «la vida privada y familiar» de los ciudadanos que están protegidos por

³³⁸ El concepto de vida familiar que emplea el Tribunal es amplio y no se limita a la familia matrimonial, sino que es aplicable siempre que existan vínculos de parentesco dotados de efectividad: Al garantizar el derecho al respeto a la vida familiar de cada uno, el artículo 8 presupone la existencia de una familia.

³³⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2007). En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 2, p. 11.

³⁴⁰ El artículo 2º del Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos establece que las obligaciones de los Estados son de respeto y garantía. Y, ciertamente, si el deber de respeto puede considerarse como de no acción o negativo, la garantía conlleva, de hecho, el de adopción de medidas de naturaleza positiva.

el artículo 8 del Convenio se encuentra incorporada al derecho interno (BOE, 10 de octubre de 1979)³⁴¹.

En cuanto al concepto del *interés superior del niño*, este no aparece mencionado de manera expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con todo, al estar reconocido el derecho al respeto de la vida privada o vida familiar, este principio está implícitamente integrado, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace hincapié en que el Convenio no debe ser interpretado independientemente, sino que debe ser aplicado de acuerdo con los principios de derecho internacional. Por esta razón, la Convención sobre los Derechos del Niño continuamente recurre al instrumento jurídico que, desde su aprobación, se ha convertido en su eje central: el principio del *interés superior del niño* para la protección de sus derechos (asunto Maumousseau y Washington c. Francia, n.º 39388/05- 06/12/ 2007), que subraya que, desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, *el interés superior del menor*, en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor: se busca la plenitud del niño en el ámbito familiar, y la familia constituye «la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar», según los términos del preámbulo de esta convención. Como ya ha estipulado el Tribunal, esta consideración primordial puede implicar varios aspectos. El Tribunal suscribe en su totalidad la filosofía subyacente de esta Convención (pp. 66 y ss.).

Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la de que «la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva» (asunto K. T. c. Finlandia, 12/07/ 2001), en relación con la custodia de los hijos de una pareja con problemas psiquiátricos.

A este respecto, Presno Linera (2008)³⁴² señala que la búsqueda del mejor interés para el menor se debe promover tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los de parentesco jurídico, sin olvidar los casos de ausencia de parentesco pero con efectivas

³⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2009). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, p.76.

³⁴² PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2008). *Derecho europeo de familia, op. cit.*, p. 15.

El principio del *interés superior del niño*

relaciones familiares de facto. Es importante, por ende, ir al caso concreto, ya que así se podrá determinar las circunstancias que lo rodean y, según esto, decidir qué es lo más conveniente para el menor de edad. Ello origina diversas soluciones en los Tribunales, y así queda demostrado en los siguientes casos: a) primar la efectividad y apariencia de familia, a pesar de la ausencia de parentesco jurídico y biológico (asunto XYZ. c. Reino Unido, N.º 21830/93-22/04/1997)³⁴³; b) atender el parentesco biológico o jurídico si la ausencia de relación efectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor (asunto Gorgülü c. Alemania. Demanda n.º 74969/01-26/02/ 2004,)³⁴⁴; y c) elegir entre la filiación biológica o la adoptiva en los supuestos en que ambas puedan coincidir (asunto Söderbäck c. Suecia. Demanda n.º 24484/94-28/10/1998)³⁴⁵.

La situación es más compleja con los temas relacionados con la orientación sexual. Aquí hay casos en que el interés superior del niño ha sido utilizado para discriminar a padres o madres que no son heterosexuales. Para hacer frente a estas situaciones, la Corte Europea ha intentado resolver estos asuntos a través del principio de proporcionalidad, con la lectura conjunta del artículo 14 (prohibición de la discriminación)³⁴⁶ y del artículo 8 (derecho a la vida privada y la vida familiar). A través del caso *Algueiro da Silva Mouta c. Portugal*, (Demanda n.º 33290/96-21/03/2000)³⁴⁷, la Corte Europea determinó que esta distinción, basada en consideraciones relacionadas con la orientación sexual, no era aceptable bajo la Convención Europea de los Derechos Humanos, y que era violatoria del artículo 14 (prohibición de la discriminación) junto con el artículo 8 (derecho a la vida privada y la vida familiar).

³⁴³ En este caso se reconoce la relación familiar entre X, transexual que convivía con Y. Además, estaba Z., hijo de Y., concebido por inseminación artificial por un donante anónimo. La discusión se centra en la transexualidad de la mujer que desea adoptar al hijo de su pareja.

³⁴⁴ En este caso, el padre biológico ignoraba que había sido padre. Y la madre había dado al hijo en adopción.

³⁴⁵ El Tribunal de Estrasburgo privilegió una relación familiar de adopción respecto de la biológica en atención a los lazos ya consolidados.

³⁴⁶ Artículo 14. Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

³⁴⁷ La decisión de la Corte portuguesa estuvo basada en el hecho de que el aplicante es homosexual y en que «la hija debería vivir en una familia portuguesa tradicional».

En lo relativo a la adopción, si bien esta puede ser solicitada por una persona a título individual, como ocurre en Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, desde la sentencia del caso E.B. c. Francia (Demanda n.º 43546/02- 22 /01/ 2008))³⁴⁸, La Corte de Estrasburgo resolvió que si la *ratio decidendi*; es decir, la razón que lleva a la decisión para otorgar la custodia de un hijo o para permitir la adopción de un menor por parte de una persona homosexual son basadas únicamente en las consideraciones sobre la orientación sexual de quien lo solicita, esto implica una discriminación y contradice los derechos humanos bajo los términos de la Convención³⁴⁹.

Por último, no podemos olvidar los casos de gestación por sustitución sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ellos, el principio del interés superior del niño ha jugado un papel fundamental. Así, en dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la demanda *Menesson c. Francia* (n.º 65192/2011) y la demanda *Labassee c. Francia*, (n.º 65941/2011), con fecha 26/06/2014, han diferenciado, por un lado, la vulneración de los derechos de los padres solicitantes y, por otro lado, los derechos de los hijos nacidos *por contrato de gestación por sustitución*³⁵⁰. Se concluye que no existe violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (La Ley

³⁴⁸ Los hechos son los siguientes: se le niega a una mujer adoptar un hijo por el hecho de ser lesbiana.

³⁴⁹ Criterio distinto había tenido en el asunto “*Fretté v. France*” (Demanda n.º 36515/9, 26 de febrero de 2002), en la que la Corte apunta al interés superior del niño y apoya su decisión en la falta de evidencia de los estudios sobre la crianza de los niños en hogares homoparentales, lo que convalida la decisión del Estado francés de negar la adopción a una persona soltera que manifiesta su orientación homosexual. Por ello, es cuidadosa al justificar el fallo en uno y otro caso, afirmando que se trata de plataformas fácticas y jurídicas distintas. En el caso del Sr. Fretté no había certeza de la cualificación para ser adoptante, mientras que en V. B. el Estado francés reconoce la cualificación de la postulante, pero discrimina por razón de orientación sexual.

³⁵⁰ Los hechos son los que se relacionan a continuación. Dos matrimonios franceses heterosexuales, debido a la prohibición del Estado francés de la gestación por sustitución, tomaron la decisión de recurrir a dos estados de EE. UU. en que esta práctica es legal: California y Minnesota, con el fin de tener hijos. En ambos casos los maridos aportaron su semen; por lo tanto, son los padres biológicos, pero los óvulos fueron fruto de donante. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas, y en el otro, una niña. Siguiendo las leyes de los respectivos estados, se reconoce a cada una de las parejas como los padres legales de las respectivas niñas. Pero el Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*) les denegó el acceso al Registro Civil bajo el criterio de que con la gestación por sustitución se incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Debido a esto, los recurrentes debieron presentar su demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando el artículo 8 del Convenio del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar), por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

El principio del *interés superior del niño*

16/1950) en relación con el derecho a la vida familiar³⁵¹. En cambio, sí se considera que existe infracción en relación con el derecho de los hijos nacidos *por contrato de gestación por sustitución*, también recurrentes, por vulneración de su derecho a la vida privada: se apela, entre otras razones, al principio del superior interés del niño. El menor de edad se encuentra en estas circunstancias en un estado de limbo, de absoluta inseguridad jurídica, ya que, al no poder fijar su identidad ante el Estado francés, no tiene nacionalidad y carece de filiación como de derechos hereditarios.

En 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otra sentencia en esta materia: la demanda N.º 25358/12 (asunto Paradiso y Campanelli c. Italia)³⁵², en la que se condena al Estado italiano por la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al respeto de la vida familiar establecida en una situación derivada de una gestación por sustitución en el extranjero no reconocida en Italia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el Estado italiano utilizó una medida extrema al separar

³⁵¹ El Tribunal considera en el asunto Mennesson (en su pág. 93) y en el asunto Labassee (en su pág. 72) que las «dificultades prácticas que los demandantes pudieran encontrar en su vida familiar en ausencia del reconocimiento en Derecho francés del vínculo establecido entre ellos en el extranjero no traspasan los límites que impone el respeto del art. 8 de la Convención».

³⁵² Los hechos son los siguientes. El matrimonio Campanelli Paradiso, al no poder tener hijos, decide ir a Rusia y realiza un contrato de gestación por sustitución con la empresa Rosjurconsulting. Tras una fecundación *in vitro* a una madre de alquiler, en febrero del 2011 nace un bebé, el cual, siguiendo la normativa rusa, fue inscrito como hijo de la Sra. Paradiso y del Sr. Campanelli, pero sin indicar que había nacido a través de un contrato de gestación por sustitución. Para regresar a su país de origen, el Consulado de Italia en Moscú les hace entrega de los documentos necesarios para presentarlos a su llegada a la autoridad correspondiente, con el fin de efectuar la inscripción del nacimiento del niño. Pero, debido a la irregularidad del nacimiento del niño, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Collerorto de que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. Por esta razón, el matrimonio Campanelli Paradiso fue acusado de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. Acto seguido, la Fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción, ya que, según la normativa italiana, se estaba frente a un caso de abandono. Por último, la prueba de ADN efectuada al Señor Campanelli demostró que no era el padre biológico del niño, por lo que este hecho, sumado a lo anterior, llevó al Tribunal de Menores a tomar la medida de separar al niño del matrimonio Campanelli Paradiso y someterlo a tutela. En enero del 2013, sin ser informados de su localización y con prohibición de mantener contacto con el niño, este fue colocado en un hogar de acogida, para más tarde ser entregado a unos padres adoptivos. En el mes de abril de 2013 se confirmó la negativa a inscribir el acta de nacimiento procedente de Rusia, ya que era contraria al orden público y a la inexactitud de la certificación al no existir relación biológica entre el niño y los solicitantes, lo que significaba que el niño llevaba dos años con ausencia de identidad. Con todo, ese mismo mes, al niño se le da una nueva identidad, indicándose en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos. Por último, en el mes de junio de 2013, el Tribunal de Menores declaró que los solicitantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño. Los solicitantes, en su defensa, argumentaban que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que fue utilizado en la clínica rusa.

al menor de edad de los comitentes celebrantes del convenio de gestación por subrogación en un país que lo permitía, Rusia, y entregarlo a una familia en acogida basándose en que no existía una relación biológica con los demandantes –por lo que debía aplicarse la legislación nacional que impone el no reconocimiento de la filiación– y en que ambos solicitantes habían vulnerado las normas de prohibición en Italia sobre los contratos de gestación por sustitución y las normas sobre adopción internacional.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no se había respetado el justo equilibrio que debe existir entre los intereses del menor y los intereses legítimos del Estado³⁵³: si bien jurídicamente no son familia, no hubo un reconocimiento de la relación familiar *de facto* entre la pareja y el niño.

La ausencia de identidad por más de dos años pone en situación vulnerable al niño. Además, la medida de quitar el niño a los padres es una medida extrema aplicable como último recurso, que únicamente estaría justificada cuando existe algún peligro para el niño por la existencia de maltrato físico o psicológico, violencia o abusos sexuales.

Con respecto a este punto, el gobierno de España, por medio del Ministerio de Justicia, se comprometió a adecuar la legislación para facilitar la inscripción de niños nacidos en el extranjero por maternidad subrogada. Este compromiso consistía en introducir en el proyecto de ley de reforma del registro civil una regulación acorde a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que permitiera la inscripción de estos niños recién nacidos. Esta idea no ha prosperado ya que, con el dictamen de la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2014³⁵⁴, en la que se les niega a una pareja de padres

³⁵³ Es importante señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se pronunció en lo relativo a la devolución del menor de edad a su familia original porque este ya había desarrollado lazos emocionales con la familia adoptiva con la que lleva desde 2013, por lo que la violación del artículo 8 no puede conllevar una obligación al Estado de devolver al menor con los demandantes.

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (nº247/2014). La sentencia no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación, por no ser procedente, en el sentido que hubiesen querido los recurrentes. La sentencia centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español.

El principio del *interés superior del niño*

españoles homosexuales el acceso al registro de unos niños nacidos en California, la inscripción de bebés nacidos por dicho procedimiento se ha paralizado por completo en este país³⁵⁵ Por último, en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil³⁵⁶ no se menciona la gestación por sustitución.

2.7. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el *interés superior del niño*

Las normas que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no contemplan expresamente el principio del *interés superior del niño*. Frente a este vacío legal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha incorporado a través de la interpretación del artículo 19. De esta forma le proporciona competencia contenciosa³⁵⁷ para pronunciarse y fallar sobre la vulneración de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos relacionadas con las violaciones de derechos humanos cometidos por los Estados parte, y de imponer una sanción que se traduce en reparación para la víctima. Por ello, han conocido diversos casos en los que ha debido pronunciarse sobre los derechos

De conformidad con la normativa del Registro Civil que regula esta cuestión, se exige que en el registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.

En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no le da validez y considera nulo el contrato de gestación por sustitución, y determina la filiación materna por el parto, con la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico. A su vez, el Tribunal no admite el argumento del «interés superior del menor» como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad: no corresponde a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. Por otro lado, deben ponderarse todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil. Y se rechaza la alegación de discriminación, pues la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que ambos solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

³⁵⁵ Antes de esta sentencia, los niños nacidos por subrogación gestacional no habían tenido ningún problema para conseguir la nacionalidad española, amparados por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 octubre de 2010, que permitía la inscripción de cualquier niño nacido fuera de España por gestación subrogada cumpliendo con los siguientes requisitos: en primer lugar, que uno de los progenitores tuviese la nacionalidad española y, en segundo lugar, que se presente una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen.

³⁵⁶ BOE N.º 167, de 14 de julio de 2015.

³⁵⁷ La otra es la «competencia consultiva», que consiste en crear un marco interpretativo de las disposiciones sobre derechos humanos contempladas en los diferentes tratados (Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos Interamericanos).

de los niños: ya que los niños no solo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho, y es en este sentido como lo ha entendido la Corte en sus juzgamientos³⁵⁸

Así, el artículo 19 establece que «todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado». Pero, al no poder determinar el interés superior del niño, la Corte señala que, de estar frente a presuntas violaciones de derechos humanos en las que protagonistas sean niños, se ve obligada a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten en su contra³⁵⁹. Por ello, a los niños se les deben prestar las medidas de protección adecuadas en relación con su condición de menores de edad.

En el año 2002, por solicitud de la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana formula una consulta respecto a la implementación de algunas disposiciones de la Convención Americana en caso de que los actores sean menores de edad. En esta consulta se pronunció sobre el interés superior del niño y señaló que aquel principio regulador se funda en la dignidad misma del ser humano y que viene a asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta forma, se le permite al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades³⁶⁰.

En el caso conocido como *Niños de la Calle vs. Guatemala*³⁶¹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la Convención sobre los Derechos del Niño sirve «para fijar el contenido y alcances de la disposición general definida en el artículo 19º de la Convención Americana».

³⁵⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6, (1), 223-247.

³⁵⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra, párr. 170.

³⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derecho Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 56 y 59.

³⁶¹ Se denuncia al Estado de Guatemala por el secuestro, tortura y muerte de cuatro niños y por el asesinato de otro menor de edad en 1990, en la ciudad de Guatemala, por parte de miembros de las fuerzas de seguridad, lo que implica que el Estado infringe el principio fundamental que es el Derecho a la Vida, y dentro de este, el establecer condiciones mínimas de una vida digna. A su vez, los familiares de las víctimas no han recibido del Estado el apoyo y la protección judicial necesaria en este tipo de casos. Por ello, se denuncia al Estado de Guatemala por la violación de varios preceptos de la Convención Americana, por la muerte de las citadas personas, atribuibles a miembros de su policía. Así, existe responsabilidad del Estado de Guatemala frente a estos hechos.

El principio del *interés superior del niño*

Gracias a este vínculo la Corte empieza a pronunciarse acerca de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de las cuales se encuentra el artículo 3º, objeto del presente estudio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso *Yean y Bosico vs República Dominicana*³⁶², ha sistematizado este principio, señalando que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, lo que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad.

Grandes avances se vislumbran en cuanto a su aplicación concreta a partir de las sentencias del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*³⁶³ y *Fornerón e hija vs. Argentina*³⁶⁴. En el primer caso, la Corte Interamericana resaltó que el objetivo general de proteger el principio del *interés superior del niño* es, en sí mismo, un fin legítimo, y es, además, imperioso. En el mismo sentido, indicó que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere «cuidados especiales». A su vez, el artículo 19 de la Convención Americana señala que el menor de edad debe recibir «medidas especiales de protección».

³⁶² Los hechos son los siguientes. A las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosica, hijas de padres haitianos, se les negó la nacionalidad dominicana, a pesar de haber nacido dentro de su territorio. Esta situación produjo dos graves problemas. El primero de ellos era que las niñas estaban expuestas al peligro inminente de ser expulsadas del país, por la falta de nacionalidad, y el segundo, que al no tener documentos de identificación, tampoco tenían acceso a la educación. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N.º 130, par. 134, p. 59; Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

³⁶³ Los hechos son los siguientes. El padre pide la custodia y tuición de sus tres hijas en contra de su señora y madre de las niñas, Karen Atala Riffo. La base de su petición es la orientación sexual, dado que su convivencia con una pareja de su mismo sexo puede provocar un daño irreparable a las menores de edad.

³⁶⁴ Los hechos son los siguientes. La madre de la niña recién nacida la entregó en guarda preadoptiva a un matrimonio domiciliado en la Ciudad de Buenos Aires. Por su parte, el padre biológico reconoció a su hija ante las autoridades desde poco después de su nacimiento y acreditó su paternidad con la prueba de ADN, debido a la negación de paternidad por parte de su esposa y madre de la niña. El problema en cuestión es que el padre biológico de la niña, el Sr. Fornerón, no consiente la entrega de su hija, motivo por el cual solicitó la interrupción de la guarda y el pedido de restitución de la niña. Este proceso judicial estuvo activo casi 10 años sin existir una justificada demora en la resolución del caso por parte de las autoridades de la República Argentina. Al cabo de los 10 años, se resuelve en adopción simple para los guardadores. La duración prolongada en el tiempo de las actuaciones judiciales afectó de forma especialmente grave los derechos del Sr. Fornerón y de su hija.

La Corte Interamericana reconoce también que la determinación del interés superior del niño, para los casos de cuidado y custodia de menores de edad, debe hacerse, en un primer término, con la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, según el caso, y con los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no da lugar a las especulaciones.

Lo más importante es que la Corte Interamericana explica que, al ser, en abstracto, el «interés superior del niño» un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podría conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado, pues, para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. Dicho en otras palabras: la determinación del interés superior se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, tomando en consideración las características individuales del niño en concreto, la red de apoyo del niño y los riesgos posibles entre otros, para, más tarde, poder valorar el impacto de ello en el desarrollo y bienestar del niño.

El Tribunal agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte Interamericana consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. El Tribunal, en definitiva, determina que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de

El principio del *interés superior del niño*

ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia³⁶⁵.

En el segundo caso se establece que es importante tomar en consideración que el *interés superior del niño* no es el *interés superior de la niñez*. Para su claridad, la Corte Interamericana ha dispuesto que este principio no puede ser usado para negar el derecho del progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia. Tampoco puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales³⁶⁶.

La sentencia declara que «la duración de las actuaciones afectó en forma especialmente grave los derechos del señor F. y de su hija, puesto que, conforme transcurrió el tiempo, la niña creó mayores vínculos con los guardadores, un factor utilizado posteriormente para mantener la adopción y rechazar las solicitudes del padre biológico».

Estos casos tienen en común la violación de derechos de la infancia reconocidos y protegidos en los marcos legales de los respectivos países. Interpretando el *interés superior del niño* como un concepto amplio, en la práctica se llega a interpretaciones equívocas. De este modo, dar un fundamento jurídico como válido no es suficiente: de debe ahondar más allá e ir a la situación particular, teniendo presente que lo que se resuelva no vulnerará los derechos de los niños o, siendo vulnerables, no los discriminará.

Se puede concluir que actualmente la posición de la Corte frente a la determinación del interés superior está más clara y definida: conlleva respetar y garantizar los derechos humanos de las personas menores de 18 años. La violación de sus derechos implica necesariamente una responsabilidad agravada donde quiera que esto ocurra. Para evitar

³⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Niños y niñas. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N.º 5.

³⁶⁶ El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la Responsabilidad del Estado Argentino por haber transgredido los artículos 1.1; 2; 8.1; 17, 19 y 25.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. De las actuaciones afectó en forma especialmente grave los derechos del Sr. Formerón y de su hija. Cfr. Corte Interamericana Derechos Humanos. Caso Formerón e hija Vs. Argentina, supra, párr. 99.

estas situaciones, se debe atender a circunstancias concretas con sus características particulares, con el fin de entregar la protección especial que requiere el caso concreto. Previamente se evaluarán las circunstancias que rodean el caso para ejercer debidamente sus derechos sin verse perjudicados otros derechos que, de igual forma, están reconocidos con igual protección. Todo esto pierde valor si no se deja constancia en la sentencia para que sirva como un control posterior.

2.8. Configuración del principio del *interés superior del niño* en el Ordenamiento Jurídico Civil catalán y español

En los últimos cuarenta años, el derecho de familia ha experimentado una profunda transformación de la mano de grandes cambios sociales. De este modo, se ha experimentado también un paulatino proceso evolutivo relativo a la infancia, de manera que los niños y adolescentes han sido reconocidos como sujetos de derecho, lo que ha conllevado que, a su vez, sus derechos hayan recibido, asimismo, la debida protección a través de principios de alcance universal. Ello se materializa en la adopción de instrumentos jurídicos con creciente poder vinculante. Su máxima expresión es la aprobación, por las Naciones Unidas, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989, cuya principal función ha sido la de operar como un ordenador de las relaciones entre la infancia, el Estado y la familia. La Convención se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos³⁶⁷. Además, es uno de los primeros textos en los que aparece formulado como tal el principio del *interés superior del niño*.

2.8.1. El ordenamiento jurídico catalán y español

El Estado español, ante la ratificación de los instrumentos jurídicos a nivel internacional, se vio en la obligación de ir adoptando paulatinamente sus preceptos a una nueva normativa. Esta adaptación fue debida, en gran parte, a dos factores fundamentales: por un lado, a la

³⁶⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* (3ª ed.) (pp.48-62). Bogotá: Ed. Temis/Depalma.

El principio del *interés superior del niño*

aprobación de la Constitución Española, en el año 1978, en que se sientan las bases de la condición del menor de edad y su posición jurídica en el ordenamiento como sujeto de derechos con plena titularidad de los mismos y con capacidad progresiva para ejercerlos³⁶⁸; y, por otro lado, a la ratificación de diversos tratados internacionales efectuados por España, dentro de los cuales debemos destacar la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esto obliga al Estado español a redactar un nuevo Código Civil, porque este se había mantenido inmutable casi por un siglo y se sentía anacrónico³⁶⁹. Por ello, se podría decir que la adaptación ha recorrido varias etapas en el *iter* de protección jurídica de las personas menores de edad, como veremos a continuación, siguiendo un orden cronológico³⁷⁰.

En lo relativo a los principios constitucionales, el artículo 32 de la Constitución española establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» y que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Con todo, donde la familia encuentra su protección jurídico-constitucional es en el artículo 39 de la Carta Magna española, precepto que principia el Capítulo III del Título I, que contiene los «principios rectores de la política y economía». Este artículo 39 constituye, de este modo, el eje fundamental en torno al cual se proporciona asistencia y protección efectiva al menor de edad, ya sea por medio de la familia o a través de los poderes públicos. Este sistema o protección familiar en doctrina se denomina *mixto*³⁷¹, o *parcialmente público*. Está basado en la estrecha correlación existente

³⁶⁸ OTERO SUAREZ Nuria (2015). *¿Nueva legislación del menor? Análisis de las Reformas Propuestas por el Proyecto de Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia* (Tesis de Máster en Protección de personas y Grupos Vulnerables, Universidad de Oviedo, Asturias, España), p. 8.

³⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2006). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones* (10ª ed.). Madrid: Tecno, p. 39.

³⁷⁰ 1. la Constitución de 1978; 2. Las reformas del Código Civil iniciadas en 1981 e introducidas hasta 1987; 3. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; 4. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y se provoca una profunda reforma en esta materia; 5. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; 6. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³⁷¹ Para Encarna Roca Trias (1999), en el contexto constitucional, el artículo 39 de la Constitución Española establece un sistema calificado como mixto (ROCA TRIAS, Encarna (1999). *El nou dret català sobre la*

entre los ámbitos privado y público. Con ello se quiere poner énfasis en que las finalidades marcadas por el precepto las cumple tanto el Estado como los particulares³⁷².

El citado mandato constitucional se manifiesta del siguiente tenor literal:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres. Cualquiera que sea su estado civil, la Ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A través de sus cuatro apartados se produce una distribución interna que cubre diversos aspectos de la protección familiar³⁷³: se trata de asegurar que toda persona menor de edad se desarrolle de manera plena y adecuada, para lo que intervendrán dos tipos de fuerzas: la privada, a través de las obligaciones que la Constitución impone a la familia; y la pública, mediante el desarrollo de la protección integral que se garantiza a los hijos y a aquellos que deben contribuir a alcanzarla de una manera efectiva³⁷⁴.

familia. *Revista Jurídica de Catalunya*, 98 (1), 9-30). Ello significa que la protección económica, social e incluso jurídica de la familia no queda limitada a los poderes públicos, sino que implica a los propios interesados, primordialmente a través de las obligaciones derivadas de la potestad, la tutela y los alimentos entre parientes. En el mismo sentido, ver FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís (Coord.) (2002). *Informe sobre la situació de la família a Catalunya. Un intent de diagnòstic*. Barcelona: Departament de Benestar Social. Generalitat de Catalunya, p. 186.

³⁷² En este ámbito se colocan las relaciones paterno-filiales, los alimentos entre parientes y las pensiones y alimentos en los casos de separación y divorcio, entre otros.

³⁷³ ESPÍN CÁNOVAS, Diego (1996). Artículo 39. Protección de la Familia. En Óscar Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Tomo IV) (pp.10-48). Madrid: Edersa, p. 47.

³⁷⁴ RAVETLAT BALLESTÉ, Isaac (2007). Protección a la Infancia en la Legislación Española. Especial Incidencia en los Malos Tratos (Parte General). *Revista de Derecho UNED*, 2, 77-94.

El principio del *interés superior del niño*

En relación con la protección integral a la que alude el apartado segundo del artículo 39 de la Constitución española, esta está proyectada en asegurar la protección social, económica y jurídica tanto de la familia como de los hijos, a los que coloca en un plano de igualdad ante la Ley, ya sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Además, se incluye dentro de esta protección a las madres solteras y se abre la posibilidad a la investigación de la paternidad con el objeto de determinar la filiación.

Por otro lado, si bien la Carta Magna no define lo que debemos entender por *familia*, sí entrega de ella un concepto abierto, adaptable y no constrictivo³⁷⁵: reconoce diferentes modelos de familia y protege cualquier estructura familiar que pueda existir³⁷⁶.

Además, hay consenso en que la responsabilidad de cuidar y velar por el menor de edad parte del núcleo familiar. El problema surge en situaciones en que los progenitores incumplen los deberes y las cargas que implican la asistencia y la educación de sus hijos³⁷⁷. Entonces es deber del Estado ejercer la debida protección de los menores de edad de manera subsidiaria³⁷⁸. Esto es así porque se concibe la actuación del Estado como un mecanismo de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como consecuencia, los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante ciertos problemas. Deben, por el contrario, proveer soluciones y no dejar que sean los propios particulares los que de manera exclusiva deban solventarlos.

Si bien el modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia corresponde al principio de mínima intervención en los asuntos familiares, dentro del sistema normativo español³⁷⁹, la separación entre lo público y lo privado se difumina y las responsabilidades

³⁷⁵ ROCA TRIAS, Encarna (2006). Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 10, p. 209.

³⁷⁶ Estas cuestiones quedan subsanadas en la Carta Magna con el artículo 14, que se refiere al Derecho a la igualdad, y el artículo 32, dedicado al Derecho a contraer matrimonio.

³⁷⁷ CABEDO MALLOL, Vicente (2008). *Marco Constitucional de la Protección del Menor*. Madrid: La Ley, p. 27.

³⁷⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Española, y complementada con el artículo 9.2 y 10 de la misma.

³⁷⁹ En este mismo sentido se ha venido interpretando el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, y sucesivamente revisado y completado por diversos protocolos adicionales. Este precepto reconoce, en su

se comparten, cada vez en mayor medida, entre la familia y los poderes públicos. El sentido de la citada norma constitucional es tratar de asegurar que toda persona menor de edad se desarrolle de manera plena y adecuada, por lo que dos tipos de fuerzas centrípetas interactúan: la privada, a través de las obligaciones que la Constitución impone a la familia; y la pública, mediante el desarrollo de la protección integral que se garantiza a los hijos y a aquellos que deben contribuir a alcanzarla de una manera efectiva³⁸⁰.

Todo ello significa, por un lado, que los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar e implementar políticas públicas y planes nacionales de infancia dirigidos a garantizar la plena efectividad de los derechos del menor de edad, tanto en los aspectos personales como en los sociales, en el ámbito de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio; por otro lado, que el ordenamiento jurídico español encomienda de manera preferente a los padres la obligación de prestar, en el seno de la familia, determinadas funciones encaminadas a dar efectividad a los derechos fundamentales de las personas menores de edad³⁸¹.

En virtud de ello, las personas menores de edad deberán crecer, siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y las administraciones públicas quedan obligadas a velar para que dicho encargo se haga efectivo; es decir, se les reserva el deber de colaborar con la familia, con el fin de posibilitar y de favorecer, en todo caso, que los progenitores, tutores o guardadores cumplan con sus obligaciones para con los niños y los

apartado primero, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, y a continuación, en su apartado segundo, establece que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta intromisión esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. El criterio utilizado en el análisis de los casos en que se alega una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar es que primeramente deben resolver la cuestión de la aplicabilidad del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al supuesto de hecho concreto; es decir, han de cuestionarse la existencia o no de vida familiar. Solo una vez finalizado este ejercicio, se procederá al estudio de la concurrencia o no de una falta de respeto –art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos– o una injerencia injustificada – art. 8.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos– en el derecho a la vida familiar de los demandantes.

³⁸⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015). El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE). *La ley derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 5, p. 3.

³⁸¹ *Idem*, p. 5.

El principio del *interés superior del niño*

adolescentes. Solo cuando estos falten al cumplimiento de sus deberes respecto del niño o adolescente, se aplicarán las medidas de protección pública previstas legalmente³⁸².

Los cambios producidos dentro del marco constitucional han traído aparejado un gran desarrollo legislativo que ha instaurado un nuevo derecho de familia³⁸³ y una nueva mirada sobre la infancia y la adolescencia. Sobre el concepto de *interés del menor de edad*, en el ámbito civil destacan las siguientes normativas: a) la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y b) la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La importancia de estas dos leyes, que fueron redactadas el mismo año, radica en que las primeras reformas de adaptación a la Constitución las encontramos en la Ley 11/1981, de

³⁸² La Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, establece en su artículo 8 apartado once que «corresponde a los padres en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades». Seguidamente se dispone que «los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales». Vid. también, en este sentido, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el que se prevé que «los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor»; y el artículo 37 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, el cual, tras afirmar que la «responsabilidad primordial en la crianza y formación de los niños y los adolescentes corresponde a los padres y las madres o a las personas que tienen atribuida su tutela o su guarda, de acuerdo con lo que dispone la legislación vigente» (apdo. 1) y que aquellos «deben asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de los niños y adolescentes» (apdo. 2), dispone que «las Administraciones Públicas deben velar por la protección de los niños y los adolescentes en el caso de mal uso de la potestad parental, tutelar o de la guarda, así como porque los padres, los titulares de la tutela o los que tienen la guarda dispongan de las oportunidades y de los medios de información y formación adecuados para ayudarles a cumplir con sus responsabilidades para con los niños y adolescentes. Asimismo, deben poner especial atención en las necesidades de los niños y adolescentes de familias monoparentales y en el ámbito de familias pertenecientes a los grupos menos favorecidos o que vivan en situación de pobreza» (apdo. 3), al igual que «las administraciones públicas deben hacer extensibles a los titulares de la tutela o de la guarda los sistemas de prestaciones sociales dirigidos a los progenitores, para favorecer el cumplimiento de sus responsabilidades. Asimismo, deben asesorarles en situaciones de crisis familiar, en el marco establecido por la legislación de Cataluña relativa a servicios sociales» (apdo.4).

³⁸³ Así lo señala Carlos Lasarte (2010): «Evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el Derecho de Familia el que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas» (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2010). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI* (9ª ed.). Madrid: Marcial Pons, p.6).

13 de mayo, en respuesta del artículo 39.3. que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad, régimen económico del matrimonio, lo que provoca un gran impacto en materia de Derecho de familia: se establece una total igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. Además, se establece el principio de *igualdad de efectos* entre todas las clases de filiación. También se mantiene la diversidad de modos de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial y se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad. Es a partir de este momento cuando el bien del hijo preside la regulación de la filiación³⁸⁴.

Especial mención haremos al artículo 154³⁸⁵ del Código Civil, que se refiere a la Patria Potestad, por el gran avance que implica en lo relativo a la protección del menor. En este precepto se establecen dos cuestiones consideradas de interés: por un lado, la igualdad de ambos progenitores³⁸⁶ respecto de la titularidad de la patria potestad³⁸⁷⁻³⁸⁸, que se

³⁸⁴ GARCÍA PRESAS Inmaculada (2011). El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil. En Vibha Maurya y Mariela Insúa (eds.). *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general* (pp. 237-265). Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, p. 246.

³⁸⁵ **Artículo 154.**

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

³⁸⁶ En el referido artículo se establecía: «los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre», pero con la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, se modificó la referencia al padre y la madre, por *progenitores*.

³⁸⁷ Artículo que se complementa con los siguientes preceptos para determinar la Patria Potestad: en caso de que los padres vivan separados y no alcancen un acuerdo sobre quién de ellos se quedará el hijo menor, el Juez es el que lo decidirá, tomando la decisión siempre en beneficio de los hijos (art. 159). En caso de que los padres vivan separados, la patria potestad la ejerce quien conviva con el hijo menor; sin embargo, el Juez, a petición del otro progenitor, podrá otorgar el ejercicio conjunto con el otro progenitor o distribuirla entre el padre y la madre: la decisión podrá ser tomada en interés del hijo (artículo 156. 6).

³⁸⁸ En relación con el ejercicio y titularidad de la patria potestad, véanse ALBALADEJO, M. (2002). *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch, p. 267; DÍEZ PICAZO, Luis María (1982). La Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad. En Luis Díez Picazo y Ponce de León. *La Reforma del Derecho de Familia, Matrimonio, Separación, Divorcio, Régimen Económico Matrimonial, Filiación y Patria Potestad*. Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia (pp. 291-323), Sevilla: Imprenta Sevillana; DIEZ-PICAZO, Luis María (1982). Notas sobre la Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad. *Anuario de Derecho Civil*, 35(1), 3-20; LINACERO de la FUENTE, María Asunción (1999). *Régimen Patrimonial de la Patria Potestad*. Madrid: Editorial Montecorvo, pp. 17-98; RIVERO

El principio del *interés superior del niño*

complementa con el artículo 156.1º, del mismo cuerpo legal, que establece que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, pero si los padres viven separados se incrementa la intervención y control del juez en materia de titularidad de la patria potestad, siendo él quien decide, de acuerdo con los artículos 159 y 156.6³⁸⁹ del Código Civil». Los derechos y facultades de los progenitores se adecuan de acuerdo con los principios de *interés superior del niño* y la igualdad de los padres.

En los casos de separación y divorcio, será el juez quien decida, pero siempre anteponiendo lo que resulte en beneficio del menor de edad. Por ello, se puede establecer que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos en solitario; o bien se pueden distribuir funciones entre ambos progenitores. También se suprime el usufructo del padre sobre los bienes de los hijos y se regula su administración y enajenación.

Por otro lado, y de manera indirecta, en el artículo 154 se reconoce el respeto a la persona del menor de edad, lo que se manifiesta en el derecho a ser oído en aquellas materias en que se vea afectado.

Todos estos cambios parten de un mandato constitucional que tiene su origen en la filiación y no en el matrimonio, y que se mantiene hasta la mayoría de edad y en los casos «en los que legalmente proceda», permitiendo que se ejerza la patria potestad con autonomía, pero en función del interés del menor de edad. Las modificaciones introducidas en el Código Civil reconocen la igualdad de los cónyuges, la igualdad de todos los hijos respecto de sus

HERNÁNDEZ, Francisco (1998). Las Relaciones Paterno-Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas) como Contenido del Convenio Regulador. En Pedro Juan Viladrich Bataller (coord.). *Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (pp. 69-125). Pamplona: Universidad de Navarra; RIVERO HERNÁNDEZ, F., en Álbacar López, J. L., “Comentarios del Código Civil “, tomo I, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

³⁸⁹ Los artículos 159 y 156.5º del Código Civil son fundamentales para determinar la asignación de la patria potestad, ya que ninguna de las dos normas fue modificada por la ley del 2005. El artículo 159 establece que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años”. La otra norma, que se refiere a esta materia, es el artículo 156.5º, que dispone que “si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”.

padres y la libre investigación de la paternidad en lo que atañe a los menores de edad. Se trata de toda una revolución jurídica, legal e incluso social para esa época; pero, a pesar de los logros alcanzados con las modificaciones antes señaladas, en su aplicación se observan lagunas y vacíos legales que han tenido que irse corrigiendo a través del tiempo y adaptándose a la realidad social del momento³⁹⁰.

Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Nos enfrentamos a un nuevo cambio en el que se agrega una nueva causal por la cual el matrimonio puede disolverse, que es a través del "divorcio"³⁹¹, con el que cualquiera de los cónyuges puede interponer la demanda solicitando la declaración de extinción del vínculo, pero debe fundarse en alguna de las causas predeterminadas en la ley. Situación por la que, a partir de la Ley 15/2005, se ha abandonado el sistema causalista³⁹².

A modo de síntesis, se puede decir que las dos Leyes de 1981, frente a la regulación anterior, introdujeron en el Código Civil, entre otros, los siguientes valores: la igualdad de los cónyuges, la igualdad de todos los hijos con respecto a sus padres, la libre investigación de la paternidad, la existencia de una única clase de matrimonio civil, sin perjuicio de aceptar su celebración en forma religiosa, y el divorcio³⁹³.

³⁹⁰ Esta ley es objeto de una nueva redacción por la Ley 13/1983, 24 de octubre de la reforma del Código Civil en materia de tutela en los títulos IX y X del Libro I. El Título X, bajo la rúbrica «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados». Esta ley fue, a su vez, objeto de nuevas reformas: en primer lugar, está la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; en segundo lugar, está la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor sobre modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil; y, en tercer lugar, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.

³⁹¹ Antes de esta ley solo existían dos formas de extinguir el matrimonio: a) mediante el Artículo 86 (1, 2, 3y 4) del Código Civil sobre el cese de la convivencia conyugal; y b) aplicando el Artículo 86.5 del Código Civil y la condena en sentencia firme por atentar alguno de los cónyuges contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes.

³⁹² De este modo se señala en la Exposición de motivos de esta Ley: «Se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10. 1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

³⁹³ GARCÍA PRESAS Inmaculada (2011). El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil. En Vibha Maurya y Mariela Insúa (eds.). *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas*

Todos estos cambios llevan a que más adelante, en 1987, se reforme lo relativo a la adopción, a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Estas modificaciones se establecieron teniendo en cuenta tres premisas: evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar que la adopción sea beneficiosa para el menor, instaurándose el principio administrativo de las adopciones³⁹⁴, por el que para iniciar el expediente de adopción se requiere una propuesta previa por parte de la entidad pública. A partir de ahí a tenido otras modificaciones, que se ven plasmadas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; luego, a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta reforma, que refiere el matrimonio entre personas del mismo sexo, permite la adopción conjunta por homosexuales. Una tercera reforma surge en virtud de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que regula la adopción internacional, y se erige el principio de primacía *del interés del menor* como pauta básica de la ordenación legal de la adopción, pasando a ser el interés del menor el criterio básico y condicionante de la resolución judicial constitutiva del vínculo adoptivo. Es importante agregar que solo cabe la adopción dual en el caso de que los adoptantes estén unidos por matrimonio de derecho o por matrimonio de hecho (parejas de hecho). La última modificación la encontramos en la Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio.

Actualmente, y producto de la nueva ley, nos encontramos con algunas innovaciones realizadas en esta materia entre las que se destaca la incorporación de una nueva figura de adopción, la denominada *adopción abierta*³⁹⁵. Antes de la reforma de 2015, la legislación española solo concebía la adopción cerrada, es decir, en el momento en el que se constituía una adopción, desaparecían tanto los vínculos jurídicos como la posibilidad de cualquier tipo de comunicación o relación entre el adoptado y su familia biológica, sin perjuicio del derecho del adoptado a conocer sus orígenes cuando tuviera la edad y madurez suficiente (artículo 39.2 de la Constitución Española y 180.6 del Código Civil). En la actual normativa, con la modificación que se hace al artículo 178 del Código Civil, se incorpora

Siglo de Oro e Hispanismo general (pp. 237-265). Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, p. 248

³⁹⁴ *Ídem*, p. 251

³⁹⁵ Este concepto está inspirado en los ordenamientos de Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Austria y Canadá.

este nuevo modelo adoptivo que permite al adoptado mantener un contacto posterior con su familia biológica con el objeto de tratar de mejorar el bienestar e interés del menor en situaciones de desprotección, que podría verse seriamente comprometido con una ruptura brusca de las relaciones que venía manteniendo con sus familiares al constituirse la adopción³⁹⁶.

Actualmente, las estadísticas señalan un progresivo aumento de la edad de los menores de edad a la espera de ser adoptados³⁹⁷, por lo que pueden existir vínculos habituales y afectivos con su familia de origen. Por este motivo, se justifica este tipo de adopción, ya que permite al menor de edad no perder los lazos con sus hermanos en el caso de que los tenga; sin embargo, se exige para esto la aprobación del adoptante y del adoptado.

De este modo, quedan establecidos dos modelos de adopción: la adopción cerrada, como el régimen general; y la adopción abierta, como régimen subsidiario, caso este último que requiere reunir ciertos requisitos:

- a) Ha de ser por decisión judicial a propuesta de la Entidad Pública.
- b) Es necesario el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviere suficiente madurez y siempre cuando sea mayor de 12 años de edad.
- c) Se han de emitir informes periódicos de la Entidad Pública sobre el desarrollo durante los dos primeros años; y después, a petición del Juez.
- d) Cabe la posibilidad de modificar y finalizar dichas visitas, también por decisión judicial.

También se establece para el adoptado el derecho a conocer sus orígenes, situación que para el ordenamiento catalán ya estaba recogida en el artículo 235-47³⁹⁸ del Código Civil de

³⁹⁶ SABATER BAYLE, Elsa (2016). La adopción abierta. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 307-332). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

³⁹⁷ La medida que se ha introducido en el Código Civil atiende al caso de los llamados «menores mayores» y no a los supuestos de adopción de bebés.

³⁹⁸ Artículo 235-47. Efectos específicos de la adopción:

1. La adopción origina relaciones de parentesco entre el adoptante y su familia y el adoptado y sus descendientes, y produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

El principio del *interés superior del niño*

Cataluña³⁹⁹ y que ha servido de precedente en el nuevo art. 178.4 del Código Civil, que se refiere a los efectos que produce la adopción. Hasta ahora el Código Civil español solo reconocía a los que se encontraban separados de sus familiares por virtud de una medida administrativa subsiguiente a la declaración de desamparo, situación que ha cambiado con la reforma, extendiéndose expresamente a favor de los adoptados el derecho de comunicaciones y visitas

Es importante señalar que hay cuestiones en las que el legislador estatal se diferencia de la normativa catalana. Por un lado, ha abandonado la nota de excepcionalidad que presenta la norma catalana, lo que supone un paso adelante en el reconocimiento del derecho del menor a mantener las relaciones. Por otro lado, el legislador estatal no sigue la regla del legislador catalán y no da entrada al criterio del bienestar emocional del menor⁴⁰⁰. Al respecto se puede decir que, si bien no lo recoge expresamente en la reforma, se debe entender que forma parte de una serie de derechos del niño con un rango mayor, por lo que puede entenderse implícitamente reconocido en el Derecho español, por la remisión del art. 39.4 de la Constitución¹ a los Convenios internacionales suscritos por el Estado que lo contemplan⁴⁰¹. Asimismo, el interés superior del niño tampoco aparece mencionado en el art. 178.4 CC, aunque este contiene una remisión genérica al interés del menor.

-
2. La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y su familia de origen, salvo en los casos a que se refiere el artículo 235-32.1.a y b, en que se mantiene el parentesco respecto a la rama familiar del progenitor o progenitores sustituidos.
 3. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se mantienen solo en los casos establecidos por la ley y, especialmente, a los efectos de los impedimentos para contraer matrimonio y en los casos en que se mantienen los derechos sucesorios.
 4. La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor.

³⁹⁹ Este derecho es introducido por la *Llei 25/2010*, de 29 de julio, de aprobación del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, que modifica la anterior normativa contenida en el art. 127 del Código de Familia de Cataluña aprobado por la *Llei 9/1998* de 15 de julio.

⁴⁰⁰ SABATER BAYLE, Elsa (2016). La adopción abierta, *op. cit.*

⁴⁰¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.) (2011). Capítulo 2. Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia. En Isaac Ravetllat Ballesté (coord.). *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho: incluye contenidos complementarios On-line* (pp. 51-56). Barcelona: Bosch.

El derecho del menor a conocer sus orígenes se limita a la información y a su conservación. Es decir, todo lo que tiene relación con su familia de origen y se entiende por tal, como la identidad de los progenitores, los informes médicos del menor y de su familia de manera que el adoptado tenga fácil acceso a conocer sus datos biológicos, previa notificación de las personas afectadas. No obstante, esto no faculta a que el adoptado pueda ejercitar una acción de filiación, invocando su derecho a la verdad biológica. De acuerdo con la incorporación del párrafo 5 del 180 del Código Civil, la Entidad Pública debe mantener a su disposición por un plazo de 50 años, con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva, los informes y antecedentes sobre el menor y su familia de origen. Las entidades públicas y privadas, por su parte, tienen la obligación de colaborar, con el objeto de facilitar la labor al Ministerio Fiscal y las Entidades públicas.

Entre otros preceptos que han sido modificados por el legislador español y que tienen relación con la adopción, podemos mencionar los siguientes:

a) El art. 175 del Código Civil, en relación con la capacidad de los adoptantes, establece como novedad una previsión sobre la diferencia de edad: se amplía a al menos 16 años la edad entre adoptante y adoptado, que no podrá ser superior a cuarenta y cinco años. En la nueva redacción se excluye la posibilidad de ser adoptante a quien esté incurso en causas de inhabilidad para ser tutor.

b) El art. 176 del Código Civil incorpora una definición de la idoneidad para adoptar. Además, en este artículo se regulan los factores de idoneidad de los adoptantes⁴⁰² y se facilita el proceso que han de seguir las madres que entregan a sus hijos en adopción, reduciendo plazos y trámites. Asimismo, se cambia el plazo de asentimiento por parte de la madre, que antes era de 30 días y ahora queda establecido hasta que hayan transcurrido 6 semanas desde el parto. De esta manera, se permite que el menor y la familia declarada idónea puedan iniciar la convivencia provisional antes de que se proponga al juez la

⁴⁰² No podrán ser declarados idóneos -para la adopción- los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan confiado la guarda de su hijo a una Entidad Pública.

adopción y que se dicte la oportuna resolución judicial, y así, se pueda evitar que el niño o la niña pasen por un centro de protección.

c) El art. 177 del Código Civil presenta también varias modificaciones. En relación con el procedimiento de adopción, se exige el asentimiento preceptivo a la adopción⁴⁰³, tanto al cónyuge como a la pareja sentimental del adoptante (parejas de hecho), según sea el caso. Asimismo, se señala que no será necesario el asentimiento de los progenitores cuando hubieran transcurrido dos años, sin ejercitar acciones de revocación de la situación. En todo caso, todo lo relativo al consentimiento y asentimiento se exige que sea libremente, por escrito y previa información de sus consecuencias. En cuanto al procedimiento judicial de adopción, se producen dos importantes novedades en lo relativo a la actuación de la entidad pública. En primer lugar, se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea previa a la propuesta de adopción que la entidad pública formula al juez; y, en segundo lugar, se modifican los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la entidad pública para iniciar el expediente judicial de adopción. Asimismo, en los casos de acogimiento se añade la necesidad de que la familia acogedora también sea oída en el proceso. Y, por último, en el procedimiento de extinción de la adopción, se incorpora la necesidad del consentimiento expreso del adoptado mayor de edad.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que el nuevo sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia español tiene como finalidad potenciar la adopción nacional. Para ello, se centra en establecer mejoras y en centralizar su regulación usando criterios de optimización de la organización del sistema estatal de protección de la infancia y adolescencia, bajo el lema de preferencia de las medidas de la Administración de carácter estable sobre las temporales, las familiares sobre las residenciales y las consensuadas sobre las impuestas⁴⁰⁴.

⁴⁰³ UREÑA MARTÍNEZ Magdalena (2015). Novedades más significativas en el Código Civil en materia de protección de menores tras la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Revista CESCO de Estudios de Consumo*, 15, 145-148.

⁴⁰⁴ SABATER BAYLE, Elsa (2016). La adopción abierta. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 307-332). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

En lo relativo a las adopciones internacionales, el texto presenta también algunas modificaciones. En primer lugar, y sin profundizar mayormente, ahora se define la adopción internacional⁴⁰⁵ desde una perspectiva más holística e integral en conformidad con los nuevos estándares internacionales, que incluyen también los casos de adopción internacional sin desplazamiento internacional de los menores.

En segundo lugar, destaca que el actual texto recoge de manera más explícita y detallada lo relativo a los principios informadores de la adopción internacional⁴⁰⁶.

En tercer lugar, se amplía el ámbito de aplicación de la ley al regular la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y también de los organismos acreditados para la adopción internacional. A su vez, encontramos otra novedad interesante en lo relativo a la delimitación de las competencias en la materia de la administración estatal y las administraciones autonómicas, aunque en relación con los organismos acreditados para la adopción internacional puedan surgir problemas competenciales. El proceso de acreditación, control y seguimiento ha recaído fundamentalmente, por voluntad del legislador, en los órganos competentes de la Administración central del Estado en detrimento de las agencias autonómicas especializadas (a diferencia de lo que ocurría en el

⁴⁰⁵ «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la ley.

2. A los efectos del título I de esta ley se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España».

⁴⁰⁶ «Artículo 3. Principios informadores.

La regulación contenida en esta ley, así como en el resto de normas del ordenamiento jurídico español relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores, respetarán los principios inspiradores de la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; 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; del Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008; y del Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

El Estado, en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas previstos en dichos instrumentos en los acuerdos o Convenios bilaterales relativos a la adopción y protección internacional de menores que suscriba con Estados no contratantes u obligados por los mismos».

El principio del *interés superior del niño*

pasado, antes de la reforma)⁴⁰⁷, mientras que la intermediación correrá a cargo de organismos acreditados previo visto bueno de los informes de las comunidades autónomas y la administración general.

En cuarto lugar, se reconocen efectos jurídicos en los casos de la adopción simple en España. Para su posible conversión en adopción plena, el juez competente deberá examinar, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, la concurrencia de que este haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción, así como de su consentimiento, cuando se exija. Por otro lado, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, el juez deberá examinar también que el menor haya sido oído, con el fin de reforzar las previsiones de garantía de las adopciones internacionales, las cuales, cabe señalar, solo podrán realizarse a través de la intermediación de los organismos acreditados.

Finalmente, las obligaciones de las personas que se ofrecen para la adopción, tanto en la fase preadoptiva como en la fase postadoptiva⁴⁰⁸, pese a que en el anterior texto ya estaban reflejadas, ahora han quedado más claramente perfiladas.

Con el transcurso del tiempo, y a raíz de que el Estado español ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, surge

⁴⁰⁷ OLIVA MARTINEZ, J. Daniel (2016). Los organismos acreditados para las adopciones internacionales. ¿Un conflicto competencial a la vista? En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 333-362). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

⁴⁰⁸ «Artículo 11. Obligaciones preadoptivas y postadoptivas de los adoptantes.

1. Las personas que se ofrecen para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por el organismo acreditado con carácter previo y obligatorio a la solicitud de la declaración de idoneidad.

2. Los adoptantes deberán facilitar, en el tiempo previsto, la información, documentación y entrevistas que la Entidad Pública, organismo acreditado o entidad autorizada precisen para la elaboración de los informes de seguimiento postadoptivo exigidos por la Entidad Pública o por la autoridad competente del país de origen. La no colaboración de los adoptantes en esta fase podrá dar lugar a sanciones administrativas previstas en la legislación autonómica y podrá ser considerada causa de no idoneidad en un proceso posterior de adopción.

3. Los adoptantes deberán cumplir en el tiempo previsto los trámites postadoptivos establecidos por la legislación del país de origen del menor adoptado, recibiendo para ello la ayuda y asesoramiento preciso por parte de las Entidades Públicas y los organismos acreditados».

la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁴⁰⁹, que abre una nueva era institucional en la que los niños comienzan a tener un rol de participación y pasan de ser objetos de derecho a sujetos de derecho. Los niños son declarados como sujetos legales independientes de sus familias.

Lo relevante de esta ley⁴¹⁰ es que se le atribuye el mérito de haber establecido el principio del *interés superior del niño* como el eje central dentro de la legislación española y la incorporación del derecho a ser escuchados de los menores de edad en relación a todos los asuntos que le conciernan.

El propio ordenamiento jurídico reconoce a los menores el derecho a ser oídos y escuchados sin discriminación en todos los procedimientos ya sean administrativos, judiciales o de mediación en que estén afectados y que conduzcan a cualquier decisión que incida dentro de su ámbito personal, familiar o social, en función de su edad y madurez (artículo 9.1 Ley Orgánica 1/1996), con lo que se consideran personas en desarrollo que adquieren de forma progresiva plena capacidad para actuar todos sus derechos.

Actualmente, ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Por su importancia, será tratada en otro epígrafe.

No podemos dejar de mencionar, dentro de este recorrido que estamos haciendo de las reformas introducidas por el legislador en estos últimos 30 años, la Ley Orgánica 15/2005 de 8 de julio⁴¹¹, cuyo núcleo central de la modificación está constituida por la absoluta liberación del divorcio. Se admite la disolución del matrimonio por divorcio, sin necesidad

⁴⁰⁹ Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil

⁴¹⁰ ALONSO PÉREZ, Mariano (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras. *Actualidad Civil*, 2, pp. 17-40.

⁴¹¹ La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

El principio del *interés superior del niño*

de previa separación de hecho o judicial. Esta reforma legislativa permite al cónyuge optar por la separación o el divorcio.

Separación y divorcio son dos figuras autónomas e independientes. A diferencia de la separación, que no afecta al vínculo matrimonial, el divorcio extingue este vínculo matrimonial, por lo que los antiguos cónyuges quedan liberados para contraer nuevo matrimonio (entre sí o con terceros). Para solicitar cualesquiera de estas figuras, se da un plazo de tan solo tres meses desde la celebración del matrimonio⁴¹².

En el caso de la separación, esta puede ser decretada judicialmente en dos circunstancias. Por un lado, está la separación judicial convencional (o de mutuo acuerdo), que tiene lugar a petición de ambos cónyuges, o de un cónyuge con el consentimiento del otro cónyuge. Conjuntamente con esto, deben haber transcurrido por lo menos tres meses desde la celebración del matrimonio; y acompañar a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación. Cumplidos los requisitos exigidos por la ley, el tribunal pronunciará sentencia.

Por otro lado, se contempla la separación judicial unilateral. En este caso, debe cumplirse con dos requisitos. En primer lugar, solo se necesita la voluntad unilateral de un cónyuge de separarse aunque el otro no quiera la separación, o bien que no exista acuerdo entre ambos en relación al contenido del convenio regulador. Y, en segundo lugar, deberá transcurrir un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio.

En cuanto al divorcio, si concurren los requisitos señalados en la ley, el juez debe decretarlo judicialmente. Al igual que la separación, el divorcio puede ser de mutuo acuerdo o contencioso.

⁴¹² No será preciso el transcurso de este plazo de tres meses para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

También se debe recalcar que en esta ley se contempla que, frente a los conflictos o desacuerdo de las partes, el juez puede recurrir a propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas las medidas o del mayor número de ellas, por medio de la mediación familiar (vía extrajudicial de resolución de conflictos que contempla la ley). Las partes deben pedir de mutuo acuerdo la suspensión de las actuaciones judiciales y someterse a la mediación, en la que un profesional llamado mediador intervendrá de forma imparcial y neutral con el fin de que sean ellos mismos quienes resuelvan el conflicto.

Otra de las reformas que se abordan con la modificación del artículo 92 del Código Civil es la relativa a la guarda y custodia de los hijos, que a partir de ahora recoge la llamada guarda y custodia compartida. En la normativa española se puede establecer el régimen de custodia compartida de dos maneras: por un lado, siempre que haya sido acordada por ambos progenitores, pudiéndose optar entre establecer la custodia compartida o bien una custodia exclusiva a un progenitor con derechos de visitas al otro; y, por otro lado, de forma excepcional a instancia de uno de ellos, dependiendo de si es consensuada o no consensuada. En el caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo, ya sea porque los progenitores no se ponen de acuerdo o porque el agente jurídico crea que es contraria al interés del menor, el juez tendrá plenas facultades para decidir el tipo de guarda y custodia que deberá llevarse a cabo, conforme al principio del *favor filii* y según los requisitos establecidos en el artículo 92 del Código Civil. En el caso de Cataluña, será conforme a los artículos comprendidos entre el 233-8 y el 233-11 del Código Civil de Cataluña.

Por último, se le reconoce un gran mérito al ordenamiento español al introducir el régimen de guarda compartida, dando la posibilidad de que los padres tomen la decisión de continuar con el ejercicio compartido de la autoridad parental luego de la separación o del divorcio. «El modelo de guarda y cuidado compartido de los hijos después de la ruptura de la pareja es el sistema que con mayor coherencia se concilia con el principio igualitario y con los cambios que se han producido en los roles establecidos en función del sexo. La

guarda unipersonal es contraria a los principios de igualdad y de responsabilidad que deben imperar en el seno de la familia»⁴¹³.

2.8.2. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia

El principal mérito de esta ley es que trata de adaptar las instituciones jurídicas protectoras de menores a los cambios sociales experimentados en la sociedad española, en aras del cumplimiento del art. 39 de la Constitución Española y de los instrumentos internacionales ratificados por España. Su finalidad es garantizar la protección de los menores de edad que se encuentran dentro del territorio español y servir de referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación protectora de la infancia y la adolescencia.

Tras veinte años desde la publicación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y después de un largo proceso legislativo, se ha llevado a cabo una profunda reforma cuyo resultado se ha visto reflejado en dos leyes. Por un lado, La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas recogidas en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución⁴¹⁴, se reserva a Ley orgánica y, por tanto, a la competencia exclusiva del Estado. Y, por otro lado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que afecta a varias normativas sustanciales e incide sobre varias leyes: a) la referida Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; b) la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; c) la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio,

⁴¹³ BACIGALUPO DE GIRARD, María (2006). El divorcio incausado y la patria potestad compartida después del divorcio. Dos interesantes cambios en el derecho español. *Revista de derecho UNED*, 1, 199-211.

⁴¹⁴ Derecho a ser oído y escuchado, recabar información sobre el menor y su familia, aun sin el consentimiento de sus titulares, el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con trastornos de conducta, que deberán proporcionar un marco formativo adecuado, que individualmente permita la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad... o la entrada en domicilio para la ejecución de medidas de protección.

del Poder Judicial; d) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y e) la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Las modificaciones tienen por finalidad, de acuerdo con lo señalado en los respectivos Preámbulos de la Ley 26/2015, «introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia, por lo tanto, quedan derogadas las legislaciones autonómicas en todo lo que se opongan a las nuevas leyes, siendo necesario un proceso de adaptación y coordinación entre los distintos poderes del Estado y las administraciones». A esto se agrega lo que establece la Ley Orgánica 8/2015, por medio de la cual «se busca una mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección».

Si bien todos los contenidos de estas leyes son relevantes, solo me abocaré a dos temas que inciden directamente sobre el estudio de esta tesis: el primero tiene relación con el principio del *interés superior del niño* y el segundo dice relación con la obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten: la audiencia del menor de edad⁴¹⁵.

A raíz de la nueva legislación, la prevalencia del *interés superior del niño* abarca gran parte del ordenamiento jurídico español, debido a la situación de vulnerabilidad de los menores de edad y, por lo tanto, de su necesidad de protección. Estamos frente a «un criterio que ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad»⁴¹⁶, de modo que será principio rector de los poderes públicos; y, además, se incorporan los estudios de impacto en la infancia y en las familias de las normas que resulten aprobadas.

⁴¹⁵ El interés del menor de edad y derecho de audiencia en situación de ruptura parental en sentido amplio.

⁴¹⁶ BALLESTÉ, Isaac (2012a). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), p. 91.

El principio del *interés superior del niño*

Antes de la reforma, dada la indeterminación del concepto *interés superior del niño* al ser una cláusula general, dependiente de numerosas variables (sociales, intelectuales, jurídicas), los casos en que debía resolverse alguna cuestión concerniente al menor de edad podían dar lugar a un cierto grado de inseguridad jurídica en su aplicación, así como a cierta manipulación por parte del intérprete que, bajo la bandera del interés del menor, esgrime su particular visión y opinión de lo que conviene al menor en cada momento⁴¹⁷.

Ahora el concepto jurídico indeterminado *interés superior del niño* se concreta caso por caso en función de las circunstancias específicas que concurren⁴¹⁸. Para ello, se incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como los criterios establecidos por la Observación general N.º 14 (2013) del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)⁴¹⁹.

Así, de acuerdo con la mentada Observación General, corresponde a los profesionales y operadores jurídicos, instituciones, públicas o privadas, Tribunales y órganos legislativos valorar el interés superior del niño en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Dicha valoración se verá reflejada en los informes técnicos, decisiones y resoluciones que se dicten⁴²⁰, teniendo en consideración los

⁴¹⁷ GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (2016). El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 89-130). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

⁴¹⁸ LEIVA RODRIGUEZ Beatriz y GARCÍA GARNICA M^a del Carmen (2016). Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I). *El Genio Maligno. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, 19, 1-29.

⁴¹⁹ En el Preámbulo de la Ley se incluyen también los siguientes documentos: las Recomendaciones contenidas en el *Informe sobre Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social* (2009); el *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014* del Defensor del Pueblo; las *Recomendaciones de la Fiscalía General del Estado* contenidas en su Memoria de 2010; y la Comisión especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (BOCCGG, Senado, 17 de noviembre de 2010).

⁴²⁰ «Artículo 2. Interés superior del menor.

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de

siguientes aspectos relacionados con el menor: su opinión; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; su cuidado, protección y seguridad; su situación de vulnerabilidad; su derecho a la salud; y, finalmente, su derecho a la educación. El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, da una nueva redacción a este concepto. Como indica el Preámbulo, nos encontramos frente a un concepto con una triple naturaleza.

En primer lugar, estamos ante un derecho sustantivo según el cual, cuando se adopte una medida que concierna al menor de edad, este tiene derecho a que sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución⁴²¹. Con el fin de objetivar los criterios de valoración del interés superior del menor, el legislador ha recogido en el artículo 2º (en este caso, del apartado 2⁴²²) una serie de criterios generales⁴²³ de valoración del interés superior del menor que incorporan algunos elementos para su ponderación. Y, por último, entrega una cláusula abierta en el apartado f), al afirmar *en aquellos otros elementos que sean considerados pertinentes en el supuesto concreto*, que permite completar la lista de

obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

⁴²¹ Así lo dispone expresamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴²² «Artículo 2.2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

⁴²³ Algo parecido, pero de manera más restringida, a lo contemplado en la *Children Act* del Reino Unido (1989).

El principio del *interés superior del niño*

circunstancias propuestas en el art. 2.3. Estos elementos deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada caso, al tiempo que se podrán tomar en consideración otros factores en función de las circunstancias específicas de cada niño para su aplicación e interpretación⁴²⁴. Todo esto valorado en conjunto con los principios de necesidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, se presenta como un principio general de carácter interpretativo. En este sentido, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva el interés superior del menor, tal y como lo establece el renovado artículo 2.4⁴²⁵. A mayor abundamiento, la jurisprudencia ha establecido que siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público⁴²⁶, cuestión esta que el renovado artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero ratifica. En este sentido, se establece que, a la hora de tomar cualquier medida que afecte a las personas menores de edad, se intente primero compatibilizarlo con otros intereses en juego y, si ello no es posible, deberá darse preferencia al menor de edad, aunque valorando los derechos fundamentales de los demás individuos que pudieran verse afectados.

⁴²⁴ «Artículo 2.3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

⁴²⁵ «2.4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados».

⁴²⁶ STS.823/2012 (sala 1ª) de 31 enero de 2013.

Y, en tercer lugar, se articula como norma de procedimiento al considerarse que toda medida deberá ser adoptada respetando las garantías del proceso, particularmente los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente en conformidad al artículo. 2.5⁴²⁷ de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero.

En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Anteriormente dijimos que el principio *del interés del niño* es considerado una norma de procedimiento. Por lo tanto, dentro de los derechos procesales⁴²⁸ y con el fin de respetar las garantías del proceso, el legislador de 2015 ha reformado el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor de 1996 y ha hecho una variación del «Derecho a ser oído» por el «Derecho a ser oído y escuchado»⁴²⁹, de acuerdo con las recomendaciones y

⁴²⁷ «Artículo 2.5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
- c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.
- d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
- e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».

⁴²⁸ Al ser norma de procedimiento, algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se han modificado con el objeto de asegurar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los menores, respetándose el derecho de estos a ser oídos en aquellos procedimientos que incidan en sus intereses.

⁴²⁹ Se modifica el artículo 9, que queda redactado como sigue:

«Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.

El principio del *interés superior del niño*

criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España. Esto significa que el menor de edad tiene derecho, por un lado, a que un tercero, sea el juez o sus progenitores oigan su opinión y así poder tomar una decisión; y, por otro lado, a ser escuchado. Esto significa que es el propio menor de edad quien reclama ser oído por la persona que tendrá que tomar una decisión sobre una cuestión que le vaya a afectar, porque le interesa transmitir su parecer, con la finalidad de influir en esa persona⁴³⁰.

En la citada norma, el derecho del menor a ser oído y escuchado se establece sin ningún tipo de discriminación ni por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Ello se aplica tanto en el ámbito familiar (toma de decisiones en el seno interno de la familia),

-
1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.
3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

⁴³⁰MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2005). Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten. *Derecho privado y Constitución*, 19, p. 167.

como en cualquier tipo de procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le pueda afectar⁴³¹.

Además, con la finalidad de garantizar una atención de calidad tanto en los procedimientos judiciales como administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, pudiendo ser asistidos, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando siempre su intimidad y utilizando un lenguaje comprensible para él con el fin de cumplir todas las garantías del debido proceso.

Entiende la norma, a su vez, que las necesidades existentes entre los adolescentes y las que precisan los niños de corta edad no son las mismas, por lo que se ha preferido cambiar el término «juicio» por «madurez», para definir el momento en que ha de ser oído el menor, ya que está más ajustado al lenguaje jurídico y forense. El término «madurez» es entendido como «capacidad del menor para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto en que esté implicado de forma razonable e independiente»⁴³², y será valorada por profesionales a fin de garantizar una atención de calidad, concretándose incluso los expertos mínimos que deberán actuar en cada caso, su graduación y calificación de expertos. En todo caso, se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión⁴³³. Si bien no se establece un límite mínimo de edad para el ejercicio de este derecho, sí afirma que se considerará que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

También se prevé que en el caso de que el menor no pueda ejercitar este derecho por sí mismo (incluso asistido de intérpretes) o no convenga a su interés, se podrá conocer la

⁴³¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (2016). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp.133-159). Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch.

⁴³² Parece que el legislador catalán se hace eco e integra en el redactado del artículo 211-5 del Código civil de Cataluña la interpretación dada por el Comité de los Derechos del Niño al contenido del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Vid. en este sentido, Comité de los Derechos del Niño: Observación N.º. 12 relativa al derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. CRC/C//GC/12, p. 11.

⁴³³ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario La Ley*, 8590, 1-7.

El principio del *interés superior del niño*

opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. En cualquier caso, en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar el resultado de la audiencia al menor y su valoración, por lo que se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión.

Finalmente, con la modificación de este artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, se hace una previsión para el supuesto de que, tanto en vía administrativa como judicial, se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores, declarándose la nulidad de las actuaciones, conforme lo ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo N° 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013).

En definitiva, se puede concluir que el objetivo que se persigue con la audiencia del menor es que en cada caso se adopte la decisión que resulte más satisfactoria para su interés. Para eso, es necesario que el menor sea oído, dándosele el debido espacio para exponer el asunto que le afecta para que su opinión; en función de su edad y madurez, sea tomada en consideración.

A lo anterior, y como innovación del legislador estatal, debemos incluir lo relativo a los *deberes del menor*. Hoy día estamos frente a una nueva concepción que entiende que los menores, en cuanto ciudadanos, son «corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes», lo que dentro de la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 justifica la introducción de un capítulo relativo a los «Deberes del menor», argumentando que estos ya se contemplan en normas internacionales y también autonómicas⁴³⁴. Por ello, el derecho de ser oído y escuchado debe ser complementado con el nuevo capítulo III bajo la rúbrica de «Deberes del menor». Estos deberes se han clasificado según el ámbito al que hagan referencia y se

⁴³⁴ Durante la elaboración del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, varios grupos parlamentarios presentaron ante el Congreso una enmienda de supresión del referido Capítulo argumentando que la “enumeración de un catálogo de deberes, muchos de ellos genéricos y otros que son difícilmente comprobables o exigibles, aun reconociendo que puedan contribuir a la asunción de responsabilidades ya recogidas en la Constitución para la población en su conjunto, tienen una dimensión más moral que jurídica”.

regulan en los arts. 9 bis a quinquies⁴³⁵ de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia.

Si bien su introducción supone una novedad dentro del ordenamiento jurídico español, ya se habían contemplado anteriormente los deberes de los menores; un claro ejemplo de esto lo encontramos en el Código Civil, en su artículo 155, que se refiere a los deberes de los hijos con relación a sus padres. La particularidad que presenta la citada norma es que su incumplimiento no prevé sanción, es decir, que estamos frente a deberes que no tienen consecuencias jurídicas, por lo que cabe preguntarse qué pasa si el menor causa un daño, ¿quién responde? La respuesta es que van a situar a sus representantes legales, o a las

⁴³⁵ «Capítulo III, Deberes del menor

Artículo 9 bis. Deberes de los menores

1. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social.
2. Los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

Artículo 9 ter. Deberes relativos al ámbito familiar

1. Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares.
2. Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo.

Artículo 9 quáter. Deberes relativos al ámbito escolar

1. Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo.
2. Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso.
3. A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Artículo 9 quinquies. Deberes relativos al ámbito social

1. Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven.
2. Los deberes sociales incluyen, en particular: a) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social. b) Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad. c) Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad. d) Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible».

El principio del *interés superior del niño*

personas encargadas de su custodia en cada ámbito –familiar, escolar, social– en el punto de mira de la exigencia de la responsabilidad civil⁴³⁶. Por lo tanto, la cuestión que hay que dilucidar es si esos deberes deben pasar a regularse en una ley cuando son, si acaso, de índole pedagógica e, incluso, moralizante⁴³⁷, o si, por el contrario, esa tarea de socialización de la infancia corresponde a la familia y al ámbito escolar⁴³⁸.

En síntesis, el interés superior del niño adquiere un nuevo desarrollo al establecerse que hay que determinar dicho interés superior para cada caso particular y establecer también el proceso y los criterios básicos para hacerlo. Se refuerza, además, el derecho de los niños a ser escuchados y participar en todos los asuntos que les conciernen, dándole importancia a su nivel madurativo, entendiendo por madurez la capacidad que tiene el menor de edad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto que le concierne de forma razonable e independiente, las cuales serán valoradas por los agentes jurídicos que correspondan con el fin de garantizar una atención de calidad.

2.8.3. El ordenamiento jurídico catalán

En el transcurso de estos veinticinco años hemos podido observar un gran desarrollo legislativo en función de la aplicación efectiva de la Convención de los Derechos del Niño. En Cataluña esta convención se ve cristalizada con la aprobación de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades de la Infancia y la Adolescencia.

⁴³⁶ LAMBEA RUEDAS, Ana (2016). Los deberes de los menores en la Ley 26/2015. Comunicación presentada en *I Congreso Internacional sobre la reforma del sistema jurídico de protección de menores*: 10 de marzo de 2016. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

⁴³⁷ DOMINGUEZ YAMASAKI, María José (2016). El interés superior del menor y la patria potestad: claroscuros en la modificación del sistema de protección jurídica del menor. *La rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 1-2, 1-8.

⁴³⁸ CABEDO MALLOL, Vicente (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Luces y sombras. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coord.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 49-88). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Haciendo historia, es importante recalcar que la comunidad autónoma de Cataluña es la primera que aprueba una ley sobre derechos de la infancia. A través de la Ley 11/1985, de 13 de junio, sobre Protección de Menores Desamparados y de los que Manifiestan Conductas de Riesgo Social, se regularon, en el mismo cuerpo legal, situaciones tan distintas como la prevención de la delincuencia infantil y juvenil, y su tratamiento jurídico; o la tutela de los menores, cuando faltase la potestad de los progenitores o cuando esta se ejerciese inadecuadamente. Luego fueron aprobadas por el Parlamento de Cataluña dos nuevas leyes, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, y la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, sobre Justicia Juvenil. De ello resultó una gran actividad legislativa por parte del Parlamento de Cataluña en materia de protección a la infancia, lo que ha provocado una superposición de normas de evidente confusión para los profesionales y destinatarios de este sector normativo⁴³⁹. La citada Ley 37/1991, de 30 de diciembre, fue reformada parcialmente por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Menores y los Adolescentes, que se aprobó con el objetivo de ofrecer un sistema autonómico tanto de atención a la infancia y a la adolescencia como de protección de sus derechos. Con todo, este propósito no pudo cumplirse totalmente al permanecer la regulación sobre la protección de los menores en situación de desamparo en otra ley. Por otro lado, la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, sobre la Tutela e Instituciones Tutelares, fue derogada y sustituida por la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, al recoger esas instituciones. Posteriormente, la polémica Ley 8/2002, de 27 de mayo, modificó parcialmente la Ley 37/1991, centrándose en la regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social. Asimismo, inciden en este ámbito las leyes catalanas 18/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias, y 12/2007, de 11 de octubre, sobre Servicios Sociales. Cabe, también, mencionar la adopción en Cataluña del II Plan de Atención Integral a la Infancia y la Adolescencia 2010-2013, el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Cataluña 2010-2013, la aprobación por parte del Parlamento de Cataluña de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia y del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁴³⁹ *Ídem*, p. 30

La ley 14/2010 de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia constituía una de las prioridades principales del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en aplicación de la atribución competencial que se recoge en el artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁴⁴⁰ con el fin de unificar de manera sistemática el tratamiento legislativo de los derechos de la infancia y de la adolescencia, a partir de su consideración como plenos sujetos de derecho. Esta ley parte, en consecuencia, del esquema seguido en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que lo considera globalmente como titular de los derechos que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta su adaptación a las nuevas necesidades sociales de sus destinatarios y a las situaciones relevantes en nuestro contexto geográfico⁴⁴¹.

Por ende, la regulación vigente parte del principio rector del interés superior del menor, en la línea marcada por la Convención y recomendada por el Comité de los Derechos del Niño. Ello significa que este principio pretende, en primer lugar, a fomentar y exigir una revisión global del derecho y de las políticas públicas desde la perspectiva de la preeminencia del interés del niño y adolescente. No en vano, este principio está consagrado como un principio esencial de nuestro sistema jurídico, principalmente en la protección de menores, en las relaciones familiares y en la adopción. También incorpora a los procesos políticos la perspectiva de este interés en todas sus fases y niveles. En segundo lugar, aun respetando la autonomía municipal, el principio debe vincular a la Administración local catalana en las diferentes actividades de promoción, participación, prevención y protección de los derechos y del bienestar de la infancia y la adolescencia⁴⁴².

⁴⁴⁰ Este artículo establece la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en materia de protección de menores y de promoción de las familias y de la infancia, y en concordancia con el artículo 17 del Estatuto, que recoge el derecho de todos los menores de edad a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y de su bienestar en el contexto familiar y social.

⁴⁴¹ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia. Hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-41.

⁴⁴² RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2013). La infancia y la adolescencia en Cataluña: retos y propuestas para avanzar en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estudio a partir de las Observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño. *IPSE-ds*, 6, 19-39.

Por ello, para abordar las diferentes situaciones en que se puede encontrar el menor de edad, la ley catalana ha recogido de manera diferenciada cuatro conceptos relevantes: atención, protección, promoción y participación.

En lo relativo a la participación, y para dar plena efectividad al derecho de audiencia del menor, de acuerdo con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, con la Recomendación 1121 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y con las Resoluciones A3-314/91 y A3-0172/92 del Parlamento Europeo⁴⁴³, se pretendió crear la figura del Procurador de la Infancia como órgano administrativo integrado en la entidad pública, competente en materia de protección de menores. Con todo, hasta la fecha esta institución no se ha creado.

En el mes de julio de ese mismo año se aprobó la Ley 25/2010⁴⁴⁴, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Esta ley, desde la perspectiva del principio rector *del interés superior del niño*, sigue los parámetros establecidos por la Convención y las Observaciones Generales recomendadas por el Comité de los Derechos del Niño. En el preámbulo de la ley se explica claramente la importancia del principio en los siguientes términos:

«El presente libro recoge y refuerza el principio del interés superior del menor en relación con el conjunto de instituciones y ámbitos en que su persona o su patrimonio pueden verse afectados por decisiones que otros toman en su nombre. La nueva normativa proporciona, además, criterios con los que puede perfilarse mejor este interés en relación con las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando es preciso establecer cómo se ejercen las responsabilidades parentales sobre los hijos menores después de la ruptura matrimonial o de la convivencia estable en pareja, pero también en el desarrollo de la potestad parental o de la tutela».

⁴⁴³VERHELLEN, Eugeen (1992). Los derechos del niño en Europa. *Infancia y Sociedad*, 15, 37-60.

⁴⁴⁴ Deroga el Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, al que sustituye en su Libro Segundo, relativo a la persona y familia; también ha derogado la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja y la Ley 19/1998 sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua

El principio del *interés superior del niño*

Es en el artículo 211-6⁴⁴⁵, en su numeral 1.º, donde se señala que el «interés del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte». A su vez se reconoce el derecho de los menores de edad a ser informados y escuchados antes de tomar una decisión que afecte *directamente* su esfera personal o patrimonial. Si el menor tiene sobre los 12 años es obligatorio; pero si está por debajo de esa edad, dependerá de su *capacidad natural*, de acuerdo con la norma citada. En este sentido, una parte de la doctrina⁴⁴⁶ crítica la forma en que ha sido redactado el art. 211-6.1:

«el hecho de que se emplee, en las normas catalanas, el artículo determinado “el” (principio), implica que debe ser el principio que debe guiar la decisión, pero sin impedir que el “adulto”, que toma la decisión, tenga en cuenta otros principios u otras consideraciones, puesto que, en última instancia, dependerá de sus valores y principios personales en cuanto a formas de actuación la concreción del interés del menor”.

La primacía del principio *del interés superior del menor* trasciende la propia ley: se plantea su carácter transversal en la propia reformulación de conceptos, planteamientos e iniciativas que se proyectan desde nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴⁷.

Resulta precisa, y así se propone en la propia ley catalana, una evaluación permanente de la normativa desde la perspectiva de la preeminencia del interés superior del menor. Se trata de fomentar una revisión global del derecho y de las políticas desde una nueva perspectiva y un nuevo paradigma, reconsiderando las normas y actuaciones con mirada infantil. No cabe duda de que con este objetivo deben garantizarse todos los mecanismos para que la participación de los propios niños y adolescentes sea real y determinante.

⁴⁴⁵ El Artículo 211-6 sobre el interés superior del menor establece:

1. El interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte.
2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.
3. Para cualquier acto del representante legal que implique alguna prestación personal del menor, se requiere su consentimiento si ha cumplido doce años o si, teniendo menos, tiene suficiente juicio.

⁴⁴⁶ NAVAS NAVARRO, Susana (2011). Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia. En Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar. *El nuevo derecho de la persona y la familia* (pp. 617-686). Barcelona: Editorial Bosch.

⁴⁴⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia. Hacia un sistema legal, *op. cit.*, p. 31.

Por otro lado, también es importante destacar lo que dice esta normativa respecto de la custodia compartida en relación con el interés superior del niño. Esta materia se trata en el capítulo III del Libro II del Código Civil de Cataluña, que regula los efectos de la nulidad del matrimonio, el divorcio y de la separación.

El legislador catalán tiene en cuenta, al igual que en su entorno, que la sociedad catalana ha evolucionado y que la familia ya no es la tradicional de generaciones anteriores, sino que se muestra más tolerante a todos estos cambios. Por ello, a diferencia del Código de Familia, el libro II acoge las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferentes a la matrimonial, como la propia de las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes, o por las parejas estables y por las relaciones convivenciales de ayuda mutua. La nueva regulación acoge también la familia homoparental, salvando las diferencias impuestas por la naturaleza de las cosas., lo que ha producido que el concepto *marido y mujer* se cambie por el de *cónyuges* y el de *padre y madre* por *progenitores*⁴⁴⁸.

Este nuevo código civil catalán recoge dos importantes novedades en esta materia:

1. El plan de parentalidad
2. El ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. Guardia y custodia compartida.

2.8.3.1. El plan de parentalidad

Con esta reforma, en el Convenio Regulador se introduce la necesidad de redactar un plan de parentalidad cuando hay hijos de por medio. Al respecto, leemos en el preámbulo:

«Toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y

⁴⁴⁸ Están incluidos dentro de esta denominación los padres y madres por naturaleza no biológica.

El principio del *interés superior del niño*

la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. [...] Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos⁴⁴⁹».

El plan de parentalidad, recogido en el artículo 233-9.1 del Código Civil Catalán⁴⁵⁰, tiene por objeto «concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar detalladamente los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos», tanto si el proceso es contencioso o es de mutuo acuerdo. Ello permite que sean los progenitores los que organicen de manera responsable el cuidado de los hijos a raíz de la ruptura matrimonial.

El artículo 233-9.2 del Código Civil Catalán determina los aspectos que deben constar en el plan de parentalidad, que son, entre otros, el lugar en el que vivirán los niños y las tareas que le corresponderán a cada progenitor; pero se hará referencia solamente a las cuestiones

⁴⁴⁹ Preámbulo III, apartado c, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁴⁵⁰ El Artículo 233. 9. Plan de parentalidad establece:

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.
2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:
 - a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
 - b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
 - c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
 - d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
 - e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
 - f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
 - g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
 - h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.
3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

personales relativas a los compromisos que se asumen respecto de la guarda, custodia y educación de los hijos⁴⁵¹.

Por último, en el artículo 233-9.3 se refuerza y fomenta la mediación: se establece la posibilidad de acudir a la mediación familiar como instrumento jurídico para garantizar la estabilidad futura de las relaciones tras el divorcio.

En caso de que las partes no presenten el plan de parentalidad, no puede darse curso a la pretensión de disolución del matrimonio y aprobación del convenio. Por ende, su omisión debe comportar la nulidad de la sentencia y la retroacción de los autos en el momento del informe del Ministerio Fiscal, para que las partes, en su vista, subsanen el defecto⁴⁵². Por ello, su presentación es un requisito de procedibilidad.

2.8.3.2. El ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. Guarda y custodia compartida

Esta es la segunda novedad que presenta la nueva normativa. Se abandona el principio general de que, una vez producida la ruptura en la convivencia de los padres, la custodia de los hijos le corresponde automáticamente a la madre, y el derecho de visitas, al padre. Ahora se potencia el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas⁴⁵³ respecto de sus hijos y la necesidad de tomar las decisiones atendiendo siempre al interés del menor de edad. La intención del legislador catalán es que, en la medida de lo que sea posible, se conserve una relación estable entre los progenitores respecto de sus hijos. Por lo tanto, se les entrega tanto al juez como a los progenitores, en el

⁴⁵¹ Los alimentos o la relación de los menores con los abuelos o los hermanos que no convivan en el mismo domicilio se tratan en un documento a parte.

⁴⁵² Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª). Sentencia N.º160/2013 de 13 marzo.

⁴⁵³ El artículo 233-8 contempla lo siguiente:

1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.
2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.
3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.

El principio del *interés superior del niño*

momento de la redacción del plan de parentalidad, una serie de criterios establecidos en el artículo 233-11⁴⁵⁴, a fin de que la redacción resulte lo más idónea para cada caso en concreto. Si bien, estos no son exclusivos y no comportan un *numerus clausus*, se deben tener en cuenta.

La guarda⁴⁵⁵ se identifica como la función de los padres de velar por los hijos, así como de educarlos, cuidarlos y tenerlos en su compañía. Al ser un conjunto de derechos y obligaciones para los progenitores, el criterio utilizado actualmente es el de que sean ellos

⁴⁵⁴El Artículo 233-11, *Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda*, establece lo siguiente:

1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:
 - a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
 - b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
 - c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
 - d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
 - e) La opinión expresada por los hijos.
 - f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
 - g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.
2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.
3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

⁴⁵⁵ El artículo 233-10 establece:

1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.
2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.
3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.
4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.”

quienes decidan la forma como la van a ejercer, con la consecuencia de que si no media acuerdo entre los progenitores sobre el plan de parentalidad, o si este no se aprueba, será el juez quién decidirá la manera de llevarlo a cabo. Para ello se tendrá en cuenta que las responsabilidades, en la medida de lo posible, deberán ser conjuntas, siempre que no sea perjudicial para el menor.

Respecto a la obligación de alimentos, en el apartado tercero se señala que la custodia compartida no implica que se extinga la obligación de prestar los alimentos sino únicamente que estos se determinarán en función del tiempo y gastos que cada progenitor tenga.

Por último, en el apartado cuarto se expone la posibilidad de que se pueda suspender la potestad parental en situaciones excepcionales, dando la guarda a parientes como los abuelos o a otras personas cercanas a los menores, incluso a una institución idónea.

En síntesis, se puede señalar que en la normativa catalana prima el hecho de que sean las partes las que decidan el tipo de guarda y custodia que quieren adoptar, con el plan de parentalidad. Por otro lado, no se establece una clara preferencia hacia la custodia compartida; pero sí se menciona que, en lo relativo a las responsabilidades, estas deben ser compartidas. Para finalizar, es importante recalcar que el Código Civil Catalán, en sus artículos 233-11, contempla los criterios que deben tenerse en cuenta para establecer la guarda y custodia más adecuada para el menor.

2.9. Análisis jurisprudencial del interés superior del niño dentro del ordenamiento jurídico español y catalán

En general, la jurisprudencia en distintas sentencias en materia de menores ha centrado sus decisiones en el interés superior del niño conforme al art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que establece lo siguiente: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Esto significa que este principio está por encima de los intereses

El principio del *interés superior del niño*

individuales de los progenitores, o por lo menos debería estarlo. Por tanto, se trata de una norma imperativa que establece la prioridad del interés superior del niño como regla absoluta en el ámbito de dicha Ley.

2.9.1. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 681/2007. Guarda compartida

El Tribunal Supremo reconoce que «conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura y concluye que solo la adopción de esta medida es la mejor manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la opción del sistema de guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor manera de proteger el interés del menor».

2.9.2. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 614/2009, de 28 de septiembre de 2009. Guarda y custodia

El Tribunal Supremo señala en sentencia de 28 de septiembre de 2009 que «la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/200, de 29 de mayo, que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional».

2.9.3. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 641/2011, de 27 de septiembre de 2011

La cuestión sobre la que resolverá el Tribunal Supremo se referirá a la discusión sobre si el juzgador *a quo* ha aplicado correctamente el interés superior del menor a la vista de los hechos de la sentencia que se recurre, y no entrará a valorar la realidad que determina cuál es el interés del menor en cada caso concreto.

2.9.4. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 795/2011, de 18 de noviembre de 2011

En este mismo sentido, señala el Alto Tribunal que «debe examinar si la resolución recurrida ha aplicado correctamente los criterios objetivos en los que se concreta el interés del menor, no está autorizada para formular doctrina general».

2.9.5. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 961/2011, de 10 de enero de 2011

Sin embargo, señala que, para determinar el régimen de guarda y custodia más adecuado para el menor, se deberán tener siempre en cuenta los criterios de protección del interés del menor, debiendo ser el art. 92 del Código Civil interpretado con esta finalidad

2.9.6. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 323/2012, de 25 de mayo de 2012

La Sentencia, en su fundamento de derecho quinto, explica la procedencia de otorgar la Custodia Compartida en función del interés superior, argumentando lo siguiente:

«**Quinto.** Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa “el interés del menor”, que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. La STS 623/2009 decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban *”criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*. Estos criterios se utilizan también en la STS de 94/2010, de 11 marzo. La interpretación del Art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. A estos efectos, la STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión “excepcional”, contenida en el art. 92.8 CC en el sentido que *”La excepcionalidad a que se refiere el inicio del*

párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla».

2.9.7. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 823/2012, de 31 de enero de 2013. Recurso 248/2011. Cambio de custodia de los menores por incumplimiento del régimen de visitas. Principio del interés del menor

En esta sentencia, el pleno de la sala Primera del Tribunal Supremo resolvió acoger el recurso de una madre a la que las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial privaron de la custodia de su hijo porque la madre incumplió reiteradamente el régimen de visitas que correspondía al padre y se llevó a su hijo a Estados Unidos. La sentencia fala a favor de la madre y le devuelve la custodia con el fin de hacer prevalecer el interés del menor. En síntesis, la Sala Primera entiende que el incumplimiento no ampara la modificación del régimen acordado cuando la modificación no resulta beneficiosa para el interés del menor. Con independencia del reproche que cabe realizar del comportamiento de la progenitora custodia, lo relevante para rechazar la pretensión del padre, dice la Sala (asumiendo el parecer expresado en el voto particular de la sentencia de apelación), es que el menor estaba plenamente integrado en el país de residencia y que el cambio supondría para él un trauma y un perjuicio mayor al tener que trasladar su residencia a un país muy distante y verse obligado a convivir con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce.

2.9.8. Sentencia del tribunal Supremo N.º 835/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor

La cuestión que plantea y resuelve el Alto Tribunal se refiere a si la relación de filiación que resulta del contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero entre el menor y los padres comitentes es apta para determinar en España la relación de filiación entre estos. Y declara que no cabe reconocimiento incidental, ni de intención, de una resolución que reconoció la filiación por sustitución de una pareja homosexual que contrató una maternidad subrogada fuera de España. La sentencia se basa en que en España es contrario al orden público, ya que vulnera la norma imperativa del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En relación con el interés superior del menor, la Sala vuelve a afirmar que no puede vulnerarse la legalidad vigente con el fin de salvaguardar el interés superior del menor, ya que dicho interés concurre con otros bienes jurídicos cuya protección es necesaria, aunque llega a admitir que el no reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para estos. Por ello, la Sala insta al Ministerio Fiscal en su fallo a que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y que garantice su debida protección.

2.9.9. Sentencia del Tribunal Supremo, Nº4836/2014, de 28 de noviembre de 2014. La guardia y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar

La regla general en esta materia es que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Por ende, lo que se busca es la protección del niño, que se traduce en garantizarle la estabilidad tras la ruptura a través del mantenimiento de su entorno.

A este respecto, el Alto Tribunal resuelve lo siguiente:

«Que esta limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores establecida por la Audiencia Provincial es contraria a derecho, pues esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, considerando que el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Por lo tanto, se le atribuye el uso del domicilio familiar a la hija menor de edad y a la esposa, sin limitación temporal».

2.9.10. Sentencia del Tribunal Supremo, N° 621/2015, de 9 de noviembre de 2015.

Privación del régimen de visitas al progenitor no custodio

Solo excepcionalmente y por resolución judicial, se podrá privar de este derecho al progenitor no custodio. La privación del régimen de visitas solo debe tener lugar por causas graves tales como violencia sobre la mujer o sobre el menor, incumplimiento reiterado del pago de la pensión de alimentos, incumplimiento del régimen de visitas establecido, riesgo de sustracción, entre otros.

Sobre el impago de la pensión de alimentos y la privación de la Patria Potestad se confirma la sentencia en la que se priva a un hombre de la patria potestad de su hija por no hacer frente a la pensión de alimentos ni atender al régimen de visitas. Se impone esta medida ya que se trata de un incumplimiento grave y reiterado. Se desestima recurso de casación. La decisión de la sala dice así:

«3) A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012, Rc. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, “[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho “(STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC , requiriendo que se apliquen en cada caso en atención

a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...].”

Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Órgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia».

2.9.11. Sentencia del Tribunal Supremo, N°36/2015, 26 de noviembre de 2015. Sobre Violencia doméstica y de género

En este fallo se deniega el régimen de visitas solicitado por el padre de una menor que había sido condenado anteriormente por delito de malos tratos habituales en contra de su ex esposa y la hija mayor del matrimonio. El Alto Tribunal establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes, tal como queda recogido en la sentencia:

«El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Igualmente el art. 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Este Tribunal en la sentencia invocada de 11 de febrero de 2011 mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de protección.

Igualmente en sentencia de 13 de febrero de 2015, rec. 2339 de 2013 , en supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa».

De esta manera, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la ex esposa y casa parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de declarar que no procede la fijación de un régimen de visitas del demandante con su hija menor.

2.9.12. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 115/2016, de 1 de maro de 2016. Distancia entre los domicilios entre los progenitores

En lo relativo a la distancia entre domicilios para la guarda y custodia, el Alto Tribunal se ha pronunciado por primera vez sobre este punto en la sentencia 115/2016, de 1 de marzo de 2016. En este caso, el Tribunal deniega a un padre la custodia compartida de su hijo menor de edad, debido a la distancia entre su domicilio en Cádiz y el de la madre, con la que el menor convive, en Granada:

«Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida».

Si bien el recurrente se comprometió a trasladar su domicilio, no basta la intención es necesario la consolidación del cambio de residencial. En este caso, no se aprecia una clara posibilidad de obtención de trabajo en Granada, por lo que estaríamos ante una mera expectativa, cuando menos, incierta.

Con esta sentencia, según el Tribunal Supremo, «se ha respetado escrupulosamente el interés del menor, eje que debe guiar las resoluciones judiciales y ello porque en la resolución recurrida no solo se tiene en cuenta la corta edad del menor sino el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores (Cádiz-Granada)».

**2.9.13. Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2015, de 06 de julio de 2015.
Recurso de amparo 2937-2015**

El tribunal Constitucional ha emitido por primera vez una sentencia en la que se prioriza el interés superior del niño por encima de la pugna de los padres por la custodia. La Sala Segunda del Alto Tribunal ha anulado la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en marzo de 2015, por vulnerar el derecho fundamental de la madre a la tutela judicial efectiva, conforme al artículo 24.1 de la Constitución Española, por lo que se mantiene la medida cautelar de suspensión acordada en la presente pieza por la providencia de 25 de mayo de 2015 que paralizaba un retorno a Suiza previamente acordado por la Audiencia Provincial de Madrid.

La sentencia señala lo siguiente dentro de sus fundamentos jurídicos:

«3. En el presente caso debemos tener en cuenta que resultan afectados los intereses de una menor, que se encuentra en España desde el año 2013 donde fue traída por su madre sin oposición del padre para realizar el viaje de vacaciones en España, y sobre cuya custodia existe un conflicto entre los progenitores, que es la controversia sobre la que versa la cuestión de fondo del presente recurso.

En esta sede cautelar, y al estar en juego el interés de la menor, para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la suspensión instada debe realizarse una ponderación extremadamente cuidadosa y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de la menor afectada (AATC 108/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 83/2014, de 24 de marzo, FJ 2, entre otros).

Sobre este punto, entiende el Tribunal que debe mantenerse la suspensión acordada para procurar, en su caso, una más adecuada efectividad de la Sentencia que resuelva el fondo del asunto, al tiempo que se preserva la estabilidad emocional de la menor, que se encuentra residiendo en España desde el año 2013.

En consecuencia, y sin prejuzgar la resolución de fondo, en este momento procesal se aprecia un *periculum* que conduce a mantener la suspensión acordada hasta la resolución de este recurso, en coherencia con lo manifestado por el Ministerio Fiscal».

El principio del *interés superior del niño*

Lo destacable de esta sentencia es que, por primera vez, el Tribunal Constitucional aborda esta cuestión y admite un amparo en esta materia por afectar a una faceta de un Derecho fundamental sobre el que no existía doctrina y que está regulada en el Convenio de la Haya sobre la restitución de menores. En el procedimiento, la Audiencia Provincial de Madrid no tuvo en cuenta que, desde el momento en que el padre reclamó en vía judicial la restitución de la menor y hasta que se dictó sentencia, habían pasado 20 meses, cuando el Convenio de la Haya establece que en estos casos, se debe resolver en el plazo de seis semanas. Por esta razón, solo el Tribunal Constitucional se limita a evaluar los argumentos de la Audiencia Provincial de Madrid para ordenar la devolución de la niña y concluye que las circunstancias de la menor no fueron tenidas en cuenta.

2.10. El *interés superior del niño* en el ordenamiento jurídico civil chileno

El derecho chileno no es ajeno a los grandes cambios en el ámbito del derecho de las personas con sede en familiar; al igual que el sistema normativo internacional, no se aventura en definir el interés superior del niño. Como consecuencia de todo esto, observamos en la jurisprudencia chilena el cambio de conceptualización experimentado a lo largo de los años, situación parecida a la que ha tenido lugar en la doctrina y en la jurisprudencia interamericana. Durante los primeros años de vigencia de la Convención, la implementación del principio del interés superior del niño no tuvo mayor notoriedad, por lo que la ejemplificación recién parte durante la primera década del siglo XXI. En este primer período, la regulación sobre el interés superior del niño se encuentra a propósito los deberes y derechos entre padres e hijos, por lo que carece de una regulación generalizada. A falta de una definición propia, los tribunales nacionales se remiten a la nomenclatura propuesta por el Comité de tal modo que trata el interés superior del niño como un principio jurídico.

Durante este mismo periodo, observamos la aparición de diversas leyes civiles que reforman el Derecho de Familia, ya que en su redacción originaria no había ninguna disposición que hiciera expresa referencia al interés de la familia; y, si se hacía alguna

mención, era hecha con un marcado carácter patrimonial⁴⁵⁶. En lo relativo a la jurisprudencia chilena, también se comienza a reconocer la aplicación de la noción del *interés superior del niño* como principio de consideración primordial en los casos en que se debían resolver cuestiones jurídicas en las que estuviesen involucrados menores de edad. Al igual que en la normativa catalana, este principio se presenta en Chile como un concepto jurídico indeterminado⁴⁵⁷ que necesita ser concretado en cada situación específica⁴⁵⁸. Es decir, la norma no nos brinda la solución directa de cada caso, de tal modo que esta debe ser inquirida acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto.

El legislador, con la promulgación de la Ley n.º 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de familia, instaura expresamente la categoría de *interés superior del niño*, en su artículo 16⁴⁵⁹, de acuerdo con el cual se reconoce este principio en dos campos operativos diferentes: en primer lugar, como principio rector procesal, por lo cual regirá en

⁴⁵⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Santiago de Chile, Abeledo/Perrot-Thomson Reuters, p. 105.

⁴⁵⁷ La doctrina chilena, al estar frente a un concepto jurídico indeterminado, trata de dar una definición al concepto de *interés superior del niño* para facilitar su entendimiento. Carlos Peña González, siguiendo la misma tendencia que Encarna Roca Trias e Isaac Ravetllat Ballesté, señala que la noción de *interés superior del niño* se vuelve sinónima de respetar los derechos fundamentales de los niños, en cuanto niños en particular y en cuanto personas en general, con la sola limitación de su estado de maduración, por sobre cualquier otro interés (PEÑA GONZALEZ, Carlos (2004). Seminario Nueva ley de matrimonio Civil. *Charlas del Colegio de Abogados de Chile*, 28, 67-68). Barrientos Grandón vincula el interés superior del niño directamente con «su mayor realización espiritual y material posible», unida, necesariamente, a la consecución del bien común (artículo 1º, inc 4º, de la Constitución Política de la República), y al deber que pesa sobre el estado para contribuir a crear las condiciones sociales que le posibiliten esa mayor realización. Por ende, el interés del niño comprende, inescindiblemente, un ámbito espiritual y otro material que constituyen presupuestos sustanciales para que respecto de ellos opere, *ex post*, su «autonomía», sin perjuicio de que, en muchos casos, tales intereses puedan coincidir o identificarse con sus derechos y libertades inherentes a su naturaleza de persona humana (BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2011). *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Santiago de Chile: Abeledo/Perrot-Thomson Reuters, p. 115). En esta materia, Gloria Baeza Concha señala que el interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar (BAEZA CONCHA, Gloria (2001). *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*. *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2), 355-362).

⁴⁵⁸ Según Fabiola Lathrop, su definición se encontraría en constante desarrollo y adquiriría su verdadera dimensión cuando es aplicado a un caso concreto (LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005): *Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de matrimonio civil y Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Punto Lex, p. 33).

⁴⁵⁹ El artículo viene a reforzar el artículo 3º de la Convención de tal manera que los tribunales nacionales sujeten su decisión a este principio de manera generalizada. Es así como, con regulación expresa, se zanja la discusión a nivel nacional sobre la naturaleza jurídica del interés superior del niño.

El principio del *interés superior del niño*

todos y cada uno de los actos procesales de los procesos que se sustancien ante los tribunales de familia; y, en segundo lugar, como principio rector de decisión, por ende, «debe tener siempre como consideración principal el interés superior del niño en la resolución del asunto sometido a su conocimiento»⁴⁶⁰. Se complementa este principio con el derecho a ser oído, este último, con el carácter de un principio del procedimiento que se sustancie ante los Tribunales de Familia.

Antes de avanzar sobre esta materia, es necesario mencionar en primer término la Constitución Política de la República de 1980. Al ser analizada, encontramos la particularidad de que no emplea en ninguna de sus disposiciones la expresión *interés superior del niño*. Sin embargo, de su lectura podemos concluir que varias de sus normas tienden a reconocer, proteger y fortalecer a la familia como base de la sociedad. Claro ejemplo de esto lo encontramos en su art. 1.1., que establece el principio de la dignidad humana, el cual dice que las personas nacen libres e iguales en dignidad de derechos⁴⁶¹. A su vez, en el inciso 2 se reconoce «que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad», y en el inciso 5 se señala que «es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta...». Además, en su artículo 5.2 se estipula que «el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes». Por ende, es con la Constitución Política de la República como se sientan los cimientos del respeto de los derechos esenciales de las personas, dentro de los cuales se encuentran incluidos los niños, niñas y adolescentes, así como con la Convención Sobre los Derechos del Niño, en la que se impone a los estados el deber constitucional de respetarlos y promoverlos.

⁴⁶⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Santiago de Chile, Abeledo/Perrot, Thomson Reuters. Chile. p.111.

⁴⁶¹ Dicho principio se desarrolla en el derecho de la infancia a través del principio del *interés superior del niño* siendo incorporado al Código Civil chileno y en la Ley de Tribunales de Familia.

A partir de la década de 1990 podemos observar que, junto al interés familiar, convive una serie de otros intereses⁴⁶² como resultado de la adecuación de diferentes ratificaciones de convenciones internacionales a la normativa nacional, destacándose principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Estos intereses son los siguientes: interés del niño; interés del menor; interés del hijo; interés del adoptado; e interés del cónyuge más débil⁴⁶³. Según las circunstancias del caso, el Estado puede privilegiar estos derechos, anteponiendo los intereses de la familia por sobre el interés familiar.

2.10.1. Interés superior del niño y del hijo

El principio del interés superior del niño no alcanza el carácter de rango constitucional, pero se le reconoce la naturaleza de ser un principio de consideración primordial al cual la ley de Familia le otorga el carácter de rector de todos los actos procesales que consten en los procesos que se sustancien por vía judicial. Este principio encabeza el título IX del *Código Civil*: «De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos». Pero se encuentra presente en todo nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los hijos y su interés superior, en la Ley n.º19.335, del 23 de septiembre de 1994⁴⁶⁴, en su artículo 147, inciso 1.º⁴⁶⁵ se hace referencia por primera vez al interés de los

⁴⁶² BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas...*, op. cit., p. 106.

⁴⁶³ En relación con el interés superior del cónyuge más débil, el legislador nacional, al incorporar a la nueva Ley de Matrimonio Civil el divorcio vincular, surge desde la presentación del proyecto de ley en el año 1995 y durante toda su tramitación la preocupación por proteger al cónyuge (más débil) que en el momento de la ruptura o término del matrimonio queda en situación de desmedro económica frente al otro cónyuge (más fuerte), que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación. Es decir, que la aplicación de este principio queda determinado netamente a una cuestión de menoscabo económico; y, aunque no distingue, se deja ver que va dirigida a la mujer, por la desigualdad económica (en cuanto a los ingresos que perciben y a las posibilidades de acceso al mercado laboral), así como por ser quienes se dedican en un gran porcentaje al cuidado de los hijos y a las labores domésticas. Por lo tanto, este principio de protección al cónyuge débil importa un mandato dirigido al juez llamado a resolver el conflicto en situaciones de quiebre matrimonial, lo que significa que solo es aplicable a la ruptura y no durante el tiempo que dure el matrimonio. Y los mecanismos utilizados para la concreción de este principio son: el derecho a compensación económica, la denominada cláusula de dureza y las facultades del juez para la aprobación del convenio regulador, en los casos de divorcio de común acuerdo.

⁴⁶⁴ Establece Régimen de Participación en los Gananciales y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales.

⁴⁶⁵ Durante el matrimonio, o disuelto este, el juez podrá constituir, prudencialmente a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de

El principio del *interés superior del niño*

hijos, en lo relativo a la constitución judicial de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares en favor del cónyuge no propietario, y señala que el juez debe tener especialmente en cuenta para su constitución y plazo el «el interés de los hijos cuando los haya».

Los conceptos de interés superior del «niño» e «hijo» están claramente establecidos dentro de la normativa nacional, la cual señala lo que entiende por cada uno de ellos. Al utilizar el término «niño», se indica una condición o estado biológico o natural de carácter temporal, mientras que el término «hijo» alude a un estado civil: se es hijo respecto de una persona (artículo 33 Código Civil). Por lo tanto, en relación con el interés superior del hijo se debe mirar dentro del derecho de las personas en dos situaciones distintas, por el carácter «relacional» de su noción⁴⁶⁶. Por un lado, nos encontramos con el término «niño», el cual es deber del Estado y sus órganos asumirlo como principio rector noción⁴⁶⁷ (artículos 225 inciso 3.º, 242 inciso 2º, 244 inciso 3.º y 30 inciso 2º de la Ley n.º 19.620; artículos 1, 27, 31, 55 inciso 2º, 71 inciso 2.º y 85 inciso 2.º y 3.º de la Ley de Matrimonio Civil)⁴⁶⁸. Y, por otro lado, nos vemos frente a un estado de «relación» con su familia —ya sea padre, madre o parientes, entre otros—, lo que conlleva «la preocupación fundamental de los padres»; dicho estado de relación puede recaer eventualmente sobre otros parientes o terceros (artículo 222 inciso 2.º del Código Civil).

Con similar orientación se aprobó la ley N° 19.585 sobre filiación⁴⁶⁹, del 26 de octubre de 1998, a través de la cual se introdujeron en el actual Código Civil algunas disposiciones que

los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo.

⁴⁶⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas...*, op. cit., p.121.

⁴⁶⁷ BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Santiago de Chile, Abeledo/Perrot, Thomson Reuters. Chile. p.121.

⁴⁶⁸ Ídem p. 121

⁴⁶⁹ Con la reforma de la Ley 19.585 de 1998, el Código Civil chileno admite tres mecanismos de atribución de la tuición o cuidado personal de los hijos en casos de crisis familiares. En un primer término, nos encontramos con la convención entre el padre y la madre, a través del cual se introduce un mayor margen de actividad a la autonomía de la voluntad, en relación a la legislación anterior. En segundo término, está la ley, establecida como criterio de atribución supletorio de la voluntad de los padres y de funcionamiento automático, sin necesidad de intervención judicial (“es una regla supletoria de la voluntad de los padres que no confiere a la madre derecho subjetivo alguno, sino una función o un deber de la que no está privado el padre y que no impide la modificación judicial de la atribución legal en función del interés del niño. La preferencia materna tampoco se contrapone al interés del hijo. Al contrario, evita litigios y la excesiva judicialización de los

se refieren al «interés del hijo»⁴⁷⁰. Asimismo, se hace uso de manera concreta del término de «interés superior»⁴⁷¹, en razón de haber adoptado literalmente la parte final del número 1

conflictos de los padres sobre el cuidado personal de sus hijos y favorece los acuerdos⁴⁶⁹). En tercer lugar, está el recurso al juez de familia, el cual tendrá lugar en los casos en que el padre tenga motivos para impugnar la atribución legal a la madre, es decir, al existir circunstancias especiales que deberán probarse en el juicio. O bien, si no hay acuerdo entre padre y madre sobre el cuidado personal de sus hijos, o si, habiéndolo, han cambiado las circunstancias que justificaron el acuerdo y los progenitores no consiguen adaptarlo a este nuevo contexto. Será en este tipo de circunstancias en las cuales el juez deberá decidir, a solicitud del padre o de la madre, a cuál de ellos atribuye el cuidado personal de niños, niñas o adolescentes. Además, corresponde al juez entregar la tuición a terceros, parientes o extraños, separando a los hijos del cuidado de sus padres biológicos por inhabilidad física o moral de estos.

En el caso de que se produzca un litigio entre progenitores, se prioriza el principio del *interés superior del niño* a cualquier otro interés. Al ser el principio rector por medio del cual debe resolverse el asunto del litigio, el juez se encuentra con un espectro más amplio a la hora de determinar a quién atribuir la tuición. Pero la intervención judicial exige que las partes produzcan prueba tendiente a integrar un supuesto de hecho establecido en el artículo 225, inciso 3º: “maltrato, descuido u otra causa calificada” que justifique un cambio en el cuidado personal del niño. Por ello, el juez de familia, en el momento de fallar haciendo uso de la sana crítica, debe integrar las reglas de esta con los medios de prueba producidos legalmente en juicio. Asimismo, y debido a que el principio del “interés del niño” es un criterio indeterminado de adjudicación, el juez lo deberá integrar con motivos conforme a la experiencia, con juicios de valor y argumentos que justifiquen la decisión de acuerdo al fin del principio.

En el derecho chileno, las reglas sobre atribución del cuidado personal de niños, niñas y adolescentes son de gran relevancia. Quien tiene el cuidado personal de un niño, tiene el deber de criarlo y educarlo. Estos deberes incluyen muchas veces en la práctica decisiones sobre salud, tratamientos médicos, elección del colegio, elección de la religión en que se educa el niño, entre otros. Además, tiene la patria potestad de acuerdo con el artículo 245, inciso 1.º, por lo que tiene la representación legal del niño y el derecho de goce y administración de sus bienes.

Es importante destacar que la inhabilidad de la madre, o del padre, ya no es un criterio preponderante de adjudicación del cuidado personal de los hijos entre progenitores, por lo que pasa a ser dicha inhabilidad criterio de adjudicación del cuidado personal a terceros, parientes o extraños, según lo establece el artículo 226, en concordancia con el artículo 242, inciso 2.º. Según el artículo 16 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, al existir un litigio entre padres y terceros, parientes o extraños, el juez de familia deberá concordar con el principio del *interés superior del niño*.

⁴⁷⁰ Otros artículos del Código civil en los que se hace referencia al interés del hijo son los siguientes:

- a) **Artículo 222.2.** Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.
- b) **Artículo 244, inciso 3º.** En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarla en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.
- c) **Artículo 245.** Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos de conformidad al artículo 225. Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente. En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.
- d) **Artículo 268, inciso 2.º.** El juez, en interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión.

El principio del *interés superior del niño*

del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece «la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo».

Sin embargo, no será hasta la Ley N.º 19.947, del 17 de mayo de 2004 (Ley de matrimonio Civil), que se consolide la inclusión del término «interés superior» de los hijos en la resolución de las materias de familia reguladas en ella, en el artículo 3⁴⁷². Así como en los acuerdos reguladores (artículos 27 y 55, inciso 2) y en relación al juez y la tramitación judicial de procedimientos de separación, nulidad y divorcio (artículos 31, 85 inciso 2 y 3) y en la conciliación (artículo 71 inciso 2).

En lo que concierne al interés superior y al derecho a ser oído, tenemos distintos cuerpos legales que los consagra. Así, el artículo 242.2 del Código Civil dice: «En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez». Este artículo está complementado con el artículo 16, inciso 1 y 2, de la Ley de Tribunales de Familia, que establece dentro de los principios del procedimiento el derecho a ser oído como principios rectores que el juez de familia debe tener en consideración en el momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento; y establece además que «esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías».

Asimismo, el artículo n.º 85.2 dice: «Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquel que esté

-
- e) **Artículo 271, número 3.** En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

⁴⁷¹ Marcela Acuña considera que el principio del *interés superior del niño* fue recogido legalmente en Chile por primera vez de modo expreso en el año 1998 con motivo de la Ley de Filiación N.º 19.585, que estableció un trato igualitario entre todos los hijos, cualquiera que fuera su origen. Se trataba de un imperativo, aclara la misma autora, que los instrumentos internacionales exigían adoptar en el ordenamiento interno. A partir de ahí, concluye la autora, ha pasado a ser un principio transversal en todas las materias de familia en que hay personas menores de edad involucradas, constituyéndose en la base de la fundamentación de las resoluciones judiciales respectivas (ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2011): *Efectos jurídicos del divorcio*. Santiago de Chile: Abeledo/Perrot-Thomson Reuters, pp. 91-92).

⁴⁷² Artículo 3º, inciso 1º: "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil".

en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes».

Otros cuerpos legales donde aparece expresamente este término son los siguientes:

- a) *Ley de Matrimonio Civil n°19.947*. En esta ley, el interés superior de los menores opera en dos terrenos. Respecto del juez, porque lo obliga a resolver las materias de familia reguladas por Ley de Matrimonio Civil, cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos (art. 3°), lo que hace inexcusable adoptar las medidas necesarias a su protección. Respecto de los padres, el interés superior de los hijos es el estándar único de suficiencia del contenido concreto de los pactos sobre sus deberes y responsabilidades parentales en sede de separación o divorcio (arts. 27 y 55)⁴⁷³.
- b) *Ley n°20.084*. Esta ley establece un Sistema de Responsabilidad Penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que “se caracteriza porque a los jóvenes, además de las garantías penales y procesales comunes a todas las personas, se les han de reconocer mayores derechos y garantías. El fundamento de esta protección especial radica en la aplicación de los principios de igualdad y de protección, pues la diferente situación jurídico-social del adolescente y su calidad de persona en pleno proceso de desarrollo, lo hacen merecedor de una mayor protección jurídica de sus derechos”.⁴⁷⁴

El principio del interés superior lo encontramos expresado en su artículo 2°, que señala lo siguiente:

«(E)n todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que

⁴⁷³ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(2), 21-59.

⁴⁷⁴ BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo (2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política criminal*, 6, (11), 163-191.

El principio del *interés superior del niño*

se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos. En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes».

Si bien en su redacción no habla del interés superior del niño, sino de interés superior del adolescente, su objetivo es dotar de todas las garantías, derechos fundamentales y principios que protegen, en este caso, al adolescente cuando ha cometido una infracción acorde al sistema de responsabilidad penal.

- c) *Ley de Tribunales de Familia N°19.968, del 30 de agosto de 2004*. Esta ley, en lo relativo a mediación, en su artículo 105 dispone lo siguiente:

«Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan:
Interés superior del niño: por lo cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación».

Los Tribunales de Familia a la hora de impartir el principio del *interés superior del niño* deberán considerar el grado de autonomía del menor de edad, primordialmente cuando se trate de aspectos no patrimoniales, su edad y madurez.

2.10.2. Interés superior del adoptado⁴⁷⁵

Si bien la normativa sobre la institución de la adopción se remonta a la década de los años 30, toma relevancia a fines del siglo pasado, con la entrada en vigencia de la Ley N.º

⁴⁷⁵ La filiación adoptiva en Chile es el resultado de las siguientes normas: la Ley N° 19.620 de Adopción de Menores²⁷²; el Decreto N° 944 de 2000 del Ministerio de Justicia, que fija el Reglamento de la Ley N° 19.620; la ley N° 19.585, que modifica el Código Civil en materia de filiación, la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Se agregan los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, aprobada por Decreto N° 1.215 de 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores; Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción, aprobada por el Decreto N° 24 de 2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

19.585 de 5 de agosto de 1999, en la que se establecen profundos cambios en materia de filiación. Esto significó un verdadero cambio de paradigma sobre la materia⁴⁷⁶, ya que se incorporó el derecho de igualdad, el interés superior del niño y el derecho a la identidad, que anteriormente no existían en materia de filiación. En razón de esto, al año siguiente se aprueba la Ley N.º 19.620, de 05 de agosto 1999 que regula la nueva ley de adopción.

Es importante señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no se define la adopción. En el proyecto original de la Ley 19.620, en su artículo 1.º, se definía la adopción como «un proceso social y legal por el cual se establece la relación padres e hijos entre personas que no están necesariamente vinculadas por lazos de parentesco». Sin embargo, esta definición fue desestimada, por cuanto, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil, las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio⁴⁷⁷, según el uso general de las mismas palabras. Por lo tanto, la Comisión prefirió iniciar el artículo 1º de la ley con la determinación del objeto de la adopción y luego indicar la forma en que se manifiestan en el campo jurídico, eliminando, en consecuencia, la definición original de adopción⁴⁷⁸.

«La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

⁴⁷⁶ RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia. Tomo II*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 391.

⁴⁷⁷ El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española señala que la adopción es «recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente».

⁴⁷⁸ Dentro de la doctrina encontramos las siguientes definiciones. Albadelejo señala que es un «acto solemne que da al adoptante (o adoptantes) como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco jurídico, pero por disposición legal con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre» (en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. (1997). *Curso de derecho civil IV, Derecho de Familia* (8ª edición). Barcelona: Bosch, p. 275). A su vez, Sabioncello la define como «una institución jurídica por la que, con las solemnidades y requisitos legales, se crea entre dos personas que pueden ser extrañas entre sí, relaciones de parentesco y filiación» (SABIONCELLO SOTO, Muriel (1993). *La adopción simple y plena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica la Ley, p. 21). Por su parte, Rubellin-Devichi la define como «una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad jurídica» (RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (1996). *Droit de la Famille*. Paris: Dalloz, p. 493). Más amplio es el concepto de adopción de Corral, que lo define como «un acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que puedan brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ellos no les sean proporcionados por la familia de origen» (CORRAL TALCIANI, Hernán (2002). *Adopción y filiación adoptiva*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 74).

El principio del *interés superior del niño*

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la ley establece».

Lo más relevante de esta ley es que se concede irrevocablemente el estado civil de hijo respecto de los adoptantes, extinguiendo los vínculos de filiación de origen. Además, se reconoce dentro de los principios inspiradores el interés superior del adoptado, lo que se ve reflejado al entregar la noción de «superioridad» del interés del adoptado en su artículo primero⁴⁷⁹: «Mismo criterio utilizado para los casos en que los cónyuges hubiesen iniciado los trámites de una adopción, solicitar “que esta se conceda aun después de declarada su separación judicial o de divorcio, si conviene al interés superior del adoptado» (artículo 22, inciso 3.º).

Asimismo, el artículo 3.º manifiesta el deber del juez que conoce de procesos de adopción de tener debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, así como de resolver siempre considerando las ventajas que la adopción representa para el niño o niña⁴⁸⁰

«(D)urante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquel, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento».

Por último, en materia de adopción internacional, en los casos en los que quienes desean adoptar sean matrimonios extranjeros, se les otorga por regla general cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en

⁴⁷⁹ Artículo que se complementa con el Reglamento, en su artículo primero, señalando que «considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades».

⁴⁸⁰ Otros artículos que resguardan al menor de edad en proceso de adopción son el 15, 24 y 30 de la Ley N° 19.620.

adoptar al niño, situación que debe ser acreditada por el Servicio Nacional de Menores. Por excepción, tenemos la norma contemplada en el artículo 30 de la ley:

«(C)on todo, el juez podrá acoger a tramitación la solicitud de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun cuando también estén interesadas en adoptarlo personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la misma resolución».

2.10.3. La corresponsabilidad parental

El año 2013 se aprobó la ley N° 20.680⁴⁸¹, de 13 de junio de 2013, a través de la cual se introdujeron ciertas modificaciones en el Código Civil chileno que buscaban proteger a los niños con padres separados. Entre otras cosas, modificó el contenido del artículo 225⁴⁸² sobre cuidado personal consagrando expresamente el principio de Corresponsabilidad Parental⁴⁸³, por medio del cual se reconoce la igualdad de aptitudes entre ambos padres. Por ende, es un *deber* de ambos participar de las tareas relacionadas con la crianza de los hijos,

⁴⁸¹ Esta ley, también llamada «Ley Amor de Papá», introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

⁴⁸² «Art. 225.

Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad. A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros».

⁴⁸³ Fabiola Lathrop la define como «el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos» (LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, p. 22).

El principio del *interés superior del niño*

en virtud del principio del interés superior del niño. Entendiendo que dicha participación en el cuidado de los hijos debe ser de manera activa, permanente y equitativa en dicha tarea, ya que es responsabilidad de ambos progenitores procurar el bien de los hijos.

En los casos de ruptura matrimonial, los mecanismos de atribución del cuidado personal son los siguientes: convencional, legal y judicial; por lo que se puede establecer que «el legislador ha priorizado los acuerdos entre los padres para la determinación de los efectos de las relaciones paterno-filiales, si nada señalan en los casos de cuidado personal y patria potestad opera la regla supletoria legal, y si existe conflicto, pueden recurrir al juez de familia, para que en virtud exclusivamente del interés superior del hijo atribuya el cuidado personal, la relación directa y regular o la patria potestad a uno de ellos en forma exclusiva⁴⁸⁴».

Cuando no exista acuerdo entre las partes, será el juez de familia el llamado a establecer quién debe tener el cuidado personal en función del interés superior del niño. En el nuevo artículo 225-2⁴⁸⁵ introducido por la ley 20.680, y el artículo 229 del Código Civil, se enumeran, para casos y situaciones específicas, un elenco de indicadores para la interpretación y aplicación en cuanto a lo que debe ser considerado como el interés del menor, en particular para la asignación del cuidado personal de los hijos tras las crisis

⁴⁸⁴ LEPÍN MOLINA, Cristian (2013). Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N.º 20.680. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, 3, p. 301.

⁴⁸⁵ «Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo».

matrimoniales y, como consecuencia, para la fijación del régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio.

Anteriormente a la incorporación de este listado, el juez, autorizado por la ley, resolvía discrecionalmente un caso conforme a un criterio indeterminado, en razón de motivaciones y razonamientos basados en la sana crítica. Esto significa que el juez, al buscar la solución, lo hace en el entendido de que «discrecionalidad judicial no es arbitrariedad», es decir, que la resolución arbitraria es la decisión «porque quiero», que no es «razón», sino voluntad, deseo, capricho. Al referirnos al principio del interés superior del niño como criterio de atribución judicial del cuidado personal de niños y adolescentes, estamos señalando que es un criterio *jurídico*, es decir, exige motivos, fundamentos, razones que «justifiquen» la decisión que pretende ser «justa». En otras palabras, exige resolver conforme a las reglas de la sana crítica de datos y circunstancias conforme a un criterio indeterminado, esto es, resolver discrecionalmente, no arbitrariamente⁴⁸⁶. En consecuencia, se puede afirmar que el interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos y también una garantía, ya que en toda decisión que concierna al niño se deben considerar sus derechos, abarcando un gran espectro que no solo obliga al legislador, sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres. Asimismo, es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos. Y, por último, debemos agregar que sirve de orientación a la hora de hacer formulaciones de políticas públicas que tengan relación con el desarrollo armónico de los niños, niñas y adolescentes.

En cambio, ahora el juez, en el momento de resolver, debe tener en cuenta una serie de criterios y circunstancias delimitados por la norma.

El interés superior del niño es un elemento que debe considerarse durante todo el procedimiento; es más, este puede tomar diferentes formas y todas ellas complementarias entre sí. El Comité se encargó de explicar especialmente que un juicio garantista es aquel en el que se satisface el derecho del niño y que indica qué se ha considerado como su

(RODRIGUEZ PINTO, Sara (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (3), p. 569).

El principio del *interés superior del niño*

interés superior, para lo cual se deberán expresar los criterios en que se ha basado la decisión y cómo se ponderaron los intereses del niño frente a otras consideraciones. En razón de esto, la crítica que se le hace al precepto analizado es que, en este caso, solo existe una lista de factores por considerar respecto al cuidado personal y al régimen de relación directa y regular. Abarca toda índole de conflictos que involucren a niños, niñas o adolescentes en los que no se evalúa y determina el interés superior del niño. Los criterios indicados no tienen un orden jerárquico y se admite la posibilidad de valorar otros antecedentes no expresamente contemplados en la disposición. Tanto el artículo 225-2 como el 229 del Código Civil terminan el listado con una cláusula abierta que se pronuncia del siguiente tenor literal: «cualquier otro antecedente –o elemento– que sea relevante atendido el interés superior del hijo». En este apartado podrían incluirse las demandas y deseos de los padres, así como la conducta, el carácter, el estilo de vida y las prácticas sociales de estos. También tendrían cabida los antecedentes delictivos, psicológicos o adictivos de los progenitores, así como el estado de salud y otras circunstancias personales concretas de los menores.

El legislador chileno, al incluir un elenco de criterios indicativos, pretende especificar y facilitar la búsqueda del interés del menor de edad, siguiendo, en cierta medida, los estándares sugeridos por la Observación General N.º14⁴⁸⁷.

Si bien esta técnica ayuda a uniformar la aplicación del interés superior, algunos creen que esto no es obstáculo para que el juez, imbuido por sus creencias personales o convenciones estereotipadas, valore ciertos aspectos sobre otros.

En síntesis, el principio del interés superior del niño se presenta en ambas legislaciones como un concepto jurídico indeterminado que necesita ser concretado en cada situación específica. Esto significa que dicho derecho se traduce en una cuestión de hecho que no puede estar sujeta a reglas generales, de modo que es el juez de la causa concreta a quien le

⁴⁸⁷ El Comité, al tratar el interés superior del niño como norma de procedimiento en la Observación General N.º14°, señala que los Estados deben establecer procesos oficiales con garantías procesales estrictas concebidas para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan. Esta dimensión favorece una conceptualización objetiva en la medida en que una estructura con garantías estrictas contrarresta la arbitrariedad judicial.

corresponde precisar y darle contenido a este interés peculiar⁴⁸⁸. Por ello, frente a las serias dificultades para concretar en la práctica cuál es el verdadero significado del principio del interés superior del niño, tanto en Chile como en Cataluña se ha optado por introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos civiles los conceptos *statutory checklist* o *welfare checklist*, siguiendo su denominación de origen inglesa. A través de ellos, dichos criterios o indicadores permiten al intérprete la comprensión y aplicación del concepto jurídico indeterminado. Además, es importante recalcar que cuando nos referimos al interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño o de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño. Hablar del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.

Por último, debemos señalar que, con el fin de cumplir con la obligación de adecuar la legislación interna que asumió el Estado de Chile al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la agenda pública en materia de infancia 2015-2025 ha incluido la Política Nacional de Niñez y Adolescencia, la cual apunta a la instalación progresiva de un sistema institucional de garantías de derechos y de orientación de políticas públicas. La finalidad de esta inclusión es poder contar con un Sistema Integral de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia que se traduzca tanto en un marco jurídico de garantías como en un sistema coherente de políticas de largo plazo que permitan avanzar progresivamente en la creación de las condiciones políticas, normativas e institucionales necesarias para la aplicación integral de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Dentro de este desafío se encuentran dos proyectos de ley que desarrollamos a continuación. Se trata del *Proyecto de Ley de Garantías de Derechos de la Niñez y la creación de la Subsecretaría de la Niñez* y del *Proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez* (Boletín N°10.584-07).

⁴⁸⁸ BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*. Santiago de Chile: Abeledo/Perrot-Thomson Reuters, p. 115.

El principio del *interés superior del niño*

1. Proyecto de Ley de Garantías de Derechos de la Niñez y la creación de la Subsecretaría de la Niñez

Conforme al comunicado enviado por el gobierno, a través de este proyecto⁴⁸⁹ se pretende incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un conjunto de políticas, instituciones y normas cuyo fin es entregar «protección integral y el ejercicio de los derechos» de todos los niños, niñas y adolescentes, conjuntamente con una integración de la protección de todos los ambientes en los que el niño se desarrolla. Con tales políticas se refuerzan los siguientes principios: 1) niño sujeto de derecho, capaz de ejercerlos por sí mismo, según su edad y grado de madurez; 2) autonomía progresiva; 3) igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos; 4) interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción del conjunto de sus derechos tras la aplicación de su debida interpretación al caso concreto, y todo ello acompañado de sus respectivas garantías legales, tales como el derecho a la vida, desarrollo y entorno adecuado; el derecho a ser oído; el derecho a la identidad cultural; el derecho a vivir en familia; y la libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros⁴⁹⁰.

Para alcanzar su objetivo, este proyecto fomenta la acción coordinada de las diversas instituciones públicas que se relacionan con materias de infancia. Para ello, existiría un Comité Interministerial que ejercería la rectoría a través de la nueva Subsecretaría de la Niñez, en el Ministerio de Desarrollo Social. De este modo, la institucionalidad especializada en niñez en nuestro país, hoy representada en el Servicio Nacional de Menores (SENAME), se elevaría de servicio a subsecretaría, a diferencia de otros organismos dependientes del MDS y dedicados a grupos de la población determinados,

⁴⁸⁹ El Consejo Nacional de la Infancia generó un proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. A través de la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la cámara de Diputados, se aprobó la idea de legislar el Proyecto de ley que permite adecuar la legislación interna a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A solicitud de la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados, se entregó un informe en el que se analizaron las legislaciones de protección integral de niños, niñas y adolescentes de España, Francia, Colombia y Argentina.

⁴⁹⁰ Con esta técnica legislativa se desarrollan también los siguientes derechos: protección contra la violencia; derecho a la identidad; debido proceso y especialización; libertad ambulatoria; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión y comunicación; derecho a la información; derecho a ser oído; participación; vida privada; honra y propia imagen; educación y salud.

tales como el Instituto Nacional de la Juventud (INJUV), el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) o el Servicio Nacional de Menores (SENAME), entre otros.

En cuanto a los casos en que los niños deban ser separados de su familia, la nueva legislación define la competencia exclusiva del tribunal y otorga competencia al órgano administrativo para acciones de derivación del niño o su familia a programas de apoyo especializado. Se establece, como principio general, que todo niño tiene derecho a asistencia jurídica para la defensa de sus derechos.

La ley establece, además, que la autoridad administrativa podrá solicitar al tribunal el cumplimiento forzoso de las medidas administrativas en caso de que estas no sean aceptadas por el niño o su familia; así como un mecanismo de impugnación judicial y administrativa. Asimismo, considera la facultad excepcional de la administración para decretar la separación del niño de su entorno familiar en casos urgentes en los que exista riesgo para la vida o integridad del niño, enviando todos los antecedentes al tribunal de inmediato para que este resuelva en primera audiencia.

2. *Proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez* (Boletín N.º 10.584-07)

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas⁴⁹¹ ha recomendado al Estado chileno la creación de un mecanismo independiente y eficaz que vigile la aplicación de la Convención. Con el objeto de dar cumplimiento a esta recomendación, el 22 de marzo de 2016, por un mensaje presidencial, ingresó al Senado el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín 10.584-07), el cual fue aprobado en general el 31 de agosto de 2016, y fue sujeto a indicaciones el 3 de octubre del 2016.

Dentro de los antecedentes del proyecto se señala que, en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos, es necesario avanzar en la creación de una institucionalidad autónoma que, como parte del nuevo sistema de garantías de derechos de

⁴⁹¹ Observación del Comité sobre los derechos del niño a Chile, en el año 2002, considerando N° 13; en el año 2007, considerando N° 15; y en año 2014, Recomendación N°19.

El principio del *interés superior del niño*

la niñez, vele por la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas por parte de los órganos del Estado y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que se encuentren vinculadas a estas materias⁴⁹².

En este proyecto de ley, se ha considerado especialmente el principio relativo a la autonomía en el funcionamiento, mediante el estatuto jurídico del Defensor, su sistema de nombramiento y remoción, la estructura orgánica de la institución y su financiamiento, así como sus funciones y potestades. En este sentido, el artículo 1° del proyecto concibe a la Defensoría de los Derechos de la Niñez como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con domicilio en Santiago.

La crítica que se le hace a esta iniciativa por parte del gobierno es que, a diferencia del sistema español, aquí no existe una mirada más globalizada en el diseño de la institucionalidad autónoma. Si bien la iniciativa chilena valora y apoya la creación de una entidad de este tipo para promover y proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes, no hay una aplicación integral, de conjunto, ya que deja fuera a los otros grupos vulnerables que requieren especial protección por parte del Estado, como ocurre en el caso sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que el Estado tiene la obligación de contar con un mecanismo independiente que cumpla con los Principios de París⁴⁹³ y supervise el cumplimiento de dicha Convención.

2.11. El *interés superior del niño* en la jurisprudencia civil chilena

Una vez expuesto el marco jurídico nacional que define y configura el interés superior del niño, nos abocaremos a examinar cuál ha sido la técnica legislativa empleada por el Derecho civil chileno (extensible, sin lugar a dudas, a otras ramas del ordenamiento

⁴⁹² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Desafíos para la profundización democrática. Institucionalidad democrática y derechos humanos.*

⁴⁹³ Los Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales (Principios de París), aprobados por la Asamblea General en la resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993, representan la principal fuente de estándares normativos para las instituciones nacionales de derechos humanos. Dentro de los principios de París, en lo pertinente, importa destacar la autonomía e independencia de las instituciones en materia de derechos respecto de los poderes del Estado.

jurídico) para dar contenido en su ámbito doméstico al mencionado principio general. Asimismo, se abordarán asuntos propios del derecho de familia tales como el cuidado personal, la relación directa y regular, los alimentos y adopción⁴⁹⁴.

Al igual que acaece en otros sistemas jurídicos, el principio del interés superior del niño se presenta en Chile como un concepto jurídico indeterminado que necesita, por tanto, ser concretado en cada situación específica.

2.11.1. Sentencia de la Corte Suprema Rol 1384-2008, de 14 de abril de 2008. Adopción

En el considerando cuarto se reconoce al principio del interés superior del niño la función como regla de interpretación⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Al ser un principio general del derecho, influye además en materias tales como la responsabilidad penal adolescente, educación, migración y salud. No obstante, dado que no son materia de estudio en este trabajo, no las trataremos.

⁴⁹⁵ **Sentencia de la Corte Suprema, Rol N.º 3091-2011, de 11 de abril de 2011.** En este fallo se resume a la perfección la definición al uso que está siendo utilizada por la jurisprudencia chilena para identificar esta cláusula abstracta del interés superior del niño, al pronunciarse del siguiente tenor literal: «este principio – refiriéndose obviamente al del interés superior del niño– tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna».

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N. 3.202-2008, de 15 de julio de 2008. En esta sentencia se contenía un intento de concreción de este concepto jurídico abstracto al fijar, en primer término, que «en estas materias –la controversia giraba en torno al ejercicio del cuidado personal de una persona menor de edad– cabe considerar siempre el interés superior del niño, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 16 de la Ley N.º 19.968 y, aun cuando su concepto sea indeterminado, como alusivo a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad».

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N. 88-2013, de 14 de enero de 2013. Esta sentencia manifiesta lo siguiente: «aun cuando su concepto sea indeterminado –en referencia al interés superior del menor–, puede afirmarse que el mismo, alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de estos, identificándose de esta manera interés superior con los derechos del niño y del adolescente».

El principio del *interés superior del niño*

Cuarto: Que en estas materias cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad.

2.11.2. Sentencia de la Corte Suprema Rol 4307-2010, 16 de agosto de 2010. Casación Fondo. Cuidado personal por parte del padre

En este sentido, como señalan los artículos 10, 11 y 12 de esta sentencia que citamos a continuación, cobran especial interés los efectos que el principio del interés superior del niño se produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos; y, por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por el interés superior de los menores en aras de la satisfacción integral de sus derechos.

«Décimo: Que, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el Interés Superior del Niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la ley N.º 19.968 y aun cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera ‘Interés Superior’ con los derechos del niño y adolescente y si bien éste se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna (...).

Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación del menor –desde la perspectiva de su interés

superior– limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, al extremo de limitarse en su análisis sólo al descarte de causales de inhabilidad por parte de la progenitora, para concluir que a ella debe confiarse su cuidado, sin atender a la condición del niño, como sujeto de derecho de especial protección por el legislador.

Duodécimo: Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación del menor el que ha permanecido desde su nacimiento con su padre, con el cual ha generado los vínculos de apego que no ha desarrollado con la madre, bajo cuya custodia se vislumbra desprotección».

**2.11.3. Sentencia de la Corte suprema Rol 4460-2011, de 11 de octubre de 2011.
Recurso de casación en el fondo. Cuidado personal**

Para la correcta aplicación del interés superior del niño como norma de interpretación.

Se acogió la demanda y otorgó el cuidado personal y definitivo del menor MM.MM. a su padre, don VV.MM., y se declara que su madre, doña PP.DD., mantendrá una relación directa y regular con su hijo, en forma libre, previo acuerdo en días y horarios con el padre, con el objeto de no entorpecer sus actividades, con un mínimo de los días sábados de 10:00 a 20:00 horas.

La Corte Suprema reconoce que si bien la madre no tiene ninguna inhabilidad para ejercer el cuidado de este, se debió considerar dos cosas: el interés superior del niño y las circunstancias que el niño ha permanecido desde su nacimiento con su padre, generando vínculos de apego, cosa que no ocurre con su madre, quedando establecido que la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.

Además, en este caso, se hizo una errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la Ley 19.968 y 3° de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior del menor, desconociendo la existencia en el caso de una causa calificada que hace procedente

la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio.

«Octavo: Que, por otro lado, en estas materias debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la satisfacción de todas los requerimientos de una vida normal orientados al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral. Este principio, sin embargo, ha sido preterido al no analizarse la solicitud de que se trata desde la perspectiva de lo que aconseja dicho interés en la búsqueda de la situación que garantice su crecimiento, educación y bienestar».

2.11.4. Sentencia de la Corte Suprema Rol 7150-2012, 14 de enero de 2013. Cuidado personal de los nietos

La Corte Suprema falla a favor del recurso interpuesto por la abuela materna para el cuidado personal de los nietos. El criterio para entregar el cuidado personal a la abuela materna. Los hechos en que se fundamenta el recurso son los siguientes: la abuela demanda el cuidado personal de los nietos, que actualmente tiene a su cargo, puesto que la propia madre los dejó a su cuidado; los progenitores de los niños de distinta filiación paterna se allanaron a dicha solicitud; la madre de los niños se opuso a la acción, puesto que si bien reconoce que entregó el cuidado personal a su madre, esto se debió a problemas que ya ha superado, por lo cual se encuentra capacitada para detentar el cuidado personal; ni la madre ni la abuela presentan impedimentos absolutos para hacerse cargo de los niños.

El Juzgado de Letras rechaza la demanda deducida. La parte demandante recurre de apelación en contra de la sentencia, la cual rechaza el recurso y por consiguiente confirma la sentencia del tribunal de primera instancia. En contra de dicha resolución, se deduce recurso de casación en el fondo por la parte vencida.

La Corte Suprema considera que en atención al principio del interés superior del niño, dejar al cuidado de la abuela de manera voluntaria a sus hijos, la madre no estaba pensando en el

mejor beneficio de ellos, sino al contrario. A mayor abundamiento, que la madre no haya reclamado su custodia legal en tanto tiempo, también indica que no buscaba hacerse cargos de los niños

Así, en el considerando Octavo, se expresa:

«Tales conclusiones, sin embargo, desconocen antecedentes que surgen de modo irrefutable del mérito del proceso, que dan cuenta que la figura materna no cuenta con la capacidad y habilidades necesarias para asumir el cuidado de los niños, atendidas las características de su propia personalidad e historia de vida y que, en definitiva, no se presenta como una concreción del interés superior de éstos, al no ofrecer suficiente garantía de ser capaz de proporcionar la estabilidad y cuidados necesarios para el adecuado desarrollo de los niños.

De este modo, pese a no haber acreditado la inhabilidad de la madre, se mantiene el cuidado personal de los niños en la abuela materna, por considerarlo mejor para el interés superior de éstos».

A lo que el Considerando Duodécimo agrega:

«Siguiendo la misma línea de razonamiento, en el año 2013 la Corte Suprema expone lo siguiente: "Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de estos, identificándose de esta manera 'interés superior' con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no solo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna"».

Lo establecido por esta sentencia concuerda con lo señalado por los tribunales inferiores, pero esta vez se agrega un último elemento: la dimensión de garantía abiertamente defendida por el académico Miguel Cillero.

**2.11.5. Sentencia de la Corte Suprema Rol 3666-2014, de 6 de octubre de 2014.
Recurso de casación en el fondo. Cuidado personal**

Esta sentencia funda su fallo conforme a derecho, como así lo refleja, porque a pesar de haber cuadros de violencia intrafamiliar por parte del padre, la Corte Suprema estimó que, con todo, este era apto para tener el cuidado personal del hijo común.

La sentencia se argumentó apoyándose principalmente en el respeto al principio de igualdad de los padres contemplado en la Ley N° 20.680 (considerandos 3 y 4), así como en el interés superior del niño. Respecto de este último, el hijo manifestó su voluntad de vivir con su padre (considerando 1) en casa de sus abuelos paternos (considerando 4), ya que si se iba con su madre debería trasladarse a Puerto Montt, desarticulando de ese modo el entorno conocido y aceptado por el niño en Villa Alemana (considerando 7). La sentencia acoge el recurso y dicta sentencia de reemplazo.

**2.11.6. Sentencia de la Corte Suprema Rol 9088-2011, de 28 de febrero de 2011.
Adopción**

Esta sentencia de la Corte Suprema se dicta a propósito de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio Nacional de Menores (SENAME) por infracción del artículo 20 de la Ley de Adopción (N.º 19.620). La acoge en función de la aplicación en sentido restringido del tenor literal de la norma.

Se trata de un matrimonio que solicita incorporarse al proceso de idoneidad, previo a la adopción. La mujer tiene 42 años y el marido, 62. En este caso, ella cumple con los requisitos exigidos para la adopción, pero él se sobrepasa en dos años la edad máxima. De acuerdo al artículo 20, inciso 2º, de la ley 19.620 sobre adopción, se establece que respecto a la edad de los futuros adoptantes se contempla un rango de flexibilidad de cinco años para «rebajar los límites de edad».

El fallo de la mayoría de la Corte Suprema interpreta literalmente la norma antes señalada y, basándose en esta interpretación, impide que el rango de flexibilidad aludido sea

aplicado para aumentar el límite máximo de edad del marido, por lo cual acoge el recurso interpuesto por el Servicio Nacional de Menores; en consecuencia, la pareja no puede iniciar el proceso previo de idoneidad. Situación distinta habría sido si el Tribunal, más allá de hacer mención general del interés superior del adoptado como principio rector de la adopción, hubiese llenado de contenido dicho concepto indeterminado para el caso concreto.

En primer lugar, aplicado como regla de interpretación, función que la propia Corte Suprema le ha reconocido al concepto (sentencia de 14 de abril de 2008), el interés superior del niño le habría permitido verificar cuál de las dos tesis, la restringida que sigue el tenor literal de la disposición o la amplia que mira a la finalidad de la norma, propende al aseguramiento de los derechos de los niños aptos para ser adoptados⁴⁹⁶.

En segundo lugar, el fallo no considera que los límites y diferencias de edad establecidos por la ley para la adopción tienen un rango de flexibilidad que, aplicado al marido, le habrían permitido estar dentro de los requisito de edad, al igual que su mujer. Es decir, se trataba del caso más idóneo para la aplicación de la cláusula de flexibilidad etaria, puesto que ni ambos solicitantes sobrepasaban los 60 años (supuesto en el que la cláusula tendría que haberse aplicado respecto de ambos cónyuges) ni uno de ellos superaba los 65 años (supuesto en que habría tenido que ampliarse el margen legal)⁴⁹⁷.

2.11.7. Sentencia de la Corte Suprema Rol 6936-2014, de 24 de noviembre de 2014. Presunción *pater in est* exige cohabitación y fidelidad de la mujer. Prueba en contrario

En la sentencia de primera instancia ante el Tribunal de Familia de Talca, se rechazó la demanda de impugnación de paternidad deducida por don E.L.B.C. en contra de doña L.A.M.L. respecto de la niña C.A.B.M. El demandante recurrió en segunda instancia a la Corte de Apelaciones de Talca, la cual confirmó el referido fallo. Al no ser favorable, dedujo recurso de casación en el fondo ante la Excelentísima Corte Suprema.

⁴⁹⁶ TURNER SAELZER, Susan (2012). Sentencia sobre adopción: ¿y el interés superior del adoptado en el caso concreto? *Revista de Derecho*, 25 (1), 253-263.

⁴⁹⁷ Ídem.

La Corte Suprema revoca la sentencia del Tribunal de alzada ya que considera que el principio de identidad (de acuerdo a los artículos 195, 198 y 199 del Código Civil, va dirigida a privilegiar la verdad biológica por sobre la verdad formal, es decir, determinar con la mayor certeza posible quién es el padre biológico o madre biológica) prima por sobre la caducidad del plazo para accionar (artículo 212 del Código Civil). Imponer una paternidad legal donde no se considera la realidad biológica, obtenida por medio de una presunción legal *ab initio*, transcurrido el plazo de caducidad, es contraria a los derechos esenciales reconocidos en los Tratados internacionales y contempladas en nuestra Constitución. Por ello, deja claro que el interés superior del niño, no solo desde un punto de vista humanitario sino que además jurídico, está en el reconocer que, para un menor de edad, el de la verdadera identidad de su progenitor es un bien superior y por ende primordial:

«Décimo tercero. Que el interés superior del niño, debe aplicarse a los procesos en que la disputa se centra en intereses diversos que sustentan los progenitores, o uno de ellos con sus hijos de la cual surge el conflicto. Entonces el concepto aludido debe interpretarse de manera sistemática teniendo presente en su exégesis el derecho a la identidad, específicamente a la potestad que tiene el afectado de saber quiénes son sus padres biológicos, esto porque el derecho a la personalidad es un derecho fundamental que excede la concepción de un interés yes comprensivo que toda las personas y no solo a los menores. Ambos institutos, los derechos a la identidad y el interés superior del niño son convocados para desentrañar la verdad biológica en todos sus aspectos, ya que para el desarrollo pleno del menor es importante que conozca la identidad de sus progenitores, y a través de su identidad personal pueda exigir del Estado el respeto de su individualidad como ser humano».

2.11.8. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 5341-2006, de 31 de octubre de 2006. Interés superior del niño. Cuidado personal a cargo del padre

En la época en que se dictó esta sentencia, el artículo 225 sobre cuidado personal de los hijos (tuición) no había sido modificado. Esta normativa del año 2006 consideraba que la regla general, en el caso de que los padres viviesen separados, le correspondía a la madre.

En esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2006, se observa que el criterio del interés superior del hijo va más allá de la norma, por lo que deben tomarse en cuenta varias circunstancias al momento de decidir con quién se debe quedar el hijo:

«Séptimo: «Que, siendo en deber de los jueces velar siempre por el interés superior del hijo, en la decisión que al efecto deban adoptar respecto a la entrega para el cuidado personal del hijo, se debe elegir a la persona que reúna las mejores condiciones espirituales y materiales para cuidar de él, debiendo indagar los motivos que se invocan y si es posible se debe escuchar al hijo, cuando estimen que cuenta con suficiente juicio».

2.11.9. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 218-2006, de 22 de junio de 2006

En el año 2006, la Corte de Apelaciones de Santiago afirmó que el interés superior del niño «alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de la vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso». Esta aseveración es de gran importancia, pues no solo hace alusión a los derechos fundamentales del niño, sino que además es pionera en señalar que el interés se adapta a lo concreto de cada caso.

2.11.10. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 36- 2009, de 6 de marzo de 2009

Esta sentencia establece que «el interés superior del niño es uno que no puede constituirse legítimamente desde el interés de los jueces, sino cosa distinta, que se trata de un criterio primordial al que debe atenderse para decidir cosas en que hay niños y adolescentes involucrados, y que se constituye con su propia participación».

2.11.11. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol 435-2014, de 22 de diciembre de 2014. Recurso de protección

Recurso de protección interpuesto por un grupo de pastores evangélicos contra la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) por la difusión del libro *Nicola tiene dos papas*, texto puesto a disposición por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH). El recurso va dirigido en contra de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, porque al ser los patrocinantes de su publicación son responsables de sus consecuencias.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas es relevante, ya que reconoce la existencia de familias homoparentales. En su séptimo considerando expresa que «la Constitución política de la República no ha definido el concepto de familia, menos aún lo ha limitado a una modalidad determinada», por lo que «la falta de regulación no significa, de por sí, negación de la existencia de diversas figuras de organización de grupos humanos, con rasgos comunes identificables como características familiares». Además, en su décimo considerando deja claro que, a pesar de la dificultad que ha habido en la jurisprudencia chilena para descifrar el interés superior del niño, este no puede estar basado en prejuicios discriminatorios que dicen relación con la orientación sexual:

«Décimo: que, en este mismo sentido, Aguilar Cavallo deja de manifiesto la dificultad que ha habido en la jurisprudencia chilena para descifrar el interés superior del niño, en un caso en que, en lo substancial, de fondo, hay semejanza temática con el actual, como sucedió con la resolución de la «Corte Suprema de Chile, con motivo de la tuición de las hijas de la juez Atala, cuando con fecha 31 de mayo de 2004 la cuarta sala de Corte Suprema estableció que “las condiciones descritas constituyen ampliamente la 'causa justificada' que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre...”»⁴⁹⁸

Se alinea esta opinión con el dictamen de la Comisión interamericana de derechos humanos, que, al resolver la admisibilidad de ese caso, en el numeral 64, adujo lo siguiente:

⁴⁹⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, 6(1), p. 231.

«La Comisión estima que los alegatos asimismo pueden configurar violaciones del derecho a la vida privada y familiar de las presuntas víctimas (...) Los peticionarios sostienen que el Estado alegadamente interfirió arbitraria y abusivamente en la vida privada y familiar de la Sra. Karen Atala y sus hijas⁴⁹⁹, al revocar la custodia exclusivamente en base a prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual de la Sra. Atala...».

2.11.12. Sentencia de la Corte de apelaciones de Santiago Rol 1516- 2014, de 21 de octubre de 2014. Cuidado personal

El criterio de los tribunales de justicia relativo al cuidado personal de los hijos ha tenido un profundo cambio a raíz de la modificación de la Ley 20.680, de 21 de junio de 2013. El actual artículo 225 señala que se privilegia el acuerdo de las partes y solo en el silencio de estas decide que se quede con aquel que se encuentra conviviendo, pero deja la posibilidad de que aquel que no detenta el cuidado personal pueda solicitarlo al juez, que resolverá teniendo especial consideración del interés superior del hijo. La decisión no puede tomar en ningún caso como fundamento la capacidad económica de los padres. El artículo 225 se complementa con el artículo 225-2, que entrega de manera no taxativa criterio y circunstancias a tener en consideración.

⁴⁹⁹ Caso emblemático: sentencia de la Corte Suprema, Rol N°1193-2003, de 31 de mayo de 2004. Recurso de queja (Causa López/ Atala):

«El padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace necesario precaver las consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal.

Una de las razones por la que los tribunales privaron a la señora Atala del cuidado de sus hijas, fue que “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual (...) [antepuso] sus propios intereses, postergando los de sus propias hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar” (n. 132; es una cita de la sentencia de la Corte Suprema). Este argumento asume tácitamente que al explicitar su orientación sexual, la madre expuso a las niñas a un daño injusto, que debía evitarse o minimizarse. Y un medio para alcanzar esto es privarla de la tuición. En el fondo, se entendió que en este caso la convivencia lésbica era incompatible con el interés superior de las niñas: la madre debía optar entre la convivencia con su pareja homosexual o la tuición de sus hijas.

Considerando DÉCIMO.- Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...».

El principio del *interés superior del niño*

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago al respecto señala lo siguiente:

«4º) El principio del interés superior del niño, como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte de Apelaciones, “se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, conceptuándose, de esta forma el 'interés superior' con los derechos del niño y adolescente”, (Sentencia de 9 de octubre de 2012, en causa Rol N° 2161-2011; Sentencia de 31 de mayo de 2010, en causa Rol N° 426-2010)».

Para establecer el alcance y sentido del interés superior es necesario analizar determinados factores para el caso concreto. Los factores que sirven para ilustrar esa situación en este caso concreto son los siguientes:

- a) Las necesidades materiales, educativas y emocionales del menor, así como las posibilidades reales que puedan ser efectivamente cubiertas por quien pretende el cuidado personal.
- b) La capacidad y condiciones personales del solicitante para asumir dicho cuidado.
- c) El efecto probable de cualquier cambio en la situación de vida del menor.
- d) Si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo con motivo del cuidado personal.

Por último, el interés superior del niño implica también el derecho del menor a ser escuchado en el procedimiento, lo que se encuentra recogido en el artículo 16, inciso 2º, de la Ley N.º 19.968 sobre Tribunales de Familia, así como en los artículos 225-2 letra f) del Código Civil, incorporado por la Ley 20.680.

Con las sentencias expuestas provenientes de tribunales de distinta jerarquía, queda plasmado que en Chile se entiende el interés superior del niño como un principio jurídico cuya función es ponderar derechos en conflictos, ayudando así a encontrar una interpretación de la norma que garantice los derechos fundamentales del niño. Cada sentencia demuestra cómo con los años se fueron agregando nuevos elementos hasta llegar a la conclusión precedente. Si bien a través de dichas sentencias se rescata que se haya logrado establecer un contenido acorde a los principios internacionales, se extraña una regulación generalizada con fuerza vincular que no deje al arbitrio la definición del

concepto a cada juez. Es imperioso establecer una naturaleza y aplicación clara del interés superior del niño, porque la falta de un criterio unánime puede llevar a una incorrecta aplicación del concepto que tenga como consecuencia un perjuicio para el niño, niña o adolescente.

Capítulo 3

Derecho a ser oído

Capítulo 3

Derecho a ser oído

3. Derecho a ser oído

3.1 Introducción

Antes de dar inicio a este capítulo debemos reflexionar acerca del concepto de *infancia*, término que dista mucho de ser objetivo o universal. Esto es así porque cada sociedad, cada cultura, cada forma de vida, define explícita o implícitamente qué debe entenderse por infancia, cuáles son sus características y, en consecuencia, qué períodos de la vida incluye. De acuerdo con lo anterior, a lo largo de la historia de la humanidad la concepción que se ha tenido respecto de los niños y las niñas ha ido evolucionando.

Así, la noción de infancia que hoy en día tenemos y que nos parece una evidencia fuera de toda duda no ha existido ni mucho menos a lo largo de todos los tiempos. Al contrario, es una creación reciente, que emerge definitivamente solo después de la revolución industrial. Más recientemente, con la Convención sobre los Derechos del Niño se nos presenta una nueva concepción sobre la posición jurídica del niño y adolescente en la sociedad. A niños y a adolescentes se les reconoce como sujetos de pleno de derecho, por lo que se deja atrás su calificación de meros objetos de protección y se les iguala en derechos humanos a los adultos. De este modo se les reconoce el derecho a tener derechos, y se entiende, a la vez, que el ejercicio de los derechos humanos es un proceso continuo de construcción de ciudadanía⁵⁰⁰. En cualquier caso, estos cambios en las actitudes y en las instituciones relacionadas con la infancia no se han ido desarrollando de forma aislada o fortuita; sino que hay que comprenderlos como resultado de procesos sociales más amplios, de índole económica y política⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1990). *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios*. En UNICEF. Instituto Interamericano del Niño - Instituto Ayrton Senna. *Derecho a Tener Derecho* (Tomo 4) (pp. 1-13).

⁵⁰¹ RAVETLAT BALLESTÉ, Isaac (2007). *Protección a la Infancia en la Legislación Española*. Especial Incidencia en los Malos Tratos (Parte General). *Revista de Derecho UNED*, 2, 77-94.

Derecho a ser oído

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales, conocidos como *derechos de la infancia*. Estos derechos tienen por finalidad asegurar a todos los niños y adolescentes el desarrollo de su personalidad y su plena integración en la sociedad, de tal manera que se reconozca su dignidad y libertad, y se propicie la búsqueda del desarrollo de las propias capacidades dentro del ámbito social en el que se desenvuelven.

Si bien se establece un nuevo estatuto jurídico de la niñez, dentro del cual niños y adolescentes se convierten en portadores de derechos, la propia ley restringe su ejercicio autónomo a través de la capacidad, pues establece una incapacidad absoluta y relativa a niños y adolescentes por el hecho de no ser adultos. Solo es el artículo 5.º de la Convención sobre los Derechos del Niño el que propone un modo de resolver esta situación fáctica y normativa⁵⁰² a través de la incorporación de un nuevo concepto jurídico denominado *principio de la autonomía progresiva*.

La autonomía progresiva contemplada en la Convención sobre los Derechos del Niño está dirigida a permitir el desarrollo de ciertas franquicias por parte de los menores de edad, a través de la concesión de ciertas libertades de acuerdo con el grado de madurez que estos posean en las diferentes etapas de la infancia. Ello es compatible con el deber de los progenitores o tutores sobre ellos, y permite un equilibrio para brindar así la posibilidad de un mejor desarrollo de las capacidades de la propia niñez y adolescencia.

A su vez, el desarrollo de la autonomía progresiva está directamente vinculado con dos grandes principios: el *interés superior del niño* y el *derecho a ser oído*. Es a través de ambos principios como se ampara la idea de concebir al niño como verdadero sujeto de derechos, ya que estos determinan su participación activa en la sociedad. De hecho, en la

⁵⁰² CILLERO BRUÑOL, Miguel (1990). *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios...*, *op. cit.*

práctica, estos dos principios devienen los elementos necesarios para su plena configuración en el caso concreto⁵⁰³.

Para mayor abundamiento, cabe aún agregar los artículos: 3.º y 12.º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General número 14, ha expresado que «ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior»⁵⁰⁴.

Trataremos a continuación *el derecho a ser oído*, o derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta, que corresponde al artículo N.º12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, se tiene en consideración la edad y la capacidad como factor de madurez, con el objeto de equilibrar los Derechos del Niño a la asistencia y protección adecuada a su derecho a expresarse y a participar en las decisiones que le conciernen⁵⁰⁵.

3.2. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General N.º12

Como hemos venido mencionando a través de este estudio, es la Convención de Derechos del Niño el instrumento en que se plasma la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos. Esto significa considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles⁵⁰⁶, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en

⁵⁰³ VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*, 1, 177-204.

⁵⁰⁴ FLORES, Ona (2013). Entrevista a Aoife Nolan: «recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales». *Anuario de Derechos Humanos*, 9, 217-227.

⁵⁰⁵ PARKES, Aisling (2013). *Children and International Human Rights: The Rights of the Child to be Heard*, Routledge, London. p. 43

⁵⁰⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, incluye la participación entre sus cuatro principios rectores y reconoce el derecho de todas las personas a «tomar parte de la vida política, económica, social y cultural del país». Consagra, además, en su artículo 19, los derechos a recibir informaciones, a investigar y a expresar sus opiniones sin ser molestado a causa de ellas. A su vez, en el artículo 20 reconoce el derecho de reunión y asociación.

Derecho a ser oído

función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores⁵⁰⁷.

Por su importancia, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N.º 5 sobre Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, dejó en claro que el artículo N.º 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño constituía uno de los cuatro Principios Generales de la Convención.

3.2.1. Derechos del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño⁵⁰⁸, es uno de los pilares fundamentales en los que se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos⁵⁰⁹.

1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el 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.

2.- 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

⁵⁰⁷ VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*, 1, 177-204.

⁵⁰⁸ Los Estados partes reafirmaron su compromiso respecto del cumplimiento del artículo 12 en el vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2002. Resolución S-27/2, «Un mundo apropiado para los niños».

⁵⁰⁹ En sus inicios, el derecho a ser oído formaba parte del mismo artículo del interés superior del niño. El párrafo primero señalaba la idea de que el principio del interés superior se impusiera como una consideración primaria en todas las acciones concernientes a los niños provenientes de todo tipo de entidades y organismos. El párrafo segundo se refería al derecho del niño que ha llegado a la edad de la razón, a expresar sus puntos de vista en todos los procedimientos judiciales y administrativos que le afectaran. Esta idea fue cambiando en las siguientes sesiones del grupo de trabajo, hasta llegar a ser diferenciada en dos estructuras distintas. (AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. United States. Reports of the delegation to the Inter-American Specialized. Conference on Human Rights. April 22, 1970. (achr. US. Reports), pp. 719-720)

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este principio es contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño con relevancia trascendental y entre aquellos que pueden ser ejercidos autónomamente en atención al principio de ejercicio progresivo de los derechos, que también el texto legal les reconoce⁵¹⁰.

Se debe agregar que este derecho, en los últimos años, se ha entendido también como un derecho de participación de los niños⁵¹¹. Es la observación General N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño la que lo conceptualiza en sentido amplio como *participación*, en el entendido de que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que se trata de un proceso con permanencia en el tiempo, tal como los intercambios de información y los diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo. En este último sentido, es así como los niños pueden aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos⁵¹². Por otro lado, no menos importante es el deber de prestar atención a los sentimientos, así como a las ideas y a las aspiraciones del niño para entender en

⁵¹⁰ Otros instrumentos internacionales que también reconocen derechos a niños, niñas y adolescentes son los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵¹¹ Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación. Esos procesos se denominan habitualmente *participación*. El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños. (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General n.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr.12 y párr.13)

⁵¹² Los 54 artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño se agrupan en tres amplias categorías, conocidas como *las tres pes*: i) La provisión: los derechos proporcionan el acceso a ciertos beneficios y servicios; el derecho a la alimentación y a los cuidados de salud (artículos 6 y 24), el derecho a la educación (artículos 28 y 29), el derecho a disfrutar de la seguridad social (artículo 26); ii) La Protección: El derecho a ser protegido de ciertas actividades, como el derecho a ser protegido de los malos tratos (artículo 19), el derecho a ser protegido de cualquier tipo de explotación (artículo 32 y siguientes, incluido el 36); y iii) La participación: el derecho a actuar en ciertas circunstancias y el derecho a ser implicado en la toma de decisiones (artículos 12 y siguientes, incluido el 17).

Derecho a ser oído

profundidad el caso concreto, lo que se traduce en enfoques multidisciplinares. Estos enfoques deben estar bien situados para tener en cuenta todos los aspectos relevantes de la situación de un niño de una manera holística: aspectos legales, psicológicos, sociales y físicos⁵¹³.

Analizando en profundidad esta disposición se puede afirmar que estamos frente a una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos, pues apunta a la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía de un adulto y que, por otro lado, es sujeto de derechos⁵¹⁴. Con ello, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño se convierte en una de las más desafiantes propuestas, ya que implica reconocer la titularidad de niños en el ejercicio de sus derechos. La participación implica «tomar parte»⁵¹⁵ expresando lo que viven, piensan y sienten, y con el derecho a ser escuchados en los asuntos que afectan a su vida, a la de su familia y a la comunidad.

3.2.2. Observación General N.º 12

La declaración más importante del Comité sobre el artículo 12 es su Observación General n.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado. Esta observación explica cómo debe hacerse efectivo este derecho en diferentes contextos, incluyendo la esfera de la salud, la educación y la familia⁵¹⁶. Para ello, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que los

⁵¹³ CENTRO DI RICERCA UNIVERSITARIO SU CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLA MIGRAZIONI. *12 Doce. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y el sistema de justicia penal juvenil. Teoría y práctica para su implementación*. Defensa de Niñas y Niños – Internacional -DNI Italia.

⁵¹⁴ ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015). Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales. La efectiva aplicación del Derecho del menor a ser oído. Corte suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015. *Revista Chilena de derecho Privado*, 25, 257-268.

⁵¹⁵ MUNDACA ROJAS, Rodrigo y ZUÑIGA FLORES, Claudio (2014). Derechos del niño, participación infantil y formación ciudadana desde espacios educativos no formales: la experiencia del Consejo Consultivo de Niños, Niñas y Adolescentes de la comuna de Coquimbo, Chile. *Temas de Educación*, 20(1), 123-141.

⁵¹⁶ En 2006 el Comité celebró un día de debate general sobre el derecho del niño a ser escuchado, para estudiar el significado y la importancia del artículo 12, su vinculación con otros artículos, y las lagunas, buenas prácticas y cuestiones prioritarias que debían abordarse para fomentar el disfrute de ese derecho. Véanse las recomendaciones del día de debate general de 2006 sobre el derecho del niño a ser escuchado. Recuperado de: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/Final_Recommendations_after_DGD.doc

Estados partes difundan ampliamente la presente observación general en las estructuras gubernamentales y administrativas y entre los niños y la sociedad civil⁵¹⁷.

A continuación desglosaremos el artículo 12 para su mejor interpretación, siguiendo el criterio del Comité de los Derechos del Niño.

El apartado 1 establece los elementos esenciales, las características y límites del derecho del niño a ser escuchado:

Esta disposición se vincula íntimamente con el concepto de *autonomía progresiva*, pues nos habla del «niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio», por lo que el párrafo 1 debe ser interpretado en un sentido amplio:

Garantizarán

Que los Estados partes garanticen es asegurar que existan mecanismos para operar en dos líneas básicas. Por un lado, hacer posible que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta a estudio⁵¹⁸. Por otro lado, el que se tenga debidamente en cuenta esas opiniones. Es decir, es en el Estado en quien recae la obligación de evaluar, en la mayor medida posible, la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, de manera que no es del niño la obligación de demostrar que es capaz de hacerlo.

⁵¹⁷ 8.- El objetivo principal de la observación general es apoyar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12. En virtud de ese propósito pretende:

- aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;
- abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12;
- Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimiento;
- proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten. (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General n.º12. «El derecho del niño a ser escuchado»)

⁵¹⁸ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2007b). Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 9, 251-277.

Derecho a ser oído

Además, se enfatiza que es obligación del Estado asegurar a la persona menor de edad que su opinión es la expresión de ejercer un derecho, siendo este derecho renunciable: «para el niño, expresar sus opiniones es una opción no una obligación»⁵¹⁹; por lo tanto, el niño o adolescente no puede ser obligado a expresar su opinión, bajo ningún pretexto. Es importante garantizar que la participación sea un proceso voluntario.

Que esté en condiciones de formarse un juicio propio

Tal enunciado significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Por el contrario, debe considerarse al niño como una persona capaz. La evolución de la capacidad de formarse un juicio propio no precisa que el niño tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del problema planteado, sino que basta con que disponga de una comprensión suficiente de este problema. Sobre esto, Couso (2006) señala que «la hipótesis referida al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio» debe entenderse en un amplio sentido que abarque a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar»⁵²⁰.

También se encuentran aquí incluidos los niños con discapacidad, que deben tener a su disposición todos los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. Lo mismo, respecto de los niños pertenecientes a minorías, migrantes y respecto de otros niños que no hablen el idioma mayoritario⁵²¹.

Expresar su opinión libremente

El derecho del niño a ser escuchado presupone ausencia de presiones; es decir, tal derecho debe ejercerse con libertad. Esta libertad ha de conceder al niño la iniciativa para «destacar

⁵¹⁹ En COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr.16 y párr. 134.b.

⁵²⁰ COUSO SALAS, Jaime (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 145-166.

⁵²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 21.

y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes»⁵²²; por ende, hay que reconocer que se trata de un proceso delicado y difícil, que conlleva que deba ser desarrollado en un entorno amigable, de respeto y seguridad, con el objeto de proteger al niño de efectos traumáticos: «[...] *no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad*⁵²³, lo que implica cambios no solo en los espacios y elementos físicos, sino también en la actitud de los actores del proceso»⁵²⁴. Además, es fundamental que el menor reciba la información sobre cuál es el objetivo de la escucha, las cuestiones que van a ser abordadas y las consecuencias de las decisiones que puedan adoptarse. Para ello, el Comité reclama que el proceso resulte «transparente e informativo»⁵²⁵.

Por último, el derecho del niño a expresar sus opiniones libremente se relaciona estrechamente con el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 14), y el derecho a la libertad de asociación y pacífica reunión (artículo 15)⁵²⁶.

En todos los asuntos que afectan al niño"

Este enunciado representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.

⁵²² En COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 22 y párr. 134.d.

⁵²⁴ En COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 34.

⁵²⁵ En COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 25 y párr.134.a.

⁵²⁶ CENTRO DI RICERCA UNIVERSITARIO SU CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLA MIGRAZIONI. 12 Doce. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y el sistema de justicia penal juvenil..., *op. cit.*

Derecho a ser oído

*Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*⁵²⁷

El titular de estos derechos es cualquier niño que se halle en condiciones de formarse un juicio propio, sin que quepan discriminaciones. Por ello, se debe partir de la presunción de la existencia, por parte del niño, de capacidad de formarse un juicio propio. El enunciado deja claro que no procede establecer límites mínimos de edad, y da espacio incluso a la primera infancia⁵²⁸, de manera que se determinará solo caso por caso. Para las autoras Vargas y Correa (2011) es importante que no se establezca un rango fijo de edad para escuchar a los niños, porque ello convertiría en rígida a la norma en el momento de su aplicación y se olvidaría que los niños tienen experiencias de vida y formas de expresarse distintas. Menos arriesgado resulta implantar estándares flexibles considerando la edad y la madurez del caso concreto⁵²⁹.

En el contexto del artículo 12, la madurez es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente⁵³⁰ e incluso mediante formas no verbales en las que los sentimientos resultan más fáciles de expresar. Junto a ello, se señala que deben considerarse los efectos del asunto en el niño: cuanto mayores

⁵²⁷ La observación general está estructurada de acuerdo con la distinción que hace el Comité entre el derecho a ser escuchado de cada niño individualmente y el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños (por ejemplo, los alumnos de una clase, los niños de un barrio o de un país, los niños con discapacidades o las niñas). Las condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño individualmente y también cuando un grupo de niños decida expresar sus opiniones. La tarea de evaluar la edad y la madurez de un niño se ve facilitada cuando el grupo de que se trate forma parte de una estructura duradera, como una familia, una clase escolar o el conjunto de los residentes de un barrio en particular, pero resulta más difícil cuando los niños se expresan colectivamente. Aunque se encuentren con dificultades para evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones. (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 9 y párr.10)

⁵²⁸ Para la primera infancia, ha de contemplarse como una opción adecuada a estos efectos 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. (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 20, párr. 21 y párr.52)

⁵²⁹ VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*, 1, 177-204.

⁵³⁰ En COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General n.º12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 30.

sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño. Por último, se indica que son importantes los datos sobre la evolución de las facultades del niño, así como la dirección y la orientación que proporcionen los padres.

El Comité agrega que «el deber de tener en cuenta la opinión impone un requisito especial en la fundamentación o motivación de las decisiones, pudiendo ser atacada una sentencia que no funda adecuadamente la aceptación o el rechazo de la opinión del niño para arribar a una solución». Por ello, hay que atribuir la debida importancia a lo que el niño piensa sobre aquello que le afecta. Aun así, también puede suceder que el juez, al evaluar todos los derechos en conflicto, determine que la opinión del menor de edad no resulta determinante. En cualquier caso, es entonces importante hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego y que deben ser también consideradas en la adopción de una decisión.

El apartado 2 se refiere a una concreta aplicación del mismo *derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento administrativo o judicial que le afecte*. A este derecho concreto se le aplican los elementos característicos del derecho general a ser escuchado, definidos en el apartado 1.

El Comité interpreta el artículo 12 apartado 2 como un emplazamiento a los Estados a que den cumplimiento a las reglas básicas de un procedimiento justo. En términos de alcance, el Comité ha dejado en claro que el derecho a ser oído se aplica tanto a procedimientos judiciales como a procedimientos administrativos que sean iniciados por el niño. Además, pone énfasis en la importancia de que estos procedimientos sean accesibles y apropiados para el niño⁵³¹.

Por ello, esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten a menores de edad, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción; niños en conflicto con la ley; niños víctimas de violencia física o psicológica; abusos sexuales u otros delitos; atención de salud

⁵³¹ FLORES, Ona (2013). Entrevista a Aoife Nolan..., *op. cit.*

Derecho a ser oído

y seguridad social; niños no acompañados; niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias.

A su vez, la disposición señala a modo de ejemplo cuáles serían los procedimientos administrativos típicos, tales como las decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Además, indica que ambos tipos de procedimientos pueden ser abarcados por mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la mediación o el arbitraje.

Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Una vez el niño haya decidido ser escuchado, decidirá cómo quiere ser escuchado: «directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado». Siempre se prefiere la forma directa⁵³².

Para Aída Kemelmajer (1996): «[...] el menor es libre de hacerse escuchar o quedar afuera del conflicto, no debe ser sólo destinatario de la decisión judicial, sino una persona cuyos intereses sean evaluados y considerados. Se trata de darle "un lugar", y esto no será un acto de parte ni un medio de prueba. Cualquiera que se vea afectado por una decisión judicial y tenga un interés legítimo, tiene derecho a ser oído e informar al Juez»⁵³³.

La conjunción *o* que forma parte de esta norma se entiende como la posibilidad que se les da a los Estados de optar a que los niños y adolescentes sean escuchados a través de otras personas. Basta para ello contar con un sistema de asistencia estatal que se haga cargo de recoger y transmitir la opinión del niño⁵³⁴.

⁵³³ KEMELMAJER, Aída. (1996) El derecho constitucional del menor a ser oído. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 17, 157-187.

⁵³⁴ VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*, 1, 177-204.

Respecto al representante, el Comité señala que este puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escucharlo se realiza a través de un representante, es de suma importancia que este transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el menor (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender de manera suficiente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad)⁵³⁵.

Por último, la oportunidad de ser representado debe estar «*en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*».

La Convención deriva a las normas de procedimiento a todo ente público o privado de nivel nacional para que, en cada gestión o proceso en que existan consecuencias para un niño o adolescente, él mismo disponga de las herramientas y espacios óptimos y adecuados que permitan su participación⁵³⁶. Para ello, deberá definir la forma y grado de participación, ya sea personalmente o representado⁵³⁷.

En consecuencia, de acuerdo con lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño, no basta con establecer y defender derechos, sino que la importancia radica en que estos realmente puedan ser desarrollados por quienes son sus titulares. En virtud de esto, nos

⁵³⁵En COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General n.º 12. «El derecho del niño a ser escuchado», párr. 30 y párr.36.

⁵³⁶ ALARCÓN CAÑUTA, Miguel (2015). Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, 11(2),11- 47.

⁵³⁷ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2007b). Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 9, 251-277.

parece relevante analizar cuál es el grado de autonomía que los niños y adolescentes poseen en el ejercicio de sus garantías.

3.3. Ámbito de actuación de la persona menor de edad

El concepto jurídico de la minoría de edad tiene sus orígenes en los albores del siglo XIX, como resultado de las previsiones contenidas en los códigos civiles de la gran mayoría de los países que establecieron una edad para alcanzar la mayoría de edad. Una vez alcanzada, esta mayoría habilita a la persona a ser considerada plenamente capaz para realizar todo tipo de actos jurídicos, ejercer derechos y adquirir obligaciones. Ello significa que, antes de llegar a la mayoría de edad, la capacidad del menor de edad se ve subyugada a los representantes legales. Solo a medida que este va adquiriendo madurez, puede gradualmente intervenir en el tráfico jurídico y celebrar actos concretos.

3.3.1. La capacidad. Cuestión terminológica

El derecho patrimonial clásico ordenó las reglas que determinan la capacidad en el acto jurídico. Distingue, por un lado, la capacidad jurídica, que es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y, por otro lado, la capacidad de obrar, que es la capacidad de ejercitar los derechos y de contraer obligaciones en forma personal, así como de comparecer a juicio por propio derecho. Así, la capacidad jurídica es lo mismo que la capacidad de goce o capacidad de derecho, en cambio, la capacidad de obrar es lo mismo que la capacidad de disfrute o ejercicio.

3.3.1.1. En Cataluña

El Parlamento de Cataluña inició, durante la primera década del siglo XXI, la tarea de incorporar real y definitivamente en su ordenamiento jurídico la filosofía y los principios derivados del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta aproximación del Derecho catalán a los paradigmas emergentes de la Convención sobre los Derechos del Niño se ha plasmado en dos disposiciones esenciales y se ha convertido, desde su entrada en vigor, en los pilares fundamentales sobre los que sustentar esta nueva concepción de la niñez que impera en las sociedades normativamente más avanzadas.

Concretamente, en primer lugar, la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, es una norma llamada a desplegar las previsiones estatutarias en materia de protección de menores y de promoción de las familias y de la infancia en Cataluña: al precisar su ámbito subjetivo de aplicación, se decanta de una manera evidente por el empleo del binomio niño —*infant*, en la versión catalana original— y adolescente, comprendiendo el primero: niño, a toda persona menor de doce años, mientras que el segundo: adolescente, designa a todo sujeto con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad, según el artículo 2.2⁵³⁸.

Por su parte, el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, siguiendo las pautas marcadas por el texto estatutario en su artículo 40.3, se inclina más bien por el uso de las denominaciones *infancia* y *juventud*, y obvia, al igual que hacía el Estatut, el término *adolescencia*. Ello entra en franca contradicción con las constantes

⁵³⁸ La historia de la mayoría de edad en el derecho español, si bien podríamos ir más allá de las siete partidas, la situamos en el Proyecto de 1821, el cual, sin mencionar directamente la mayoría de edad, fijó los veinticinco años como momento a partir del cual se extingue la patria potestad —artículo 378.4—. El Proyecto de 1836 siguió el mismo criterio que el de 1821. Por su lado, la Ley del Parlamento de Cataluña, de 8 de enero de 1934, en su artículo primero señalaba que los catalanes alcanzaban la mayoría de edad a los veintiún años; pero esta disposición, emanada del Parlamento de Cataluña, fue derogada por la Ley franquista de 8 de septiembre de 1939, al igual que el resto de la producción normativa dimanante de las Cortes republicanas. Es a partir del 1 de enero de 1944 —fecha de su entrada en vigor— cuando el ordenamiento jurídico español se uniformó y se estableció que todas las personas que cumplieran o hubiesen cumplido veintiún años alcanzarían la plena capacidad civil (con la única salvedad del Derecho civil aragonés, ya que, al respetarse la subsistencia de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 10 de su Apéndice de 1925 —artículo 3.º de la Ley de 1943—, se continuó aceptando la posibilidad de adquirir la mayoría de edad antes de los veintiún años si se contraía matrimonio —catorce años conforme a la regulación del Código civil—. Hubo que esperar hasta la Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre modificación de los artículos 320 y 321 del Código civil, para que la mayoría de edad empezara a los veintiún años cumplidos, y hasta la Constitución española de 1978 y el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, que declara, en su artículo primero, que «la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos».

remisiones que el propio Código Civil de Cataluña efectúa al redactado de la Ley de infancia, que distingue entre las expresiones de *niño* y *adolescente*⁵³⁹.

Si bien esta falta de unidad terminológica en la normativa catalana no pasa de ser una carencia, probablemente más conceptual y simbólica que de real trascendencia jurídica, es importante hacer mención de ella.

Así, en lo relativo a la persona y a la familia, la Ley de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia⁵⁴⁰, así como el Libro II del Código Civil de Cataluña⁵⁴¹,

⁵³⁹ Ravellat Ballesté (2013) complementa este estudio agregando dos elementos más de disgregación al sistema. Por un lado, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que utiliza mayoritariamente en su redacción el concepto *menor* para referirse a las personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad (artículos 17 y 166.3), aunque, en menor medida, también se sirve a lo largo de su texto de las expresiones *infancia* o *niños*, como sinónimos del anterior (artículos 40.3 y 166.4). Esta circunstancia pone en plena consonancia el espíritu que subyace en el Estatuto de Autonomía de Cataluña con el sentido que la Convención sobre los Derechos del Niño asigna, en su artículo 1, a la noción de *niño*, al definirlo como «todo ser humano menor de dieciocho años de edad». Asimismo, el Estatuto catalán acoge el término *juventud* en sus artículos 40.4 y 142, pero en ningún caso clarifica qué debe entenderse como tal. Por el contrario, no alberga disposición alguna que haga mención o que utilice la noción **adolescencia**. Por otro lado, la Ley del Parlamento de Cataluña 27/2001, de 31 de diciembre, de Justicia Juvenil, viene a desarrollar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, al delimitar (en su preámbulo y en su artículo 3) su ámbito subjetivo de aplicación: especifica que sus preceptos se dirigen a los menores y jóvenes destinatarios de alguna resolución adoptada por la autoridad judicial o por el ministerio fiscal, de acuerdo con la mencionada Ley Orgánica, matizando inmediatamente que se entenderá por *menores* a las personas que tienen entre catorce y diecisiete años, y por *jóvenes*, a las a las que hayan cumplido dieciocho años o más. Por ello, el significado atribuido al concepto de *menor* por esta última disposición emanada del Parlamento de Cataluña parece no encajar con la mención otorgada a dicha voz en el Estatuto, ya que tras este término se referencia a las personas comprendidas en la horquilla de catorce a diecisiete años, mientras que en la norma institucional básica catalana, recordémoslo, se alude a los individuos desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. Parece, pues, en definitiva, que la visión del menor que se desprende de los preceptos del Estatuto de Autonomía —indicación subjetiva, en teoría, llamada a servir de modelo y paradigma de actuación de las diversas disposiciones normativas que vienen a desplegarlo—, no ha alcanzado, en el contexto catalán de referencia, una clara uniformización e univocidad sistémica. Por el contrario, su ambivalencia léxica, que irrumpe en nuestro contexto legal, no deja de aportar ciertos atisbos, por no decir altos grados, de inseguridad jurídica. Es por ello por lo que cabría exigir del legislador un esfuerzo de concertación y armonización terminológica que redujera, lo antes posible, a la más mínima expresión esas dosis de incertidumbre, y facilitara así la comprensión y la aplicación de todo este cuerpo dispositivo. (RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2013). La infancia y la adolescencia en Cataluña: retos y propuestas para avanzar en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estudio a partir de las Observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño. *IPSE-ds*, 6, 19-39)

⁵⁴⁰ En el transcurso de estos veinticinco años hemos podido observar un gran desarrollo legislativo en función de la aplicación efectiva de la Convención de los Derechos del Niño. En Cataluña esta aplicación se ve cristalizada con la aprobación de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades de la Infancia y la Adolescencia. La ley 14/2010 de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia constituía una de las prioridades principales del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en aplicación de la atribución competencial que se recoge en el artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña con el fin de unificar de manera sistemática el tratamiento legislativo de

relativo a la Persona y la Familia, han optado por priorizar una visión o imagen de las personas menores de edad como verdaderos agentes activos del tráfico jurídico, tanto en lo personal como en lo patrimonial. Los niños y adolescentes dejan, por tanto, de ser contemplados como meros objetos pasivos de protección y pasan a configurarse, ya no desde un punto de vista meramente teórico, sino sobre el propio texto articulado de la ley, como individuos autónomos a los que se les reconoce aptitud suficiente para la toma de decisiones, de acuerdo con su nivel de madurez y raciocinio.

Es diferente lo que ocurre en el Código Civil español. En él, al margen de su protección institucional, el estado civil de la minoría de edad no es contemplado como referente de la genérica delimitación de un determinado ámbito de capacidad de obrar. De hecho, mientras que en el Proyecto de Código Civil de 1851 se dedicaba un título específico a «La menor edad», en el vigente *Codex* de 1889 tan solo se relaciona como categoría legal expresa la «De la mayor edad y la emancipación». El Código Civil de Cataluña, por el contrario, se sitúa más en una línea inclusiva, tendente a incorporar en su redactado un conjunto ordenado de preceptos que estructuren, de manera más minuciosa y racional, el régimen jurídico aplicable a este grupo de ciudadanos que todavía no han alcanzado los dieciocho años y se encuentran, de ordinario, bajo la potestad parental o la tutela de sus representantes legales.

Se trata, en definitiva, de dotar al sistema de una *ratio* legislativa lo más coherente y uniforme posible.

los derechos de la infancia y de la adolescencia, a partir de su consideración como plenos sujetos de derecho. Esta ley, parte, en consecuencia, del esquema seguido en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, considerándole globalmente como titular de los derechos que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta su adaptación a las nuevas necesidades sociales de sus destinatarios y a las situaciones relevantes en nuestro contexto geográfico. (VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia. Hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-42)

⁵⁴¹ En el mes de julio de ese mismo año se aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, normativa que se regula desde la perspectiva del principio rector *del interés superior del niño* siguiendo los parámetros establecidos por la Convención y las Observaciones Generales recomendadas por el Comité de los Derechos del Niño.

3.3.1.1.1. La capacidad natural como esencia y substratum de la capacidad de obrar de las personas

La capacidad general de las personas, tal y como aparece configurada en el Libro II del Código Civil de Cataluña, además de ser, por definición, de ámbito restringido, es variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y volitivo que socialmente corresponda a cada edad y al estado físico o psíquico en que se encuentre cada sujeto. En este sentido, el artículo 211-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, se expresa con meridiana claridad al establecer que «la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural de acuerdo con lo establecido por el presente Código».

Se constata, por tanto, que en la nueva realidad catalana la atribución de capacidad de obrar, y con ello la posibilidad jurídica de hacer frente a los propios asuntos a través de una actuación singular e individualizada, se revela, como cauce ordinario del desarrollo de la personalidad, del siguiente tenor: allí donde tal competencia de autogobierno se verifique, debe reconocerse inmediatamente, y en esa misma medida, la aptitud para ejercitar derechos y obligaciones de manera autónoma⁵⁴². En otras palabras, podemos afirmar que la consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto ineludible de la capacidad de obrar puede ser definida e incluso elevada a la categoría de principio o paradigma de aplicación integral⁵⁴³.

Al existir la relación y el vínculo entre la capacidad de obrar y la capacidad natural, se puede deducir que la primera de estas instituciones no es limitable en el derecho catalán sino por causas que supongan la imposibilidad natural de proceder y decidir soberana y responsablemente⁵⁴⁴. Así, la correspondencia entre ambas categorías puede calificarse de

⁵⁴² Esta es una novedad que presenta el Código Catalán que vincula la capacidad de obrar con la capacidad natural, siguiendo lo que expresa en el Preámbulo de la Ley «permite hacer de ella una valoración gradual no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona».

⁵⁴³ GORDILLO CAÑAS, Antonio (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 20 y 42.

⁵⁴⁴ La sentencia del Tribunal Supremo 1101/2004, de 19 de noviembre -RJ\2004\6910- nos delimita a la perfección las diferencias existentes entre incapacidad natural e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. La primera de ellas es consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza. La

teórica, pero con fundamento real, basada en presunciones legales que ostentan un alcance general y que sitúan al sujeto en una posición jurídica fácilmente identificable por quienes tienen que tratar con él⁵⁴⁵. Del mismo modo que se califica a la capacidad jurídica como una simple versión de la personalidad; la capacidad de obrar, en cambio, supuesta esa condición, exige, además, un mínimo de madurez en el sujeto: la indispensable para poder cuidar por sí mismo de sus propios intereses, para gobernar su persona y bienes, o, simplemente, para actuar con total libertad e independencia⁵⁴⁶.

Esta invocación expresa de la capacidad natural como fundamento último de la capacidad de obrar es completamente novedosa en el Derecho civil catalán, y supone la introducción de una regla eminentemente interpretativa. Por ello, el criterio tradicionalmente utilizado por nuestros ordenamientos jurídicos civiles de atribuir facultades de intervención autónoma atendiendo exclusivamente al criterio objetivo de la obtención de una determinada edad, hoy día debe necesariamente relacionarse con la valoración *ad hoc* de que la persona actúa con pleno entendimiento y voluntad. De hecho, lo verdaderamente importante es que el sujeto disponga de suficiente juicio en relación con el acto jurídico determinado que pretenda desarrollar⁵⁴⁷.

segunda, en cambio, es fruto de una sentencia judicial que estima que una persona no tiene capacidad de autogobierno.

⁵⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (1992). La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho civil. *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1398-1410.

⁵⁴⁶ En el artículo 211-6, en su numeral 1.º, se señala que el «interés del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte». A su vez, se reconoce el derecho de los menores de edad a ser informados y escuchados antes de tomar una decisión que afecte *directamente* su esfera personal o patrimonial. Si tiene sobre los 12 años es obligatorio, pero si está por debajo de esa edad dependerá de su *capacidad natural*, de acuerdo con la norma citada. En este sentido, una parte de la doctrina critica la forma en que ha sido redactado el art. 211-6.1: «el hecho de que se emplee, en las normas catalanas, el artículo determinado “el” (principio), implica que debe ser el principio que debe guiar la decisión, pero sin impedir que el “adulto”, que toma la decisión, tenga en cuenta otros principios u otras consideraciones, puesto que, en última instancia, dependerá de sus valores y principios personales en cuanto a formas de actuación la concreción del interés del menor». (NAVAS NAVARRO, Susana (2011). Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia. En Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar. *El nuevo derecho de la persona y la familia* (pp. 617-686). Barcelona: Editorial Bosch)

⁵⁴⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012b). *La infancia en el Derecho Catalán* (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Barcelona, España), p. 672.

Derecho a ser oído

En definitiva, el Código Civil de Cataluña, al tenor de lo dispuesto en su artículo 211-3.1, vincula la capacidad de obrar a la madurez del individuo, al progreso de su raciocinio *el discernimiento* que, por definición, no es igual en toda persona, ya que en su acotación pueden influir múltiples circunstancias y factores, algunos de los cuales son tenidos en cuenta incluso por las mismas leyes. La regla general, pues, es la capacidad; es decir, a cualquier persona física se le atribuye aptitud para actuar de manera eficaz en el tráfico. De ahí se sigue, por decirlo de algún modo, que estas facultades quedan amparadas por una especie de presunción. Esta misma idea es la que se desprende del punto tercero del mismo artículo 211-3 del Código Civil de Cataluña al verificarse que «las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural». En un sentido similar se pronuncia el artículo 17.2 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia al establecer que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los niños y los adolescentes deben interpretarse siempre de modo restrictivo».

3.3.1.1.2. Particular mención a la capacidad de obrar de los menores no emancipados

La regla general en materia de capacidad, dentro del ordenamiento jurídico catalán, está presidida por la idea de que la aptitud de entender y de querer se considera como elemento sustancial e inherente al ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones de los que una persona es titular —artículo 211-3.1 del Código Civil de Cataluña—.

A continuación, analizaremos brevemente cómo afecta esa nueva configuración de la figura objeto de nuestro análisis al ámbito de intervención característico de los menores no emancipados.

La remisión contenida en el artículo 211-3.1 *in fine* del Código Civil de Cataluña a las prevenciones que el propio texto normativo pueda establecer lleva a considerar dos aspectos de suma importancia para llegar a vislumbrar el funcionamiento exacto de la técnica organizativa proseguida en esta materia: de una parte, refuerza el carácter de principio general atribuido a la cláusula comprendida en el apuntado precepto, «*la*

capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural»; y, de otra, permite la particularización o adaptación de esa regla o forma de proceder a las diversas eventualidades o contingencias que en la práctica puedan suscitarse «de acuerdo con lo establecido por el presente Código».

Este modelo o método de concreción nos permite, en definitiva, afrontar determinadas situaciones legales, tales como la incapacitación, la minoría de edad o la trascendencia de la voluntad del paciente en lo que se refiere a las intervenciones médicas, atendiendo a sus específicas peculiaridades identificativas.

Por esta razón, si ponemos en correlación los artículos 211-3.1 y 211-5 de la norma civil catalana, este último relativo al régimen jurídico de la minoría de edad, obtenemos como resultado que la fórmula ordinaria de actuación, es decir, fundamentar la capacidad de obrar tan solo en la capacidad natural 211-3.1, es inmediatamente matizada. En estos casos, además de tomarse en consideración el intelecto y la voluntad del individuo que no ha alcanzado todavía la mayoría de edad, deberá también valorarse, en idéntico grado, un dato meramente objetivo como es la edad. Asimismo, se consigue con ello salvar cualquier atisbo de contradicción que pudiera generarse entre las dos disposiciones enunciadas. Además, de esta forma se mantiene la vigencia de la norma común informadora de nuestro sistema.

3.3.1.1.3. El modelo intermedio o ecléctico como pauta a seguir por el Código Civil de Cataluña

De acuerdo con lo dicho anteriormente, y atendiendo a los aspectos más significativos vinculados con la capacidad de obrar de las personas menores de edad, debemos, en primer lugar, apuntar los principales criterios teóricos manejados por parte de la doctrina contemporánea para delimitar si un menor reúne o no el suficiente nivel de madurez y raciocinio para emitir un consentimiento válido y consciente por y en sí mismo considerado: el método netamente biológico y el sistema del razonamiento. El Derecho Civil de Cataluña parece haber recurrido, al tenor literal del artículo 211-5 de su Código

Derecho a ser oído

Civil, a un modelo intermedio o ecléctico. Combina, pues, ambas formulaciones extremas. Así, tan solo se reconocerá; o, por mejor decir, se presumirá, la capacidad natural a partir de un específico momento cronológico, que oscilará en atención a la naturaleza de los hechos ante los que nos encontremos.

Esta idea se confirma por el redactado del artículo 211-5 del Código Civil de Cataluña, que condiciona a su edad y capacidad natural las actuaciones que el menor pueda llevar a cabo por sí solo, sin precisar de representación legal alguna. Con ello se aproxima al *in medio virtus* deseable⁵⁴⁸.

Como consecuencia de esta alternativa tomada por el Parlamento catalán, la redacción del Libro II del Código Civil de Cataluña abandona definitivamente en este punto la práctica tradicional de vincular la adquisición *gradual* de la capacidad de obrar, única y exclusivamente atendiendo al dato objetivo de ostentar una concreta edad. Análogamente sucedió con el Código Civil Español tras las sucesivas modificaciones introducidas en su redactado después de la Ley de 1981.

Díez-Picazo (2003) manifiesta, en este sentido, en referencia a las reformas operadas en el Código Civil español durante los años setenta y ochenta del pasado siglo, cómo el modelo histórico de asociar la capacidad de obrar con un lapso determinado de tiempo estaba empezando a ser seriamente cuestionado⁵⁴⁹.

La norma catalana, al exigir que se tengan en consideración para delimitar el ámbito de intervención autónoma de los menores de edad «tanto su edad como su madurez», utiliza una terminología propia del artículo doce, párrafo primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que un mero indicador cronológico no puede predeterminar la trascendencia, validez y efectos de los actos por él acometidos. Los niveles de

⁵⁴⁸ *Ídem*, p. 675

⁵⁴⁹ Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2006) cifran como ejemplo la Ley de 4 de julio de 1970, que reformó la materia de la adopción. Así, el antiguo artículo 173 del Código civil dispuso que en el expediente de adopción debía ser oído el adoptando menor de 14 años si tuviese *suficiente juicio*. (DÍEZ-PICAZO, Luis María y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2006). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones* (10ª ed.). Madrid: Tecno, pp. 347-349)

comprensión de las personas no siempre van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Así, la información, el nivel educativo, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el grado de apoyo contribuyen, más allá del mero dato característico de haber cumplido un concreto número de años, a la mayor o menor capacitación del niño para formarse un juicio razonable e independiente⁵⁵⁰.

Esta visión del menor de edad como sujeto de derechos con facultades intrínsecas de participación e incidencia en la realidad que le rodea se traduce en la admisibilidad, prácticamente unánime, de que cierto tipo de transacciones elementales vengan a ser realizadas directa y ordinariamente por él: por ejemplo, comprar golosinas sin que nadie ponga en tela de juicio, ni objete, su capacidad y aptitud para comprender el alcance de las mismas y manifestar, a resultas, una voluntad completamente libre y vinculante. No obstante, con el paso del tiempo, la edad va aumentando hasta aproximarnos a la mayoría de edad, y conjuntamente con esto, la gama de contratos, actos de relevancia económica, decisiones de índole personal y demás intervenciones generadoras de responsabilidad a las que tiene acceso el menor de edad van evolucionando y aumentando paulatinamente. Ahora bien, en estos últimos supuestos, en los que daríamos entrada a la figura del calificado particularmente en el ámbito sanitario como *menor maduro*, también se parte de la presunción en el sujeto de una capacidad de comprensión suficiente para inferir la relevancia derivada de sus actuaciones y expresar, de esta forma, una voluntad vinculante, como lo sería, por ejemplo, consentir un determinado tratamiento médico, realizarse un tatuaje o un *piercing*, o adquirir prendas de ropa o equipos multimedia.

El Código Civil de Cataluña apuesta por un modelo que facilite al máximo el punto de encuentro o el equilibrio perfecto entre seguridad y realidad, evitando el doble escollo que supondría, de una parte, la brusquedad en el paso *uno ictu* a la capacidad y, de otra, el excesivo casuismo con el que corremos el riesgo de toparnos. De esta forma logra que el

⁵⁵⁰ Se puede interpretar que el legislador catalán se hace eco e integra en el redactado del artículo 211-5 del Código civil de Cataluña la interpretación dada por el Comité de los Derechos del Niño al contenido del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Vid. en este sentido, Comité de los Derechos del Niño: Observación N.º 12 relativa al derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. CRC/C//GC/12, pág. 11.

beneficio del menor y su preparación para la vida sean el norte que guíe el devenir de las instituciones a él referidas.

En suma, la persona menor de edad además de ser titular de una capacidad de obrar limitada, posee unas ciertas facultades naturales, que son las que ahora viene a reconocer expresamente el Código Civil de Cataluña, una cierta aptitud de comprender y querer, que variará, según la edad, contenido y naturaleza del acto de que se trate.

Por tal razón, es obligación del legislador darle vestidura y amparo legal, es decir, convertir esa variable y genérica capacidad natural en una competencia normativamente relevante.

3.3.1.1.4. Ámbitos de actuación autónomas de las personas menores de edad no emancipadas en el Código Civil de Cataluña

La lectura de los artículos 211.5, 222-47.2 y 236-18 del Código Civil de Cataluña⁵⁵¹ nos muestra cómo el legislador catalán se ha inclinado, de manera acertada y coherente con sus pretensiones iniciales, por abordar y definir esta materia desde una doble perspectiva: una positiva, ubicada en el artículo 211.5 del Código Civil de Cataluña, que enumera los ámbitos en que se habilita al menor de edad para actuar por su cuenta y riesgo; y otra negativa, asentada en los artículos 236.18.2 y 222-47.2 del propio texto catalán, que acota o circunscribe cuáles son los actos excluidos de la representación legal de los progenitores o, en su caso, los tutores, en relación con sus hijos o pupilos.

⁵⁵¹ Según Ravetllat Ballesté (2012b), para cumplir con la finalidad de transformar la ambigua y abstracta noción a la que hasta ahora se ha aludido, consistente en que la capacidad de obrar de las personas se fundamenta en su capacidad natural, elemento clave sobre el que gira el Libro II del Código Civil de Cataluña, y lograr, de esta forma, construir jurídicamente con éxito una teoría general sobre la capacidad de obrar del menor en Cataluña, respetando en todo caso el ámbito limitado y versátil de sus potencialidades naturales, se debe partir de las prevenciones contenidas en el artículo 211-3.1, y efectuar una aproximación al tema de carácter más genérico, teórico e indeterminado; asimismo, si de una visión más específica y detallada se trata, deben considerarse los artículos 211.5, 222-47.2 y 236-18 del Código Civil de Cataluña. (RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012b). *La infancia en el Derecho Catalán* (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Barcelona, España), p. 679).

Todos ellos, sin excepción alguna, operan sobre el presupuesto de la capacidad natural de la persona (artículo 211-3.1 del Código Civil de Cataluña), con sus propias peculiaridades técnicas. Tales situaciones son las circunscritas bajo las rúbricas relacionadas a continuación, que identifican los diferentes sectores en que los menores de edad están habilitados para diligenciar o gestionar sus intereses con total autogobierno y libertad: los relativos a los derechos de la personalidad; los atinentes a bienes y servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales; y los demás que la ley les permita.

Las ideas antes expuestas están bien sintetizadas en el Preámbulo de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que resume la nueva filosofía imperante en el sistema normativo catalán tras las últimas reformas legislativas, el cual dice:

«Una de las novedades que presenta este texto legal es la voluntad, expresada en el título, de remarcar de forma explícita, un doble concepto: el reconocimiento de los derechos de los niños y los adolescentes y el de las oportunidades de estas personas. En torno al concepto de oportunidad gira la voluntad de hacer posible la apertura de nuevos caminos, de nuevas vías, de fijar medidas concretas para hacer posible el ejercicio de los derechos reconocidos a los niños en la presente Ley y en los tratados internacionales. Cuando hablamos de oportunidades, hablamos de los nuevos caminos que es preciso abrir y que deben permitir a los niños y a los jóvenes su pleno desarrollo como ciudadanos. Así, esas oportunidades deben traducirse, entre otras, en el establecimiento de canales e instrumentos para hacer que se oiga la voz de los niños y adolescentes, para hacer expresa su participación en la toma de decisiones en la comunidad y, en definitiva, para facilitar su futuro encaje, como personas responsables, en la sociedad adulta».

A pesar de la apuntada claridad con la que se expresa el Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, solo hay un reconocimiento limitado al ámbito de la participación social, como colectivo o grupo de sujetos, de los niños, niñas y adolescentes⁵⁵². Lo importante es que el menor de edad sea reconocido como individuo, con autonomía, para que pueda actuar en un espacio propio, independiente que contribuya al crecimiento y al desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo se logra aplicando conjuntamente las prescripciones de la Ley de los derechos

⁵⁵² Como los Consejos de participación territorial y nacional (artículo 27 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo).

Derecho a ser oído

y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y los contenidos del Libro II del Código civil de Cataluña⁵⁵³.

En suma, el ordenamiento jurídico reconoce la titularidad de los derechos de los menores de edad, así como una capacidad progresiva para ejercerlos. Por ello, el menor tiene una capacidad de obrar limitada. Es decir, para la evaluación de la capacidad se tiene en consideración la edad, el interés del menor al caso concreto y la valoración de la madurez personal. Para los casos en que el menor de edad no tenga suficiente madurez para ejercer los derechos de la personalidad por sí mismo, los representantes legales actuarán a favor de su interés; y en los supuestos en los que el menor tiene madurez para entender el acto determinado de que se trate, puede actuar por cuenta propia, salvo en las situaciones expresamente exceptuadas por la ley. Por lo tanto, la madurez posibilita la actuación autónoma y esta es exigida en atención a la actuación específica que se vaya a desarrollar. En consecuencia, la restricción de actuación de quien ejerce la patria potestad debe considerarse de forma absoluta, ya que se trata de un límite en su intervención.

Lo anterior significa que la actuación del menor es amplia siempre que posea la madurez suficiente en lo que respecta a los derechos de la personalidad, debiendo ser valorada en cada caso concreto y para cada acto. De acuerdo con esta interpretación, el ordenamiento jurídico otorga al menor de edad cierta autonomía que encuentra su fundamento en el desarrollo de la personalidad del individuo en conexión con la protección de la persona. En este sentido, se trata de una relación directa entre autonomía y protección.

3.3.1.2. En Chile

En materia de obligaciones, siendo más concreto en los contratos, una de las fuentes que inspiran nuestro Código Civil chileno es el principio de la autonomía de la voluntad⁵⁵⁴,

⁵⁵³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2013). La infancia y la adolescencia en Cataluña: retos y propuestas para avanzar en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estudio a partir de las Observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño. *IPSE-ds*, 6, 19-39.

⁵⁵⁴ El Art. 1437 establece lo siguiente:

«Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra

tanto contractual como extracontractual; y, por otro lado, tenemos la *capacidad legal*, por medio de la cual se determinan quiénes tienen derecho, y de qué modo, a intervenir en los actos jurídicos, distinguiendo entre plenamente capaz, relativamente capaz e incapaces absolutos. Existe a su vez relación entre voluntad y capacidad. En el derecho Civil, para determinar cuándo estamos frente a una manifestación de voluntad, es fundamental que esta se exteriorice por parte de la persona, ya que si la voluntad no se manifiesta, es inexistente⁵⁵⁵. Esta voluntad la entendemos como *voluntad jurídica*, conceptuada esta como la facultad que tienen las personas de querer o no querer actuar en la vida jurídica, ya sea adquiriendo derechos u obligaciones y ejerciéndolos del modo que ellos estimen más conveniente, dentro de los límites que el propio Derecho estatuye⁵⁵⁶. Por ende, se puede decir que, mientras la voluntad mira al aspecto volitivo del acto, la capacidad se dirige al carácter de eficacia y eficiencia del mismo⁵⁵⁷.

Asimismo, la voluntad debe cumplir con una serie de requisitos para que tenga efectos jurídicos, tales como la seriedad, la inexistencia de vicios, y la claridad en cuanto al objeto y fin de lo querido⁵⁵⁸.

La doctrina chilena ha señalado que existen dos tipos de capacidad: la de goce, que es la de adquirir derechos y obligaciones, y que la tiene todo ser humano; y la de ejercicio, que es la de poder ejercer estas instituciones, que es la que presenta las distinciones de absoluta o relativa incapacidad. Es precisamente sobre esta última sobre la que haremos referencia en este apartado.

persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad».

⁵⁵⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (tomo II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pp. 139 y 194.

⁵⁵⁶ LARRAÍN RIOS, Hernán (1994). *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 251.

⁵⁵⁷ LEÓN HURTADO, Avelino (1991). *Voluntad y capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

⁵⁵⁸ El Artículo 1445 establece:

«Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra».

Derecho a ser oído

Por lo tanto, se entiende que la capacidad de ejercer los propios derechos configura la regla general⁵⁵⁹: se otorga por el solo hecho de cumplir la mayoría de edad, que se establece en nuestro país a los 18 años de edad, y las incapacidades de ejercicio son excepcionales y de derecho estricto. Así, los casos de incapacidad tanto absoluta como relativa son *numerus clausus*, y se hallan comprendidos en el artículo 1447 del Código Civil⁵⁶⁰.

En términos generales, se puede señalar que, alcanzados los 18 años⁵⁶¹, todo individuo tiene la madurez suficiente para poder actuar por sí mismo y comprender las consecuencias de sus actos, por lo que a los menores de esa edad se les ha protegido. Por ejemplo, un niño de siete años debe actuar siempre representado, mientras que el menor adulto, en atención a su mayor conciencia y madurez, puede actuar con autorización de su representante e incluso sin este en casos especiales, como reconocer hijos y testar⁵⁶².

La manera de suplir la incapacidad del menor se realiza por medio de representantes. La ley precisa quiénes son susceptibles de ejercer este cargo y define sus atribuciones y responsabilidades⁵⁶³. Como es natural, los primeros representantes del menor son el padre o la madre, el adoptante, el tutor o curador.

⁵⁵⁹ Según el Art. 1446 del Código Civil, «toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces».

⁵⁶⁰ El Art. 1447 del Código Civil establece lo siguiente:

«Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos».

⁵⁶¹ En los inicios del Código Civil chileno, la mayoría de edad se alcanzaba a los veinticinco años (basado en las Siete Partidas). Posteriormente, la Ley N.º 7.612, de 21 de octubre de 1943, rebajó la edad a veintiún años de edad, y, finalmente, la Ley N.º 19.221, de 1 de junio de 1993, estableció el actual límite de la mayoría de edad a los dieciocho años.

⁵⁶² Como establece el Artículo 262 del Código Civil, «el menor adulto no necesita de la autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, ni para reconocer hijos».

⁵⁶³ El Artículo 43 del Código Civil señala que «son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador».

Es importante recordar que en Chile se distingue la patria potestad, responsabilidad que recae sobre los bienes del hijo, de la responsabilidad y cuidado sobre la persona de estos, llamada cuidado personal⁵⁶⁴. La patria potestad se compone de un conjunto de derechos, deberes y responsabilidades. Así, se confiere a los progenitores el derecho legal de goce o usufructo legal sobre los bienes del hijo, que consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos⁵⁶⁵. Queda fuera del usufructo el peculio profesional o industrial del menor, que está compuesto por los bienes que este adquiere por su trabajo y cuya administración le corresponde exclusivamente, ya que es considerado para estos efectos como mayor de edad.

En este sentido, puede celebrar contratos y los efectos de estos se radicarán en su persona y en este patrimonio especial. La excepción a esta regla general de administración se da con relación a la enajenación y gravamen de bienes raíces, para lo cual el menor requiere de autorización judicial. El menor adulto puede también disponer testamentariamente de sus bienes o reconocer a un hijo⁵⁶⁶. La patria potestad impone también deberes, por lo que corresponde al progenitor que la ejerce la representación legal del menor, judicial y extrajudicial, ya que en materia judicial el menor no tiene capacidad y siempre deberá comparecer representado⁵⁶⁷.

En suma, la regla general para el hijo menor de edad en materia civil patrimonial es la incapacidad. Las excepciones se refieren a la administración de su peculio profesional, la

⁵⁶⁴ El artículo 243 del Código civil chileno define la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

⁵⁶⁵ Para Orrego, tanto la denominada «autoridad parental», referida a la persona del menor, como la «patria potestad», referente a los bienes del menor, han de ser ejercitadas en función del interés de los menores, y no del interés de los progenitores. (ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2007). *Temas de Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Sociedad Editora Metropolitana, p. 219).

⁵⁶⁶ El artículo 262 del Código civil chileno señala que «el menor adulto no necesita de la autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, ni para reconocer hijos».

⁵⁶⁷ Lo dicho anteriormente no significa que los representantes legales del niño, niña o adolescente que no tiene la suficiente capacidad de ejercicio para dar personalmente el consentimiento informado puedan suplir su voluntad sin más o desempeñen una función representativa, dado que el requisito del consentimiento se fundamenta en la dignidad y autonomía de la persona. Y en los casos de personas menores de edad, que la justificación de la exigencia de consentimiento se vea parcialmente limitada obedece estrictamente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en función de su propio interés y no en de la institución de la patria potestad.

Derecho a ser oído

facultad de reconocer hijos y disponer de sus bienes en testamento. La situación del impúber y del menor adulto difiere bastante⁵⁶⁸. El primero está incapacitado para actuar por sí mismo, debiéndolo hacer siempre representado por su tutor; en la administración de sus bienes, el juez debe autorizar prácticamente todo. En cambio, el menor adulto puede administrar los bienes de su peculio profesional y ser autorizado por el curador para administrar parte de los bienes pupilares. Tanto el impúber como el menor adulto tienen acción para dirigirse contra sus guardadores por los perjuicios sufridos bajo su administración, con un plazo de prescripción de cuatro años desde que finaliza el pupillaje⁵⁶⁹.

En conclusión, lo que impide a un impúber o niño poder actuar autónomamente en la vida jurídica no es una falta de voluntad. Por el contrario, es una falta de discernimiento que se debe a la inmadurez y a la falta de conocimientos suficientes para valorar los efectos que las acciones propias puedan tener para ellos mismos y para otros en el plano jurídico⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ En otras materias específicas de tipo civil, el legislador ha establecido diversas excepciones a la capacidad plena de los 18 años. Así, respecto de la posesión, se establece que los menores de edad pero mayores de 7 años pueden adquirirla sobre una cosa mueble, pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con autorización (artículo 723 Código Civil chileno).

En relación con la nulidad, se establece la nulidad absoluta para los actos celebrados por los absolutamente incapaces, entre ellos, los impúberes; y la nulidad relativa que es la sanción a los actos celebrados por los relativamente incapaces, como el menor adulto, si no actúan debidamente representados o autorizados (artículo 1.682 del Código Civil chileno).

En lo que se refiere a los contratos, en la compraventa se aplica la norma general de capacidad: los impúberes o menores adultos deberán actuar representados o autorizados por sus representantes legales. Por su parte, el menor adulto podrá celebrar por sí mismo el contrato cuando actúe dentro del giro de su peculio profesional o industrial, salvo la venta de bienes raíces. En el mandato, la calidad de mandatario puede recaer en un menor adulto. En este caso, los actos que ejecute serán válidos en cuanto obliguen a quien lo contrató y/o a terceros. Sin embargo, las obligaciones del mandatario para con terceros o para con el mandante deben seguir las reglas generales, es decir, deberán actuar representados o autorizados, según lo exija el acto que deban ejecutar. En el mismo sentido, el legislador civil reitera la norma general de capacidad a propósito de los contratos de depósito, prenda, hipoteca y transacción. En el caso del contrato de fianza, el Código civil señala que quien está obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal. Frente a esto, los menores en general son incapaces de obligarse como fiadores, salvo que exista decreto judicial que lo autorice y sólo a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente y por causa urgente y grave.

⁵⁶⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015c). Trascendencia actual de la clásica cuestión del «Dolo Aliquid Minor» en el Derecho Civil Patrimonial Chileno. En Álvaro Vidal Olivares, Gonzalo Severin Fuster y Claudia Mejías Alonso (eds.). *Estudios de Derecho Civil X* (pp. 739-750). Santiago de Chile: Thompson Reuters.

⁵⁷⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1998). *Tratado de Derecho Civil...*, op. cit., p.328.

Las obligaciones, a su vez, se pueden clasificar en civiles o meramente naturales. Al contratar, los menores adultos hacen nacer obligaciones naturales, tal como expresamente se menciona en el artículo 1470⁵⁷¹. Por el contrario, como establece este mismo artículo, los impúberes quedan excluidos, ya que no poseen suficiente juicio y discernimiento, y, por tanto, carecen de capacidad para consentir, sin posibilidad de hacer nacer obligaciones válidas de cualquier tipo. En el caso de que el incapaz realice algún negocio jurídico sin los requisitos legales, la ley lo sanciona con la nulidad absoluta, si es realizado por impúberes, y con la nulidad relativa, para los menores adultos⁵⁷².

Al ser declarada la nulidad, las partes vuelven al estado en que se encontraban antes de contratar. Para estos casos, el Código Civil contempla una disposición de protección al menor, en su artículo 1688, que dice lo siguiente:

«Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas».

La norma en materia de responsabilidad civil extracontractual, en cambio, difiere de la regla general, ya que establece que solo son incapaces los infantes y los menores de dieciséis años si han obrado sin discernimiento. Cumplidos los dieciséis años, son

⁵⁷¹ El Artículo 1470 del Código Civil señala lo siguiente:

«Las obligaciones Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

1º.- las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos».

⁵⁷² Al ser declarada la nulidad, las partes vuelven al estado en que se encontraban antes de contratar. Para estos casos, el Código Civil contempla una disposición de protección al menor, en su artículo 1688, que dice:

«Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.

Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas».

totalmente capaces de cometer un ilícito civil⁵⁷³. La razón por la que la capacidad delictual se adquiere antes que la contractual, según Alessandri, es porque el hombre adquiere la noción del bien y el mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios⁵⁷⁴. Esto significa que los infantes, al ser incapaces de cometer un delito o cuasidelito civil, no son responsables de los daños que estos pudiesen ocasionar, responsabilidad que recaerá sobre las personas a cuyo cargo estén los menores, siempre que se les pueda imputar negligencia. Los padres son responsables de los hechos cometidos por los hijos que habitan en su misma casa, y el tutor o curador de los hechos del menor que vive bajo su dependencia. Esta responsabilidad por hechos de otro surge de la posición de garante de quien tiene a cargo el cuidado de un menor que puede ser considerado responsable en materia extracontractual. Si dicho menor realiza un acto impropio y daña a otros, se presume la culpabilidad o descuido del guardián. Así, y en vista de la incapacidad del menor para comparecer en juicio y para actuar en general en la vida jurídica, su representante legal deberá responder por él. Sin embargo, la ley permite al garante eximirse de dicha responsabilidad si prueba que, con su autoridad y cuidado, no ha podido evitar el hecho que ocasionó el perjuicio. Por último, los padres serán siempre responsables de los delitos y cuasidelitos que cometan sus hijos menores y que conocidamente provengan de la mala educación y hábitos viciosos que les han dejado adquirir⁵⁷⁵.

Sobre esta materia nos queda por abordar un punto, *el dolo de los menores*⁵⁷⁶, es decir, cuando el menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la falsa creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera

⁵⁷³ El Artículo 2319 del Código Civil señala:

«No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior».

⁵⁷⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, p.130.

⁵⁷⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015c). Trascendencia actual de la clásica cuestión del «Dolo Aliquid Minor» en el Derecho Civil Patrimonial Chileno..., *op. cit.*

⁵⁷⁶ El Artículo 1685 del Código Civil establece:

«Supone que la parte que contrató con el relativamente incapaz lo hizo en la creencia de que éste no estaba afectado por ninguna incapacidad legal, incurriendo así en un error que fue provocado por las maniobras dolosas del incapaz que hizo creer que era plenamente capaz».

que de haber sabido que negociaba con un menor no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades, manifestación del dolo esencial⁵⁷⁷. Para este caso, el legislador nacional ha resuelto que será la otra parte, cuyo consentimiento está viciado, quien podrá pedir la rescisión (nulidad relativa) del contrato, siempre que el dolo haya sido determinante, de modo que aparezca claramente que sin él la otra parte no hubiera celebrado el contrato. De esta manera, este artículo sanciona al incapaz privándolo del derecho de alegar rescisión por su propia incapacidad⁵⁷⁸.

3.3.1.2.1. La capacidad extrapatrimonial y la Autonomía Progresiva

El derecho posmoderno centró su eje en los derechos fundamentales o de la personalidad, y no en los derechos patrimoniales o del patrimonio, analizando la capacidad desde la perspectiva del principio de igualdad⁵⁷⁹. Por esta razón, se han separado las reglas de la capacidad en el acto jurídico de las que rigen la capacidad en el ámbito extrapatrimonial (derechos de la personalidad).

Si bien se reconoce que los mayores tienen una capacidad de ejercicio más extendida que los menores de edad, el ordenamiento jurídico debe tratarlos en forma igualitaria, esto es, como seres humanos que tienen derechos y pueden ejercerlos, conforme a las condiciones que el sistema jurídico les señala para ello⁵⁸⁰.

Esta capacidad extrapatrimonial en la infancia y adolescencia se determina conforme a los siguientes criterios: la edad, la madurez y la entidad del derecho afectado; pero también se

⁵⁷⁷ Lauroba (1990) identifica el caso del menor —el protegido por la ley— que induce, con maniobras fraudulentas, al deudor capaz a que le pague a él en el marco de una obligación válidamente constituida, como una variante del «dolo de los incapaces». (LAUROBA LACASA, María Elena (1990). *El pago al acreedor incapaz. Análisis del artículo 1.163.1º del Código civil*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, p. 60)

⁵⁷⁸ VIAL DEL RÍO, Víctor (1998). *Actos Jurídicos y Personas* (Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, p.175.

⁵⁷⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Revista Ius et Praxis*, 2, 3-52.

⁵⁸⁰ Para Ramos Chaparro, «los menores son iguales a los mayores en cuanto a la capacidad jurídica y a la titularidad de los derechos de la personalidad, pero son distintos e inferiores a éstos en cuanto a capacidad de obrar y en cuanto al ámbito de su responsabilidad subjetiva». Pero también señala que una absoluta igualdad entre ambas categorías, mayores y menores de edad, iría naturalmente en perjuicio del menor, impidiendo su desarrollo gradual e integral como persona. (RAMOS CHAPARRO, Enrique (1995). Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional. *Revista Derecho Privado y Constitución*, 7, p.181)

Derecho a ser oído

debe aplicar el principio de la protección integral del niño y del adolescente, que restringirá o impedirá su autonomía⁵⁸¹.

En Chile, antes de la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de los Tribunales de Familia, el Código Civil chileno, al referirse a la capacidad, seguía el criterio del derecho romano⁵⁸². Este hace distinción según la edad legal para determinar una mayor seguridad jurídica en las actuaciones del menor de edad, con base en la edad de la pubertad⁵⁸³, distinguiendo entre personas plenamente capaces, relativamente incapaces y absolutamente incapaces. En cuanto a estos últimos, se distingue entre absolutamente incapaz (menores de 7 años) y los simplemente impúberes (mujeres mayores de 7 años y menores de 12, y varones mayores de 7 años y menores de 14), por lo que sus actos no producirían obligación alguna⁵⁸⁴. En cambio, es relativamente incapaz el menor adulto (la mujer mayor de 12 años y menor de 18 años, y el hombre mayor de 14 años y menor de 18 años), cuyos actos pueden tener valor bajo ciertas circunstancias. La razón de esta normativa reside en que el legislador vela porque existan condiciones de igualdad entre las partes en las relaciones jurídicas y ha considerado que estas no se encuentran presentes en la mayoría de las relaciones entabladas por los menores, pues la conciencia que tienen de sus actos varía de manera progresiva en razón de su edad⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes..., *op. cit.*

⁵⁸² BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile: Puntotex Thomsom Reuters, p. 387.

⁵⁸³ El Art. 26 del Código Civil dice lo siguiente:

«Llámesese infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos».

⁵⁸⁴ El acto del absolutamente incapaz no genera obligaciones de tipo alguno, ni tan solo naturales. En términos generales, es obligación civil la que concede tanto acción para requerir su cumplimiento, como excepción para retener lo que se ha dado o pagado por razón de ella; mientras que es obligación natural la que sólo concede excepción (artículo 1.470 del Código civil chileno). Cuestión distinta a la apuntada sería que el representante legal del impúber no se conformara con los requisitos que se exigen en consideración a la incapacidad de su representado, autorización judicial en algunos casos, pública subasta en otros, en cuyo caso el acto celebrado sería nulo relativamente.

⁵⁸⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2016). La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 499-512.

Hoy día, en cambio, se nos presenta un concepto más contemporáneo del ser niño. Siguiendo a Cillero, ser niño no es igual a ser menos adulto, de modo que la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta: «La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y que tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida, lo que permite sostener que la infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica⁵⁸⁶».

En razón de esta nueva concepción, la *Convención sobre los derechos del Niño* vino a realizar una innovación doctrinaria en materia de capacidad, ya que modificó el enfoque jurídico conferido a la infancia, de acuerdo con lo visto en el capítulo anterior sobre el Interés Superior del Niño. Aparece la doctrina de la Protección Integral, la cual deja de considerar al niño/a como «una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, carente y en ocasiones peligroso» y pasa a reconocerlo como «sujeto titular y portador de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño/a». De este modo, se deja atrás la doctrina de la situación irregular según la cual la infancia configura un estatus de incapacidad de obrar dentro del cual se encuentra el individuo durante un periodo de tiempo en el que no rigen para él todos los derechos fundamentales.

Por esta razón, la Convención no solo contempló los llamados derechos humanos de la infancia, sino que además consideró la posibilidad de ponerlos en práctica a través de una nueva idea de autonomía, denominada *autonomía progresiva*. Este principio se origina en los países anglosajones⁵⁸⁷, que fueron los primeros en establecerlo, pero su consagración

⁵⁸⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1990). *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios*. En UNICEF. Instituto Interamericano del Niño - Instituto Ayrton Senna. *Derecho a Tener Derecho* (Tomo 4) (pp. 1-13).

⁵⁸⁷ El principio Gillick. La regla que imperaba en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos era que la capacidad para tomar decisiones y actuar en el mejor interés del niño residía en su progenitor o tutor. En la actualidad, este criterio ha cambiado y los poderes de los progenitores solo entran en juego en la medida en que sean necesarios para la protección de la persona y los bienes del niño. A nivel judicial, este proceso se considera que se produce gradualmente. El concepto de autonomía progresiva o la capacidad en la toma de decisiones de los menores de edad en Inglaterra y Gales está regulada en la Ley de la Infancia de 1989 (*Children Act 1989*) y en el precedente sentado por el caso *Gillick* o *Gillick Principle*.

Este principio tiene su origen en el juicio *Gillick* contra West Norfolk and Wisbeach Area Health Authority [1985] 3 All ER 402, que pasó a convertirse en una institución propia del *Common Law*, de la que trae origen la capacidad de ejercicio autónomo de derechos por parte de los adolescentes en el ámbito sanitario; sirvió

Derecho a ser oído

internacional se formalizó en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece lo siguiente:

«los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

Es un mandato a todo ente público o privado para que, en cada gestión o proceso en que existan consecuencias para un niño o adolescente, él mismo tenga las herramientas y

como estímulo, o detonante si se prefiere, del reconocimiento normativo de las competencias que el sector poblacional más joven ostenta sobre el mentado ámbito material. En 1982, la señora Victoria Gillick interpuso una demanda contra la autoridad local de salud (West Norfolk y la Autoridad de Salud área Wisbech) y el Departamento de Sanidad y Seguridad Social, por la asesoría prestada a su hija menor –por un médico del referido servicio– en materia de anticonceptivos, sin su consentimiento. En concreto, la madre solicitó las siguientes medidas:

- 1) La declaración de ilegalidad de una circular del referido servicio, que otorgaba información sobre métodos anticonceptivos. La demanda se fundamentaba en que esta información afectaba al principio del interés del menor y sus propios derechos como madre.
- 2) La declaración de que la autoridad sanitaria no puede asesorar, ni dar consejos a los menores en materia de relaciones sexuales, métodos anticonceptivos o aborto.

En primera instancia (*High Court*), el Juez Woolf J. desestimó la demanda, pero, en segunda instancia, la Corte la acogió en su totalidad. El Departamento de Salud apeló en contra de la primera pretensión, consignada en el punto 1) referido arriba, y ganó dicha apelación ante la Cámara de los Lores (*House of Lords*), recurriendo a los siguientes argumentos:

- i. No existe una regla que avale un poder absoluto de los padres sobre los hijos hasta cierta edad;
- ii. El derecho de los padres a tomar decisiones por sus hijos declina, en la medida en que ellos pueden tomar sus propias decisiones fundados en la extensión de su entendimiento y su capacidad para desarrollar sus propias ideas;
- iii. Una menor de dieciséis años no solamente por su edad está privada de la capacidad para recibir consejos en materia de medidas anticonceptivas.

Por ello, una vez que el niño ha alcanzado la capacidad Gillick en relación con un determinado asunto, no tiene sentido que los derechos parentales continúen, sobre todo en aquellas circunstancias en que la continuación de esta autoridad pueda socavar los derechos del menor. A partir de esta sentencia, este criterio se ha utilizado con mayor amplitud para ayudar a evaluar si un niño tiene la madurez para tomar sus propias decisiones y para comprender las implicaciones de esas decisiones. La *House of Lords* insiste en la necesidad de distinguir la edad legal de la capacidad para comprender y poder tomar decisiones razonadas, algo que se juega más en la tierra del entendimiento y la inteligencia que en la de las reglas legales.

En suma, la norma general es que los derechos, deberes, atribuciones, responsabilidades y autoridad para tomar decisiones en relación con el menor de edad es un ejercicio de la responsabilidad parental, estableciendo la norma a quién se le confiere dicha responsabilidad. Con la sentencia del caso *Gillick* se estableció que las decisiones tomadas por un menor de edad deben ser respetadas de la misma forma que si las tomara una persona mayor de edad; con todo, se debe tener en consideración una serie de factores, tales como la edad del niño, su comprensión, así como la materia en cuestión y la gravedad de las consecuencias de la decisión. Por todo ello, la voz del niño tiene que ser oída y escuchada cuando el niño alcanza entendimiento suficiente para ser capaz de hacer su propio juicio o valoración.

espacios óptimos y adecuados que permitan su participación⁵⁸⁸. Esta autonomía progresiva es entendida no desde la perspectiva de un ejercicio progresivo de derechos (no se puede ejercer progresivamente el derecho a la vida) sino desde la óptica de una autonomización progresiva en el ejercicio de los derechos, de acuerdo con la etapa vital en la que se encuentra⁵⁸⁹. Es decir, hay un reconocimiento pleno de que son titulares de derechos con capacidad progresiva para ejercerlos, en función de la evolución de sus facultades, lo que significa que en la medida que aumenta la edad habrá mayor autonomía y poder de autodeterminación de los menores de edad.

Sobre esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que la capacidad del menor no debe entenderse como un menoscabo de sus derechos, sino como un modo de que ese mismo interés sea satisfecho, resguardando la protección de los derechos del niño, lo que en todo caso debe ser compatible con garantías mínimas de atención y consideración de su opinión⁵⁹⁰.

A su vez, el desarrollo de la autonomía progresiva está directamente relacionado con dos grandes principios: el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído.

Por un lado, el interés superior del niño se concreta en la capacidad (edad y madurez) y afecta fundamentalmente a la facultad de representación que tienen los padres respecto de sus hijos. No obstante, alcanza a todo el resto de facultades y deberes de la filiación, tales como la educación, la libertad religiosa, entre otros, llegando incluso a excluir la representación legal del ámbito extrapatrimonial, donde los niños/ as y adolescentes tienen un «rol protagónico (del que antes estaban privados) en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos⁵⁹¹».

⁵⁸⁸ ALARCÓN CAÑUTA, Miguel (2015). Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, 11(2), 11- 47.

⁵⁸⁹ MAGISTRIS, Gabriela Paula (2004). Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades. Ponencia presentada en el *XIX Congreso Panamericano del Niño: Evolución de la relación del niño en la familia*, 27-29 de octubre, Ciudad de México, México.

⁵⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. p. 7.

⁵⁹¹ COUSO SALAS, Jaime (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 45-166.

Sobre este punto, es importante señalar lo relevante que resulta que el reconocimiento de los derechos del menor sea complementado por una teoría de la autonomía que haga posible el ejercicio individual de aquellos⁵⁹². Conceder titularidad sin autonomía de ejercicio nos vuelve a situar en el mismo punto de partida en que nos encontrábamos cuando los derechos no se reconocían a los niños y adolescentes: nos hace correr el riesgo de terminar definiendo los contornos de esos derechos desde el punto de vista de los adultos⁵⁹³.

Por otro lado, el derecho del niño a ser oído se traduce en el derecho del niño a expresar su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todas las decisiones que le afecten.

A raíz de este nuevo concepto introducido por la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁹⁴, se provocó en el ordenamiento jurídico nacional un profundo cambio en el escenario de la niñez⁵⁹⁵. Actualmente se distingue entre las categorías niño o niña y adolescente, entendiendo por niño/a a todo ser humano que no haya cumplido 14 años de edad, y por adolescente los sujetos comprendidos entre los 14 años y los 18 años⁵⁹⁶. Siguiendo a Barcia Lehemann, esta nueva concepción no deroga lo establecido en el artículo 26 del Código Civil, sino que tiene un ámbito de aplicación diferente. Es decir, las categorías establecidas en el Código Civil obedecen a la capacidad patrimonial y no a la extrapatrimonial (derechos de la personalidad)⁵⁹⁷. Por ello, se puede sostener que los adolescentes, por regla general, son plenamente capaces respecto del ejercicio de derechos

⁵⁹² FREEMAN, Michael (2007b). Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously. *International Journal of Children's Rights*, 15 (1), 5-23.

⁵⁹³ LOVERA PALERMO, Domingo (2009). Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. *Justicia y Derechos del Niño*, 11 (pp. 11-55). Santiago de Chile: UNICEF.

⁵⁹⁴ Al respecto, Isabel González (2012) señala que la Convención sobre los Derechos del Niño no da pautas sobre la edad en que las personas menores de edad adquieren derechos de autonomía, sino que da una orientación general de la cual se desprende que la autonomía es progresiva en concordancia con la evolución de las facultades del niño, evitando barreras rígidas. (GONZÁLEZ RAMIREZ, Isabel (2012). Participación de los Niños (as) en la Solución de Colaborativa de los Conflictos de su Familia. *Achnu*, 269-291)

⁵⁹⁵ Los derechos de la infancia en el Derecho chileno se encuentran claramente radicados en los artículos 222.2°, 234.2°, 242.2° y 245 del Código Civil chileno; 3.1°, 27.2°, 54.1°, N.º 5 y 6, 74.3° y 85.2° de la Ley de Matrimonio Civil y 15 y 16 de la Ley de Tribunales de Familia. Estos artículos se complementan con el preámbulo y artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁹⁶ El artículo 16.3 de la ley N.º 19.968 de Tribunales de Familia, del año 2004.

⁵⁹⁷ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile: Puntotex Thomsom Reuters., p. 387.

extrapatrimoniales, salvo situaciones excepcionales; y los niños o niñas ostentan capacidad más limitada, salvo también casos excepcionales. Naturalmente, los supuestos de excepción deben ser calificados por el juez, de acuerdo con el principio del interés superior del niño y del adolescente.

En síntesis, se puede decir que los niños y niñas, como regla general, son vistos como seres con capacidad limitada para el ejercicio de los derechos, se sobreentiende extrapatrimoniales; y, por el contrario, los adolescentes son tildados como individuos con capacidad de ejercicio autónomo de sus derechos de la personalidad⁵⁹⁸.

3.4. La participación de los niños, niñas y adolescentes: ideas generales

3.4.1. Participación protagónica

Uno de los rasgos característicos de la sociedad en general es la exclusión de los niños, niñas y adolescentes de cualquier proceso de toma de decisiones que involucre, directa o indirectamente, sus intereses, al ser estos contemplados desde una perspectiva de minusvaloración en el plano social. Desde esta perspectiva, se entiende que sus capacidades son limitadas, de modo que su autonomía como informadores no es válida por considerar que su interpretación de la realidad social es poco madura, fiable o simplemente de poco interés⁵⁹⁹.

Desde el enfoque de los derechos, la participación se centra en el reconocimiento del derecho que tienen los niños y niñas a participar de todos los asuntos que les conciernen, tal como lo señala la Convención sobre los Derechos del Niño al reconocerlos como sujetos de derecho, es decir, como ciudadanos auténticos, con derecho a expresarse en lo social y en lo político. Desde esta mirada, el principio de la participación informa todos los artículos de la Convención y se erige en un derecho civil y político básico para todos los niños y niñas.

⁵⁹⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Revista Ius et Praxis*, 2, 3-52.

⁵⁹⁹ RODRIGUEZ PASCUAL, Iván (2007). *Para una Sociología de la Infancia: aspectos Teóricos y metodológicos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, p. 81.

Con todo, curiosamente en la Convención sobre los Derechos del Niño no existe una definición de participación, sino que es el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N°12 (2009), el que entrega un concepto amplio al respecto. Sin embargo, existen ciertos preceptos de la propia Convención en los que se expresa el sentido de la participación: libertad de opinión, derecho de niños y niñas a ser oídos, libertad de expresión, libertad de pensamiento y libertad de asociación.

Vivimos una época en la que se están generando nuevas configuraciones sociales en la relación adultos-niños/as que lleva a que seamos testigos de grandes cambios con respecto a la infancia, entre el que cabe destacar el paso del paradigma de la infancia moderna hacia el paradigma de la infancia ciudadana⁶⁰⁰. Este cambio supone una recomposición de fuerzas en las que se ponen en juego las condiciones de vida presentes y futuras para un sector de la población históricamente excluido, el de la infancia. Y una manera de darle una mayor visibilidad a este sector poblacional se logra a través de la voz, esto es, la posibilidad de que el niño sea oído. Esto se consigue, precisamente, reconociendo las posibilidades que tienen los niños de enriquecer el proceso de toma de decisiones, compartir su perspectiva y participar como ciudadanos y promotores de cambio.

La doctrina nos ofrece diversas clasificaciones por lo que a la forma de participación se refiere, que en teoría van desde depositar la total responsabilidad en la toma de decisiones a cargo de los propios niños/as hasta, en el otro extremo, omitir por completo su intervención, siendo esta última absolutamente atentatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin dar lugar al deber de protección que tiene la familia, la sociedad y el Estado respecto de los derechos de la niñez.

⁶⁰⁰ CÁRDENAS BOUDEY, Sabine (2013). *Mudanzas de la infancia. Entre la institucionalización, la ciudadanización y la mercantilización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Para entender mejor este término transcribiremos una de las definiciones más aceptadas de la participación infantil, elaborada por Hart⁶⁰¹, quien la conceptualiza como una capacidad sujeta a ser desarrollada y vinculada al ámbito de expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social en que la infancia se inserta, en asuntos que involucran la propia vida y/o la de la comunidad.

Este autor, a través de la metáfora de la escalera, explica los diferentes niveles de participación, lo que permite hacernos una idea más clara de lo que significa este concepto. Señala que en los peldaños más bajos estarían los niveles *inferiores* de participación, de tipo manipulada, decorativa y simbólica; este nivel se caracteriza por que no hay realmente participación. Luego siguen los peldaños donde se encontraría la participación efectiva, que corresponderían a aquellos donde la niñez es asignada *desde fuera* a participar, pero estarían informados de las acciones en que se los involucra, hasta aquellas iniciativas originadas y conducidas por niños, niñas y adolescentes, existiendo toma de decisiones compartidas con adultos⁶⁰².

De acuerdo con el análisis de Cussianovich y Márquez⁶⁰³, hablar de participación a secas es insuficiente, ya que se deja abierto un espacio conceptual que puede ser llenado convenientemente desde formatos instrumentalizantes de la presencia o acción de los niños/as, los cuales son incapaces de alterar una estructura adultista y propia de las desigualdades que suelen reforzarse en relaciones de marcada asimetría, como una cuestión de poder y de ejercicio de poder, pero no como poder político, sino entendida como aquella capacidad de poder hacer algo. Por ello, resulta más apropiado hablar de *participación protagónica* o de *protagonismo*⁶⁰⁴, sin considerar esta etiqueta como una mera adjetivación,

⁶⁰¹ HART, Roger. (1993). La participación de los niños. De la participación simbólica a la participación auténtica. *Ensayos Innocenti*, 4, UNICEF, pp.1-48.

⁶⁰² La escalera de la participación está formada por ocho niveles de participación de los jóvenes en proyecto: 1) manipulación, 2) decoración, 3) participación simbólica, 4) asignados pero informados, 5) consultados e informados, 6) iniciadas por adultos decisiones compartidas con niños, 7) iniciadas y dirigidas por los niños y 8) iniciadas por los niños decisiones compartidas con los adultos. (HART, Roger (1993). La participación de los niños..., op. cit.)

⁶⁰³ CUSSIANOVICH, Alejandro y MÁRQUEZ, Ana María (2002). *Hacia una participación protagónica de los niños, niñas y adolescentes*. Documento de discusión elaborado por Save the Children Suecia. Oficina Regional para América del Sur, pp 56-60.

⁶⁰⁴ Ídem.

Derecho a ser oído

ya que no puede reducirse a su contenido político; no hay protagonismo sin participación, pero no toda participación es protagonismo⁶⁰⁵. De ahí que se haya acuñado la expresión *participación protagónica*, a través de la cual los niños pasan a convertirse en individuos capaces de formar parte de sus procesos, participar de las decisiones y convertirse finalmente en ciudadanos iguales en respeto y dignidad⁶⁰⁶.

De ahí la necesidad de replantearse el lugar que los niños, niñas y adolescentes ocupan y de elevarlos al nivel de protagonistas social y políticamente. Por ello, no basta con hablar de participación infantil como un concepto uniforme o expresado únicamente en reunir grupos para preguntarles su opinión, sino que habría que definir explícitamente el nivel de la participación en cuanto a la relación establecida con el mundo adulto y el grado de incidencia directa de niños, niñas y adolescentes.

El año 2010 el Instituto Interamericano del Niño establece algunas consideraciones, entre las que señala que la participación, además de configurarse como un derecho, sería una necesidad psicosocial para el pleno desarrollo individual, un factor protector frente a situaciones de vulneración o maltrato, una estrategia de intervención en situaciones de violencia y un componente central de la educación para la ciudadanía y el fortalecimiento de la democracia⁶⁰⁷.

En relación a lo expresado con anterioridad, Ravetllat Ballesté, desde el contexto catalán, hace una crítica a los artículos 166.3.a) y 142, ambos del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Considera que el legislador, al comparar el título competencial atributivo a la Generalitat de Cataluña de las competencias exclusivas en materia de juventud con las

⁶⁰⁵ ALFAGAME, Erika.; CANTOS, Raquel y MARTÍNEZ, Marta (2003). *De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción*. Madrid: Edición Plataforma de organizaciones de la infancia, p.15

⁶⁰⁶ El protagonismo infantil tiene su origen en América Latina. Parte en los años 60 con los proyectos de educación popular y, más tarde, en los años 70 con la aparición de los movimientos sociales de niños y niñas trabajadores provenientes de diferentes países. Este concepto es el resultado de una construcción social, ya que surge de un fenómeno social, centrado inicialmente en los niños y niñas «explotados»: el protagonismo se alimenta de los movimientos populares de niños que luchan por mejoras de las condiciones de vida.

⁶⁰⁷ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE (2010). *La participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Montevideo: Organización de Estados Americanos (OEA).

llamadas a la *protección* y a la *promoción*, debería haber incluido una tercera opción relativa a la *participación* (derechos activos). De este modo, se habría dado entrada, de una manera patente y plausible, a una nueva línea de pensamiento o filosofía social —ya instalada en nuestro ordenamiento jurídico tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño— que identifica al niño, niña y adolescente como verdadero sujeto de derechos, como ciudadano de presente y actor protagonista de su propia existencia⁶⁰⁸.

3.4.2. Derecho de Audiencia

El derecho de participación en clave judicial se concreta en el derecho a ser oído a través del derecho a la defensa material. Por esta razón, aunque la participación de los menores de edad en las causas judiciales no forma parte de este estudio, creemos necesario entregar una idea general de cómo el legislador introduce la norma del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en los respectivos ordenamientos jurídicos.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño conceptualiza a los niños, niñas y adolescentes como actores, no solo como seres pasivos, hecho que emana de su reconocimiento como sujetos de derecho.

Especial atención daremos en este epígrafe a la referencia establecida en el apartado segundo del art. 12, con respecto al cual el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N°12, ha señalado que esta disposición es aplicable tanto a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten a menores de edad, como a los procedimientos administrativos; y agrega que ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.

A su vez, indica que dicho derecho a ser escuchado abarca distintas materias, ya sean judiciales, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y

⁶⁰⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012b). *La infancia en el Derecho Catalán* (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Barcelona, España), pp.683 y ss.

Derecho a ser oído

adopción, niños en conflicto con la ley, víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias; o administrativas, tales como, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño/a.

El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído no debe limitarse a la sola presentación de este ante el tribunal para ser escuchado⁶⁰⁹, sino que es necesario que los niños, niñas y adolescentes sean parte en aquellos procesos judiciales en que se encuentren en discusión algunos de sus derechos. Asimismo, tampoco la obligación de ser oído debe ser confundida con la de aceptar su voluntad. En los casos en que participan menores de edad dentro del proceso, el juez debe ponderar los principios en tensión y sopesar las alternativas de solución, y la opinión del niño tiene que tener un peso relativo en la decisión que se adopte⁶¹⁰. Es por ello que en la fundamentación de la sentencia es preciso que el juez ponga de manifiesto que la opinión del menor fue tomada en cuenta.

En cuanto a definir la forma y el grado de participación, la Convención sobre los Derechos del Niño remite para su determinación a las normas de procedimiento nacionales, como veremos a continuación.

3.5. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales

3.5.1. Audiencia del menor de edad en la legislación española

El texto legal de la Convención sobre los Derechos del Niño que recoge el derecho a ser oído es la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta norma ha reformado el artículo 9 de la Ley Orgánica de

⁶⁰⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2004). El Derecho del Niño a ser oído. En Claudia Schmidt Hott y María Dora Martinic Galetovic (coords.). *Instituciones de Derecho de Familia* (pp. 145-185). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

⁶¹⁰ ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015). Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales. La efectiva aplicación del Derecho del menor a ser oído. Corte suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015. *Revista Chilena de derecho Privado*, 25, 257-268.

Protección Jurídica del menor de 1996 y ha incorporado una variación del *Derecho a ser oído* por el de *Derecho a ser oído y escuchado*, de acuerdo con las recomendaciones y criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España. Esto significa que el menor de edad tiene derecho, por un lado, a que un tercero, sea el juez o sus progenitores, oigan su opinión para así poder tomar una decisión⁶¹¹; y, por otro lado, a ser escuchado. Esto significa que es el propio menor de edad quien reclama ser oído para que su opinión sea tomada en consideración por la persona que tendrá que tomar una decisión sobre una cuestión que le vaya a afectar, ya sea directa o indirectamente⁶¹².

En la citada norma, el derecho del menor a ser oído y escuchado se establece sin ningún tipo de discriminación por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Ello se aplica tanto en el ámbito familiar (toma de decisiones en el seno interno de la familia), como en cualquier tipo de procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le pueda afectar⁶¹³.

Entiende la norma, a su vez, que las necesidades existentes entre los adolescentes y las que precisan los niños de corta edad no son las mismas, por lo que se ha preferido cambiar el término *juicio* por *madurez*⁶¹⁴. En todo caso, se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión⁶¹⁵. Si bien la norma no establece un límite mínimo de edad para el ejercicio de este derecho, sí afirma que se considerará que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Por lo tanto, el objetivo que se persigue con la

⁶¹¹ Además, con la finalidad de garantizar una atención de calidad tanto en los procedimientos judiciales como administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, pudiendo ser asistidos, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando siempre su intimidad y utilizando un lenguaje comprensible para él con el fin de cumplir todas las garantías del debido proceso.

⁶¹² MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2005). Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten. *Derecho privado y Constitución*, pp.165- 223.

⁶¹³ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (2016). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp.133-159). Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch.

⁶¹⁴ Para definir el momento en que ha de ser oído el menor, ya que está más ajustado al lenguaje jurídico y forense, y que será valorada por profesionales a fin de garantizar una atención de calidad, concretándose incluso los expertos mínimos que deberán actuar en cada caso, su graduación y calificación de expertos.

⁶¹⁵ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario La Ley*, 8590, 1-7.

Derecho a ser oído

audiencia del menor es que en cada caso se adopte la decisión que resulte más satisfactoria para su interés. Para lograr esto, se torna necesario que el menor sea oído, en función de su edad y madurez.

No obstante, en esta materia el legislador ha seguido el criterio de oportunidad contenida en los artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dándole mayor importancia a la protección del menor de edad por sobre su derecho a expresar su opinión, lo cual traslada al juez la facultad de decidir la conveniencia o no de su participación en el proceso. Esto trae como consecuencia, por regla general, que los menores sean marginados al negarles la posibilidad de participar en las decisiones que les afectan directamente, aun a pesar de que esa participación se encuentra legalmente reconocida.

También es reconocido este derecho en el Código Civil español que regula la audiencia al menor en el Libro I, Título IV, Capítulo IX, bajo la rúbrica de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio; y, en concreto, en el art. 92, apartados 2º y 6º, el cual lo configura más como un derecho del menor que como una obligación impuesta legalmente al juez.

El apartado 2º del art. 92 del Código Civil establece lo siguiente:

«El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.»; por su parte, el apartado 6º establece: 92.6: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Asimismo, el Código Civil, en el Capítulo I del Título VII que regula las relaciones paterno-filiales, reconoce el derecho del menor de edad a expresar su opinión en los artículos 154, 156 y 159 del Código Civil.

El artículo 154 del Código Civil aborda la perspectiva familiar. Establece este derecho cuando regula la potestad parental; por ello, el legislador ha entendido que es la manera más efectiva de garantizar el *favor filii*, al señalar que «si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten».

A su vez, los artículos 156 y 159 son planteados desde la perspectiva pública, regulándose en qué situaciones el menor de edad debe ser escuchado en el ámbito familiar.

El artículo 156 Código Civil prevé la audiencia de los menores cuando existan desacuerdos entre los progenitores que ejerzan conjuntamente la potestad parental. Si se diera el caso, cualquiera de los progenitores podrá acudir al juez, «quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre».

Por su parte, el artículo 159 del Código Civil establece la intervención judicial cuando los progenitores vivan separadamente y se diera discrepancia sobre con qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. En este supuesto, «el juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

En materia relativa a la adopción, nos encontramos con el artículo 177 del Código Civil, que regula la constitución de la adopción. Se refiere al derecho a opinar del menor en dos momentos: i) si el adoptado es mayor de 12 años, debe consentir la adopción, lo que implica que si el menor, a partir de esa edad, no da su aprobación a la adopción, esta no podrá llevarse a cabo; y ii) cuando el adoptando sea menor de doce años y tenga «edad y madurez», el artículo 177.3.3º impone la obligación al juez de oír al menor, pero lo que el menor diga no será vinculante para el juzgador.

Derecho a ser oído

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil se decanta por el criterio de oportunidad, que consiste en otorgar al juez la facultad de decidir la conveniencia de que el menor de edad pueda ejercer el derecho a expresar su opinión.

Dos artículos hacen referencia a la audiencia del menor. El primero de ellos es el 770.4, que dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

«(...) si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años».

A su vez, el artículo 777.5 del mismo cuerpo legal, establece que en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles el juez garantizará que el menor «pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

El art. 777.5, por su parte, manifiesta lo siguiente:

«Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días».

La decisión del legislador vuelve a situar, *de facto*, al menor de edad esencialmente como sujeto de protección al considerarle un ser incompleto, vulnerable e incapaz de entender cuestiones de importancia, como las relativas a la separación o el divorcio de sus progenitores. En consecuencia, los niños, niñas y adolescentes son marginados y se les

niega la oportunidad de participar en las decisiones que les afectan directamente, aun a pesar de que esa participación se encuentra legalmente reconocida⁶¹⁶.

El legislador también ha previsto que, en el caso de que el menor no pueda ejercitar este derecho por sí mismo (incluso asistido de intérpretes) o no convenga a su interés, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, para lo cual se nombrará un *defensor judicial*⁶¹⁷. El legislador catalán, en cambio, ofrece una solución más efectiva, pero limitada solo a la adolescencia, en los artículos 113.2⁶¹⁸ y 123.3⁶¹⁹ de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

En cualquier caso, en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar el resultado de la audiencia al menor y su valoración, por lo que se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo N° 413/2014, de 20 de octubre de 2014, el Alto Tribunal vino a aportar su punto de vista al señalar lo siguiente:

«La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio(...). Para que el juez o tribunal pueda decidir

⁶¹⁶ MORCILLO JIMÉNEZ, Juan (2015). La participación de los menores en el contexto de la mediación familiar: Estudio comparativo Cataluña-Gales (Reino Unido) (tesis doctoral. Universidad de Barcelona, Barcelona, España), p.16.

⁶¹⁷ El Artículo 299 del Código Civil español se vincula solo a casos de conflictos de intereses y no en discrepancias con la decisión judicial sobre lo que ha de constituir su superior interés, o con la apreciación de lo que él ha manifestado.

⁶¹⁸ «2. La impugnación por parte del adolescente requiere que previamente la autoridad judicial haya nombrado un defensor o defensora judicial. A tales efectos, cuando una vez notificada la resolución el adolescente manifieste, dentro de plazo, la disconformidad y la voluntad de impugnar, el órgano competente que ha asumido la tutela debe promover su nombramiento judicial».

⁶¹⁹ «3. La impugnación por parte del adolescente requiere que previamente la autoridad judicial haya nombrado a un defensor o defensora judicial, según lo establecido por el Código civil. A tales efectos, cuando, una vez notificada la resolución, el adolescente manifieste, dentro de plazo, su disconformidad y su voluntad de impugnar, el órgano competente que haya asumido la tutela debe promover dicho nombramiento judicial».

Derecho a ser oído

no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada».

En este mismo sentido se expresa la recientemente reformada Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor, en su Art. 9.2, último inciso:

«Cuando convenga *al interés del menor* se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente».

También es importante agregar que el derecho a ser oído solicitado por el menor de edad no es absoluto y puede ser denegada esa solicitud cuando no sea posible o cuando la audiencia no convenga al interés del menor. Por tanto, nos encontramos ante un derecho del menor que no tiene carácter absoluto ya que puede ser limitado en ocasiones, pero siempre de modo motivado y atendiendo primordialmente a su superior interés.

Finalmente, cabe apuntar que la Ley Catalana 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia, en su artículo 7 reglamenta el Derecho a ser «escuchado» en los niños y los adolescentes teniendo en cuenta los siguientes criterios:

«(...) de acuerdo con sus capacidades evolutivas y con las competencias alcanzadas, y en cualquier caso, a partir de los doce años, donde deben ser escuchados tanto en el ámbito familiar, escolar y social como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren directamente implicados y que conduzcan a una decisión que afecte a su entorno personal, familiar, social o patrimonial. Se expresa además que los niños y los adolescentes pueden manifestar su opinión por sí mismos o mediante la persona que designen, y que en el ejercicio del derecho a ser escuchado deben respetarse las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación».

En principio, se podría pensar que la fijación de los 12 años de edad conduciría a imponer limitaciones para el ejercicio efectivo del derecho a ser oído de los niños/as y, por ende, a participar en los procesos de su interés. No obstante, en general, se entiende esta norma de

redacción abierta⁶²⁰, ya que, según las circunstancias, también se da la oportunidad de ser oídos niños/as de edad inferior a 12 años. Además, el Comité de los Derechos del Niño, para 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/as muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias, dando pie para que el rango de edad sea flexible.

En el marco jurídico europeo, el artículo 24.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, dispone lo siguiente: «Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez».

En suma, la participación de los niños, niñas y adolescentes en un proceso judicial se fundamenta en el hecho de que su intervención proporciona al juez una mayor y más cercana información para que pueda velar por sus intereses. Esta oportunidad que le entrega el legislador al juez es propicia para que este capte la verdadera voluntad, necesidades e intereses de la persona menor de edad, dando como resultado de esta escucha un elemento relevante que puede servir para el fallo definitivo, pero no determinante, ya que el juez deberá priorizar el interés superior del niño.

3.5.2. Derecho de audiencia en la legislación chilena

El derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en todo proceso judicial que tenga relación con su futuro está consagrado en la ley N.º 19.968 de 2004 sobre los Tribunales de

⁶²⁰ Es importante recordar que la redacción actual de la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, en su artículo 9 (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) es claramente abierta, al hacer referencia a la edad de 12 años y señalar el concepto de madurez, considerado de acuerdo con el desarrollo evolutivo del niño y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. La Observación General N° 12 de 2009 del Comité establece que el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño señala que se debe partir de la presunción de la existencia de capacidad de formarse un juicio propio por parte del niño y deja claro que no procede establecer límites mínimos de edad, dando espacio inclusive a la primera infancia, siendo determinada solo caso por caso, y desaconseja a los Estados partes 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.

Derecho a ser oído

Familia⁶²¹. El artículo 16, inciso 2º, establece que «el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento».

En Chile, el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en el ámbito judicial se encuentra incorporado en la justicia de familia en el artículo 69 de la Ley 19.968 de Tribunales de Familia, precepto que hace mención a la comparecencia de niños, niñas o adolescentes y que dispone que, en este procedimiento, «el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños (as) o adolescentes, considerando su edad y madurez». En el inciso segundo del artículo, se agrega que dicha comparecencia puede ser llevada a cabo tanto en audiencias preparatorias como de juicio, o en otra especial fijada para dicho objeto, la cual debe ser realizada en un «ambiente adecuado⁶²² y cautelando su salud física y psíquica». También el artículo 5 de la Ley N° 19.968 regula cómo debe ser oído el niño en

⁶²¹ En el proyecto original de la Ley de Tribunales de Familia no se contempla el derecho del niño a ser oído como principio formativo del proceso, pero sí en el procedimiento especial de «Aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de menores de edad». La aplicación de este derecho afectará solo a los de 12 o 14 años según su madurez y a los mayores de esa edad, quienes serán citados a una audiencia preliminar y a la audiencia principal, en la forma y junto a las personas que en dicho proyecto se mencionan. Más adelante, en el Boletín de indicaciones 2118-18 de 2003 se incorpora un artículo 16 bis que contempla como principio del procedimiento el «Interés Superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído». Con todo, su aplicación no tuvo mayor avance por cuanto no existía un criterio uniforme en lo relativo a qué edad debían ser escuchados los niños, niñas y adolescentes por sí mismos o mediante representación. Y así hasta llegar a la aprobación de la Ley N° 19.968, de Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2004. Dentro de los fundamentos generales de la Ley, se menciona en el Mensaje Presidencial la necesidad de «Dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos para hacer frente a un especial tipo de contencioso, para el cual hoy, nuestro ordenamiento, carece de una respuesta específica: el de naturaleza familiar»; se añade además que sea «socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflictos», así como «Considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derechos que deben ser oído, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados».

⁶²² La Observación General N°12 de 2009 del Comité los Derechos del Niño señala que los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas. Con el objeto de hacer eco a lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño, desde el año 2011 se está experimentando con el proyecto piloto «Sala Gesell» en todo el país, por el Poder Judicial, «cuyo propósito es reducir la victimización secundaria del proceso judicial de niños, niñas y adolescentes, garantizando un espacio adecuado en los Juzgados de Familia para que puedan ejercer su derecho a ser oído consagrado en la Convención de los Derechos del Niño como en la propia Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia». (BALLESTERO CÁRCAMO, Rubén (2013). *Discurso Inauguración Año Judicial 2013*. Santiago de Chile: Poder Judicial)

sede judicial⁶²³, estableciendo que es labor del equipo técnico asesorar al juez para su adecuada comparecencia y declaración⁶²⁴. En esta misma línea, la normativa impone al juez velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes, pudiendo con base en este objetivo prohibirse la difusión de datos o imágenes referidos al proceso, o incluso disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada. Es decir, para los jueces de familia es perentorio oír a los menores en procedimientos cuya materia sea proteccional, ruptura matrimonial y/o que involucren el distanciamiento de sus padres, en materia de adopción y, por último, del procedimiento infraccional.

Por otro lado, el artículo 41 permite al niño ser testigo, pero solo podrás ser interrogado solo por intermedio del juez, debiendo las partes dirigir las preguntas a través de él. Excepcionalmente, el juez podrá autorizar el interrogatorio directo del niño, niña o adolescente cuando por su grado de madurez se estime que ello no afectará a su persona. Incluso los artículos 70 y 79 permiten al propio niño/a incoar acción en casos de vulneración de sus derechos y sostener audiencia con el juez, sin necesitar acción alguna de sus representantes legales.

El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta está en directa relación con el principio del debido proceso⁶²⁵, que consagra el derecho a la defensa. Esta puede ser ejercida a través de la defensa técnica o letrada⁶²⁶, que asignará al menor la asistencia jurídica necesaria por medio de la cual este pueda expresar su opinión sobre decisiones que le afecten y que el juez deberá tener en consideración en el momento

⁶²³ La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12.2. establece lo siguiente: «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».

⁶²⁴ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2012). Participación de los Niños (as) en la Solución de Colaborativa de los Conflictos de su Familia. *Achnu*, 269-291.

⁶²⁵ Convención Americana de Derechos Humanos y las Garantías Judiciales del Proceso (1969).

⁶²⁶ Ley N°18.120. Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales.

Derecho a ser oído

de dictar sentencia; en caso contrario, dichas resoluciones serán impugnadas⁶²⁷. Con ello, se da debido cumplimiento a lo fijado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que las personas menores de edad pueden ser escuchadas directamente o por medio de representante, prefiriéndose siempre la forma directa. Es importante recalcar que lo dicho anteriormente no significa que en el momento de resolver la opinión del menor de edad sea lo determinante; si bien será un elemento fundante de su decisión, no puede ser la concluyente, ya que finalmente el juez fallará teniendo en cuenta el interés superior del niño.

En cuanto a la edad mínima para formarse un juicio propio, la Ley de Tribunales de Familia no establece de forma expresa la edad mínima, dando un margen apreciable al juez, por lo que se deberá tener en consideración su edad⁶²⁸, grado de madurez y las circunstancias de

⁶²⁷A nivel nacional, tenemos el fallo de la Corte Suprema, Sentencia de la Corte Suprema (cuarta sala). Rol 124-15, de 18 de agosto de 2015., El «derecho del niño a ser oído» y posesión notoria de estado en juicios de filiación. La Sala fundamenta su decisión en que la omisión de la audiencia a un niño de casi 11 años, es decir, a un niño que «ya goza de un germen de autonomía [...] la cual debe ser apreciada por los sentenciadores» y es demandado en «un proceso en que se pretende determinar su identidad», constituye omisión de un trámite esencial que debió haber sido corregido por el tribunal recurrido. Con relación al artículo 768 N° 9, la Sala considera que esta audiencia debe considerarse incluida en la lista de trámites esenciales que ofrecen los artículos 795 y 800 del Código de Procedimiento Civil para la primera y segunda instancia de juicios ordinarios y especiales, pues en ambos la ley abre la lista con la cláusula «En general», lo que permite entender que «la enumeración que en tales textos se contiene no es taxativa» (Considerando Quinto). A nivel internacional, tenemos el caso emblemático Atala Riffo con la Sentencia de 24 de febrero de 2012 de la Corte IDH en el «Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile». En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constató que la Corte Suprema de Justicia chilena no explicó en su fallo cómo evaluó ni tomó en cuenta las declaraciones hechas por niñas, solo se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las menores, pero sin motivar la razón por la que era legítimo contradecir la voluntad expresada por las menores de edad durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación del derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el interés superior del menor. Por ello, dentro de los fundamentos de su sentencia, la Corte consideró que había sido vulnerado el derecho a ser oído, ya que escuchar a las niñas implica considerar sus opiniones y dar cuenta de ello en la sentencia, hecho que no ocurrió en este caso. (ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015). Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales. La efectiva aplicación del Derecho del menor a ser oído. Corte suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015. *Revista Chilena de derecho Privado*, 25, 257-268)

⁶²⁸Sobre este punto, Espada Mallorquín señala que los informes que han estudiado esta materia reconocen que, si bien no existen rangos o edades prefijadas, se advierte que los niños/as menores de cinco años son rara vez oídos en juicio. La escucha se sitúa desde los seis o siete años en adelante, con una fuerte presencia de entre diez a catorce años, ya que los jueces consideran que dentro de ese rango de edad son menos influenciables o manipulables. A diferencia de los casos de vulneración de derechos, cuanto más edad, mayor participación. (ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015). Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales..., *op. cit.*)

cada caso en concreto⁶²⁹ para sopesar el valor que se otorga a la opinión de la persona menor de edad.

Respecto a los mecanismos para recoger la voz de los niños/as utilizados para ejercer el derecho a ser oído dentro de un proceso judicial, debemos mencionar la participación en audiencias reservadas, peritajes e informes diagnósticos, intervención del curador *ad litem*⁶³⁰ y la participación indirecta en el proceso (representado por un adulto)⁶³¹, siendo esta última la más utilizada. La crítica que se hace al respecto es que, en la práctica, se observa que los jueces tiene una clara inclinación a dar preferencia a los informes de especialistas y peritajes para incorporar en el proceso la opinión de los niños y las niñas, antes que emplear el mecanismo directo de participación de la audiencia reservada.

En cuanto a la figura *ad litem*, Couso la considera defectuosa, puesto que la Ley de Tribunales de Familia, en el artículo N°19, establece para su nombramiento la existencia de un «interés independiente y contradictorio» del de sus padres. Luego, por regla general, la representación radica en los padres y excepcionalmente en un curador *ad litem*. Por esta razón, el mencionado autor considera que la regla debería ser la inversa, esto es, que siempre se designase un representante y que los padres o representantes legales solo

⁶²⁹ MASON, Mary Ann (2003). ¿Una voz para el Niño? *Revista de Derechos del Niño*. 2, 115-138.

⁶³⁰ El Artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia establece lo siguiente: «El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación».

⁶³¹ Las autoras Vargas y Correa denominan este mecanismo como de «no participación», según el cual los adultos hablan «en nombre» del niño, interpretan sus deseos, intereses, temores y expectativas. En general, ello se traduce en lo que los adultos «creen que el niño quiere» o «creen que es mejor para él», pese a que puede no coincidir con el interés manifiesto de los niños.

Además, se entiende que la baja participación de los niños y la nula voz que es visible se explica, entre otras razones, por la naturaleza de las materias que les dieron origen, lo que sucede principalmente en casos de relación directa y regular, cuidado personal y algunos de violencia intrafamiliar. En otras palabras, el niño no es considerado como «protagonista», sino como uno entre varios otros elementos que componen el litigio de los adultos y solo son mencionados como un «dato» de la causa. (VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). *La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile*. *Revista Ius et Praxis*, 1, 177-204)

Derecho a ser oído

tuvieran esa representación en los casos en los que se descartase completamente la existencia de un interés contradictorio con el del menor⁶³².

Si bien el legislador chileno establece los mecanismos para que la participación de los niños o las niñas en los procesos judiciales de familia se haga efectiva, no hay ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico ni en la Convención sobre los Derechos del Niño que establezca cómo poner en práctica este derecho.

Ahora bien, no podemos obviar que la incidencia práctica de la intervención de los niños y niñas en los procesos judiciales es baja, lo que encuentra su explicación, desde una perspectiva procesal, en que en los juicios de familia los menores de edad carecen de calidad de parte, la que generalmente es detentada por padres, madres, abuelos, tíos o representantes de organismos públicos o privados, entre otros. Por esta razón, es importante un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos, primordialmente de los jueces de familia. Es necesaria la incorporación directa de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de hacer efectivo el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados en los asuntos que se ventilen en relación con sus derechos e intereses, y a que sus opiniones sean tomadas debidamente en cuenta⁶³³.

Esta directriz también ha sido recogida en distintos textos legales en los que se manifiesta de manera expresa la necesidad de una audiencia, a saber: en materia de adopción (Ley 19.620, artículo 3); en los procesos de separación, nulidad de matrimonio y divorcio (Ley 19.947, artículo 85 inciso segundo)⁶³⁴; en el cambio de nombre (Ley 17.344, artículo 1 inciso final); en materias de cuidado personal y relación directa y regular (art. 225-2 (f))⁶³⁵,

⁶³² COUSO SALAS, Jaime (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 145-166.

⁶³³ SALUM ALVARADO, Elena, SALUM ALVARADO, Sara y SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo (2015). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los Tribunales de Familia chilenos: La audiencia confidencial. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 26(2), 53-78.

⁶³⁴ la Ley de Matrimonio Civil, artículo 85, inciso segundo establece que el juez «oirá al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, en todos los juicios relacionados con su persona o sus bienes».

⁶³⁵ En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

f) La opinión expresada por el hijo.

227 inciso 1^{o636}, 229 inciso 3⁶³⁷ y 242 inciso 2^{o638} del Código Civil); y, finalmente, el artículo 105 letra e) permite la asistencia del niño a mediación cuando se considere importante para la solución del problema.

En la práctica, podemos observar que la posibilidad de los niños y las niñas de hacer valer personalmente sus derechos en los procesos en que puedan tener interés están por regla general entregadas a la discrecionalidad del juez. La idea de considerar a los niños y las niñas como una parte procesal autónoma de los progenitores o guardadores no ha prosperado mayormente, atenuando significativamente la efectividad de la garantía del debido proceso con que se vincula su derecho a participar en las decisiones judiciales o administrativas que les involucren.

Por último, se perciben en la última década significativos avances de tipo legislativo y de políticas públicas en este tema, lo que significa un trabajo arduo y reflexión constante para lograr provocar un gran cambio cultural. Esto implica, para que pueda ser llevado a cabo, tanto la adquisición de un modelo de buen trato a los niños/as y adolescentes en sus participaciones judiciales como también que dicha participación se configure dentro de sus facultades como sujeto de derechos⁶³⁹. Para el logro de estos objetivos es importante hacer hincapié en la capacitación y perfeccionamiento permanente de los profesionales que trabajan en el ámbito judicial, con el fin de formar personal especializado en la materia, dando el enfoque debido dentro de un ambiente lo menos traumático posible para que el menor de edad pueda expresar su opinión.

⁶³⁶ El Artículo 227, inciso primero, ubicado dentro de las normas del derecho-función de cuidado personal, establece: «En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes».

⁶³⁷ El Artículo 229, inciso tercero, establece: «Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, (...)».

⁶³⁸ El Artículo 242 inciso segundo establece que «en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez».

3.6. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos extrajudiciales

La ruptura matrimonial es un proceso doloroso para la pareja, sentimiento que se ve acrecentado cuando se tienen hijos en común, lo que se traduce, comúnmente, en una separación difícil, con problemas de comunicación y sentimientos negativos, lo que repercute en todo el grupo familiar.

Por esta razón, y de acuerdo con diferentes estudios realizados con menores de edad que se ven enfrentados a quiebres familiares, no es conveniente excluirlos de los conflictos de pareja. Es importante tener en cuenta las necesidades de los hijos, lo cual se logra a través de la creación de espacios en el proceso de mediación familiar. Estos espacios tienen que permitir dar voz a las necesidades e intereses del menor; favorecer el ser escuchados y opinar sobre las decisiones que les van a afectar⁶⁴⁰, aun cuando lo que manifiesten no sea determinante en el momento de tomar la decisión final que será asumida por los padres; y facilitar el poder contar cómo se sienten y oír de sus padres que les quieren y que no son los responsables de la separación.

En situaciones de conflicto familiar, los niños/as y adolescentes no deben ser apartados ni se les puede negar el derecho a ser oídos argumentando que los adultos son los únicos capacitados para tomar decisiones. Debemos desterrar de nuestro pensamiento la idea de que los menores de edad tienen capacidades limitadas y que, por su inmadurez, sus opiniones no tienen validez.

Garantizar la voluntad del adulto en detrimento de los menores es el instrumento de los adultos para controlar al menor y someterlo a sus propios intereses. En la mayoría de los conflictos de pareja, los progenitores no piensan en el mejor interés de sus hijos, porque están sumergidos en un interés partidista. Esta actitud es contradictoria con lo que corresponde al comportamiento de un adulto, ya que anteponen intereses ajenos a los niños

⁶⁴⁰ En un estudio efectuado en el Reino Unido se concluyó que los niños en general, querían tener voz propia en los temas que los afectan. Incluso los más pequeños podían entender y hablar sobre la noción de derechos y de ser escuchados. Algunos deseaban participar en la toma de decisiones, mientras que otros sólo querían ser consultados, sin que se les diese alguna responsabilidad sobre las decisiones. PARKINSON, Lisa (2005): *Mediación Familiar. Teoría y Prácticas: Principios y estrategias operativas* (España, Editorial Gedisa), pp.201-204.

como los económicos, afectivos de pareja, entre otros, y no son conscientes de los efectos perjudiciales ocasionados en los menores de edad durante el periodo de ruptura.

Una conducta adecuada en estos casos es que, en el inicio del conflicto marital, los padres o tutores desplieguen múltiples mecanismos para amortiguar los efectos negativos y destructivos en los menores, tratando de aminorar los daños afectivos-sociales; en caso contrario, generarán consecuencias que arrastrarán a lo largo de su ciclo vital⁶⁴¹.

Se aprecia, por tanto, el impacto que tienen las decisiones que toman los padres en el proceso de mediación sobre la vida de los niños, hasta el punto de determinar una situación de hecho que perdurará en el tiempo y que, muchas veces, se tornará permanente.

3.6.1. Los hijos en mediación familiar

La pregunta que surge en este punto es la siguiente: ¿resulta conveniente incluir a los menores de edad en los procesos de mediación? Al respecto, coexisten diferentes argumentos. Hay mediadores que consideran que los menores son seres muy vulnerables y deben ser alejados del conflicto y, por consiguiente, del proceso. Otros creen que el niño/a, una vez alcanzada la adolescencia, puede concretar y comprender lo abstracto. Y, por último, hay quienes manifiestan abiertamente que puede resultar beneficiosa la intervención de los hijos en la mediación, planificada cuidadosamente junto a los padres.

La doctrina se manifiesta de diversas formas. Por un lado, están los que plantean la no participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación, entre los que se encuentran Taylor y Adelman⁶⁴². Estos autores son de la idea de que no se puede aceptar su participación porque en los padres recae la capacidad de tomar decisiones sobre el futuro de los menores, y es a ellos, por tanto, a los que corresponde esa responsabilidad. Estos

⁶⁴¹MOLONEY, Lawrie y MCINTOSH, Jennifer (2004). Child-responsive practices in Australian family law: Past problems and future directions. *Journal of Family Studies*, 10(1), 71-86

⁶⁴²TAYLOR, Linda y ADELMAN, Howard (1986). Facilitating children's participation in decision that effect then: from concept to practice. *Journal of clinical child psychology*, 15(4), 346-351.

autores basan su argumento en la experiencia constatada por sí mismos en procesos de mediación familiar, casos en los cuales observaron efectos contraproducentes para el menor de edad, tales como excesiva ansiedad, malas decisiones y resultados poco satisfactorios. Arguyen como causa principal la carencia de madurez para abordar cuestiones de esta naturaleza. Por su parte, Corvo⁶⁴³ limita la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación a casos muy concretos, debiéndose cumplir una serie de requisitos, tales como que los padres estén de acuerdo y se comprometan a no aleccionar a los niños una vez terminada la sesión; que se haya dejado claro al niño que no tiene responsabilidad en la decisión de los padres; que el mediador cuente con información complementaria y que también —y en esto pone énfasis— tenga habilidades especiales y experiencia en la comunicación con niños/as y, en caso de no tenerla, que participen en el proceso profesionales experimentados en el trabajo con niños/as, como psicólogos u orientadores infantiles.

Por otro lado, encontramos quienes consideran que la intervención de los menores de edad forma parte de todo proceso de mediación familiar; sus diferencias solo variarán atendiendo a los criterios de la edad o al momento exacto en que debe invitárseles a participar. Para Campell⁶⁴⁴, la mediación es «una opción para que los niños puedan ser escuchados sobre aquello que les concierne». Responde a una acción más socializadora, que incluye a los niños para buscar la defensa del mejor interés sacándolo del contexto del adulto. En este sentido, Cárdenas⁶⁴⁵ juzga que es preferible entrevistar a los hijos cuando el mediador ya se ha ganado la confianza de los padres, en lo que se denomina el «círculo del sistema familiar», favoreciendo así las posibilidades de escucharse mutuamente y buscar soluciones compartidas. Pero, a la vez, considera que puede resultar arriesgado, ya que los hijos pueden ser incitados a tomar partido por alguno de ellos; o puede que no agrade a uno de los progenitores lo que se diga en la intervención y se retire de la mediación, provocando con ello un desequilibrio de lealtades y afectos entre los miembros de la familia, entre otras

⁶⁴³ CORVO LÓPEZ, Felisa-María (2008): «Los hijos menores ante el proceso de mediación ». Gómez Gállego, Javier (coord), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Tomo I, España, Editorial Aranzadi S.A.). 383- 413.

⁶⁴⁴ CAMPBELL, Alan. (2002): Working with Children in Family Mediation. In *Psychotherapy in Australia*, 8 (4), pp.46-51.

⁶⁴⁵ CÁRDENAS, Eduardo. (2000). La mediación en conflictos familiares. Bs. Aires. Ed. Humanitas, pp.147.

consecuencias. Por esta razón, prefiere hablar de una *participación opcional y ordenada*, en la que ambos conceptos, de manera complementaria, permiten establecer criterios de participación gradual de los niños y las niñas, de acuerdo con los principios de autonomía progresiva según la edad y madurez. De esta manera, se favorece que el niño, niña y adolescente pueda ejercer su derecho a ser oído, siempre con la ayuda del mediador⁶⁴⁶.

Parkinson⁶⁴⁷, en cambio, condiciona la participación de los niños en el proceso de mediación a requisitos relativos a su protección. Pese a que señala razones para no involucrar a los niños/as en la mediación, también indica una serie de beneficios potenciales que tendría su inclusión. La gran mayoría de los menores que han tomado parte en la mediación dicen que su participación en el proceso los ayudó mucho. Por una parte, la mediación sirve para dar las explicaciones, tranquilizar a los niños/as y facilitarles un espacio en el que poder quedarse a solas con el mediador y transmitirle sus sentimientos y preocupaciones, sin que el menor se sienta ansioso porque lo están oyendo sus progenitores. Por otra parte, proporciona a los padres la información que les puede ayudar a comprender las preocupaciones y sentimientos del niño/a, a fin de que puedan tenerlas en cuenta a la hora de tomar una decisión. La autora termina señalando que, en los procesos de mediación donde participan niños/as o adolescentes, es indispensable que los mediadores tengan una formación especial para poder realizar este trabajo. Por su parte, Couso entiende que, dentro de la línea procedimental, el niño y la niña tienen que tener la posibilidad

⁶⁴⁶ Se han establecidos estándares de trabajo de mediación, dirigidos a establecer los límites de intervención de los adultos, sin menoscabar el principio de interés superior del niño y niña que interviene en el proceso de mediación:

- El mediador o mediadora debe contar con formación específica para el trabajo con niños y niñas.
 - La sesión o sesiones con la participación de niños y niñas se deberá efectuar en un lugar especialmente destinado a ello, que disponga de los implementos necesarios para el trabajo con los niños y niñas, considerandos su edad y madurez.
 - Se define con anterioridad la presencia o ausencia de los padres de la sesión de trabajo, conforme al objetivo que se persigue.
 - Se define con anterioridad con los padres su nivel de participación (que, donde, cuando y como) dentro de la sesión, de acuerdo al objetivo programado.
 - Se definen los contenidos, orden, temas y quienes los plantearan en la sala de mediación a los niños y niñas, según el objetivo programado.
 - Se define el mensaje inicial y final que los padres deseen entregar a los hijos e hijas que asisten a la sesión.
- En VALDEBENITO LARENAS Caterine (2013). Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile. RUMBOS TS, año VII, N° 7. ISSN 0718- 4182. pp. 48 – 69.

⁶⁴⁷ PARKINSON, Lisa (2005): Mediación Familiar. Teoría y Prácticas: Principios y estrategias operativas (España, Editorial Gedisa), pp.201-204.

Derecho a ser oído

efectiva de participar desde el inicio del procedimiento hasta su término, permitiéndoles opinar y participar en la decisión de todos los asuntos que les afectan y que se planteen en el desarrollo del proceso judicial⁶⁴⁸.

Podemos concluir, una vez que hemos estudiado la opinión de los expertos en la materia⁶⁴⁹, que existe unanimidad en la opinión de que, en los procesos donde intervienen menores de edad, se debe velar por sus necesidades e intereses. Una de las maneras de lograr este objetivo es incluyéndolos en este tipo de procesos, ya que así nos aseguramos de que realmente se les está reconociendo su derecho a ser oído. Por lo mismo, es importante recalcar que el mediador debe tener una adecuada formación para intervenir en

⁶⁴⁸ COUSO SALAS, Jaime (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 145-166.

⁶⁴⁹ Dentro de este contexto es interesante mencionar el proyecto piloto Neozelandés a la inclusión de los menores en el proceso de mediación familiar. El gobierno de Nueva Zelanda emprendió un proyecto piloto (2005-2007) con tres objetivos bien definidos: hacer frente a los nuevos requerimientos de la mediación familiar, reducir la demanda de los servicios de asesoramiento judicial y restringir el número de casos que retornan al Tribunal de Familia para un consejo posterior. Para su estudio, se trabajó con niños/as y adolescentes entre los 8 y 16 años de edad. Este proyecto piloto arrojó importantes datos a tener en consideración. En primer lugar, se estableció que con la participación de los menores de edad en este tipo de procesos se reduce considerablemente el conflicto familiar, ya que muchos de estos niños/as aportaron soluciones más rápidas, consensuadas, atenuando las consecuencias. También se pudo apreciar que la presencia del mediador es importante en su papel de agente facilitador para llegar al acuerdo. Al preguntarles cuál era el elemento negativo frente a la crisis parental, los niños explicaban que radicaba principalmente en la dificultad de no poder entablar conversaciones con sus padres, motivo por el cual tenían un sentimiento de pseudoabandono por parte de los adultos. Por ello, reclamaban un espacio donde poder expresar sus emociones y sentimientos, o cosas tan simples como las necesidades de la vida cotidiana. Otra cosa que resultó relevante fue constatar que, debido a la crisis parental, en todo el núcleo familiar se presentaron cuadros de estrés motivados por la inseguridad que genera este tipo de conflicto, provocando en los niños sentimiento de responsabilidad por la ruptura, conflicto de lealtad debida a cada uno de los padres, preocupación ante el rechazo de los padres, miedo a ser abandonado y miedo a la posibilidad de no ser querido. Todo ello repercutía en los estudios y en las relaciones personales. El proyecto desveló que una de las principales demandas de los menores de edad era la necesidad de recibir información de sus padres o tutores, ya que no entendían por qué se los aislaba del conflicto parental. El resultado final de este estudio es que solamente un 10% de todos los casos tratados retornó al Tribunal de Familia, reduciendo el tiempo de tramitación y abaratando costes, tanto a familias como al propio Ministerio. Con todo, si bien el proyecto piloto ha resultado ser un buen aporte, ha dejado grandes interrogantes sin contestar, tales como la edad apropiada de los niños/as y adolescentes para ser incluidos en un proceso de mediación familiar. Tampoco fue tratado en el estudio cómo hacer frente a la diferencia cultural en el proceso mediador; solo se centró en un perfil muy concreto, el grupo clasificado por el gobierno como neozelandeses-europeos, y dentro del modelo de familia nuclear, desestimando a los grupos étnicos y minorías nacionales. Nueva Zelanda se caracteriza por ser un país intercultural donde habitan minorías indígenas y nacionales. Por lo tanto, al procedimiento de mediación le corresponderá proporcionar un patrón multiétnico y multicultural para hacer frente a las crisis familiares. Los maoríes y otras etnias del pacífico que viven en Nueva Zelanda presentan una realidad familiar y cultural muy diferente al grupo objeto de estudio, basadas en la familia extensa. Por lo tanto, las leyes o normativas reguladoras sobre esta materia deberán recoger esta necesidad. (VALERO MATAS, Jesús (2010). La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso Neozelandés. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 9(1), 89 -100)

estas mediaciones con niños y jóvenes adolescentes.

3.6.2. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación dentro del ordenamiento jurídico catalán y chileno

La mediación que incorpora a la infancia en los temas de justicia de familia plantea que ello se realiza buscando el cumplimiento de al menos dos objetivos mínimos: a) que la participación debe de ayudar a potenciar los recursos de los padres para la toma de decisiones; y b) que debe de realizarse en un encuadre capaz de evitar intervenciones que obstaculicen el desarrollo de las funciones parentales, centrando el enfoque en el fortalecimiento del sistema parental por encima del sistema filial, en el entendido de que los adultos son los responsables de tomar las decisiones que atañen a la familia⁶⁵⁰.

Si bien se pueden encontrar otras manifestaciones de aplicación de la mediación familiar, en este apartado pondremos especial atención en los casos de delación tutelar, plan de parentalidad y potestad parental (Cataluña) o cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad (Chile).

En efecto, en todas estas situaciones existen grandes intereses de las partes, que no solo se traducen en sus aspiraciones personales, sino que tienen que ver en gran medida con situaciones que repercuten directamente en la vida de los hijos, como son la determinación de la patria potestad, la guarda y custodia, los alimentos, el régimen de relación directa y regular.

Por ello, debemos recordar que la realidad nos demuestra que, tras la ruptura matrimonial, hay un alto porcentaje que no pone punto final al conflicto, sino que, más bien, se abre un nuevo escenario en el que perpetuar la disputa. La decisión de separarse es difícil, pero una vez que la convivencia entre los miembros de la familia se vuelve insostenible, generalmente esta se hace efectiva provocando un periodo de desorganización y cambios en

⁶⁵⁰ VALDEBENITO LARENAS Caterine (2013). Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile. RUMBOS TS, año VII, N° 7. ISSN 0718- 4182. pp. 48 – 69.

el entorno familiar. Quienes lo viven de peor manera son los hijos que, en ocasiones, reaccionan con un natural sentimiento de abandono respecto al progenitor que se va, aunque no puedan entender del todo sus motivos, y con un intenso apego emotivo hacia el progenitor que se queda, al que protegen y piden protección⁶⁵¹. El hijo se ve encerrado entre dos mundos, el paterno y el materno⁶⁵², por lo que recibe presiones, habitualmente encubiertas, que provocan, entre otros, el conflicto de lealtades, como una dinámica familiar en la que la lealtad hacia uno de los padres implica deslealtad hacia el otro⁶⁵³. En muchos casos también se apodera de los niños, niñas y adolescentes un sentimiento de abandono, aflorando *el Síndrome de Alienación Parental* que trae como consecuencia la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al no garantizar, obstaculizándolo, el derecho fundamental de mantener sus afectos y vínculos emocionales con sus progenitores y familiares.

Por esta razón, nos detendremos un instante en este punto, ya que el *síndrome de alienación parental* está íntimamente vinculado a la relación directa entre progenitores e hijos. En el capítulo 2, se pudo observar cómo el legislador ha ido evolucionando en este campo en función del principio del interés superior del niño, de tal manera que hoy reconoce que ambos padres son competentes para el cuidado personal de sus hijos, abriendo las puertas a la posibilidad de la custodia compartida.

Se trata de un fenómeno relativamente reciente y formulado por Gardner, que lo definió como sigue:

«(el síndrome de alienación parental) es un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una

⁶⁵¹ BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio (2002). Síndrome d'alienació parental o familiar. Jornada Problemes emergents entorn dels menors i les famílies en l'àmbit civil.. Revista de *Psicopatologia legal y forense*, Vol.2, N^o3, pp. 25-45.

⁶⁵² VALERO MATAS, Jesús (2010). La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso Neozelandés. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*. Universidad de Santiago de Compostela (España, volumen 9, número 1): pp. 89 -100.

⁶⁵³ BORSZOMENGY-NAGY, Iván y SPARK, Geraldine (1973). Las lealtades invisibles. Reciprocidad en terapia familiar intergeneracional. Buenos Aires: Amorrortu.p.38.

programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo. Más tarde, se agregaron dos elementos: cuando un “maltrato o abuso sexual” está presente, la animosidad puede estar justificada y así la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable”⁶⁵⁴.

Para estar frente a este tipo de fenómeno, siempre deben presentarse dos factores: por un lado, las conductas manipuladoras del progenitor; y por otro, un resultado sintomatológico en el menor alienado.

Este autor describe una serie de síntomas primarios característicos que presentan los niños alienados⁶⁵⁵, tales como, entre otros, aportar argumentos sin peso para desacreditar; demostraciones de odio por parte del hijo alienado hacia su progenitor; autonomía de pensamiento en el sentido de que las decisiones y los actos son de responsabilidad e iniciativa propia del niño (él es un pensador independiente); escenarios prestados, es decir, presencia de escenas, pasajes, conversaciones y términos que el hijo adopta como propios o vividos en primera persona, aun cuando jamás hubiera estado presente cuando ocurrieron o resultarían incoherentes con su edad, por nombrar algunas. Para complementar el trabajo de Gardner, los autores Waldron y Joanis (1996) han sugerido nuevos indicadores que identifican el *síndrome de alienación parental*: suele haber contradicciones entre las propias declaraciones del niño y en su narración de los hechos históricos; el niño tiene información inapropiada e innecesaria sobre la ruptura de sus padres y el proceso legal; el

⁶⁵⁴ GARDNER, Richard (1991). Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces. *Court Review*, 28(1), 14-21.

⁶⁵⁵ 1. Campaña de Difamación. El progenitor alienador transmite al hijo detalles, sentimientos negativos y malas experiencias vividas con el progenitor odiado.

2. Razones débiles, frívolas o absurdas.

3. La animadversión hacia el progenitor alienado carece de la ambivalencia normal. El hijo está absolutamente seguro de su sentimiento de odio.

4. Fenómeno del Pensador Independiente. El niño está seguro de que ha llegado solo, sin ayudas externas, al odio que siente hacia su progenitor.

5. Apoyo al Progenitor Alienador. El niño siente que debe apoyar al progenitor que inicia la campaña de difamación puesto que en dicho progenitor está su seguridad, ya que normalmente dicho progenitor detenta su cuidado personal.

6. El niño expresa desprecio sin culpa alguna contra el progenitor odiado.

7. Evidencia de Escenarios Prestados. El niño utiliza un lenguaje que no le es propio. A veces utiliza terminología que no entiende, porque repite lo que expresa el progenitor alienador.

8. El odio se traspasa a toda la familia del progenitor alienado.

Derecho a ser oído

niño muestra una dramática sensación de urgencia y fragilidad, todo parece tener importancia de vida o muerte; marcada ausencia de pensamiento complejo acerca de las relaciones; el niño demuestra un sentimiento de restricción en el permiso para amar y ser amado⁶⁵⁶.

Para entender mejor este fenómeno, Gardner distinguió entre la *alienación parental* y el *síndrome de alienación parental*. La primera corresponde a los casos en que solo hay una campaña de difamación, en la que el menor de edad no interviene por sí mismo, situación que se resuelve con una buena terapia que da solución al problema. En cambio, en el *síndrome de alienación parental*, el hijo es cómplice del progenitor alienador y crean sus propias teorías sobre por qué deben odiar al progenitor alienado. Sobre lo que no hay dudas es sobre el hecho de que el *síndrome de alienación parental* es un síndrome familiar, en el que cada uno de sus participantes tiene una responsabilidad relacional en su construcción y, por tanto, también en su transformación⁶⁵⁷.

En ambos ordenamientos jurídicos no existe una norma expresa que reconozca el *síndrome de alienación parental*, por tratarse de un trastorno de reciente estudio⁶⁵⁸. Donde encontramos un leve acercamiento a este tipo de fenómenos es en el artículo 94 del Código Civil español, que establece lo siguiente:

«El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, señalando una causal genérica: el juez puede limitar o suspender el derecho de relación directa y regular si existen graves circunstancias o se incumpliere grave y reiteradamente lo decretado por el juez».

⁶⁵⁶ WALDRON, Keneth y JOANIS, David (1996). Understanding and collaboratively treating parental alienation syndrome. *American Journal of family law*, 10, 121-133.

⁶⁵⁷ BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio (2005). Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno filial: del juzgado a la mediación. *Trabajo Social hoy*, 1 (Extra), 105-124.

⁶⁵⁸ Se observan ciertas críticas respecto al uso del término «síndrome», toda vez que no ha sido incluido en los sistemas de diagnóstico de salud mental.

Sin embargo, en estos últimos años, se ha desarrollado una importante elaboración jurisprudencial que reconoce que el descubrimiento, en el caso específico, significa una verdadera violación a los derechos del niño, claramente definidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que abre camino a que en un futuro no muy lejano sea reconocido y quede incorporado en los respectivos cuerpos legales.

Para los casos de cuidado personal o relación directa y regular, en los que se presenta este tipo de fenómeno, consideramos que la mediación es un escenario propicio para su resolución, especialmente porque aparecen niños/as involucrados sobre los que repercutirán las decisiones definitivas. Con la ayuda del mediador, las partes pueden encontrar el camino hacia la solución a través de la comunicación y el respeto, por lo que resulta más ventajosa que un litigio judicial. La mediación permite, a su vez, que los hijos sean debidamente escuchados en esta instancia, cuidando que no se involucren para evitar que tengan que acusar a los padres, servir de testigos o tomar decisiones. Son los mediadores, por tanto, quienes deben procurar que los adultos tomen las decisiones, pero sobre la base de la información y consideración de las necesidades de sus hijos⁶⁵⁹.

3.6.2.1. Participación de los niños, niñas y adolescentes en la mediación familiar en el ordenamiento jurídico catalán

La Ley 15/2009 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, establece en forma expresa en el artículo 4.2⁶⁶⁰ las personas que están legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación a los menores de edad; e incluso pueden hacerlo «asistidos por un defensor cuando sea beneficioso para ellos». Además, en sus Artículos 12, 13 y 19 también se tienen en cuenta que, para poder comenzar una mediación, debe haber transcurrido un año desde el último procedimiento de mediación en relación al mismo

⁶⁵⁹ PALAVICINO CÁCERES, Adriana (2011). Relación directa y regular y síndrome de alienación parental. Abordaje a través de la mediación familiar. *Revista CREA*, 75-91.

⁶⁶⁰ El artículo 4.2. indica lo siguiente:

«Los/as menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los/las menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora».

Derecho a ser oído

«objeto», pudiendo retomar el asunto antes de tiempo si de ello depende en bienestar de los hijos menores. Por otra parte, el mediador tiene el deber de comunicar a las partes que, durante todo el proceso y en la decisión de acuerdos, se tendrá presente el interés superior del menor. Esta Ley de mediación familiar tiene la particularidad de ser la única de todas las comunidades autónomas que prevé expresamente que los/as menores de edad pueden intervenir en el procedimiento de mediación familiar.

Pueden intervenir e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. Los menores de edad están legitimados para intervenir en un proceso de mediación, siendo su limitante el que tengan suficiente conocimiento. Pero los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten, a los cuales el legislador les ha colocado como una medida de protección, en los casos en que exista contradicción de intereses, que puedan participar asistidos por un defensor/a⁶⁶¹ para suplir su falta de capacidad.

No debemos olvidar que el Derecho civil catalán, respecto a la capacidad de obrar, exige edad y un mínimo de madurez en el sujeto: la indispensable para poder cuidar por sí mismo⁶⁶² de sus propios intereses, para gobernar su persona y bienes o, simplemente, para actuar con total libertad e independencia. Esta norma aplicada a la mediación familiar se encuentra limitada para la actuación de los menores. Ravetllat Ballesté⁶⁶³, después de estudiar el tema, ha concluido que la legitimación de los menores en la intervención de un proceso de mediación es restringida. Basa su argumento en el término «excepcionalmente» que utiliza el legislador en el artículo 4.2, que limita su intervención a ciertas materias, excluyendolo de las demás. Estas son las que tienen relación con filiación, adopción y

⁶⁶¹ DUPLÁ MARÍN, María Teresa (Coord.) (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*. Santiago de Compostela. España: Editorial Andavira Editora, p.413.

⁶⁶² La redacción del artículo 7, Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, deja la puerta abierta a situaciones en que el niño tenga la madurez suficiente para poder ejercitar su derecho a ser oído a una edad inferior a los 12 años. A su vez, la redacción actual de la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, en su artículo 9, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pareciera tener una redacción abierta, donde, a pesar de hacer una referencia a la edad de 12 años, alude de forma principal al concepto de madurez, el cual será considerado de acuerdo al desarrollo evolutivo del niño y su capacidad.

⁶⁶³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012b). *La infancia en el Derecho Catalán* (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Barcelona, España), pp.669-675.

acogida; las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos; los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos; y los conflictos relativos a la comunicación y relación entre los progenitores, descendientes, abuelos, nietos, y demás parientes y personas del ámbito familiar.

Solo se puede circunscribir a lo estipulado por el legislador, por lo que, si el menor de edad quisiera iniciar un proceso de mediación familiar, le será negado, ya que esta posibilidad no se encuentra contemplada en la normativa, aun cuando se le reconozca como sujeto de derecho y con una capacidad progresiva para ejercerlos, según su edad y grado de madurez. En consecuencia, esta oportunidad queda restringida al ámbito de los adultos.

Será función del mediador, como profesional que dirige la mediación, tener especial consideración a que este derecho de ser oído sea reconocido, por lo que deberá consensuar con los progenitores si se considera oportuno o no que sus hijos acudan a alguna sesión de mediación y en qué circunstancias hacerlo. Por regla general, no se lleva a los menores a las sesiones de mediación, aun cuando se ha demostrado que con su participación mejoran las relaciones entre padres e hijos y se reduce el conflicto. Si bien es escasa la intervención de los hijos en mediación familiar, queda a los progenitores la responsabilidad de comunicarle al hijo aquellos cambios o acuerdos que se vayan alcanzando, así como escuchar sus dudas, necesidades, sugerencias y deseos de la situación que está aconteciendo.

3.6.2.2. La participación de los niños, niña y adolescentes en la mediación familiar en el ordenamiento jurídico chileno

La regla general en la normativa chilena sobre mediación familiar es que los menores y los incapaces no pueden acudir voluntariamente a mediación, ya que la ley habla de adultos involucrados. Sin embargo, por el principio del interés superior del niño, puede ser aplicada

Derecho a ser oído

y así acudir a mediación solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación⁶⁶⁴ (artículo 105 letra f. de la Ley de Tribunales de Familia).

La norma establece que solo en casos excepcionales el niño/a podrá participar en el proceso, y que tal participación requerirá una previa consideración de oportunidad que solo el mediador determinará, sin oírlo. En efecto, podrá participar cuando a juicio particular del mediador sea «estrictamente indispensable», pero no para los intereses del niño, sino «para el desarrollo de la mediación»⁶⁶⁵.

El mediador velará por los intereses del menor de edad y determinará la oportunidad de participar en el proceso de mediación, pero sin oírlo previamente, y pasará a llevar por completo la autonomía progresiva del niño, toda vez que se decide por él. En ningún caso podrá el menor ejercer por sí mismo sus derechos, en este caso, su derecho a ser oído, por no tener siquiera la oportunidad de decidir autónomamente si ejercerlo o no⁶⁶⁶. De todo ello se puede establecer que la norma es en exceso e injustificadamente paternalista⁶⁶⁷.

Si bien los progenitores son los legitimados a intervenir en el proceso de mediación, los hijos también deberían ser considerados parte del proceso, porque tienen directa relación con el conflicto, son los destinatarios principales en la consecución de unos acuerdos que favorecerán su desarrollo personal, social y educativo. Con lo expuesto, se demuestra que la participación directa del niño en los procesos de su interés debe ser considerada como la regla general, y que la participación a través de un representante se deje como último recurso en aquellos casos en los que de ninguna forma el niño pueda expresar por sí mismo, de forma verbal y física, sus pretensiones. En la práctica, el mediador debe pedir autorización a los progenitores para que autoricen su participación, pero, en general, se observa que los menores de edad no son escuchados.

⁶⁶⁴TARUD ARAVENA, Claudia (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión jurídica*, 12(23), 115-132.

⁶⁶⁵ ALARCÓN CAÑUTA, Miguel (2015). Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, 11(2), 11- 47.

⁶⁶⁶ Ídem.

⁶⁶⁷ COUSO SALAS, Jaime (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 145-166.

Para ello es importante crear un espacio favorable desde la voluntariedad y la confidencialidad, donde se les pueda dar la atención y contención necesaria que les permita participar de forma activa, y, desde ahí, aprovechando esta circunstancia, darles la información acerca de las decisiones adoptadas que tengan relación con su futuro, teniendo en consideración su edad y su grado de madurez. Sobre este punto, Parkinson advierte que «todavía hay un largo camino que recorrer antes de que podamos tener la confianza de que cuando se toman decisiones importantes en relación con un niño, los padres y otros cuidadores y profesionales se preocupan suficientemente de las maneras adecuadas de escuchar y consultar al niño»⁶⁶⁸.

Para concluir, debemos recalcar que uno de los derechos de la infancia y la adolescencia que precisa de un mayor desarrollo para dar cumplimiento efectivo a la Convención sobre los Derechos del Niño es el de la participación infantil. La práctica de este derecho requiere la promoción de una cultura diferente de aproximación a los derechos y las responsabilidades, así como a las necesidades de la infancia. Por ello, es necesario que todos los responsables en la toma de decisiones (legislador, operadores jurídicos, instituciones nacionales e internacionales de derechos humanos, progenitores y representantes legales) otorguen el debido lugar a la opinión del niño como protagonista activo de su propia existencia, con su particular forma de pensar, sentir, comunicar y expresarse, que difiere en ciertas ocasiones, por no decir siempre, de la de los adultos. Sin este reconocimiento, la aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño seguirá siendo una quimera.

3.7. El mediador

En toda definición de *mediación* hay tres elementos que son de la esencia: las partes, el conflicto y el mediador. El mediador presenta la característica de que, sin ser parte dentro del proceso, ni protagonista de las decisiones, es el que facilita a los actores principales el camino para resolver la controversia.

⁶⁶⁸ PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Editorial Gedisa.

En este sentido, Muldoon⁶⁶⁹ refleja muy bien el papel del mediador al afirmar que «es la entrada en la escena del conflicto de una tercera fuerza cuya importancia está determinada por su capacidad para efectuar cambios en un sistema estático o caótico, concretándose dicha capacidad en el método específico que se aplicará por el profesional a las partes implicadas para que recuperen el poder de negociar en beneficio mutuo». Pero quienes ofrecen una definición más completa son De Diego y Guillén⁶⁷⁰ (2010) al señalar que el mediador es un tercero, imparcial y neutro, carente de poder de decisión, inhabilitado para ayudar a las partes contendientes a alcanzar voluntariamente un arreglo mutuamente aceptado relativo a los temas de discusión. La persona mediadora trabaja en la resolución de disputas latentes, ayuda a los participantes a identificar a las personas que se verán afectadas por un cambio o a las que pueden repercutir en relación con problemas futuros, decisiones y resultados del proceso mediador. Además, el mediador ayuda a desarrollar un proceso de educación mutua acerca de las cuestiones y de los intereses en juego, y a colaborar con los participantes para diseñar y aplicar un procedimiento de resolución de conflictos y problemas⁶⁷¹.

De lo apuntado anteriormente se desprende que la función del mediador se centra en dos grandes áreas. En primer lugar, la facilitación y la promoción del diálogo entre las partes, elemento básico en la comunicación efectiva necesaria para la búsqueda de soluciones eficaces. En segundo término, el mediador ha de conducir el proceso de mediación, ha de dirigir a las partes por sus diferentes objetivos y fases, con el objeto de sistematizar y optimizar la comunicación desarrollada.

⁶⁶⁹ MULDOON, Brian (1998) *El corazón del conflicto, del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona. p.162.

⁶⁷⁰ DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C. (2010). *Mediación, procesos tácticos y técnicas*. Madrid: Pirámide. P.69.

⁶⁷¹ Otras definiciones de mediador que complementan las transcritas: Para Montero Roca, «el mediador, además de aproximar a las partes, debe hacer propuestas concretas de solución que aquéllas pueden o no aceptar», en MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición, Madrid, 1979, p. 92. Con respecto a la negociación, Ovejero indica que la persona mediadora orienta su actuación hacia la acción negociadora, en condiciones tales que los acuerdos sean de competencia exclusiva de las partes. Para ello debe ayudarlas a que, siguiendo los principios de la negociación, comprendan que negociar no es imponer las ideas de una parte sobre la otra y que ceder no es perder. Los principios de la negociación han de estar basados en una comunicación eficaz, comunicación que ha de ser la herramienta y el objeto de intervención de la persona mediadora. OVEJERO BERNAL A. (2004) *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid: McGraw Hill. p.17.

Así, la actuación del mediador está claramente definida: no debe ir más allá de la proposición de acuerdos, y nunca ha de llegar a la de imposición de soluciones. Los llamados a solucionar el conflicto son las propias partes. Son ellas quienes deben ofrecer la solución al problema que les afecta. Pero, de existir dificultades en la comunicación, este tercero, la persona del mediador, a través de su intervención, ayuda a encauzar el conflicto con la finalidad de alcanzar el acuerdo. Por eso, la labor del mediador es la de fomentar que las partes escuchen la posición del otro, que haya comunicación y que se permitan exponer las opiniones sin provocar a la otra parte. Debe hacer ver a las partes los puntos que tienen en común, intentar que abandonen sus rígidas posiciones y flexibilicen su punto de vista para lograr un acuerdo. A su vez, les debe informar de que es necesario velar por los intereses de los menores e incapacitados. También deberá poner en conocimiento de las partes si algún punto o acuerdo que pretendan alcanzar contraviene la legislación.

Por todo ello, el trabajo del mediador es observar cómo las partes trabajan con el problema y, sobre eso, encausarlas hacia la solución, mostrándoles que hay un amplio rango de opciones para proteger sus intereses total o parcialmente, y que pueden tener control sobre ellos. También, es trabajo del mediador que las partes entiendan que, frente a la situación concreta, pueden elegir y tener control sobre su elección. Esto no ocurre cuando el conflicto se traslada a un juicio, pues lo impide su lógica adversarial y la sumisión a la decisión de la autoridad.

3.7.1. Principios de actuación del mediador

El mediador constituye el eje fundamental de la mediación y el factor diferencial de este procedimiento. Por esta razón, hay unos principios a los que debe someterse específicamente el mediador, y son los que se exponen a continuación.

Derecho a ser oído

a) Neutralidad

El principio de neutralidad supone que el poder de decisión lo tienen las partes, por lo que el mediador debe abstenerse de imponer acuerdos. Este principio obliga al mediador a garantizar la igualdad de las partes en el procedimiento y a que sean estas las que alcancen los acuerdos. Pero, en todos los modelos de intervención en los que hay hijos, el mediador, en contra de su papel neutral, intervendrá cuando los intereses de los hijos no sean tomados en consideración, o cuando sus derechos sean amenazados o no aceptados. Su función es velar por los intereses y necesidades de los menores de edad.

b) Imparcialidad

La imparcialidad es un mecanismo para garantizar la objetividad en el proceso, y es conveniente que la mediación esté presidida por tal principio. Por medio de la mediación, las partes van a llegar a acuerdos que luego van a aplicar en su esfera personal, por lo que es fundamental que, en la consecución de esos acuerdos, el mediador haya sido imparcial y no haya podido influir o dirigir a alguna de las partes hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal, ni haya impuesto soluciones. Tampoco debe tener interés en la causa.

c) Confidencialidad

Además de los citados principios, el mediador deberá guardar silencio acerca de todo lo acaecido durante el procedimiento. Los ampara el secreto profesional⁶⁷². Las partes depositan su confianza en el mediador, y durante las sesiones pueden tratarse temas referentes a los aspectos más íntimos de la vida de las personas que allí acuden. Lógicamente, estas no depositarían su confianza en un tercero si no hubiese garantías de que lo dicho durante la mediación vaya a quedar entre ellas.

⁶⁷² La distinción entre una (confidencialidad) y otro (secreto profesional) radica en el matiz de la condición de profesional: la confidencialidad es una cualidad de la información revelada en confianza a cualquier persona sometida a ella, mientras que el secreto profesional es un deber (y, en ocasiones, también un derecho) de personas con un determinado perfil profesional. VIOLA DEMESTRE, Isabel (2010). La confidencialidad en los procesos de mediación. *Revista de Internet, Derecho y Política*, pp. 1-10.

Esta regla se rompe en los casos señalados por la ley. En primer lugar, cuando hay aceptación expresa de las partes, cuando las partes están de acuerdo en que la información sea revelada y se pueda ser llamado a testificar en un procedimiento; en segundo término, a efectos estadísticos, o también cuando la información obtenida en el transcurso de la mediación no es personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación; y, por último, en aquellos casos en que esta implique una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

3.7.2. Habilidades del mediador

Por otra parte, es necesario que el mediador sea flexible en cuanto a sus ideas, sin que ello signifique que sea voluble o paciente; que sea capaz de escuchar con interés o tratar de buena forma incluso a las personas más difíciles: es decir, el mediador debe dominar las tácticas comunicativas para mantener bajo control el conflicto y a sus partes. Debe, por otra parte, aprehender la complejidad del asunto, para tener la capacidad de discernir cómo tratar el tema. También debe encauzar a las partes en el conflicto principal para que no se desvíen y terminen interactuando sobre problemas secundarios⁶⁷³.

Además de poseer estas cualidades, los expertos hacen hincapié, para los procesos en que intervienen menores de edad, en la exigencia de una capacitación específica⁶⁷⁴ y de un

⁶⁷³ Brown y Marriott diseñaron la mediation construct, una edificación en forma de pirámide que identifica gráficamente las principales características que idealmente debe poseer el mediador. En la base de la construcción y como sus cimientos los autores indican cuatro elementos: (1) la comprensión teórica (theoretical understanding), que abarca los conocimientos relativos a los modelos de mediación, al papel del mediador y su función, a los elementos básicos del conflicto y a los principios de la mediación; (2) las habilidades prácticas (practical skills), con el dominio de las técnicas necesarias a la gestión del método de mediación; (3) la postura ética (ethical awareness), debiendo el mediador poseer marcados principios deontológicos; y (4) la sensibilidad emocional (emotional sensitivity), para comprender e interpretar los sentimientos de las partes. En el segundo escalón el mediador deberá presentar (1) capacidad de enjuiciamiento (sound judgment) y demostrar aptitud para gestionar el procedimiento de mediación; (2) empatía personal (personal empathy) para entender las posiciones, intereses y aspiraciones de las partes; y (3) conocimientos especializados (substantive knowledge) en la materia inherente al conflicto. El tercer escalón de la mediación exige dos capacidades: (1) la creatividad (creativity) para desbloquear a los mediados y fomentar la creación de alternativas a la resolución de la disputa, y (2) flexibilidad (flexibility) para adaptar el procedimiento y método al conflicto. Por último, la cumbre de la pirámide revela que el mediador deberá poseer equilibrio (balance) para actuar con imparcialidad y prestar igual tratamiento y atención a las partes. En BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur (1999). *ADR: Principles and Practices*, Londres: Sweet y Maxwell, p.329.

⁶⁷⁴ En el Reino Unido, el Colegio de Mediadores Familiares exige que los mediadores familiares completen cursos de formación específica complementaria para poder realizar este delicado trabajo. Deben tener, además, un supervisor que haya recibido también formación específica.

entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de la problemática familiar⁶⁷⁵. Es importante que el mediador tenga un abanico de conocimientos: tanto de técnicas de interrogatorio, formulación de preguntas, manejo del discurso, como en lo referente a los lineamientos normativos que pudiesen ser tomados en cuenta en el momento de llevar a cabo un acuerdo o convenio de mediación⁶⁷⁶.

En este sentido, Calcaterra (2002) sostiene que, al referirse a la preparación, no basta con la obtención de una información simple, o bien, con una capacitación generalizada. Esto es más complejo en su origen, pues «la capacitación no debe detenerse en concebir al mediador como un operador especializado en virtud de la adquisición de una serie de conocimientos determinados, olvidándose del mediador como persona atravesada por una historia, que siente y piensa también de una manera determinada»⁶⁷⁷.

3.7.3. El mediador y la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación familiar

Suarés⁶⁷⁸ (2005) señala el trabajo de mediación que requiere la participación de niños y adolescentes debe ser negociado y preparado para su desarrollo; pero quienes definen las llamadas *reglas del juego* deben ser los padres⁶⁷⁹. Estas reglas constan de seis puntos clave a considerar, que son los detallados a continuación⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ PARKINSON, Lisa (2005): *Mediación Familiar. Teoría y Prácticas: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, p.204.

⁶⁷⁶ Al respecto, en Chile, Correa Camus (2011) hace una crítica, con base en su trabajo de investigación, señalando que en la práctica se puede observar una gran variedad en los contenidos de los programas, al tiempo que se destinan a cada uno de ellos, y en las modalidades en que se imparten estos cursos de formación. Incluso llegan a ofrecerse programas con un porcentaje importante de horas no presenciales o a distancia. Ello, se suma al hecho de que las exigencia de horas de práctica efectiva que impone la ley se entienden cumplidas de muy distintas maneras. Se traducen en juegos rol-playing, observación de mediaciones pero sin participación directa y activa, incluso a través de videos, con ausencia absoluta de casos reales, tal como exige la naturaleza de una práctica profesional. Respecto de su calidad, hay datos que demuestran una gran preocupación por el mal desempeño de estos profesionales, en casos en que las partes no sintieron que el mediador guiara el proceso, pero sí dirigió el acuerdo. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). *La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile*. *Revista Lus et Praxis*, 17, (1), pp.177-204.

⁶⁷⁷ CALCATERRA, Rubén A. *Mediación estratégica*. Ed. Gedisa. España. 2002. p. 122.

⁶⁷⁸ SUARÉS, Marínés (2005). *Mediando en Sistemas Familiares*. Buenos Aires: Paidós. p. 397.

⁶⁸⁰ Cárdenas (2000), en su propuesta de participación ordenada y opcional, entrega ciertos estándares parecidos.

-El mediador o mediadora debe contar con formación específica para el trabajo con niños y niñas.

-La sesión o sesiones con la participación de niños y niñas se deberá efectuar en un lugar especialmente destinado a ello, que disponga de los implementos necesarios para el trabajo con los niños y niñas, considerandos su edad y madurez.

En primer lugar, para que un hijo participe de un proceso de mediación se requiere la autorización de sus progenitores, lo que se ha llamado *representatividad del niño*, considerando que son los progenitores los representantes legales de sus hijos hasta que estos han alcanzado la mayoría de edad.

Una vez autorizada su participación, se reúnen los progenitores con el mediador para definir el objetivo a desarrollar en la sesión con los niños: ya sea una sesión para recoger información acerca de los deseos e intereses de los niños; o de contención psicológica, que busca apoyar en el manejo de las emociones y temores que estos experimentan; o informativa, en la que se comunicará a los hijos los resultados alcanzados en la mediación, para así dar un cierre informado a todos los integrantes del conflicto. Es en esta parte en la que el mediador podrá orientar su labor con los niños.

Conjuntamente con lo anterior, se decide el tipo de sesión de trabajo y quiénes participan en ella. Según lo que se decida sobre este punto, se determinará la información que se dispondrá, dependiendo de las necesidades e intereses que vayan aflorando en las partes. No obstante, deben siempre respetarse los límites acordados previamente con los representantes de los niños, de manera que no se creen expectativas en los adultos o en los niños, que luego no sean cumplidas en la mediación.

También se deben tener en consideración las condiciones materiales y de espacio. Se debe decidir cuál es el lugar más adecuado para llevar a efecto la entrevista, o cuál será el material de apoyo del que se dispondrá, así como el horario y la duración de la sesión. Todo esto debe estar conversado previamente, considerando las posibilidades de los niños. En este sentido, el día y la hora son claves para el logro o no de los objetivos, de manera que deben evitarse evitar situaciones en las que se les haga elegir o en las que deban renunciar a

-Se define con anterioridad la presencia o ausencia de los padres de la sesión de trabajo, conforme al objetivo que se persigue.

-Se define con anterioridad con los padres su nivel de participación (qué, dónde, cuándo y cómo) dentro de la sesión, de acuerdo con el objetivo programado.

-Se definen los contenidos, orden, temas y quiénes los plantearán en la sala de mediación a los niños, según el objetivo programado.

-Se define el mensaje inicial y final que los padres deseen entregar a los hijos que asisten a la sesión. En CÁRDENAS, Eduardo (2000). *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Humanitas.p.147.

Derecho a ser oído

actividades apreciadas por los ellos, ya que ello puede desmotivarles para participar y permanecer en la sesión de trabajo.

Por último, es fundamental para obtener un buen resultado la formación especial que debe tener el mediador en entrevistas con niños, ya que requerirá probablemente del uso de estrategias de los tipos proyectivos y lúdicos para el trabajo a desarrollar⁶⁸¹.

Si bien se reconocen determinados factores estándares para trabajar en mediación familiar, en la práctica, para los casos en que intervienen menores de edad, los mediadores no se ciñen exclusivamente a un modelo; por el contrario, utilizan diferentes sistemas⁶⁸², lo cual resulta muy apropiado, dado que cada familia es un mundo y tanto la metodología como la forma de intervención deben ser adaptadas a ellas.

Como resultado de la experiencia de la participación de los niños en la mediación familiar, se ha podido establecer que incluir a los hijos en estos procesos beneficia a todos los que en él intervienen. Por un lado, a los hijos, ya que es un elemento de apoyo que les permite reconocer la ruptura de la relación de los padres, desligarse del conflicto y de la angustia parental, y reanudar sus propias actividades normales, superar la pérdida; resolver, de acuerdo con sus posibilidades, sus propios sentimientos de rabia y culpabilidad; aceptar la separación como algo permanente, y, desde allí concebir ciertas esperanzas realistas sobre las relaciones de confianza⁶⁸³. Dentro de este espacio, se les respeta el derecho a ser oídos, como a la vez, se brinda la posibilidad de que el menor de edad esté informado de lo que está sucediendo.

Por otro lado, a los progenitores, poder tomar decisiones considerando las necesidades, intereses y deseos de sus hijos les permite centrarse en la elaboración de proyectos

⁶⁸¹ En el caso de los niños pequeños, resulta más comprensible, a veces, el lenguaje gestual: la labor del mediador será, por tanto, la de oír al niño, poner atención a sus palabras, gestos, acciones, que darán a conocer sus experiencias y pretensiones respecto a los acontecimientos.

⁶⁸² En el capítulo I se desarrollaron los tres modelos que constituyen propuestas de técnicas y orientaciones dirigidas al mediador para asumir y tratar el conflicto y su resolución. Estas son el Modelo Lineal de Fisher y Ury (1989); el Modelo Transformativo de Bush y Folger (1994); y el Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb (1994).

⁶⁸³ PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación Familiar. Teoría y Prácticas: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, p.177.

parentales de cuidado y apoyo al desarrollo integral a estos, de manera que la mediación es aquí clave, independientemente del rol más o menos activo que puedan desempeñar los niños⁶⁸⁴. Por último, la mediación permite a los mediadores obtener una visión integral de cada caso y entender mejor las relaciones familiares y el conflicto en que se ven inmersas, lo que ayuda a encontrar mejores alternativas para la resolución del conflicto.

⁶⁸⁴ Para Parkinson (2005), el mediador puede apoyar activamente a los progenitores en la construcción de los nuevos patrones familiares, colocando en el centro de la discusión aspectos tales como:

- Ayudarles a concentrarse individualmente en cada niño, con el uso de fotos, retratos, listados de características de personalidad, etc.
- Animarles a aceptar el cambio y continuidad, al mismo tiempo que presentan su rol de padre o madre en la vida de los hijos.
- Permitirles individualizar áreas de responsabilidad parental, y determinar hasta qué punto las compartirán o quedarán solo a cargo de uno de ellos.
- Facilitarles la elaboración de acuerdos que liberen a los niños de conflictos de lealtad o de otras presiones.
- Ayudarles a calcular las necesidades económicas de los hijos y a comprometerse a satisfacerlas.
- Discutir con ellos sobre la forma en que piensan hablar con los niños y explicarles los resultados de la mediación.
- Contribuir a que los padres sean más conscientes sobre lo que sus hijos pueden estar experimentando.
- Valorar con ellos si es o no apropiada la participación de los niños en la mediación, para que efectivamente puedan salir a la vista sus propios puntos de vista y sentimientos. PARKINSON, Lisa (2005): *Mediación Familiar...*, op, cit., p. 204.

Capítulo 4
La mediación familiar
desde la perspectiva
de los derechos
de la infancia
y de la adolescencia

Capítulo 4

La mediación familiar desde la perspectiva de los derechos de la infancia y de la adolescencia

4. La mediación familiar desde la perspectiva de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Lectura comparada Chile y Cataluña

4.1. Aspectos iniciales

A lo largo de los capítulos anteriores se ha podido comprobar que la mediación familiar está especialmente indicada para resolver los conflictos generados entre las partes, con el objeto de preservar el vínculo entre los miembros de la familia. La necesidad de establecer un sistema de resolución extrajudicial para la solución de conflictos en el ámbito familiar resulta hoy en día una evidencia incontestable. Hay que tener en cuenta que, como señalaba Coser (1956), cuanto más cercanas son las relaciones, más intenso es el conflicto⁶⁸⁵.

La mediación familiar adquiere gran notoriedad desde la óptica de la familia, pues la convierte en una buena alternativa como resolución de conflictos derivados de la ruptura. Se trata, de hecho, de un modelo de intervención estructurado, establecido con el fin de ayudar a las parejas en situación de separación o de divorcio a elaborar un acuerdo duradero, o acuerdos que se cumplan, o acuerdos que traigan a ambas partes, en la nueva organización familiar, satisfacción subjetiva y ventajas objetivas⁶⁸⁶. El modelo, en cualquier caso, pone especial énfasis en las necesidades de los hijos⁶⁸⁷, lo que significa que

⁶⁸⁵ COSER, Lewis (1956). *The functions of social conflict*. New York: Free Press, p.152.

⁶⁸⁶ CARDENAS Eduardo José (1999). *La mediación en conflictos familiares. Lo que hay que saber*. Editorial Lumen/Humanitas, pp.64-65.

⁶⁸⁷ La autora, Irene Ortega Guerrero (2002), opina que los procesos de separación y de divorcio suponen una crisis en los aspectos afectivos, familiar, social y económico, que afecta a los miembros de la pareja negativamente, mermando en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de una manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos (Ortega Guerrero, Irene (2002). *El Principio del Interés*

su campo de aplicación es aún más amplio de lo que inicialmente habíamos pensado, ya que también sirve para resolver problemas de relación y comunicación entre padres e hijos, abuelos y nietos, entre hermanos o, incluso, entre personas unidas entre sí por parentesco o afinidad.

Trabajar el conflicto a través de mediación:

«proporciona, en el ámbito de las relaciones familiares, soluciones no impuestas, sino pactadas entre los interesados en función de sus intereses y necesidades reales, más operativas y, por consiguiente, duraderas en el tiempo, más económicas y, lo que nos parece fundamental, emocionalmente menos traumáticas para todos los implicados en el conflicto y especialmente los menores, que el clásico proceso judicial de familia»⁶⁸⁸.

De lo afirmado anteriormente se deriva que, en la actualidad, los Estados, cuando deciden legislar en materia de familia —lo que está relacionado con las situaciones de quiebra en el matrimonio—, tratan de buscar soluciones encaminadas a mantener la armonía en las relaciones que deberán perdurar después del divorcio⁶⁸⁹. Eso hace que se ponga especial atención a ciertos temas como el régimen de visitas, la tuición o la pensión alimentaria, entre otros.

Debemos recordar, además, por su relevancia en este proceso, la intervención de un tercero competente imparcial y neutral, llamado *mediador*, que carece de capacidad de decisión, ya que esta recae en las partes⁶⁹⁰. El papel que debe desempeñar la persona mediadora en los procedimientos de mediación familiar es el de guiarse por el interés superior de los

Superior del Niño, en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, legal y Forense*, 2(3), p. 103).

⁶⁸⁸ LUQUIN BERGARECHE, Raquel. *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, op. cit., p. 47.

⁶⁸⁹ Camus (2007) destaca que los miembros de una pareja, al tener hijos, saben que desde ese momento algo los une para siempre, aunque dejen de convivir (CAMUS, Maximiliano (2007). *Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad*. En Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga (coords.). *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (pp. 286-300). Madrid: Editorial Tecnos, pp. 286-300).

⁶⁹⁰ PARKINSON, Lisa (2011). *Family Mediation, Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system*. Bristol: Jordan, pp.19-21.

niños⁶⁹¹, por lo que su papel es más activo en la defensa del menor, siempre con la pretensión de que el procedimiento sea lo más justo posible⁶⁹². De este modo, podemos observar cómo las normativas inherentes al Derecho de familia, así como las de mediación, tienen como eje principal el amparo de los derechos de los más vulnerables e indefensos, lo que deberá regir la actuación de las partes en conflicto y del mediador en el procedimiento de mediación y en los acuerdos que finalmente allí puedan alcanzarse.

En definitiva, podemos concluir apuntando que la finalidad de la mediación familiar no es la de evitar situaciones de ruptura, sino la de aminorar las consecuencias negativas que se derivan de ellas: sirve de instrumento de ayuda a la familia reduciendo el nivel de conflictivo entre los sujetos implicados. Ello permite a la pareja «tener la oportunidad de verificar, por sí misma, todas las hipótesis, antes de adoptar una decisión concerniente a su vida conyugal»⁶⁹³, es decir, enseña a las partes a afrontar la nueva situación responsabilizándose adecuadamente de los hijos y de las decisiones relativas a ellos, y contribuyendo a reducir actitudes hostiles promoviendo «procesos de respeto»⁶⁹⁴ para resolver sus desavenencias. De ahí la necesidad de claridad, por parte del legislador, en determinar el rol de la mediación y sus alcances, de tal manera que a través de ella se logre el objetivo para el que se creó.

Tras este resumen, no debemos perder de vista que las reformas efectuadas a través de estos años en las leyes chilenas y catalana en materia de familia y de mediación abogan por el interés superior del niño y sus derechos, como ya se trató en los capítulos anteriores. Es decir, la fuente de inspiración es el interés supremo del niño como bien jurídico a proteger. No en vano, frente a un conflicto familiar en el que hay hijos, los progenitores han de ser

⁶⁹¹ RIOMET, Nathalie (1998). La personne du médiateur. En Conseil de l'Europe. *La médiation familiale en Europe, Actes 4e Conférence européenne sur le droit de la famille* (pp. 39-54). Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe.

⁶⁹² GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2009b). El procedimiento de la mediación familiar. *Actualidad Civil*, 8, 891-915.

⁶⁹³ GARCÍA GARCÍA, Lucía (2003), *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, pp. 72-73.

⁶⁹⁴ DE FRUTOS SÁNCHEZ, Pilar (2005). La mediación familiar. Principios fundamentales. En María Josefa Ruiz Marín (dir.). *Mediación y protección de menores en Derecho de familia* (pp. 287-310). Madrid: Consejo general del poder Judicial.

consecuentes con sus decisiones y pactos. Para ello, han de tener presente que su mayor o menor capacidad conciliadora conllevará un mejor o peor bienestar para sus hijos. De hecho, este tipo de situaciones son, precisamente, las que han motivado a los respectivos legisladores en materia de familia y personas a priorizar en sus textos el principio rector del *interés superior del niño*.

A continuación, expondremos una breve reseña comparativa de los textos legales chileno y catalán con el objetivo de percibir las líneas fundamentales de estas normativas en materia de mediación familiar desde la perspectiva de los derechos del niño, niña y adolescente. Con ello adquiriremos un conocimiento exacto de cuáles son los aspectos más destacables, a la vez que los más criticables de ambos ordenamientos jurídicos. Efectuada esta operación, estaremos en predisposición de afirmar o negar que la legislación catalana o la chilena, en materia de mediación familiar, son adecuadas para los niños.

4.2. Legislación aplicable. Concepto de *mediación familiar*

En Chile, esta materia se rige por la Ley 20.286, que vino a mejorar la Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia estableciendo modificaciones orgánicas y procedimentales para que estos cambios provoquen un servicio más eficiente, rápido y ágil para la ciudadanía.

En la mencionada norma la mediación familiar se define en los siguientes términos:

«aquél sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos». (Artículo 103 de la Ley 20.286)

Por su parte, en la legislación catalana, como ya se analizó en el capítulo primero, desde el año 2001 se apostó firmemente por los pactos en materia de conflictos familiares, por lo que Cataluña se convirtió en la primera comunidad autónoma que se dotó de una normativa con vocación de regular la mediación familiar de una forma completa. La Ley de mediación familiar de Cataluña surgió como respuesta al mandato explícito que se establecía en el

artículo 79.2 del Código de Familia de Cataluña, con el objeto de facilitar la gestión constructiva de los conflictos interpersonales y de evitar que estos lleguen a los juzgados: esto último reduce, además, la carga de los órganos judiciales de Cataluña⁶⁹⁵.

En la actualidad, el régimen jurídico aplicable a la mediación familiar en Cataluña está integrado por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado⁶⁹⁶, que deroga la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ La Constitución protege los derechos del menor al regular, en el punto 4 del artículo 39, la protección de la infancia. En este sentido, dispone lo siguiente: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», marco en el que ha de encuadrarse toda la normativa referente a la mediación en España. Por ello, en todas las leyes de mediación autonómicas se reconoce, en mayor o menor medida, el protagonismo que ha tenido el menor en su redacción.

⁶⁹⁶ A nivel estatal también se han producido grandes cambios. Los primeros intentos en mediación familiar lo encontramos en *El Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de Conflictos en España*, de diciembre de 2002, a través del cual se fomentan mecanismos útiles, como la mediación familiar, por ser este un modelo flexible al que se pueden acoger las partes para llegar a acuerdos. Transcurren unos cuantos años y, después de algunos intentos fallidos, se promulga la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 2012, incorporándose al derecho nacional, la Directiva 2008/52CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación civil y mercantil., que en sus inicios, fue la Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar, que debía ser incorporada al derecho nacional como fecha tope en el mes de mayo de 2011. Pero será el Real Decreto-Ley de 5 de marzo de 2012, por medio del cual se da cumplimiento al mandamiento europeo. Amparada por la competencia exclusiva del Estado, esta ley abarca un régimen general aplicable a toda la mediación llevada a cabo en el territorio nacional, con efecto jurídico vinculante para los participantes dentro del ámbito de las competencias procesales, mercantiles y civiles. Respecto a las cuestiones de familia, por el contrario (salvo las de orden público necesario), estas se encuentran amparadas en virtud de la Ley 15/2005; concretamente, en dos preceptos: en el artículo 770, regla 7ª, y en el artículo 777, apartado 2, que prescriben la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, soliciten la suspensión del proceso para someterse a un procedimiento de mediación. También se encuentran amparadas por las leyes autonómicas en la materia, así como por los artículos 149.1.6ª y 8ª de la Constitución Española. No obstante, la modificación de la Ley 34/2006 se efectúa al amparo del artículo 149.1.1ª y 30ª de la Constitución Española.

⁶⁹⁷ La Mediación en Materia de Derecho Privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, en lo relativo a mediación civil. Se ha dado un gran paso con la Ley 15/2009, de 22 de julio, ya que esta ley amplió el ámbito de asuntos a los que se puede recurrir a través de la mediación. En concreto, establece la mediación para cualquier tipo de cuestión en materia de derecho privado que pueda ser objeto de un proceso judicial, en el que se haya roto la comunicación entre las partes. De esta manera, se promueve resolver toda controversia a través del diálogo y el acuerdo entre las partes, gestionando conflictos surgidos de la convivencia ciudadana y social; se pretende, también, gestionar otros conflictos de carácter privado en los que las partes deben mantener relaciones en el futuro. El objetivo de esta nueva ley es facilitar la gestión constructiva de los conflictos interpersonales y evitar, de este modo, seguir colapsando los juzgados de Cataluña con nuevos casos.

Por otro lado, esta nueva ley establece el ámbito de aplicación del procedimiento de mediación en el artículo 10 letras: a) «A las mediaciones familiares y demás materias de derecho civil desarrolladas por los mediadores designados por el órgano de mediación del departamento competente en materia de derecho civil»; y b) «A las mediaciones familiares y demás materias de derecho civil desarrolladas por los mediadores designados por las entidades firmantes de convenios con el departamento competente en materia de derecho civil, si lo establece el propio convenio».

El legislador, a través de Ley 15/2009, de 22 de julio, con el objeto de proteger a los menores establece que los progenitores podrán presentar una propuesta de convenio regulador, que será aprobado judicialmente, siempre y cuando no sea perjudicial para los hijos comunes.

La Ley de mediación familiar catalana, en todo el ámbito del derecho privado, es una ley extensa en la que se describen muy pormenorizadamente el ámbito de intervención, los

Es el artículo 2.2 el que establece que la mediación civil a la que se refiere la ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantenerse en el futuro. Por ende, los aspectos susceptibles de ser sometidos a un proceso de mediación civil son los siguientes:

- (i) Los conflictos relacionados surgidos dentro del ámbito de las asociaciones y fundaciones.
- (ii) Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de la propiedad horizontal y de las urbanizaciones; es decir, conflictos entre vecinos de una misma comunidad de propietarios o vecinos de una urbanización.
- (iii) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar litigios ante los juzgados.
- (iv) Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debida a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.
- (v) Cualquier conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro: conforme a la razón, puede evitarse dar inicio a través de los tribunales o bien favorecerse la transacción.

El que se agreguen estos nuevos supuestos atiende a un criterio basado en la progresiva consolidación de la mediación. En la práctica, se han demostrado grandes resultados, de manera que la mediación se ha convertido en una herramienta eficaz para dar respuesta a las demandas nuevas y a las necesidades sociales. Los factores que han influido en la necesidad de actualizar la ley son, en primer lugar, los resultados obtenidos con esta experiencia, que ha resultado muy positiva; en segundo lugar, la publicación de la recomendación 10/2002 del Consejo de Europa y la tendencia de los países de la Unión Europea a actualizar y ampliar sus leyes de mediación; y, en tercer lugar, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida por la Ley 15/2002, que prevé la mediación en sus procedimientos de familia. Lo que establece esta nueva ley es la ampliación de los supuestos de mediación familiar; e introduce la mediación civil para gestionar conflictos surgidos de la convivencia ciudadana y social, así como para gestionar otros conflictos de carácter privado en los que las partes tengan que mantener relaciones en el futuro. Esta ley puede llegar a ser muy útil, ya que, entre otros, busca resolver conflictos derivados de las relaciones entre vecinos, o de las relaciones asociativas o colegiales; y también, resolver conflictos en los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar, o en las disputas familiares por las sucesiones. El objetivo de esta nueva ley es, pues, facilitar la gestión constructiva de los conflictos interpersonales y dar un sentido mayor a los problemas que se generan en la vida en pareja o en otros ámbitos de la vida civil, que afectan a la ciudadanía y que reclaman los diferentes operadores sociales y judiciales. También es objetivo de la ley evitar que lleguen a los juzgados determinados asuntos y reducir, de este modo, la carga de los órganos judiciales de Cataluña.

conflictos y los principios de la mediación, y se indica claramente que la mediación es un procedimiento no jurisdiccional⁶⁹⁸

Es preciso agregar que en el ámbito espacial de aplicación de esta Ley catalana de 2009 se incluyen los casos de mediación internacional. De este modo, quedan comprendidas en la mediación las materias que son objeto de acuerdo por parte de los interesados en las situaciones de crisis familiar de carácter internacional. También se incluyen en esta ley los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado español; los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad, pero diferente a la española, residentes en el Estado español; los conflictos familiares entre las personas de diferentes nacionalidades distintas de la española residentes en el Estado español, y los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia⁶⁹⁹.

Esta norma también nos ofrece, en su artículo 1, una definición de qué debe entenderse por *mediación*:

«el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral».

Teniendo presentes estas legislaciones, cabe destacar que ambas han superado claramente el objetivo primario que tenía la mediación familiar en sus inicios: dirigirse primordialmente hacia la reconciliación de las partes. De hecho, en la práctica este primer objetivo resultó una posibilidad con escasos resultados e inoperante, de acuerdo con los rasgos del procedimiento de mediación. En este sentido, la definición actual se ajusta mejor a los objetivos de la mediación, en la medida en que estos abarcan facilitar la

⁶⁹⁸ UNIÓN DE ASOCIACIONES FAMILIARES (UNAF) (2015). *Valoración sobre la mediación familiar en España*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Edita: Unión de Asociaciones Familiares (UNAF). pp 41-42.

⁶⁹⁹ DUPLÁ MARÍN, María Teresa (Coord.) (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*. Santiago de Compostela. España: Editorial Andavira Editora, p. 415.

recomposición de los intereses en conflicto, a fin de acercar las posturas, y cooperar en aminorar el colapso judicial.

También en ambos textos legales se pone énfasis en la persona del mediador, recalcando una de sus características principales: su imparcialidad, pues se supone que el mediador, que carece de poder decisorio, solo debe crear un espacio en el que se favorezca la comunicación y el diálogo constructivo entre las partes en conflicto, en un ambiente de confianza y respeto, al efecto de facilitarles el objetivo de identificar y de encontrar una respuesta común a los problemas inherentes a su controversia.

Concretamente, la expectativa de las partes sobre la imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora es una de las bases sobre la cual se construye la relación de confianza. Esta situación se ve aún más comprometida cuando los temas atañen a los hijos menores de edad de la pareja, ya que, entonces, el propósito principal de la mediación será establecer un marco que proporcione seguridad a los hijos.

4.3. Principios de la mediación familiar

A pesar de que la mediación familiar es una institución jurídica basada en el conjunto de normas referentes a las relaciones jurídicas familiares, son los principios los que determinan el modo en que esta institución se configura. Estos principios se caracterizan por su heterogeneidad, pues algunos de ellos se dirigen directamente al sistema; otros, al marco legal —en cuanto a asegurar su eficacia ejecutiva—; otros, al procedimiento o al rol del mediador; otros, finalmente, a la actitud y conducta esperada de las partes intervinientes.

Su importancia radica en que la normativa sobre mediación familiar debe velar por la existencia de mecanismos adecuados para que el procedimiento de mediación se desarrolle conforme a los principios expuestos. Para ello, debe tener especialmente en cuenta el

bienestar y el interés superior del niño, como uno de los bienes jurídicos principales a proteger⁷⁰⁰.

Por lo tanto, además de la autonomía de la voluntad de las partes, como eje básico de la institución, se deben tener presentes la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad de la persona mediadora, el carácter personalísimo del procedimiento, y el interés del menor y de la familia: todo ello, en su conjunto, determina el marco en el que se han de configurar los procedimientos de mediación, y llevarse estos a cabo; en especial, los de mediación familiar.

Al respecto debemos señalar que ambas legislaciones, tanto la chilena como la catalana, desarrollan los principios básicos que han de informar el ejercicio de la mediación familiar, siendo en la legislación catalana donde se presentan de manera más clara ya que se desprenden de su propia definición. Ambos textos legales recogen las características que le son propias y que han obtenido una aceptación prácticamente universal.

A continuación haremos una exposición de los principios básicos de la mediación familiar, compartida tanto por la normativa chilena como catalana desde la perspectiva de los derechos del niño, niña y adolescentes.

4.3.1. Voluntariedad

El principal atributo de la mediación es su carácter voluntario. De lo contrario, no tendría sentido, pues lo que pretende es establecer acuerdos surgidos de la voluntad de las partes involucradas. De este modo, quienes deciden son las personas interesadas y no un tercero, como es el caso del sistema judicial o del sistema arbitral. Sin embargo, en algunas

⁷⁰⁰ En este sentido, cabe mencionar la Recomendación R (98)1, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, sobre la Mediación Familiar, de 21 de enero de 1998. Esta recomendación será la base de la Ley Nacional de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y de las posteriores leyes dictadas por las autonomías españolas. Se centra, principalmente, en la neutralidad, confidencialidad, igualdad de las partes e imparcialidad del mediador, y la falta de toma de decisiones por parte del tercero (autocomposición).

legislaciones la mediación se exige como etapa obligada de procesos judiciales o administrativos.

Es el caso de la legislación chilena, que debió sustituir la mediación voluntaria por la derivación obligatoria⁷⁰¹. Todo indica que utilizar la mediación obligatoria como un mecanismo para elevar el número de casos que acceden a este mecanismo es claramente una herramienta efectiva. Es cierto que, cuando se incorpora la instancia obligatoria, el número de mediaciones aumenta⁷⁰², por cuanto acceden a ella un número mayor de personas. Esta es una buena vía a través de la cual se les puede explicar a estas personas, de manera directa, el objetivo y naturaleza de este proceso. Por otra parte, como indican los documentos revisados, estas personas pueden conocer un sistema de solución de controversias que pueden recomendar o al que podrían acogerse en el futuro de forma voluntaria. Esto se verifica con la opinión de usuarios derivados a mediación por parte del tribunal, que optan por seguir el procedimiento y luego reconocen su utilidad⁷⁰³.

En Chile, la mediación, entendida como una mejora procedimental con respecto a la asistencia a la primera sesión, se incorpora en todas aquellas causas referidas a derecho de alimentos, cuidado personal de hijos (ex tuición) y regulación de la relación directa entre padre o madre e hijos (ex régimen de visitas), fundamentalmente, para combatir el desconocimiento que sobre la mediación tiene la población⁷⁰⁴. No obstante, y pese a la obligatoriedad de la mediación prejudicial, esta continúa conservando su carácter voluntario con respecto a las posteriores sesiones⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ VARGAS PÁVEZ, Macarena (2008). Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXI (2), 183-202.

⁷⁰² CORREA CAMUS, Paula (2014). La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 5(2), 111-138.

⁷⁰³ VARGAS PÁVEZ, Macarena (2008). Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 21(2), 183-202.

⁷⁰⁴ La razón que se tuvo para este efecto es la de descongestionar los tribunales de familia, ya que la gran mayoría de las veces, por desconocimiento de la población en lo que atañe a la mediación, es que este método no logra posicionarse como un modo alternativo de resolución de conflictos.

⁷⁰⁵ También está la figura de la mediación frustrada. Esta se debe a que una de las partes o ambas no han asistido a la sesión de mediación, o a que el proceso de mediación no ha logrado su propósito de acuerdo. La vía a seguir es, entonces, la formalización de la demanda en tribunales de familia.

La legislación catalana, por su parte, estima que la mediación no debe imponerse de manera forzosa como paso previo al juicio, ya que el éxito de la mediación familiar depende precisamente de que las partes hayan acudido a ella voluntariamente y por propia convicción. Lo idóneo sería que la obligación fuese únicamente la asistencia a una sesión informativa previa, para que las partes pudieran, al menos, conocer las ventajas de solucionar sus problemas por esta vía. De este modo, correspondería, posteriormente, solo a ellas la decisión de continuar o no con el procedimiento.

Además, en la práctica, al no existir la difusión necesaria de este método, unido a la falta de información de los abogados para con sus clientes, hay personas que no abordan sus controversias sin tener que recurrir a los tribunales: ignoran que, a través de una resolución y de un tercero, pueden resolver un conflicto.

En todo caso, tanto la legislación chilena como la legislación catalana coinciden en que el principio rector es la voluntariedad en la mediación familiar, y por ende, en que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Así, si en la primera sesión, alguna de las partes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, esta se tendrá por terminada. Del mismo modo, si durante el procedimiento, las conversaciones o los resultados no están llevando el camino que las partes en conflicto desean, y el mediador no puede acercar posiciones, las partes tienen todo el derecho a detener la mediación y a seguir el proceso mediante el juicio. En definitiva, si bien el mediador está facultado para exponer las ventajas de permanecer en la mediación, en ningún caso puede obligar o impedir la decisión de no continuar con el proceso: las partes participan libremente y sin ninguna autoridad que los obligue; y, si abandonan en cualquier momento, el proceso de mediación no debe considerarse también como un perjuicio para la parte que tomó la decisión.

En relación con la participación de los menores de edad en el proceso de mediación, esta está claramente establecida, y también requiere de su voluntariedad. Con todo, se observa una especial diferencia respecto de los adultos. Así, su intervención no es condicionante del

acuerdo al que se llegue al final del procedimiento, sino que solo debe ser orientada a que se les proporcione la debida información sobre las consecuencias que para ellos tendrá la ruptura de la convivencia de sus progenitores y a que se recabe su parecer sobre los futuros pactos que en relación a ellos hayan negociado o se encuentren negociando quienes ejercen la potestad parental⁷⁰⁶.

En resumen, se puede decir que la razón de ser de la institución de la mediación familiar es, sin lugar a dudas, la autonomía privada de las partes, que constituye, en sí misma, este método alternativo de resolución de disputas. Con todo, para que este principio pueda desplegar todo su sentido, hay que añadir otros principios sobre los que se constituye la figura de la mediación familiar en su generalidad.

4.3.2. Confidencialidad

Confidencialidad significa que el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y no podrá revelar su contenido a menos que las partes, de común acuerdo, lo autoricen. En otras palabras, el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La confidencialidad del proceso de mediación genera un ambiente de confianza entre las partes y el mediador, lo que permite que el diálogo fluya con absoluta libertad y con la seguridad de que los asuntos tratados no serán expuestos por el mediador en ninguna instancia judicial.

⁷⁰⁶ En opinión de Morcillo Jiménez (2015), existe otra diferencia más importante: los hijos e hijas no pueden instar el procedimiento de mediación y solo pueden acogerse a él cuando ya se encuentra iniciado por sus progenitores. Si una de las consecuencias de la voluntariedad, como hemos visto, es la posibilidad de poder elegir un procedimiento u otro para dilucidar sus diferencias y, dentro de esa capacidad de elección, poder instar un procedimiento de mediación, fácilmente se deduce que a las personas menores de edad el ordenamiento jurídico les impide poder elegir el procedimiento en el que puedan expresar sus sentimientos, preocupaciones y preferencias. Consecuentemente, si defendiéramos la idea de que el procedimiento de mediación ofrece un marco idóneo para que las personas menores de edad puedan expresar su opinión libremente y sin coacciones de ningún tipo, la conclusión a la que llegaríamos es que esta posibilidad se encuentra fuera del control de los propios interesados (MORCILLO JIMÉNEZ, Juan (2015). La participación de los menores en el contexto de la mediación familiar: Estudio comparativo Cataluña-Gales (Reino Unido) (tesis doctoral. Universidad de Barcelona, Barcelona, España), p.167.

Al recurrir a la mediación familiar, las partes se ven amparadas por la confidencialidad de lo dicho en las sesiones, que son dirigidas por un tercero imparcial y neutral. Este tercero, el mediador, tiene como única finalidad acercar las posiciones enfrentadas para encauzar el conflicto en una dirección consensuada y siempre a favor de los intereses de todos los miembros de la familia en conflicto. El mediador ha de actuar de este modo, con imparcialidad y neutralidad, ya que serán las partes quienes estén más capacitadas para alcanzar la solución al problema, con mayor eficacia y satisfacción: el mediador les servirá de apoyo en su transformación, a fin de que puedan evolucionar.

En Chile la violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal Chileno, de reclusión menor, en su grado mínimo, a media, y multa de seis a diez sueldos vitales.

En Cataluña la violación del principio de confidencialidad por parte del mediador se sanciona como infracción grave o muy grave: la revelación de secretos es penalmente sancionable.

Esta sanción solo atañe al mediador, ya que no existe una pena expresa para la vulneración del principio de confidencialidad cuando la efectúan las partes. Además, cuando la ley o el Código Deontológico impongan la obligación de revelar el secreto, debe dejarse claro a los participantes, tanto verbalmente como por escrito, que la confidencialidad en mediación no es absoluta, especialmente cuando se tratan asuntos relacionados con los hijos e hijas⁷⁰⁷.

En suma, el mediador tiene una conducta activa y de responsabilidad para transmitir a las partes el deber de confidencialidad, a las que deberá indicar cómo este opera, así como las excepciones al secreto de confidencialidad: ha de dejarles claro a los participantes que el

⁷⁰⁷ PARKINSON, Lisa (2011). *Family Mediation, Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system* (2.ª ed.) Bristol: Jordan, pp.17-18.

deber de confidencialidad del mediador no es absoluto, ya que debe ceder ante intereses considerados superiores social o jurídicamente⁷⁰⁸.

Existen situaciones en que el mediador quedará exento del deber de confidencialidad; por ejemplo, en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o de abuso en contra de niños, niñas o adolescentes, e incluso, en contra de discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención. A su vez, si la persona mediadora tiene datos que revelan la existencia de una amenaza, ya sea para la vida o para la integridad física o psíquica de una persona, o de hechos delictivos perseguibles de oficio, debe detener el procedimiento de mediación e informar a las autoridades judiciales de este asunto.

4.3.3. Imparcialidad de los mediadores⁷⁰⁹

Este principio significa que el mediador no debe tomar partido por ninguna de las partes del proceso y que sus creencias no pueden convertirlo en aliado de una de las partes. Ello implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, por lo que deberán abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. La calidad del proceso de mediación depende en gran parte de la cualificación y profesionalidad del mediador que la lleve a cabo. La estricta imparcialidad restringirá las intervenciones del mediador para sostener a una parte más que a la otra en una coyuntura particular. El mediador debe intervenir proactivamente en ayuda de un participante en una determinada situación, al tiempo que debe mantener un equilibrio en el proceso en su conjunto⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ TAYLOR, Alison (2002). *The Handbook of Family Dispute Resolution: Mediation Theory and Practice*. San Francisco: Jossey Bass, p. 223.

⁷⁰⁹ Los principios de la mediación familiar constituyen la esencia misma de la mediación familiar y, debido a su enorme trascendencia, han sido reconocidos en el Código de Conducta Europeo para los Mediadores, de 2004. Haciendo referencia expresa a los principios de confidencialidad, imparcialidad, independencia y neutralidad, dicho código registra estos principios con la intención de que los mediadores individuales puedan decidir voluntariamente someterse a un procedimiento de mediación, bajo su propia responsabilidad.

Si tal imparcialidad se viera afectada por cualquier causa, las partes deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda. Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida. El mediador imparcial es el que lleva a que se preserve la igualdad de las partes sin asumir la posición de ninguna de ellas y con el máximo respeto por sus intereses.

El mediador familiar es imparcial frente a las partes y posibilita su igualdad de poder desde la *equidistancia*, ya que se asiste a las partes de igual forma con el fin de que estas puedan exponer sus puntos de vista; de ahí que, en los casos en que exista alguna situación de amistad, pleito, relación personal o profesional, etc. con alguna de las partes, el mediador deberá abstenerse de intervenir porque, en tales casos, existe conflicto de intereses con las partes y podrá ser recusado.

4.3.4. Neutralidad

Ser *neutral* frente a los distintos intereses se utiliza para describir la falta de interés en el resultado de la disputa. En esta materia no se debe confundir *neutralidad* con *ausencia de valores*⁷¹¹ por parte de la persona mediadora, ni con su pasividad⁷¹²: el mediador, si bien debe mantener cierta distancia respecto de las partes, a su vez tiene que ser activo en sus intervenciones⁷¹³.

Para que exista neutralidad, como también ocurre con la imparcialidad, debe haber una equidistancia entre el profesional mediador y las partes en conflicto y sus posiciones. Es decir, la persona mediadora deberá mantenerse equidistante por encima de sus propias

⁷¹¹ En relación con esto, García Presas(2009) entiende que, aun cuando no se puede mediar sin partir del reconocimiento de unos valores, tampoco es pertinente que la persona mediadora parta de sus valoraciones personales para llevar a cabo un quehacer⁷¹¹ (GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2009). *La Mediación familiar. Una alternativa en el procedimiento judicial de separación y divorcio*. Madrid: La Ley, p. 56).

⁷¹² SASTRE PELÁEZ, Antonio (2002). Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, p.14.

⁷¹³ SUARES, Marines (2005). *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, p. 33.

emociones y sentimientos ante el conflicto ajeno. Para ello, debe regular con plenitud de conciencia su grado de empatía; todo, en consonancia con las pretensiones de las partes en conflicto. Ello conlleva que no toma partido por ninguna de las partes, y le exige no imponer acuerdos, ni orientar a las partes para que acepten soluciones que estén en línea con su propia escala de valores. Se trata de una búsqueda para favorecer que las partes encuentren un ámbito y un clima de diálogo, y para que se garantice una igualdad entre ellas, basada en el principio de la buena fe.

Respecto de los asuntos en los que se involucran las necesidades o intereses de los menores de edad en el proceso de mediación familiar, el mediador juega un papel trascendental en la comunicación entre las partes, dado que dentro de sus deberes está la defensa del interés del niño. En estos casos, el mediador va incluso un poco más allá, y deberá hacer un uso «partidista» de la información proporcionada por las partes, tendente a favorecer el interés del menor; pero también podrá ejercer persuasión sobre las partes para la toma de decisiones y la firma de acuerdos⁷¹⁴.

En esta materia, Morcillo Jiménez (2015) considera que, en la mediación cuyo objeto son asuntos relacionados con los hijos menores de edad, quien media tiene poder. De ello fácilmente se infiere que el ejercicio de ese poder orientado a la defensa de los niños, niñas y adolescentes choca con la tradicional construcción conceptual de la mediación como un procedimiento imparcial y neutral en el sentido en que lo habíamos definido. Además, el ejercicio de poder se manifiesta no solo en el rol de defensor del interés del menor, sino también en la capacidad que tiene la persona mediadora para diseñar y controlar los modelos de intervención, que pueden estar centrados en el menor o que pueden incluir a los hijos⁷¹⁵.

⁷¹⁴ MERINO ORTIZ, Cristina (2013). *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Madrid: Reus, p.115.

⁷¹⁵ MORCILLO JIMÉNEZ, Juan (2015). *La participación de los menores en el contexto de la mediación familiar: Estudio comparativo Cataluña-Gales (Reino Unido)*, op. cit., p.166.

4.3.5. Igualdad de condiciones de las partes

Este principio significa que ninguna de las partes puede abusar de la situación de inferioridad de la otra, de su error o de su ignorancia, para lograr un acuerdo desequilibrado o manifiestamente injusto. En virtud de ello, el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará las medidas necesarias para que se obtenga el equilibrio. De no ser esto posible, declarará terminada la mediación. Un claro ejemplo son los casos de violencia intrafamiliar: la ley, por regla general, prohíbe la mediación en este tipo de situaciones, ya que, debido a la desigualdad, una de las partes puede forzar un acuerdo a su favor.

El texto legal catalán sobre esta materia es explícito. En el artículo 6 establece que la persona mediadora debe garantizar la igualdad entre las partes, y se indica expresamente que, si es preciso, debe interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia⁷¹⁶.

Por tanto, existe un riesgo evidente de que se produzcan situaciones de violencia durante y las entrevistas de mediación y después de ellas. En estos casos, cabe preguntarse si la persona mediadora puede garantizar la vida y la integridad física de las víctimas cuando no lo logra el sistema policial y judicial.

⁷¹⁶ Otros artículos en los que el mediador, a través de las sesiones correspondientes, valorará en el mismo sentido, al tratar sobre la confidencialidad son los siguientes: el artículo 7 dispone que puede vulnerarse si supone una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio, debiendo la persona mediadora parar el procedimiento e informar de ello a las autoridades; el artículo 22, dispone que los colegios que integren a las y los profesionales que ejerzan la mediación, deberán llevar a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, para detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una especial atención a las que afecten a personas en situación de dependencia.

4.3.6. Interés superior del niño, niña o adolescente, e intereses de terceros que no participan del proceso

La Convención sobre los Derechos del Niño establece como principio inspirador de todos sus preceptos el *interés superior del niño*, que se encuentra tratado en el inciso primero de su artículo tercero:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño⁷¹⁷».

Indiscutiblemente, el niño es persona, pero este principio pretende recalcar su especial situación de vulnerabilidad, ya que no está en condiciones de conocer y de hacer valer sus propios derechos, y carece por sí solo de influencia social. Este concepto abarca, a su vez, la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad.

Siguiendo esta idea, en la actualidad, conforme a lo que la experiencia dictamina y según los resultados obtenidos estos últimos años, es recomendable que los niños tengan una mayor participación a nivel familiar y social. Es decir, al existir un conflicto, los padres deben ser capaces de darles a sus hijos un espacio con el objeto de que estos puedan expresar su parecer. Para ello, hay que facilitar la comunicación dentro del núcleo familiar. También es importante dar la oportunidad a los menores de edad de ver al mediador a solas. Esta idea, hasta hace un par de años, se solía descartar por una cuestión de desigualdad de poderes, con la excepción de los temas relacionados con los conflictos entre padres e hijos adolescentes, en que los adolescentes son, evidentemente, parte de la mediación.

⁷¹⁷ 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 se le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» de la CDN.

Actualmente esa política ha ido obedeciendo al cambio y los menores ya están formando parte de todo este proceso, protegidos de los agravios y del malestar que les ocasionan las controversias que existen entre sus padres. La esencia de la mediación es precisamente la de permitir que todo el mundo pueda ser participe activo en la gestión de sus conflictos y, por ende, los niños tienen que ser actores en la mediación familiar.

Ambas leyes sobre mediación familiar contemplan el principio del interés superior de los niños en el proceso de mediación, establecido principalmente para que los hijos, al ser considerados como la parte más vulnerable dentro del proceso, sean protegidos. Para dar cumplimiento a este cometido, se establece como uno de los deberes del mediador⁷¹⁸ durante todo el proceso de mediación, precisamente, el de atender y proteger los intereses de los menores de edad: la inobservancia de este principio constituye un hecho agravante con grado de sanción para el mediador.

En la legislación chilena este proceso ha experimentado una evolución más lenta ya que el principio que lo rige tiende a ser más proteccionista. De hecho, se ha optado por preferir evitar la judicialización del conflicto y buscar la situación mejor para todos, con el objeto de que los menores no tengan que llegar a tribunales. Por ello, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, a los que puede citar solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación, de acuerdo con lo establecido por la Ley 20.286, artículo 105 letra e.

Por último, el mediador también velará por que se consideren las opiniones de los terceros que, sin ser los actores principales del conflicto, también son concernidos por los resultados del conflicto. Para ello, el mediador podrá citar a estos terceros si previamente no hubieran

⁷¹⁸ Al respecto, debemos recordar la Recomendación R (98)1 sobre Mediación Familiar, que establece lo siguiente en los procesos de mediación: «el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y a la necesidad que tienen de informarles y consultarles».

sido citados a la audiencia. Ejemplo de esto es en una mediación relativa al cuidado personal (tutición) en la que el niño se encuentra reconocido por el padre y se pretende regular la relación de la madre con los abuelos paternos. En este tipo de casos, el padre debe ser convocado al proceso, ya que, para cualquier acuerdo al que se llegue, se debe tener en consideración su opinión.

4.3.7. Protagonismo de las partes

El protagonismo de las partes implica que ellas mismas son las que buscan una solución al conflicto, ayudadas por la persona mediadora, quien no les impone un determinado acuerdo. La solución es negociada, asumida y acordada por las partes.

4.3.8. Buena fe

Tanto las partes como la persona del mediador deben actuar conforme al principio de la *buena fe*. Por ende, la mediación familiar no debe ser empleada como un instrumento dilatorio sino en la voluntad de subrayar ese elemento cooperativo para la resolución o interpretación del conflicto. Por ello, los mediadores deben vigilar cuidadosamente las posibles señales de mala fe. Y esa superación de la desconfianza es necesaria para avanzar, incluso si no se llega a acuerdos. Al ser las partes interlocutoras entre sí, necesariamente se deben escuchar y respetar mutuamente.

4.3.9. Personalísimo

El personalísimo se basa en el principio de la autocomposición del conflicto, ya que son las partes, y no el mediador, quienes definen los términos del acuerdo. El protagonismo de las partes es la principal aportación.

En la mediación, tanto las partes como el mediador deben asistir personalmente a las reuniones, lo que significa que no pueden concurrir ni representantes ni intermediarios.

La legislación catalana en este punto va un paso más adelante. Así, frente a los nuevos tiempos que se viven, en el artículo 8 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña se señala que, para casos excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, a fin de garantizar los principios de la mediación.

4.4. Ámbito de aplicación personal. Quién es el destinatario

Ambas legislaciones han entendido que las partes constituyen el elemento subjetivo del proceso de mediación. Por ende, estas pueden ser los cónyuges, los padres-hijos, los abuelos, así como las personas en conflicto por razón de alimentos o de instituciones tutelares, entre otros. La mediación familiar es para todas las personas que se vean envueltas en conflictos familiares y que quieran resolverlos de manera no confrontacional, pacífica y con acuerdos que permanezcan en el tiempo y que satisfagan a todos aquellos que intervienen.

En la Ley catalana, a diferencia de la chilena, se reconocen los derechos a las parejas de hecho, que, por tanto, también tienen acceso a este tipo de resolución de conflictos. La Ley chilena ampara los derechos de los hijos que hayan nacido de esa relación y hayan sido reconocidos como tales, pero entre los padres no hay ningún tipo de derechos ni deberes. No se discute, en cualquier caso, lo que se protege, que es el interés del menor en el proceso de mediación familiar, al que se le otorga un lugar primordial.

4.4.1. En Chile

Las partes son «[l]as personas naturales directamente involucradas en el conflicto y que tienen en su poder la decisión de la cuestión sometida a mediación». Los partícipes que menciona la letra b) del artículo 105 incluyen los abogados y los asesores jurídicos. Y también están los terceros: «todas aquellas personas que, sin tener en sus manos el poder de

decidir el asunto controvertido, pueden verse perjudicados o favorecidos por lo que se acuerde como resultado de este proceso».

Los menores y los incapaces no pueden acudir voluntariamente a mediación, ya que la ley habla de adultos involucrados. Pero, por el principio del interés superior del niño, sí se puede acudir a mediación solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación⁷¹⁹.

La participación de los niños⁷²⁰ y adolescentes en los procesos judiciales, en materia de familia, es abordada por el artículo 5 de la Ley N° 19.968, que regula cómo debe ser oído el niño en sede judicial⁷²¹. El artículo establece que es labor del equipo técnico asesorar al juez para su adecuada comparecencia y declaración⁷²². En esta misma línea, la normativa impone al juez velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y, especialmente, de los niños, niñas y adolescentes, de manera que, con base en este objetivo, puede prohibirse la difusión de datos o imágenes referidos al proceso; o incluso, disponerse, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen de forma reservada. El cambio en esta materia es el resultado de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, que trajo como consecuencia que principios tales como el interés superior del niño y el derecho a ser oído⁷²³ cada vez se incorporen más en la mediación, y se privilegie el bienestar físico y psicológico del menor sobre el interés particular de los padres.

⁷¹⁹ TARUD ARAVENA, Claudia (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión jurídica*, 12(23), 115-132.

⁷²⁰ Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

⁷²¹ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 12.2. Con tal fin se dará, en particular, al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, 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.

⁷²² GONZALEZ RAMIREZ, Isabel (2013). Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. *Revista de Derecho*, 26(2), 219-243.

⁷²³ En cuanto al derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oídos, en un principio, el congreso mantuvo la disposición de la Convención de los Derechos del Niño, sin expresar la edad de los menores para que estos pudieran ser oídos; pero más tarde se modificó el proyecto de ley, aprobándose que «el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez».

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oídos, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento; es decir, para los jueces de familia es perentorio oír a los niños o adolescentes en procedimientos de materia proteccional, de ruptura matrimonial o que involucre el distanciamiento de sus padres; o en materia de adopción y, por último, en procedimiento infraccional. Pero, en la práctica, su intervención es baja, lo que tiene su explicación, desde una perspectiva procesal, en que, en los juicios de familia, los menores de edad carecen de calidad de parte, que, por lo general, es detentada por padres, madres, abuelos, tíos o representantes de organismos públicos o privados, entre otros. De este modo, los adultos desempeñan un papel protagonista, mientras que el papel de los niños, cuando participan de alguna manera en el proceso, es secundario y accesorio, salvo en escasas excepciones⁷²⁴. El legislador nacional mantiene, pues, un papel proteccionista al considerar incompetentes y vulnerables a los niños y adolescentes, que deben ser protegidos por los adultos. Como consecuencia, los niños y adolescentes deben ser marginados o relevados a un segundo plano, y ha de restringirse su participación en la solución de conflictos e, incluso, en decisiones que son importantes para su vida⁷²⁵.

4.4.2. En Cataluña

En Cataluña, en términos generales, el ámbito de aplicación personal se ha definido de forma muy amplia. Se instituyen tres categorías de personas legitimadas para acceder a la mediación en el ámbito del Derecho privado⁷²⁶. En este sentido, en primer lugar, se hace referencia a las personas unidas por vínculo matrimonial, a las personas que forman una

⁷²⁴ VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*, 17 (1), pp.177-204.

⁷²⁵ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2012). Participación de los Niños (as) en la Solución de Colaborativa de los Conflictos de su Familia. *Achnu*. Recuperado de: <http://www.achnu.cl/2012/01/03/columna-participacion-de-los-ninos-as-en-la-solucion-de-los-conflictos-de-su-familia/>

⁷²⁶ A este respecto, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

unión estable de pareja⁷²⁷ —a las que se exige estar inscritas en el registro de la comunidad—, y a las personas con problemas relativos al ejercicio de la potestad respecto de los hijos comunes, que no se contemplaban en los apartados anteriores; en segundo lugar, a cualquier persona que tenga un conflicto con motivo de alimentos entre parientes o de instituciones tutelares; y, en tercer lugar, a aquellas personas que no se hallasen comprendidas en las anteriores categorías, pero que estuvieran interesadas en solicitar los servicios de un mediador o mediadora —a estas personas se las remite a los registros de los colegios profesionales—.

Cabe destacar que, a diferencia del resto de las comunidades autónomas, la legislación catalana establece de forma expresa las personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación. Lo hace en el artículo 4.2⁷²⁸ de la Ley 15/2009, de 22 de julio. De este modo, se trata de la única legislación que prevé expresamente que los menores de edad puedan intervenir en el procedimiento de mediación familiar. Concretamente, pueden intervenir e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación: los menores de edad están legitimados para intervenir en un proceso de mediación, siendo su limitante el que tengan suficiente conocimiento; los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten, pero el legislador, como medida de protección en los casos en que exista

⁷²⁷ La derogada Ley 1/2001, de Mediación Familiar Catalana, recogía a las parejas de hecho como sujetos legitimados, con un trato similar en cuanto a los supuestos previstos para el matrimonio, ya que, con hijos o sin ellos, estas parejas tenían que resolver, de igual modo, los conflictos que surgieran con la ruptura de la pareja. A su vez, en el texto normativo se contemplaban expresamente los beneficios de la mediación para las cuestiones relativas a los hijos comunes menores de edad o mayores, con capacidad completada judicialmente, nacidos de estas uniones estables, de manera que la mediación procedía respecto de los efectos de las sentencias que determinaran el pago de compensaciones económicas o de pensiones periódicas. Las parejas estables, no casadas anteriores al año 1998, tenían la posibilidad de acogerse a la mediación que regulaba la derogada Ley 1/2001 de 15 de marzo, respecto de aquellas cuestiones que surgían en el ejercicio de la potestad de los hijos comunes del matrimonio. Actualmente, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña, amplía los ámbitos abarcando, además, los conflictos entre padres e hijos o las disputas familiares por las sucesiones, así como la utilización de la metodología de la mediación en torno a las familias afectadas por los procedimientos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar, justificando la modificación legal.

⁷²⁸ El artículo 4.2. indica lo siguiente: «Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los/las menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora».

contradicción de intereses, dispondrá que puedan participar asistidos por un defensor⁷²⁹ que supla su falta de capacidad.

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo III en lo relativo a la capacidad del menor, hemos podido observar la posición novedosa que presenta el Derecho civil catalán respecto de la capacidad de obrar, al fundamentarla en su capacidad natural. Ello supone la introducción de una regla eminentemente interpretativa. Por tanto, el criterio tradicionalmente utilizado por los ordenamientos jurídicos civiles de atribuir facultades de intervención autónoma atendiendo exclusivamente al criterio objetivo de la obtención de una determinada edad, debe ahora necesariamente complementarse con la valoración *ad hoc* de que la persona actúa con pleno entendimiento y voluntad, puesto que lo verdaderamente importante es que el sujeto disponga de suficiente juicio en relación con el acto jurídico determinado que pretenda desarrollar. Como consecuencia, la capacidad de obrar exige edad y un mínimo de madurez en el sujeto: la indispensable para poder cuidar por sí mismo de sus propios intereses, para gobernar su persona y bienes, o, simplemente, para actuar con total libertad e independencia.

Al respecto, Ravetllat Ballesté (2012)⁷³⁰ critica la legitimación de los menores en la intervención de un proceso de mediación, si bien reconoce que los niños y adolescentes son seres activos con capacidad de intervención propia, siempre sobre la base de su aptitud de entender y querer, sin ser ajenos al devenir y evolución de sus vidas, y siendo protagonistas de cuanto acontece a su alrededor. Él considera que esta idea no es tan contundente al tratar la intervención de los menores en la mediación familiar, ya que el legislador catalán se muestra cauteloso y utiliza el término *excepcionalmente*, restringiéndolo solo a ciertas materias a las que puede instar el menor de edad a intervenir en un proceso de mediación que le afecte. Estas son las relacionadas con la filiación, adopción y acogida; las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y

⁷²⁹ DUPLÁ MARÍN, María Teresa (Coord.) (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*. Santiago de Compostela. España: Editorial Andavira editora, p.413.

⁷³⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012b). *La infancia en el Derecho Catalán* (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Barcelona, España), pp.669-675.

los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos; los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos; y los conflictos relativos a la comunicación y relación entre los progenitores, descendientes, abuelos, nietos, y demás parientes y personas del ámbito familiar.

Si bien la normativa nos presenta una visión del menor de edad como sujeto de derechos con facultades intrínsecas de participación e incidencia en la realidad que le rodea. Ello se traduce en la admisibilidad —nos atreveríamos a decir prácticamente unánime— de que cierto tipo de transacciones elementales vengán a ser realizadas directa y ordinariamente por él; por ejemplo, la compra de material escolar, golosinas o tickets de transporte urbano, sin que nadie ponga en tela de juicio, ni objete, su capacidad y aptitud para comprender el alcance de las mismas y manifestar, a resultas, una voluntad completamente libre y vinculante. A medida que la edad aumenta hasta aproximarnos a los lindes de la mayoría de edad, la gama de contratos, actos de relevancia económica, decisiones de índole personal y demás intervenciones generadoras de responsabilidad, protagonizados por el menor, crecen paulatina y exponencialmente. Con todo, cuando se trata a este menor de edad en materia de mediación familiar, se le limita y no se le permite iniciar un proceso mediador como parte directa en un conflicto susceptible de pronunciamiento judicial, convirtiéndose en una situación especial del régimen mediador con límites de intervención en el mismo.

4.5. La figura del mediador

4.5.1. Quién es el mediador: su perfil

En la definición de *mediación familiar* de ambos ordenamientos jurídicos se incluye la persona del mediador. Se entiende por tal mediador un tercero neutral e imparcial que asiste a las partes para identificar los temas de disputa y para buscar soluciones acordadas y mutuamente satisfactorias. Los mediadores, que desarrollan siempre su papel desde la neutralidad y la privacidad, tienen que facilitar el diálogo y la comprensión entre las partes

para llegar a una solución consensuada. El mediador puede intervenir en las discusiones, hacer sugerencias o propuestas e incluso formular recomendaciones con vistas a acuerdo, pero a las partes les queda siempre el derecho a decir *no* a la mayoría de los puntos⁷³¹, para que, en definitiva, el resultado se refleje en un acuerdo que posteriormente será trasladado a la autoridad judicial para su aprobación.

Muldoon (1998) define en estos términos al mediador:

«es la entrada en la escena del conflicto de una tercera fuerza cuya importancia está determinada por su capacidad para efectuar cambios en un sistema estático o caótico, concretándose dicha capacidad en el método específico que se aplicará por el profesional a las partes implicadas para que recuperen el poder de negociar en beneficio mutuo⁷³²».

Por ende, la persona mediadora es una pieza fundamental en el proceso de mediación. El éxito de su actividad recae en su calidad humana y profesional, en su formación y en su capacidad técnica y comunicacional. Según las habilidades y técnicas mediadoras que emplee, el mediador podrá encaminar de una manera neutral e imparcial a las partes involucradas en el proceso para que superen las diferencias, pero nunca les impondrá acuerdos, sino que las dirigirá para encontrar una solución satisfactoria⁷³³ y para lograr su cumplimiento.

Con respecto a los casos en que se vean involucrados hijos menores de edad dentro de la mediación familiar:

«el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre la necesidades del

⁷³¹ TOUZARD Hubert (1981). *La mediación y la solución de los conflictos. Estudio Parasociológico*. Barcelona: Herder, pp. 140-149.

⁷³² MULDOON, Brian (1998). *El corazón del conflicto, del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*. Barcelona: Paidós Ibérica, p. 162.

⁷³³ GUILLÉN GESTOSO, Carlos; MENA CLARES, Javier; RAMOS RUIZ, Esther y SANCHÉZ SEVILLA, Sergio (2005): Aproximación genérica a la mediación. En José Sánchez Pérez (coord.). *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación* (pp.59-72). Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 59-72.

menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y a la necesidad que tienen de informarles y consultarles⁷³⁴».

Por otro lado, el mediador también desempeña un papel trascendental en la incorporación directa de los niños y adolescentes en la mediación, lo que requiere previamente la autorización de los padres. Por ello, deberá efectuar un trabajo previo con los progenitores, con el objeto de que estimular la empatía y de que estos permitan la intervención de sus hijos en el proceso. Para ello, el mediador debe activar la mirada reflexiva en los padres, a través de las técnicas que ofrecen los modelos de mediación, y ayudarlos a diferenciar las dimensiones de la conyugalidad y la parentalidad⁷³⁵: de este modo se logra encontrar el equilibrio y colocar a los hijos dentro del espacio que les corresponde. A su vez, los hijos, al formar parte del proceso, pueden ser y sentirse escuchados, de manera que sus opiniones sean consideradas para la construcción de decisiones de mutuo acuerdo entre los progenitores, que afectan a todos como familia. Por ello es necesario recalcar la importancia de la cualificación de este tercero imparcial llamado *mediador*.

4.5.2. Requisitos para ser mediador en Chile y en Cataluña

4.5.2.1. En Chile

La Ley 20.286, de Juzgados de Familia, en su artículo 112, contempla como requisitos para ser mediador familiar, los siguientes: una profesión de ocho semestres⁷³⁶, cualquiera que sea esta, y un título o diploma de especialización en mediación con 220 horas, de las que 180 serán teóricas, y 40, de práctica efectiva. De las 180 horas teóricas, un total de 80 deben estar centradas en el proceso de mediación⁷³⁷. Además, se requiere no haber sido

⁷³⁴ Recomendación R (98)1 sobre Mediación Familiar

⁷³⁵ GARAY PARRA, Rossana (2011). La participación de los niños en la Mediación Familiar.: una práctica con sentido para ellos y para todos. *VI Seminario Familia y Justicia. Los Niños, Niñas y Adolescentes Ante la Justicia de Familia*, 5 de septiembre. Chile..

⁷³⁶ En la práctica, esta plaza está ocupada, por regla general, por abogados, asistentes sociales, psicólogos y periodistas.

⁷³⁷ El artículo 4° del Decreto Supremo 769 del Ministerio de Justicia, de 25 de mayo de 2009, que contiene el Reglamento de la Ley de Tribunales de Familia, indica que toda persona interesada en integrar el registro de mediadores familiares deberá acreditar estudios de, al menos, 180 horas teóricas y 40 horas de práctica efectiva. Del total de horas teóricas, un mínimo de 80 deberán estar centradas en el proceso de mediación.

condenado o no haber sido objeto de investigación criminal por delito que merezca pena aflictiva por actos constitutivos de violencia familiar. También, se exige disponer de una oficina adecuada para desarrollar la mediación, que debe estar ubicada en la comuna de asiento del Tribunal de Familia. Los servicios de los mediadores familiares son prestados en oficinas denominadas Centros de Mediación.

La ley exige, a su vez, la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Mediadores⁷³⁸, que otorga el reconocimiento público a este profesional. Con todo, para permanecer en el registro de mediadores, no se exigen capacitaciones permanentes.

En lo que atañe a los prestadores licitados, la Ley les exige, además de los requisitos antes señalados, la obligación de concursar en un proceso de licitación pública. De este modo, para alcanzar este rango, se elevan las exigencias de formación, de experiencia y de disponibilidad horaria del mediador⁷³⁹. Este es, por tanto, el proceso por medio del cual el

⁷³⁸ Registro único de mediadores.

El artículo 112 de la Ley 20.286 establece todo lo relativo al registro de mediadores y un listado de profesionales que se encuentran habilitados para conducir procesos de mediación familiar.

Es un registro único nacional, administrado por cada Secretaría Ministerial Regional (SEREMI) de Justicia, que proporcionará a las cortes de apelaciones respectivas la nómina de los mediadores habilitados en su respectivo territorio jurisdiccional. Además, esta secretaría deberá mantener en su página web dicha nómina, ordenada por comuna, con los datos básicos de los mediadores. Esto se debe a que los mediadores tienen una potestad territorial limitada, que tiene como mínimo un tribunal de asuntos de familia o un juzgado de letras que conoce de casos de familia y, como máximo, el territorio que corresponde a una corte de apelaciones o a varias, mientras se encuentren en una misma región.

El registro habilita a mediadores inscritos para que puedan conducir procesos de mediación de forma particular y cobrar por sus servicios, con un valor máximo de \$85.000 por sesión (120 euros aproximadamente).

Los mediadores, a su vez, se encuentran agrupados como asociación gremial en su respectivo Colegio de Mediadores. Su incorporación es voluntaria, y tiene como objeto promover la racionalización, el desarrollo, la difusión, el perfeccionamiento y la protección de la actividad profesional de la mediación, así como de las conexas a ella. El Colegio de Mediadores, a través de la Comisión de Disciplina, solo puede imponer medidas disciplinarias frente a faltas o infracciones cometidas por uno de sus miembros —como la amonestación, multas, suspensión o exclusión de la asociación—, cuando este cause perjuicio al prestigio, patrimonio o actividades de la asociación.

⁷³⁹ Así puede verse en las nuevas bases de licitación: «2º Factor: Formación profesional en mediación de los mediadores que se postulan (...) Para la acreditación de este factor solo se considerarán los antecedentes académicos de formación especializada en mediación. Los criterios de evaluación serán los siguientes: a) Solo se considerarán para la atribución de puntaje los diplomados, postítulos, magísteres y doctorados en mediación, terminados y aprobados a la fecha de presentación de las ofertas. No se considerarán los talleres, seminarios, cursos, etc. (...) 3er Factor: Formación profesional en otras materias de los mediadores que se postulan: a) Solo se considerarán para la atribución de puntaje los diplomados, postítulos, magísteres y doctorados en materias vinculadas a la infancia, adolescencia, familia, género, violencia intrafamiliar y

Ministerio de Justicia contrata a los mediadores, a fin de que sean ellos quienes presten un servicio gratuito de mediación familiar a los usuarios. El Estado remunera este servicio⁷⁴⁰. De este modo, el mediador puede desarrollarse tanto en el ámbito público como en el privado.

Respecto al desempeño del mediador, el artículo 113 de la Ley de Tribunales de Familia prevé la aplicación de sanciones a los mediadores familiares por incumplimiento de sus obligaciones. Estas sanciones van desde amonestaciones y suspensiones hasta la cancelación de la inscripción, que no podrá volver a solicitarse mediante un procedimiento seguido ante la Corte de Apelaciones, correspondiente al territorio jurisdiccional donde ejercen su actividad⁷⁴¹. Por su parte, el Ministerio de Justicia lleva un registro público de todas las sanciones aplicadas a los prestadores de servicios de mediación, personas naturales o jurídicas, por la infracción o incumplimiento de las obligaciones establecidas en las bases para la contratación de servicios de mediación familiar.

derecho de familia, terminados y aprobados a la fecha de presentación de las ofertas. No se considerarán los talleres, seminarios, cursos, etc. (...) 4° Factor: “Docencia en mediación familiar de los mediadores que se postulan: a) Solo se considerará la docencia en mediación en cátedras en instituciones de educación superior. No serán considerados en este factor, las ponencias, seminarios, dictación de talleres o cursos que no formen parte de un programa de estudio de alguna carrera o grado académico, diplomado o postítulo impartido por una institución de educación superior. 5° Factor: Resultado del examen rendido por los mediadores que se postulan. El Ministerio de Justicia, en el marco de cada proceso licitatorio (...) tomará exámenes a todos los mediadores que formen parte del Registro de Mediadores y que deseen ser parte integrante de una nómina para la prestación de los servicios de mediación familiar en un determinado proceso licitatorio».

Véase en World Wide Web: https://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/documentos/pdf/Bases_Mediacion_Res_188_29_de_agosto_de_2011.pdf, pp. 17.

⁷⁴⁰ Lamentablemente, los ingresos que reportan este tipo de servicios no son proporcionales a la cualificación del profesional. Por ello, si los servicios licitados son mal remunerados, no tendrá un incentivo para participar de la licitación, salvo que lo anime algún propósito filantrópico o académico.

⁷⁴¹ La Corte de Apelaciones en cuyo territorio ejerce su función el mediador ordena la sanción, a petición del interesado que reclamare contra los servicios prestados, de la institución o persona jurídica a la que pertenezca el mediador, de cualquier juez con competencia en materia de familia del territorio jurisdiccional de la Corte, o de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Justicia.

La Corte resuelve con audiencia de los interesados y la agregación de los medios de prueba que estimare conducentes para formar su convicción. Las medidas que adopte la Corte son apelables sin perjuicio del derecho del mediador para pedir reposición. La resolución se comunica a la Secretaría Regional Ministerial de Justicia para su cumplimiento y se hace extensiva a todo el territorio nacional.

Frente a la cancelación, el mediador queda inhabilitado para actuar, por lo que se debe designar un nuevo mediador para los asuntos que se tuvieran pendientes. Si se trata de una suspensión, el mediador deberá seguir hasta su término con los asuntos que le han sido encomendados previamente. El mismo procedimiento se tramitará en la Corte en caso de pérdida de los requisitos.

También se contemplan causales de inhabilidad del mediador para tomar un caso si el mediador es pariente por consanguineidad hasta cuarto grado en línea colateral (madre, primo), o si es pariente por afinidad (cuñados, madrastra). Tampoco se puede recurrir a los servicios profesionales de alguien, cuando este le ha prestado sus servicios con anterioridad, con la salvedad de que estas prestaciones hayan sido como mediador. Por último, está la situación del curador. Un usuario no puede ser mediado por su representante legal. Esta figura es atribuida a quienes representan a personas con discapacidad mental, disipador, entre otros.

Por último, los mediadores crearon, a su vez, en 2002, el Colegio de Mediadores de Chile A.G., como una asociación de profesionales con el objeto de promover la racionalización, el desarrollo, la difusión, el perfeccionamiento y la protección de la actividad profesional de la mediación, y de las actividades conexas a dichas actividades comunes.

4.5.2.2. En Cataluña

Los requisitos para ejercer como mediador quedan regulados en el artículo 3 de la Ley 15/2009, de 22 de julio. Esta norma exige contar con un título universitario oficial, y amplía la posibilidad de acceder a esta profesión a toda persona colegiada profesionalmente que tenga un grado académico universitario y experiencia en el campo de las Ciencias Sociales⁷⁴². Del mismo modo, se debe acreditar una formación y una capacitación específicas en mediación y demostrarse experiencia de un mínimo de tres años en los últimos cinco años, además de una formación específica de 200 horas homologadas, ya sea que estas hayan sido impartidas por los colegios profesionales o por centros docentes universitarios.

Las causales de inhabilidad del mediador están establecidas en los artículos 6.3 y 6.4 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, dentro de los principios de imparcialidad y neutralidad de la

⁷⁴² Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar. Artículo 7. La persona del mediador se limitaba a los siguientes profesionales: abogado, psicólogo, trabajador social o pedagogo que esté colegiado en el colegio profesional respectivo.

persona mediadora. Así, en caso de existir conflicto de intereses, algún vínculo de parentesco por consanguineidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el grado segundo, o amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y una de las partes, la persona mediadora deberá declinar su nombramiento. En caso de duda, puede solicitar un informe a su colegio profesional. También está inhabilitado en los casos en que el mediador haya actuado anteriormente de forma profesional en defensa de los intereses de una de las partes y en contra de la otra.

Con todo, y en cualquier momento del procedimiento, si la persona mediadora no ha declinado en su nombramiento, la parte puede recusarla ante el órgano o persona que la nombró.

Los artículos 31.1, 31.2, 31.3 y 31.4 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, contemplan tres sanciones: en primer lugar, la infracción leve, que comprende una amonestación por escrito que se hace constar en el expediente del registro; en segundo lugar, la infracción grave, que comporta la suspensión temporal para actuar como mediador de un mes a un año; y, en tercer lugar, la infracción muy grave, que puede suponer desde la suspensión temporal de un año a tres años hasta la baja definitiva del registro de personas mediadoras.

Por las consecuencias que conlleva, este tipo de sanción hace exigible que esta disponga de los medios de defensa suficientes y de las garantías correspondientes de todo proceso. Al colegio profesional al que pertenece la persona mediadora le corresponderá darle inicio, ya sea de oficio o a partir de una denuncia el expediente, para instruirlo y para sancionar a la persona mediadora.

El papel que cumple en este caso el Centro de Mediación, conforme a lo establecido en su reglamento, es el de disponer un registro especial en el que se inscriben las quejas y las denuncias de los ciudadanos o de las instituciones para los casos en los que se vea afectado el normal desarrollo del proceso de mediación⁷⁴³. Así, este centro tramita la queja o la

⁷⁴³ Registro General de Personas Mediadoras.

El artículo 25.3 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, establece en el Centro de Mediación dos registros en los que deben estar inscritos los respectivos mediadores. Son los siguientes:

1. Registro general de personas mediadoras en el ámbito familiar.
2. Registro general de personas mediadoras en los ámbitos del derecho privado.

Si se acredita la formación requerida, se podrá formar parte de los dos registros de forma totalmente compatible.

Estos registros generales se encuentran a cargo del Centro de Mediación. En él se realiza la gestión por medios informáticos: se recogen las inscripciones que se hacen directamente en los colegios profesionales y se comprueban los datos de las personas que han obtenido la declaración de la capacitación como mediadoras en el ámbito de la ley, a través del colegio profesional correspondiente, y que han formalizado la inscripción en su registro. Para fijar el orden de inscripción en el registro general se establece un sistema automatizado de asignación de las resoluciones de cada colegio profesional. El registro general organiza su información en las demarcaciones territoriales y dentro, de estas, por partidos judiciales. Este registro puede ser consultado en las correspondientes delegaciones del Departamento de Justicia, en el propio centro, en los colegios profesionales, en los juzgados decanos e incluso por internet.

El asiento que especifica el colegio profesional de la persona mediadora debe, a su vez, constar en el registro general. Las notas marginales indican el inicio del expediente disciplinario, las medidas adoptadas y su sobreseimiento o archivo. Por último, los asientos de rectificación son los que modifican el contenido de otro que consta en los registros, ya sea porque de oficio se observa algún error o porque lo pide la persona interesada. Es obligación de los mediadores comunicar a su colegio profesional toda modificación de datos inscritos.

En cuanto a los registros de los colegios profesionales, la Ley 15/2009, de 22 de julio, en el artículo 22, establece las funciones de los colegios profesionales: a) Gestionar el registro de personas mediadoras que estén colegiadas y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. b) Proponer al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan colegio profesional. c) Llevar a cabo la formación específica y declarar la capacitación de las personas mediadoras. d) Cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación. e) Comunicar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios abiertos a personas mediadoras. f) Colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en el fomento y difusión de la mediación. g) Introducir, en el ámbito de la formación especializada que lleven a cabo, el estudio de las técnicas de mediación, negociación y resolución alternativa de conflictos. h) Elaborar propuestas y emitir los informes sobre los procedimientos de mediación que le pida el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. i) Elaborar una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación, que debe enviarse al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. j) Llevar a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, para detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una especial atención a las que afecten a personas en situación de dependencia.

Cada colegio profesional es responsable del registro de personas mediadoras dentro de su ámbito y extiende las inscripciones directamente al registro general: Los asientos de estos registros deben seguir el mismo orden que los del registro general; pero, frente a la discrepancia, se prefiere a este último. Los respectivos colegios reciben las solicitudes de las personas que quieren ser declaradas mediadoras y resuelven la declaración de capacitación, de manera que proceden a su inscripción si esta resulta estimada. Estas resoluciones están numeradas y siguen el orden de los respectivos expedientes. En cualquier caso, deben estar motivadas y son susceptibles de recurso. Los colegios profesionales tienen que extender las inscripciones de las suspensiones, bajas, modificaciones y otros asientos que se produzcan dentro de su ámbito, y mantener actualizada toda la información relacionada con las personas mediadoras.

En cuanto a la validez y publicidad de los registros, debe destacarse que los actos inscritos en los registros de personas mediadoras se consideran auténticos y válidos. Los datos objeto de inscripción son públicos, salvo las notas marginales que se refieren a la apertura, incidencias y al archivo de expedientes disciplinarios. Los tipos de asiento en los registros se concretan en inscripciones, notas marginales y rectificaciones. Los asientos de inscripción contienen el alta de la persona mediadora y sus datos, los partidos judiciales en que está inscrita y la baja o suspensión de la persona mediadora.

denuncia recibida en el colegio profesional que corresponda, para que se inicien las diligencias informativas sobre los hechos. Resuelto este punto, el colegio remite el resultado al centro para que se informe a la parte o partes que han formulado la queja. Si de dicho seguimiento se desprende una conducta o unos hechos que pueden ser objeto de sanción, solo el colegio profesional tiene la atribución de abrir el correspondiente expediente sancionador.

4.5.3. Designación del mediador

Para la designación del mediador que va a actuar en el caso concreto se deben distinguir los casos de Chile y Cataluña.

4.5.3.1. En Chile

La Ley 20.286 establece un sistema mixto de prestación de la mediación, mediante el que se regula un sistema gratuito, mientras que excepcionalmente podrá cobrarse por el servicio. Así, el Ministerio de Justicia implementó un sistema de mediadores licitados, quienes tienen a cargo la prestación de este servicio gratuito a los sectores de menores ingresos, y un sistema de mediadores privados, en que estos, cumpliendo ciertos requisitos, se inscriben y pueden actuar como mediadores en los demás casos. En este último supuesto, los mediadores son pagados por los intervinientes en la mediación⁷⁴⁴

En los casos en que la mediación sea remunerada, el artículo 107 de la Ley 20.286 establece que, de existir acuerdo entre las partes, son ellas quienes lo eligen del Registro de Mediadores disponible en el Ministerio de Justicia⁷⁴⁵. Si no hay acuerdo, el juez lo designará aleatoriamente. En cambio, si la mediación es gratuita, el propio artículo 107 de

⁷⁴⁴ VARGAS PÁVEZ, Macarena (2008). Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 21(2), 183-202.

⁷⁴⁵ La administración del sistema de mediación se encuentra radicada en la Unidad de Mediación, dependiente de la División Judicial del Ministerio de Justicia, creada por resolución 15 del año 2006. El Registro de Mediadores se encuentra regulado por el Decreto Supremo 763 del 14 de noviembre de 2008 y la Resolución Exenta 2933 del 29 de octubre de 2009 que se refieren a la manera como se incorporan los profesionales de dicho registro. Además, mediante el Decreto 904 del 18 de febrero de 2009, el cual regula las Bases Tipo de licitación de los centros de mediación, así como, otros aspectos del proceso de licitación

la Ley 20.286 agrega que, para proveer los servicios de mediación sin costo para las partes, el Ministerio de Justicia debe contratar a mediadores registrados a través de procesos de licitación.

Se requiere de un informe favorable de la Corporación de Asistencia Judicial o de cualquier otro organismo que preste asistencia jurídica gratuita, y es designado por el juez, que velará por que la distribución sea equitativa por medio de un procedimiento objetivo y general, tomando en consideración la situación económica de las partes. Solo para los que gocen del privilegio de pobreza esta asistencia siempre será gratuita, sin necesidad de obtener un informe favorable para acogerse al sistema.

La designación efectuada por el tribunal no es susceptible de recurso alguno, pero deberá revocarse y procederse a una nueva designación si el mediador es pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o hasta cuarto grado en la línea colateral, o si es curador de cualquiera de las partes, o si hubiese prestado servicios profesionales a cualquiera de ellas con anterioridad, salvo que hubiese asistido a ambas en calidad de mediador.

Los mediadores licitados tienen a su cargo un número determinado de carteras. Reciben los casos directamente del tribunal y son supervisados y remunerados por el Estado.

Otro criterio de distinción a tomar en consideración es el que discrimina entre si la mediación es previa o voluntaria. Para estos casos, la mediación será gratuita para todos los usuarios. Al ser una medida impuesta por el legislador, el Estado debe cubrir los costos de los servicios a través del sistema de mediadores licitados, lo que implica un importante incremento del presupuesto del sistema de justicia de familia. En las demás materias –salvo las prohibidas, que se mantienen intactas– serán derivadas a mediación las partes que acepten la invitación del juez, quienes se harán cargo de los costos en proporciones iguales⁷⁴⁶. De este modo, las partes, de común acuerdo, comunican al tribunal el nombre que elijan del mediador a través de una presentación escrita en la que se indica la individualización de los involucrados: deben

⁷⁴⁶ PAREDES ZIEBALLE, Alejandro (2012). La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia política*. (3)2, pp. 189-224.

mencionarse la o las materias incluidas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 107, inciso primero, y 107, inciso segundo, de la Ley 20.286. En caso de que no haya acuerdo entre las partes del nombramiento, será el tribunal quien lo designe.

Sobre este punto es importante señalar que, frente a su designación, y aunque las normas legales no lo señalan de manera expresa, el mediador tiene la facultad de rechazar o retirarse de la mediación, sin necesidad de invocar ni probar una causa justificada, sobre la base del resguardo de la neutralidad o imparcialidad del mediador⁷⁴⁷. Situación diferente es para aquellos mediadores que han ganado la licitación, o que no prestan servicios libremente, sino que se encuentran incorporados al sistema de mediación familiar que regula la Ley de Tribunales de Familia. Estos deberán prestar el servicio de mediación a quienes se lo soliciten por la derivación que le hacen los tribunales de familia para los que se han inscrito⁷⁴⁸. En estos casos es, por tanto, regla general que se esté obligado a prestar sus servicios⁷⁴⁹, salvo que la imparcialidad se vea afectada. Con todo, el artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia expresa que «tanto el mediador al rechazar el caso, como las partes al pedir nueva designación de mediador deberán justificarse ante el juez⁷⁵⁰». Esta excepción también se puede aplicar a todos los principios de la mediación que el mediador pudiese vulnerar.

4.5.3.2. En Cataluña

La mediación puede ser dividida en dos ámbitos: mediaciones familiares públicas, es decir, gestionadas por organismos de carácter público; y mediaciones privadas, que, según sean, estarán sometidas a determinadas características y disposiciones legales tanto respecto de la

⁷⁴⁷ El artículo 15, inciso 2 del Decreto Supremo 763, otorga la posibilidad al mediador de aceptar o rechazar la designación, en un plazo de dos días, tan solo con la obligación de informar dicha circunstancia al Tribunal, para que este proceda a una nueva designación (Ministerio de Justicia de Chile, 2008).

⁷⁴⁸ En la Resolución 188, en el apartado sobre Bases Administrativas, número 24.2, letra d, se expresa que constituye falta gravísima y causal de término del contrato el no asumir, injustificadamente, una mediación derivada o ingresada en forma espontánea (Ministerio de Justicia de Chile, 2011).

⁷⁴⁹ TARUD ARAVENA, Claudia (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión jurídica*, 12(23), 115-132

⁷⁵⁰ La justificación no debe ser más que una mención general en cuanto a que de continuar la mediación podrían vulnerarse sus principios, lo que justifica rechazar o poner término al proceso y pedir la designación de otro mediador, sin revelar ningún otro antecedente ni denostar a ninguna de las partes.

gestión de la mediación o de la figura del mediador y de su dependencia orgánica o funcional, como respecto del coste para el usuario.

4.5.3.2.1. La mediación familiar pública

La mediación familiar pública se hace al amparo de organismos públicos. En la Comunidad autónoma de Cataluña se distinguen dos tipos de organismos o entidades gestoras de la mediación pública⁷⁵¹:

- a) El Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña (anteriormente Centro de Mediación Familiar de Cataluña según la Ley 1/2001 de Mediación Familiar, vigente hasta el 19 de agosto de 2009) con competencia en todo el territorio catalán.
- b) La mediación familiar gestionada por las entidades de ámbito local⁷⁵².

4.5.3.2.2. La mediación familiar privada

La mediación familiar privada puede ser protagonizada por mediadores individuales –con independencia que estén habilitados o no–, cuyas mediaciones se realizan en los despachos o en los espacios de que disponen los mediadores. En estos supuestos, los usuarios que quieren realizar una mediación se ponen en contacto directamente con la persona mediadora. Las vías para llegar a los mediadores son diversas: la recomendación de su abogado, de algún otro usuario o por conocimiento, directo o indirecto, del profesional mediador.

⁷⁵¹ VALLS RIUS, Anna (Coord.) (2011). La mediación en el ámbito familiar. En Pompeu Casanovas, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba (dirs). *Libro Blanco de la mediación en Catalunya. Generalitat de Catalunya* (pp. 433-496). Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

⁷⁵² En su artículo 23.1 y 23.2, de la Ley 15/2009, de 22 de julio, nos encontramos con las administraciones locales y otras entidades públicas.

También la mediación familiar privada puede ser realizada por entidades, empresas o despachos integrados por profesionales de diferentes ámbitos. Las personas interesadas en esta mediación se ponen en contacto con la empresa, entidad o despacho, que designa al profesional que llevará el caso entre uno de los mediadores que tienen en plantilla. El número de mediaciones que gestionen dependerá igualmente de los contactos de la empresa o despacho con los profesionales derivadores o de la capacidad de llegar directamente a los usuarios.

Cada vez que exista un conflicto que tenga connotación de tipo familiar, las partes pueden recurrir a la persona de un mediador para que este actúe como tercero neutral y las encause hacia un resultado que favorezca a todos los involucrados.

Respecto de la designación de la persona mediadora, tenemos, en primer lugar, la posibilidad de que sean las partes, de mutuo acuerdo, quienes la nombren. Si no lo hacen, o si la autoridad judicial, por medio de un auto o providencia, deriva el caso a mediación, el Centro de Mediación⁷⁵³ procederá a su designación. Lo hará de forma correlativa, siguiendo el orden de inscripción en el registro. También especificará el objeto de la mediación e indicará si esta es total o parcial. Este centro se encargará, a su vez, de notificar todo ello a las partes y a la persona mediadora. Para los casos que lo requieran, también informará al respecto a la autoridad judicial, con el fin de dar inicio al proceso en el plazo de cinco días hábiles. Si la notificación a la persona mediadora designada es por carta, esta perderá su

⁷⁵³Registro de Servicios de Mediación Ciudadana.

Por medio de esta nueva Ley 15/2009, de 22 de julio, y según lo establece el artículo 28, se crea el Registro de Servicios de Mediación Ciudadana con el objeto de facilitar el acceso de los usuarios al servicio de mediación.

Criterio de intervención del Centro de Mediación respecto a la mediación ciudadana o comunitaria: si una persona solicita una mediación comunitaria al Centro de Mediación y se dispone del servicio de mediación comunitaria local reconocido, se le dirigirá al servicio; en caso de que la localidad no disponga del Servicio de Mediación Comunitaria, o bien si el servicio local pide la colaboración del Centro de Mediación, será este el que designe mediador comunitario.

Si se trata de casos derivados judicialmente, el Centro de Mediación designará el mediador.

Si existe cualquier tipo de incompatibilidad entre las personas que solicita la mediación y el Servicio de Mediación local, el Centro de Mediación designará el mediador.

En todo caso, los mediadores habilitados del Centro de Mediación que realizan una mediación comunitaria colaborarán con los profesionales de los servicios sociales de la localidad.

turno si no se la encuentra, de manera que su nombre pasará al final del registro de personas mediadoras.

La persona designada como mediadora tiene el plazo de cinco días hábiles para aceptar el cargo. Dentro de ese plazo puede declinar su nombramiento por las causas que estipula la ley, o bien ser recusada por una o ambas partes.

4.6. Tipos de mediación

La mediación implica que las partes estarán dispuestas a buscar por sí mismas la mejor solución a su conflicto, siendo protagonistas del proceso, en un marco de diálogo y respeto mutuo.

4.6.1. En Chile

Con la ley que crea los Tribunales de Familia se estableció la oportunidad para las partes de concurrir a la mediación para determinadas materias. Ello conllevó que se reestructurara el servicio de mediación otorgado hasta ese momento, casi exclusivamente, a las corporaciones de asistencia judicial, y que se creara un nuevo sistema de centros de mediación.

4.6.1.1. Mediación privada licitada

Como parte de un proceso de derivación del tribunal, la Ley 20.286, en el artículo 114 inciso primero, de Tribunales de Familia, contempla la institución de la mediación familiar gratuita, que debe estar disponible para un segmento importante de la población.

Para acceder a ella, las partes deben acercarse al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda a la comuna del domicilio del interesado. El tribunal les asignará un mediador que atenderá su causa, sin costo alguno de honorarios. El mediador solicitará

los documentos que aseguren un pago posterior, y acreditará la atención realizada con un certificado de informe favorable.

El tribunal comunicará su designación al mediador por la vía más expedita, y agregará la individualización de las partes y las materias sobre las que versa el conflicto.

4.6.1.2. Mediación privada no licitada

La contratación del servicio puede ser por vía privada, de acuerdo con la Ley 20.286, artículo 114, inciso segundo, que establece que la mediación familiar podrá ser realizada por profesionales que atienden directamente a las personas que lo soliciten. Para ello, estos profesionales deberán estar acreditados en un registro nacional de mediadores, que queda centralizado en el Ministerio de Justicia a través de sus secretarios ministeriales. Los honorarios de los mediadores deberán ajustarse al arancel fijado para el año del calendario respectivo.

4.6.2. En Cataluña

Otro aspecto importante en torno a la mediación es si esta debe ser desarrollada por instituciones privadas o por instituciones públicas. Se trata de determinar si la mediación se debe incardinar como un servicio público dependiente de la Administración o bien como un servicio privado, llevado a cabo por profesionales. Al respecto, la Recomendación R (98)1, sobre Mediación Familiar, recoge esta doble posibilidad y deja en manos de los distintos Estados optar por un sistema u otro.

4.6.2.1. Mediación pública

La mediación familiar pública se hace al amparo de organismos públicos. En la comunidad autónoma de Cataluña se distinguen dos tipos de organismos o entidades gestoras de la

mediación pública⁷⁵⁴: el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y las entidades públicas de ámbito local.

El Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña (anteriormente, Centro de Mediación Familiar de Cataluña según la Ley 1/2001 de Mediación Familiar, vigente hasta el 19 de agosto de 2009), tiene competencia en todo el territorio catalán. Gestiona las mediaciones a través de mediadores que son profesionales independientes habilitados por el centro e incorporados al Registro, ya sea directamente a las sedes de Barcelona, Gerona, Lérida, Tarragona o Tierras del Ebro, o a través de servicios gestionados por organismos colaboradores que, en virtud de convenio con el Departamento de Justicia, forman parte de dos redes de servicios que orientan e informan a los ciudadanos de los diferentes territorios y poblaciones de las ventajas, características y posibilidad de llevar a cabo una mediación en el marco del centro. Estas dos redes son los SIM (Servicios de Información Mediadora)⁷⁵⁵ y los SOM (Servicios de Orientación Mediadora)⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ VALLS RIUS, Anna (Coord.) (2011). La mediación en el ámbito familiar. En Pompeu Casanovas, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba (dirs.). *Libro Blanco de la mediación en Catalunya. Generalitat de Catalunya* (pp. 433-496). Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

⁷⁵⁵ Está integrada por 40 puntos de información repartidos por toda Cataluña y gestionados por ayuntamientos, consejos comarcales y otras entidades, que, a través de un convenio de colaboración con el Departamento de Justicia, crean estos puntos de información al servicio de los ciudadanos en donde facilitan el acceso a la mediación gestionada por el centro. En el mapa de Cataluña por comarcas, podemos identificar aquellas que disponen de tres o más servicios de información mediadora en color gris oscuro; en color medio, las que tienen dos; en gris claro, las que tienen uno, y en blanco, las que no disponen todavía de ningún servicio de información mediadora, aunque hay algunas comarcas que están a punto de incorporar nuevos servicios, ya que la red está en constante expansión. Idem.

⁷⁵⁶ Está integrada por 29 puntos igualmente repartidos por la geografía catalana y gestionados por los 14 Colegios de Abogados de Cataluña que, en virtud de los respectivos convenios de colaboración con el Departamento de Justicia, dan vida a estos servicios de orientación mediadora, que informan y orientan sobre la mediación a los ciudadanos usuarios de los servicios de orientación jurídica. Estos puntos se encuentran ubicados en el mismo espacio donde los ciudadanos pueden tramitar el derecho a la justicia gratuita, con lo cual podrán disponer de la asistencia de un letrado y de la actuación de un mediador, ambos subvencionados por el Departamento de Justicia. Igual que en el mapa anterior, la intensidad del color identifica las comarcas con uno, dos, tres o más servicios de orientación mediadora por comarca. Una parte importante de estos servicios están ubicados en la demarcación territorial de Barcelona y cuentan con el apoyo de la Diputación. Se dedican básicamente a la mediación en conflictos de tipo comunitario o ciudadano, pero también han gestionado problemáticas de tipo familiar, especialmente aquellos supuestos ajenos al objeto identificado en la Ley 1/2001 y, por lo tanto, excluidos del ámbito de gestión del Centro de Mediación Familiar (el artículo 5 de la Ley limitaba su ámbito a los conflictos derivados de separaciones, divorcios y rupturas de pareja con hijos menores o a otros conflictos con instituciones tutelares). Idem.

Sobre las administraciones locales y otras entidades públicas, en su artículo 23.1 y 23.2, la Ley 15/2009, de 22 de julio, les reconoce la capacidad para autoorganizarse y establecer, dentro de su competencia, actividades y servicios de mediación, de acuerdo con los principios que deben regir la mediación: la voluntariedad, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe. Dichas instituciones pueden firmar convenios de colaboración con el Departamento de Justicia para promover y facilitar la mediación familiar y civil dentro de los territorios respectivos.

4.6.2.2. Mediación privada

En el ámbito estrictamente privado, para ejercer la mediación familiar no es necesario estar habilitado como mediador por el Centro de Mediación, por lo que actúan tanto los mediadores habilitados como los no habilitados⁷⁵⁷. En todo caso, hay que diferenciar dos subgrupos⁷⁵⁸: la mediación familiar privada protagonizada por mediadores individuales y la mediación familiar privada realizada por colectivos.

La mediación familiar privada protagonizada por mediadores individuales –con independencia de que estén habilitados o no, dentro del ámbito privado– se realiza en los despachos o en los espacios de que disponen los mediadores.

La mediación familiar privada es realizada por entidades, empresas o despachos integrados por profesionales de diferentes ámbitos.

4.7. Materias sobre las que recae la mediación

Existen materias para las que la mediación es de gran relevancia y utilidad; pero también hay materias para las que, por su naturaleza, la mediación no resulta adecuada; y otras, para

⁷⁵⁷ Disposición adicional segunda de la Ley de mediación en el ámbito del Derecho Privado, los principios establecidos en el capítulo II, son aplicables a todas las personas mediadoras y a todas las mediaciones.

⁷⁵⁸ Idem.

las que se encuentra prohibida. Exponemos a continuación las materias en las que se recomienda la mediación y aquellas en que esta no es recomendable:

4.7.1. En Chile

4.7.1.1. Materias mediables

Son todas aquellas que la ley no prohíbe.

La Ley 20.286, en su artículo 106, establece las materias sobre las cuales puede o no mediar. La mediación es un instrumento disponible para todas las personas que tengan conflictos familiares y que quieran resolverlos de manera no confrontacional, pacífica y con acuerdos que permanezcan en el tiempo y que satisfagan a todos aquellos que participan.

Las materias mediables son la pensión de alimentos para hijos y entre cónyuges; el cuidado personal de los hijos; la relación directa y regular que mantendrá el padre o la madre con los hijos que tuviere bajo su cuidado; los aspectos educativos en la crianza de los hijos; los asuntos relacionados con la patria potestad; las relaciones mutuas entre los cónyuges; las compensaciones económicas al cónyuge débil, en caso de divorcio; y las materias vinculadas al régimen patrimonial del matrimonio, se trate de régimen de sociedad conyugal, de separación de bienes o de participación en los gananciales.

4.7.1.2. Materias prohibidas

La Ley 20.286 establece, en su artículo 104, que quedan excluidas de la mediación las materias «relativas al estado civil de las personas, declaraciones de interdicción, maltrato de niños, niñas y adolescentes, violencia intrafamiliar salvo en el marco de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia respecto del acuerdo que debe producirse entre las partes, y en materia de adopción».

Hay consenso en los tratadistas a quienes se les consultó, en que existen, en el Derecho de familia, conflictos que el interés superior del orden público determina que no sean susceptibles de ser mediados. Tal sería el caso de la filiación o adopción. Así, al estar en juego un derecho personalísimo como es el de la identidad del menor, este derecho no puede dejarse librado a la voluntad de las partes.

4.7.1.3. Materias de mediación previa u obligatoria

Demandas sobre pensión de alimentos, tuición (cuidado personal de los hijos) y régimen de visitas (relación directa y regular con los hijos).

Con la entrada en vigor de la reforma a la Ley de Tribunales de Familia, Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008, se establece la obligatoriedad⁷⁵⁹ de que las partes intenten un acuerdo, a través de un proceso de mediación, en las materias que con mayor frecuencia se tramitan en los tribunales de familia; esto es, alimentos (76%), relación directa y regular (14%) y cuidado personal (10%)⁷⁶⁰.

En términos prácticos, esto significa que si una persona quiere demandar por alguna de estas tres materias, el tribunal la derivará a un mediador que intervendrá para que las partes, sin costo alguno, intenten un acuerdo que ponga término al conflicto, sin necesidad de un juicio. Los acuerdos alcanzados ante un mediador, si son aprobados por el juez, tienen el mismo valor jurídico que una sentencia, y evitan todo el tiempo y el costo de un juicio. Si las partes no llegan a acuerdo, ya que no están obligadas a ello, se retoma el curso normal de un juicio. La obligatoriedad es exigida solo para la primera sesión.

Con el fin de agilizar y desatorar la sobrecarga en los tribunales de justicia, la ley debió ser modificada y pasó a darles el carácter de obligatorio a ciertas materias, ya que por vía voluntaria no se obtuvieron los resultados esperados.

⁷⁵⁹ La Ley 19.968, de Tribunales de Familia, reconoce el principio de la voluntariedad.

⁷⁶⁰ El ejecutivo optó por establecer la mediación obligatoria para las materias de alimentos, tuición y régimen de visitas.

En la legislación chilena, el artículo 104 de la Ley 20.286 deja la puerta abierta a las partes para que estas designen de común acuerdo a una persona que ejerza entre ellas sus buenos oficios, con el fin de alcanzar avenimiento fuera de un procedimiento de mediación en las materias en que sea procedente de acuerdo a la ley.

4.7.2. En Cataluña

De forma totalmente específica, la normativa catalana, en su artículo 2.1, regula el ámbito de aplicación objetivo de la mediación. Al respecto, tras explicar los conflictos que pueden someterse al ámbito de la mediación familiar, esta ley concluye, en el epígrafe f, lo siguiente:

«Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de las personas y de la familia susceptible de ser planteado».

La legislación catalana se preocupa de no dejar fuera ningún conflicto, por lo que suma, a la exhaustiva enumeración, esta cláusula de cierre que alcanza a cualesquiera situaciones que no han sido especificadas. De esta forma, confiere eficacia a la mediación y a su objeto, y resuelve, por vía alternativa a la judicial, cuestiones susceptibles de ser planteadas por esta⁷⁶¹.

4.7.2.1. Materias mediables⁷⁶²

⁷⁶¹ DUPLÁ MARÍN, María Teresa (Coord.) (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*. Santiago de Compostela. España: Editorial Andavira Editora, p.412.

⁷⁶² En cuanto a la ruptura de matrimonio, el ordenamiento jurídico estatal, en la Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, provocó una profunda reforma en esta materia. En el caso de la separación, esta puede ser decretada judicialmente en dos circunstancias: la separación judicial convencional (o de mutuo acuerdo) y la separación judicial unilateral. Al igual que la separación, el divorcio puede ser de mutuo acuerdo o contencioso. Esta ley señala, a su vez, que, frente a los conflictos o al desacuerdo de las partes, el juez puede recurrir a propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas las medidas, o del mayor número de ellas, por medio de la mediación familiar, vía extrajudicial de resolución de conflictos que contempla la ley. Otras reformas que se abordan con la modificación del artículo 92 del Código Civil son las relativas a la guarda y custodia de los hijos, de manera que a partir de ahora se recoge la llamada *guarda y custodia compartida*.

En lo relativo a las materias relacionadas con la ruptura de matrimonio y, consecuentemente, con la ruptura familiar, es importante abordarlas desde la mediación, implicando a las partes para que sean protagonistas de

sus problemas, con la ayuda de un tercero imparcial y neutral, que les dará las directrices para el diálogo y la comunicación, a fin de lograr un acuerdo que resulte satisfactorio para todos.

En términos generales, y siguiendo a Ortuño Pascual (2013):

(i) La mediación y el ejercicio de la patria potestad. La inclusión de la mediación en el Código Civil por la Ley 15/2005 se fundamentó a propósito de los sistemas de distribución de la responsabilidad parental. Las ventajas que presenta el acuerdo en mediación sobre estas materias es de mejor calidad que el mutuo acuerdo negociado, sin la intervención de un mediador especializado. Finalmente, la mediación sobre el ejercicio de la responsabilidad parental supone el mejor antídoto contra los incumplimientos del régimen de visitas. Generalmente

(ii) La mediación y la custodia compartida. Para la obtención, en beneficio del menor, de una modalidad de custodia que garantice su estabilidad tras la ruptura, la mediación es el instrumento más adecuado. De hecho, la medida preventiva más eficaz para que funcione un sistema de carácter colaborativo es que exista un pacto para implantar un sistema eficaz y ágil de resolución de las controversias o de diferencias que puedan plantearse en el futuro

(iii) Mediación, paternidad, maternidad y relaciones familiares. Accesorio a las acciones de paternidad y que pueden ser objeto de negociación en pro de los hijos, tenemos, por ejemplo, las relaciones entre el niño y el progenitor cuya filiación se pretende; las cuestiones de naturaleza alimentaria; o la cobertura de necesidades educacionales y sanitarias, que pueden ser propuestas por las partes de consuno para su aprobación por el tribunal, tras el informe del Ministerio Fiscal. Dentro del ámbito de mediación, algunas leyes incluyen materias relativas a la problemática derivada de las medidas de protección de los menores por las entidades públicas, en casos de niños en situación de riesgo, bien en lo que se refiere a las relaciones entre los miembros de la familia del menor acogido en institución, cuando aquella esté separada o desestructurada, bien en las relaciones entre familias acogedoras y familias biológicas. De igual forma, en la adopción y toda la problemática que se deriva de la misma. Por último, las relaciones interrumpidas entre los abuelos y los niños o cualquier otro familiar dentro de la familia extensa.

(iv) Mediación y vivienda familiar. En esta materia se producen grandes conflictos. Dentro de las crisis de pareja, uno de los grandes escollos es precisamente la vivienda familiar, conjuntamente con la custodia. La previsión legal del artículo 96 del Código Civil es concluyente, al prever que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Como consecuencia, deja la opción de un acuerdo entre las partes; pero el juez no lo aprobará si quedan desasistidos los hijos, o si representa una situación de injusticia notoria impuesta por razones diversas y ajenas a la racionalidad de las cosas. Sobre este tema, la mediación, si bien no es la panacea para la resolución del conflicto, puede ser considerada una vía encaminada a encontrar un acuerdo, porque generalmente los problemas no se limitan a la fase declarativa del pleito contencioso, sino que estas pugnas suelen aparecer a lo largo del tiempo, en ejecución de sentencia o cuando se modifican algunas de las circunstancias, e impiden una relación normalizada entre los excónyuges.

(v) Mediación y pensiones alimentarias. Las prestaciones alimentarias, además de una cantidad mensual, se han de conjugar con otras prestaciones en especie, como es el caso de la disposición de vivienda familiar, y con las obligaciones de similar naturaleza que el obligado al pago mantenga con otros hijos, del mismo matrimonio, o de distinta unión. Todo ello, sumado a que la cuantía de los alimentos es siempre provisional; es decir, susceptible de modificación tan pronto como se altere sustancialmente alguna de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para establecerla. También se presenta la mediación como un camino viable con base en el principio de la buena fe que rige este tipo de proceso, para que las propias partes hagan cuenta y determinen la cantidad.

(vi) Mediación y aspectos patrimoniales del divorcio. Esta área es más técnica y, al igual que en la custodia compartida, el mediador requiere tener conocimientos especiales, tanto de derecho patrimonial, obligaciones y contratos, como de economía, contabilidad y finanzas. Para estos casos, la responsabilidad del mediador es la de asegurar que las partes estén debidamente asesoradas respecto a estas materias con sus letrados o economistas y, en su caso, ampliar las sesiones de mediación con la presencia de los mismos asegurando, en todo caso, que los acuerdos que puedan alcanzarse estén suficientemente trabajados y sólidamente asumidos.

En su artículo 2, la Ley 15/2009, de 22 de julio, establece el objeto de la mediación y determina las materias de aplicación de la mediación familiar. Estas materias no solo abarcan lo relativo a las relaciones familiares y a las crisis matrimoniales y de pareja, sino que también se ha extendido a otros contextos tales como la pensión compensatoria, la separación de bienes o de cuerpo, la atribución de la vivienda familiar, la herencia y sucesiones, la adopción, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas de los abuelos y la obligación de alimentos, entre otros⁷⁶³.

Hoy día, con el actual texto legal, la actuación de la mediación familiar se amplía a nuevos campos:

- a) La comunicación y la relación entre progenitores y descendientes, abuelos y nietos y otras personas próximas al ámbito familiar.
- b) Las materias reguladas por el Código Civil de Cataluña que, en situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio, deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador.
- c) Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia.
- d) La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.
- e) Los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos⁷⁶⁴.

(vii) Mediación y violencia de género y la mediación y crisis intergeneracional. De trata de dos aspectos a los cuales también se le da valor a la metodología de la mediación (tratada en otro apartado).

En ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2013). La mediación en el ámbito familiar. *Revista jurídica de Castilla y León*, 29, 1-23.

⁷⁶³ De esta manera, la mediación, dentro del ámbito de la crisis matrimonial, puede tener como objeto lograr los acuerdos necesarios para pactar el convenio regulador de los efectos de separación y divorcio; tal vez, para establecer las medidas y efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio civil; quizá, para el cumplimiento de las sentencias en los diferentes supuestos de crisis y para la modificación de las medidas dispuestas por resolución judicial, cuando se haya producido un cambio de circunstancias; amén de resolver la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.

⁷⁶⁴ En la custodia compartida en Cataluña se ha introducido una presunción *iuris tantum* respecto a la bondad del acuerdo de mediación en relación con la modalidad de custodia. El nuevo Libro II del Código Civil Catalán establece, en su artículo 233-6.6, que los acuerdos de mediación respecto al ejercicio de la

- f) Las situaciones de conflicto que puedan surgir entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y adoptantes.
- g) Los conflictos de tipo familiar entre personas de diferente nacionalidad o de la misma, pero distinta de la española y residentes en el Estado español.
- h) Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes.
- i) La sucesión de una persona, incluyendo los conflictos entre los posibles herederos.
- j) Los aspectos estrictamente convivenciales en los acogimientos de las personas mayores y las posibles controversias que pueda generar la elección de su tutor o el régimen de visitas de personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas de la tutela.
- k) Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar.

En suma, en general, puede ser llevado a proceso de mediación familiar cualquier conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente⁷⁶⁵.

4.7.2.2. Materias no mediables

El criterio utilizado dentro del ámbito de las materias no mediables atañe a si existen elementos suficientes que dificultan la mediación, o bien, a la ausencia de las características que la garantizan, por lo cual se hace imposible su uso.

Los elementos que dificultan el proceso de mediación son los siguientes:

responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La no aprobación por la autoridad judicial se ha de fundamentar en criterios de orden público e interés del menor.

⁷⁶⁵ Es un campo bastante amplio, incluso para atender los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes; o los relativos al cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco; o quizás para resolver los conflictos familiares provocados por la crisis, entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en nuestro país; y, por último, los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar.

- a) La adicción a sustancias y a patrones de conducta violentos o inadecuados.
- b) El grave desequilibrio de poder entre las partes, que no pueda ser reequilibrado por el mediador.
- c) La discapacidad cognitiva o el bajo nivel de comprensión de la realidad.
- d) La prohibición expresa de la mediación por alguna ley vigente.

Se suman a estos, la ausencia de elementos que garantizan el proceso de mediación:

- a) La ausencia de buena voluntad de una o ambas partes hacia el objetivo principal de la mediación, que es la consecución de acuerdos.
- b) La no aceptación ni compromiso de una o ambas partes versus la voluntariedad, la confidencialidad, el protagonismo de las partes y el papel del mediador.
- c) La no aceptación, por parte de alguna parte fundamental en el conflicto, de iniciar la mediación, por lo que no está a disposición del resto de las partes gestionar el conflicto de manera adecuada.

4.8. La mediación familiar en materia de violencia

En este epígrafe abordaremos la mediación familiar en casos de violencia, con el objeto de abrir posibilidades a otras alternativas que no sean únicamente las que se contemplan dentro del Derecho penal.

A través de los diferentes capítulos de este trabajo de investigación hemos querido reforzar la idea de que el proceso de mediación familiar tiene como propósito recuperar el respeto entre los integrantes de la familia buscando el justo equilibrio entre el poder y los roles de cada uno. Por esta razón, en determinadas situaciones, al encontrarnos frente a situaciones en que está presente la violencia, la mediación, como manifestación de la justicia restaurativa, puede servir como un espacio confidencial y especializado para resolver la multiplicidad de conflictos que pueden presentarse dentro del núcleo familiar. No en vano,

está apoyada por una parte neutral, llamada *mediador*, que dispone de los conocimientos adecuados, que sirve de ayuda a la víctima y al victimario para comprender el origen del conflicto, sus causas, sus consecuencias, y que sirve también para elaborar acuerdos para la reparación del daño.

Subrayamos, en cualquier caso, que existe consenso, por parte de la doctrina, en que hay situaciones en que la mediación no siempre es procedente, porque no resulta eficaz. Por tanto, su aplicación no es lo más recomendable en estos casos o está contraindicada por diferentes motivos. Se trata de situaciones en que una de las partes presenta graves problemas psiquiátricos o comportamientos antisociales, o si dentro del seno familiar ha habido maltrato físico hacia los hijos, negligencia grave en su cuidado, o abandono; o bien, si la pareja se enquistaba en largos y acalorados juicios de divorcio sin llegar nunca a un acuerdo. Son casos como los enumerados los que no permiten a las partes encarar un proceso de mediación con garantías, ya que, cuando no se protege de manera firme y consciente el interés de las personas menores de edad, difícilmente se pueden lograr acuerdos dentro del ámbito familiar. Por ello, un proceso de mediación puede significar en estas situaciones más bien una desventaja, frente a la posibilidad de solucionar el conflicto a través de otros métodos de resolución.

4.8.1. La mediación familiar en los casos de violencia de género

En los casos en que uno de los miembros de la familia sufre de sometimiento, violencia o sumisión por parte de otro familiar, este miembro ya no está en igualdad de condiciones que el familiar. Por consiguiente, a la hora de negociar y de llegar a un acuerdo, el más débil no actuará con plena libertad: la negociación se verá, pues, forzada y resultará en beneficio de una sola de las partes, que no necesariamente será la más apropiada. Por ello, y con respecto a la aplicación de la mediación en los casos en que se aprecie violencia de género, esta difícilmente podrá ser viable y asumible.

En términos generales, no se puede recurrir a mediación en estos casos ya que las relaciones de maltrato son inabordables. Ello es debido no a la intensidad de la agresión, sino a que se trata de un modo rígido y unívoco de relación en la que cada cual ocupa un lugar inamovible: la víctima siempre es víctima y el victimario siempre es el victimario⁷⁶⁶. La mediación familiar es un procedimiento de resolución de conflictos y no una terapia encaminada fundamentalmente a recomponer la pareja, matrimonio o familia, por lo que, con carácter general, la mezcla de mediación y violencia difícilmente llevan a un acuerdo con el que las partes que forman parte del conflicto lo resuelven satisfactoriamente.

A nivel de doctrina, la discusión sobre la pertinencia de la mediación se basa precisamente en las características que definen a este mecanismo; es decir, la mediación como un proceso colaborativo, voluntario, confidencial, en que las partes trabajan sobre la base de equilibrios de poderes que les permiten situarse en un plano de horizontalidad para resolver un conflicto, buscando la satisfacción de sus necesidades⁷⁶⁷.

A partir de ahí se presentan las diferentes posturas al respecto. Por un lado, los que rechazan sosteniendo que los casos de violencia son aquellos de los que el proceso de mediación debiera autoexcluirse⁷⁶⁸, ya que por este tipo de mecanismo pueden verse vulnerados los derechos y protecciones que el propio ordenamiento jurídico proporciona a la víctima. Esta idea, que es reforzada por el reconocimiento de la existencia de un notable desequilibrio de poderes entre las partes, puede colocar a la víctima en riesgo. Por otro lado, están aquellos que aceptan la mediación, pero solo para algunos casos en que exista violencia, pues se ha demostrado que este mecanismo ha resultado ser eficaz⁷⁶⁹. En cualquier caso, ambas posturas reconocen de forma unánime que no es posible hablar de

⁷⁶⁶GARCÍA BACETE, Francisco; VAQUER CHIVA, Antoni y GOMIS BRU, Cristina (coords.) (2010). *Intervención y Mediación familiar*. Castelló de la Plana, España: Publicacions de la Universitat Jaume I, p. 490.

⁷⁶⁷GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2013). Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. *Revista de Derecho*, 26(2), 219-243.

⁷⁶⁸VARGAS PÁVEZ, Macarena, CASAS BECERRA, Lidia y AZÓCAR BENAVENTE, María Luisa (2008). Mediación Familiar y Género. Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia. *Cuaderno de Análisis Jurídico*, 18. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, p.43.

⁷⁶⁹ LOBO GUERRA, María y SAMPER LIZARDI, Fernando (2011). La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja? *Revista de Mediación*, 4(7), 8-19.

reglas generales, ya que los casos de violencia difieren entre sí, y esto afecta la efectividad y los riesgos de la intervención⁷⁷⁰.

4.8.1.1. En Chile

Dentro del ordenamiento jurídico chileno sobre violencia intrafamiliar se establece como regla general que sobre esta materia no es posible mediar. Con todo, el recurso a la mediación en este tipo de conflictos se contempla solo excepcionalmente en situaciones relativas a la organización familiar, reguladas por la Ley de Tribunales de Familia: por tanto, no se contempla propiamente la mediación en los temas relativos a la violencia⁷⁷¹. El juez de familia tiene la facultad y no la obligación de someter estos casos a mediación, pero solo podrá hacerlo bajo ciertos requisitos; esto es, en el contexto de la aplicación de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, en los términos y condiciones establecidas en los artículos 96 y 97 de la Ley 19.968, de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 20.286. Es decir, será dentro del contexto de la aplicación de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los cuales versa la demanda o denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo.

El juez puede, pues, someter a mediación estos casos de conflicto, previo acuerdo de las partes, siempre y cuando las partes hayan establecido y aceptado obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio o de satisfacción de la víctima. Para estos efectos, además, el juez deberá ser asesorado por uno

⁷⁷⁰ José Luis Rodríguez (2011) va más allá, considerando que en casos graves de dependencia emocional la mediación exigiría, con carácter previo, la eliminación de esas ataduras, pero que, una vez rota esa relación de sumisión y dominación, la mediación carecería ya de sentido. Esto demuestra que se debe ser extremadamente selectivo a la hora de remitir a mediación un asunto de violencia de género habitual y consolidado en el tiempo (RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis (2011). Mediación Penal y violencia de género. *Diario La Ley*, XXXII (7557), 1-7).

⁷⁷¹ Ley 20.066, de Violencia Intrafamiliar, publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de octubre de 2005. Artículo 5: «Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea, pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente».

o más miembros del consejo técnico y asegurarse de que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad. En estos casos, deberá existir, como mínimo, una audiencia privada con cada una de las partes al inicio de la mediación, con el objeto de que ellas puedan expresarse libremente. La víctima de la violencia deberá contar siempre con asesoramiento letrado.

La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación en los mismos términos que la sentencia.

Aprobada el Acta de Mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia.

El artículo 97, a su vez, señala que la suspensión condicional de la sentencia será improcedente, bajo las siguientes condiciones:

- a) Si el juez estimare conveniente la continuación del proceso.
- b) Si ha habido denuncia o demanda previa sobre la comisión de actos de violencia intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima; y
- c) Si el demandado o denunciado hubiere sido condenado previamente por la comisión de algún crimen o por simple delito contra las personas, o por alguno de los delitos previstos en los artículos 361 a 375 del Código Penal.

Por último, queda descartada la vía de la conciliación, como la de la mediación, cuando el demandado o denunciado ha cometido antes actos de violencia intrafamiliar o cuando el denunciante o demandante se opone a ellas.

Por lo trascendental y relevante que resulta este tema, es importante que se realicen más estudios a nivel nacional, que busquen detectar la existencia de violencia de pareja en casos

de mediación familiar⁷⁷² y que puedan identificar las características con que se manifiesta la violencia en la pareja, a fin de precisar si se trata de violencia reactiva al proceso de ruptura o si estamos en presencia de una pauta interaccional de violencia histórica e instituida entre los miembros de la pareja como estrategia de resolución de conflictos⁷⁷³.

4.8.1.2. En Cataluña

El legislador estatal es explícito en cuanto a la prohibición genérica y absoluta que ha impuesto en el artículo 44, apartado 5º, de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con respecto a la mediación, señalando que en casos de violencia estará *vedada la mediación*⁷⁷⁴. También esta estará vedada respecto de aquellas cuestiones que conozcan los juzgados de violencia sobre la mujer y que se contemplan en el artículo 87 ter. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En la actualidad uno de los últimos pasos dado en materia de protección a la víctima es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 11 de mayo de 2011, que para España entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Este convenio continúa la vía de protección de la mujer en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica.

En este sentido, la actual Ley Catalana 15 /2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, se refiere a este tema de forma clara y directa en varios de los artículos de su texto normativo: mientras exista denuncia o no se haya cerrado el expediente de violencia intrafamiliar o por malos tratos, las partes no pueden ir a mediación ya que una

⁷⁷² Centro de Mediación, Negociación y Arbitraje de la Universidad Central de Chile y Subsecretaría de Justicia, representada por la Unidad de Mediación (2015). Informe final auditoría de calidad de los servicios de mediación familiar licitada. Periodo 2014-2016 (Julio 2015), pp 1-142.

⁷⁷³ SALAZAR VILLAROEEL, Deyanira y VINET REICHARDT, Eugenia (2011). Mediación familiar y violencia de pareja. *Revista de Derecho* 24(1), 9-30.

⁷⁷⁴ José Luis Manzanares (2007) propone una reforma de la ley en la que pueda aceptarse la mediación en los casos en que la víctima no se encuentre en una situación de dependencia emocional o dentro de un desequilibrio funcional que impide acuerdos válidos por ausencia de igualdad entre las partes (MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2007). *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, p.131).

de ellas no se encuentra en su capacidad plena; por ello, resulta imposible y desaconsejable negociar o llegar a un acuerdo en el que sea la familia o los menores los beneficiados con el resultado de dicha mediación. Las decisiones en este caso están inevitablemente condicionadas por el desequilibrio de poder que existe entre la pareja, lo cual ha de influir en los acuerdos, por el temor al otro. A ello se añade el riesgo para el resto de la unidad familiar, víctimas de la violencia, y el incremento de la probabilidad de incumplimiento de los acuerdos. En este sentido, la mediación es un método no aconsejable para dar solución al conflicto. En cualquier caso, una vez cerrado el expediente, se ofrece la posibilidad de acceder a la mediación.

La normativa catalana señala al mediador con el fin de garantizar la igualdad entre las partes. El mediador, en los casos que crea necesario, podrá interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no estén garantizadas de manera ecuánime, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia. A su vez, esta normativa exige al mediador que preste atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes, de manera que, si procede, debe denunciar el hecho ante el juzgado (excepción al principio de confidencialidad)⁷⁷⁵.

Se puede agregar que, como una forma de garantizar la calidad y la formación de los profesionales en mediación, el texto legal exige a la persona mediadora estar colegiada en el colegio profesional correspondiente; o pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de Derecho civil; o prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración. También sugiere a los colegios profesionales que formen a sus colegiados en materia de violencia en

⁷⁷⁵ Artículo 14. Deberes de la persona mediadora. La persona mediadora, a lo largo del procedimiento de mediación, debe cumplir los siguientes deberes:

a) Ejercer su función, con lealtad hacia las partes, de acuerdo con la presente ley, el reglamento que la desarrolle y las normas deontológicas, y ajustándose a los plazos fijados.

b) Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones establecidas por la presente ley, así como si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida, dadas las cuestiones sometidas a mediación. La persona mediadora debe prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes y, si procede, denunciar el hecho a las autoridades judiciales.

el ámbito familiar, para detectar situaciones de riesgo, con especial atención a las que afecten a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Sobre este tema se ha discutido bastante, por su contenido controvertido. Existe consenso por parte de la doctrina en que, en los casos en que las partes no están en un grado de igualdad y equilibrio, ya sea por violencia verbal o física, o bien, por superioridad de una parte sobre la otra, la solución no es la mediación familiar. En estas situaciones el mejor camino a seguir es acudir a otro especialista⁷⁷⁶, ya sea por medio de terapias o por medio de asesoramientos adecuados, con el objeto de restablecer dicha igualdad. Una vez alcanzado esto, podemos afrontar la negociación en mediación, en el caso de poder llegar a darse, dentro de un ambiente equilibrado y de igualdad, y podemos centrarnos principalmente en lo que realmente importa a ambas partes, como son los hijos, por ejemplo.

Pero algunos expertos en mediación familiar discrepan abiertamente sobre esta prohibición, puesto que al ser reconocido que la violencia de género puede ser graduada en bastantes estamentos y fases, se estima que esta materia puede ser regulada de una manera genérica y abierta, dirigida a cada caso concreto⁷⁷⁷, de manera que, tras el estudio previo, puede

⁷⁷⁶ ORTEMBERG, Osvaldo (2002). *Mediación en la violencia familiar y en las crisis de la adolescencia: teoría y práctica*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 59-82.

⁷⁷⁷ A nivel intrajudicial, en España, para los casos en que un proceso o una situación de separación y/o divorcio, o un acogimiento familiar, o un ejercicio del derecho de visitas se ve interrumpido o bien es de cumplimiento difícil o conflictivo, se ha creado lo que se denomina Punto de Encuentro, que es un espacio neutral e idóneo que hace posible el mantenimiento de las relaciones entre el menor y su familia. De esta manera se preservan los derechos del menor de edad y el derecho de los padres a ejercer como tales. En Cataluña, el Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los Servicios Técnicos de Punto de Encuentro, a través de su exposición normativa, matiza cuál es la finalidad del recurso y cuáles son las funciones de los servicios técnicos de punto de encuentro. Señala que uno de los encargos principales es el de informar a los usuarios del recurso sobre la existencia de instrumentos específicos que les ayuden a resolver la problemática familiar, pudiendo de ese modo remediar el conflicto por el que han de llevarse a cabo las relaciones y comunicaciones en un punto de encuentro. Al respecto es importante destacar que las ideas principales de esta legislación es que los técnicos puedan hacer propuestas sobre el ejercicio de las estancias, relaciones y comunicaciones de los menores con sus familiares, para así, y si el juez lo estima conveniente, modificar, ampliar, reducir o incluso dar por finalizado el uso del servicio. Sobre esta materia, véanse: MORTE BARRACHINA, Elena y LILA MURILLO, Marisol (2007). La alternativa al conflicto. Punto de encuentro familiar. *Intervención Psicosocial*, 16(3), 289-302; DEL REY GÓMEZ-MORATA, Mar (2008). Punto de Encuentro Familiar: una transición hacia la mediación intrajudicial. *Revista de Mediación*, 5(9), 33; SACRISTÁN BARRIO, María Luisa (2008). *Puesta en marcha y funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familia*. Madrid: Prisma; BLANCO CARRASCO, Marta (2008). Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores. *Cuaderno de Trabajo Social*, 21, 27-42; GARCÍA HERRERA, Alicia (2015). Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en

adoptarse la mejor medida posible, pues está demostrado que en supuestos leves, a través de una adecuada terapia y de la consiguiente mediación, se han obtenido buenos resultados⁷⁷⁸.

La familia atravesada por violencia doméstica⁷⁷⁹ que emprende un proceso de mediación, en el que las partes pueden acordar enfrentarse a la violencia, coconstruir un proceso colaborativo⁷⁸⁰ y lograr cristalizar acuerdos en materia de alimentos y visitas:

«experimenta el tránsito por un espacio diferente de elaboración pacífica de los desacuerdos, que en muchos casos contribuye al descenso momentáneo de la violencia y en otros recaer en la instancia del diálogo, un espacio que, junto con la posibilidad de apropiación, se instalará en la pareja o en la forma individual de cada sujeto, como una nueva posibilidad de fundamento para conflictos futuros⁷⁸¹».

Un ejemplo que describe lo antes expresado es el reconocimiento, en un gran porcentaje de las parejas, de que, previo a la ruptura, la pareja ha vivido episodios de violencia ya sea verbal o física. En los procesos de ruptura de pareja, es posible que existan o hayan existido situaciones de violencia. Al respecto, Suares (2002) plantea lo siguiente:

«no es posible negar o invisibilizar esta realidad. Los mediadores que trabajan en este campo se van a encontrar casi siempre con situaciones con un alto contenido emocional, pero además van a escuchar relatos de episodios de violencia. Una de las

el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2, 1-33.

⁷⁷⁸ GARCÍA VILLALUENGA, Lucía (2006). *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, p. 377.

⁷⁷⁹ Hoy día están claramente diferenciados los conceptos de violencia doméstica, violencia ocurrida en el seno del hogar, y dirigida hacia cualquiera sus miembros (aunque, efectivamente, lo sea contra los más débiles del grupo familiar o de convivencia); y violencia de género dirigida contra la mujer, como expresión del poder de dominación y de superioridad del hombre hacia ella.

⁷⁸⁰ SALAZAR VILLAROEL, Deyanira; MOMBERG MONTENEGRO, Marcela y CID DROPELMAN, Alejandra (2005). Mediación y violencia intrafamiliar: de la negociación a la intervención. *Revista CREA. Centro de Resolución Alternativo de conflictos*, 5, 123-132.

⁷⁸¹ BERARDO, Ema, GRECO, Silvana y VECCHI, Silvia (2004). Experiencias en mediación y violencia familiar en Buenos Aires, Argentina: La mediación como recurso de intervenciones democratizadoras en las relaciones de poder. Ponencia presentada en el *III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos*, 22 y 24 de septiembre. Viña del Mar, Chile. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

características de las mediaciones familiares es que en ellas se “ventilan” temas de violencia⁷⁸²».

4.8.2. Mediación cuando es el menor quien ejerce la violencia

Actualmente, las normativas relativas a la mediación y al fomento y protección de la familia agregan numerosas legislaciones en materia de protección del menor, que tienen como eje vertebrador su desarrollo psicológico y emocional. En la cultura de la paz confían en la mediación como parte de un todo, dentro de lo que ha de entenderse como la búsqueda de una nueva cultura en la que la familia también está incluida y aspira a expresarse pacíficamente, y en la que los menores y los progenitores tienen unos derechos, que, sin dejar de ser comunes, cuentan con matices diferentes. Por tanto, han de considerarse en unas relaciones que tienen una especificidad evidente en el amplio marco de la familia.

Dentro de esta perspectiva se puede tratar cierto tipo de conflictos, como el maltrato de los menores hacia sus padres⁷⁸³. Este fenómeno va en expansión, por lo que merece la atención

⁷⁸² SUARES, Maríné (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Paidós, pp. 373-387. Por su parte, Cárdenas (1999) refiere que «la mayoría de las familias que llegan a mediación han pasado por episodios violentos en los períodos inmediatamente anterior y posterior a la separación; si ésta ha cesado, la situación es perfectamente mediable pues se trata de casos “con violencia”. Si no, el mediador debe exigir que cese la violencia antes de empezar o proseguir la mediación, y puede aconsejar o acompañar a los familiares para que la situación de no violencia se produzca» (CÁRDENAS, Eduardo (1999). *La mediación en conflictos familiares*, Buenos Aires; Lumen, pp. 209-235). A lo que, Curi y Gianella (2002) agregan que «los episodios de violencia ligados a la crisis de la separación pueden ser contenidos por el encuadre de la mediación, como uno de los problemas a conversar durante el proceso. Las diferencias más claras en relación a los casos en que la violencia es una pauta estable aparecen en el reconocimiento de ambas partes de los episodios violentos, en el malestar que han generado en ambos, en la posibilidad de reflexión individual y conjunta sobre estas situaciones y en la preocupación sobre el daño que puedan haber causado en cada miembro de la pareja y en sus hijos» (CURI, Sara y GIANELLA, Carolina (2002). *Mediación y violencia familiar en el contexto judicial*. *Revista La Ley*, 3, 305-315).

⁷⁸³ Cuando el delito queda enmarcado dentro del ámbito de la violencia de género, la prohibición establecida en el artículo 87 ter, párrafo 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no afecta a la jurisdicción de menores, ya que la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores no incluye ninguna previsión especial en materia de violencia sobre la mujer, ni puede considerarse afectada por la Ley Integral de Protección frente a la Violencia de Género, que rige exclusivamente para el derecho de adultos, afectando la prohibición establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Por tanto, en los casos en que la Ley Orgánica 1/2000 permite la mediación y la conciliación como fórmulas de derivación de la respuesta judicial, podrían tener cabida perfectamente los supuestos de violencia de

y la colaboración de todos los miembros de la sociedad. También merece, especialmente, una profunda reflexión sobre el papel educativo de los padres y el rol que estos deben asumir dentro de la familia⁷⁸⁴. Estas conductas también presentan una tendencia al alza y se

género causados por un menor, quedando únicamente limitada a los casos de violencia o intimidación «graves» y a que el hecho constituya un delito menos grave o leve.

⁷⁸⁴ A través de la justicia restaurativa, en el Derecho penal también se contempla la posibilidad de la mediación. La justicia restaurativa se caracteriza por sus ideas a favor de un derecho penal mínimo que pone acento en los derechos de las víctimas, la reparación de los daños que el acto delictivo causa en el infractor, en la víctima y en la comunidad. Y es dentro de este contexto donde se originan las propuestas orientadas a la mediación en conflictos a través de la implicación efectiva de los afectados en la resolución del conflicto ocasionado por la falta o el delito. Ello simplifica considerablemente el proceso penal y entrega otra alternativa como medida sancionadora, buscando que el ofensor se haga responsable de las consecuencias derivadas de su conducta, intentando que en el encuentro con la víctima se produzca la reconciliación por medio de la restitución del daño y el perdón y se restituya el vínculo social, y tratando de reintegrar al infractor con la comunidad reforzando el sentimiento de inseguridad violentado.

En cuanto a la responsabilidad penal de los menores, esta se ha caracterizado tradicionalmente por regirse por unos principios diferentes a los que se aplican en el proceso de la responsabilidad penal de adultos, lo que la convierte en una jurisdicción especializada. Es importante tener en cuenta que esta jurisdicción tiene una finalidad sancionadora-educativa, ya que se considera que el menor que ha delinquido está en proceso de formación, al no tener bien definida su personalidad. Es por ello por lo que las actuaciones que se realizan en este ámbito tienen como objeto que el menor comprenda la ilicitud de los actos que ha cometido, y sancionarlo cuando proceda, con el fin de que no vuelva a cometerlos.

Este principio sancionador-educativo, junto a otros principios más, tales como el interés superior del menor, posibilita que la mediación pueda aplicarse en el proceso de responsabilidad penal de los menores y que adquiera una gran relevancia, ya que será el mecanismo principal que se usará, siempre que se pueda, para que el menor comprenda la ilicitud del hecho que ha cometido, muestre su arrepentimiento y disculpas a la víctima y, en ocasiones, incluso repare el daño ocasionado a la misma.

Son tres los elementos relevantes en la justicia restaurativa:

- (i) La responsabilidad del infractor
- (ii) La restauración de la víctima
- (iii) La reintegración del infractor en la comunidad

Esta justicia, además, se centra en las consecuencias que el delito supone para una persona, en específico, y en su necesidad en la reparación, a diferencia de la justicia retributiva, en que, frente a de la infracción de ley, va impuesto el castigo.

En Chile la normativa que regula la responsabilidad penal juvenil es la Ley 20.080, de 24 de noviembre de 2005. En Chile el desarrollo de la mediación penal no ha pasado más allá de programas piloto en el Ministerio Público: los intentos no pasan de ser meras iniciativas. Diferente es el caso de Cataluña, que, a través de la Ley Orgánica 27/2001, de 31 de diciembre, se regula la responsabilidad penal juvenil y se trata la mediación penal juvenil. Esta justicia contempla los hechos delictivos que pueden ser derivados a mediación:

- (i) Contra la integridad de las personas: lesiones, amenazas, insultos, vejaciones, injurias, maltrato familiar o violencia doméstica.
- (ii) Contra la propiedad: hurtos, robos y daños.
- (iii) Contra la propiedad y las personas: en estos casos, en el mismo expediente se califican delitos de dos categorías diferentes, por ejemplo, robos con violencia, intimidación o daños.
- (iv) Contra la propiedad y otros: en el mismo expediente se califican dos delitos o faltas de dos categorías diferentes, por ejemplo, delito de daños y contra la seguridad en el tráfico.
- (v) Otros: recaptación, desórdenes públicos, falsedad documental, etc.

Es importante detenernos un momento en el primer punto, ya que se establece que pueden ir a mediación los hechos que denoten violencia doméstica o maltrato intrafamiliar, lo cual no ocurre en materia de Mediación

dan en todo tipo de familias y en todos los niveles. De ahí la necesidad de hacer hincapié en la prevención y la intervención temprana sobre ellas, por lo que deben aplicarse, en la medida de lo posible, medidas no privativas de libertad como respuesta institucional, sumado a programas específicos de intervención por parte de psicólogos y educadores, con la participación de los padres que sufren el maltrato con el fin de modificar las estrategias educativas y facilitar la comunicación con sus hijos⁷⁸⁵.

En la comunidad autónoma de Cataluña⁷⁸⁶, a propósito de la prevención se crea el Programa de Prevención y Mediación Comunitaria⁷⁸⁷ bajo el convencimiento de que es preciso lidiar de manera preventiva con las conductas no deseadas para evitar que se conviertan en conductas adquiridas y se consoliden en comportamientos habituales. Se entiende la prevención como una prevención integradora, interesada en el desarrollo responsable de la persona y de una sociedad equilibrada, que crea en la capacidad del individuo para transformar la sociedad. Por ello, el papel de la mediación que soluciona el conflicto a través del diálogo y de manera voluntaria puede ser la respuesta más válida para facilitar un acuerdo, lo que permitirá que se cumpla y perdure en el tiempo, ya que la sanción punitiva no es la solución al problema.

Las sesiones están dirigidas por un psicólogo y un educador del centro. Además, el personal del mismo se reúne de manera periódica e individualizada con los padres y también aborda

familiar. En asuntos relacionados con menores infractores, se ha posibilitado este tipo de programa, ya que, en general, son situaciones generadas entre el joven y sus padres o sus abuelos, los cuales no tienen control sobre él por diferentes circunstancias, de manera tal que por medio de esta medida se abre una puerta hacia el diálogo familiar y, en lo posible, hacia la solución del conflicto.

⁷⁸⁵ NOGUERAS MARTIN, Ana y GIMENO VIDAL, Robert (2015). Construyendo el Programa de Prevención y Mediación Comunitaria (PMC) pp. 67-92. En Ana Nogueras Martin y Robert Gimeno Vidal (coords). *Tejiendo Complicidades. Metodologías de Apoyo de Prevención* (pp. 67-92). Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia.

⁷⁸⁶ En Chile no podemos hacer una comparación con este tipo de mediación comunitaria respecto de los menores de edad, ya que la utilización de este mecanismo es muy incipiente.

⁷⁸⁷ Los primeros encargados de darle difusión fueron los técnicos de Medio Abierto, profesionales del departamento de Justicia responsables de la ejecución de las medidas judiciales en el entorno de los menores. A partir de las primeras experiencias, se inicia un proceso de implantación y difusión del Programa en todo el territorio catalán. La información circula entre los profesionales, los ayuntamientos, los consejos comarcales, etc. Una tercera vía de difusión consiste en la formación y las jornadas que se organizan anualmente y que congregan a políticos, técnicos y profesionales del ámbito local. Todos los municipios de Cataluña pueden acceder al Programa.

reuniones conjuntas con estos y con sus hijos. Es importante la labor de mediación que realizan los psicólogos, animando a ambas partes a expresar sus sentimientos, los aspectos que les separan y les ponen en conflicto, en definitiva, a dialogar. Ambas partes suscriben un «contrato conductual», por el cual tanto el hijo como los progenitores se comprometen a cumplir unas normas y a observar unos estándares de respeto y cuidado mutuo.

4.9. Momento en que se puede mediar

Se puede acceder a la mediación en varios momentos procesales, incluso antes de iniciar una acción judicial⁷⁸⁸.

4.9.1. En Chile

4.9.1.1. En forma previa, antes de interponer una acción judicial

Las partes pueden llegar a un acuerdo y firmar un acta que presentan ante el juez de familia. Es decir, que las partes pueden someter a mediación sus asuntos en forma directa ante uno de los mediadores inscritos en el Registro.

4.9.1.2. Al comparecer ante el Tribunal a interponer la acción judicial

El juez de familia o de letras con competencia en materias de familia que corresponda a la comuna donde se encuentra el domicilio de los usuarios ordenará que un funcionario especialmente calificado del juzgado instruya a las partes sobre la posibilidad de mediar. Si las partes están de acuerdo, se inicia la mediación, pero es labor del tribunal asignar un

⁷⁸⁸ Este trabajo de investigación se centra en la mediación familiar extrajudicial como vía alternativa para la resolución de conflictos. Pero también hay otra instancia para acceder a la mediación, la llamada *mediación intrajudicial*, que se promueve en el seno de un procedimiento contencioso ante los tribunales una vez judicializado el conflicto. En estos casos, la autoridad judicial obliga a las partes a acudir a una primera sesión informativa sobre la mediación para resolver el conflicto con el fin de dar una nueva oportunidad para reflexionar sobre sus diferencias e intereses, especialmente cuando están implicados menores de edad. En estas circunstancias, la mediación no es una alternativa al proceso judicial, sino una actividad complementaria a este, puesto que, en la mayoría de los supuestos, los acuerdos adoptados en mediación deben ser aprobados u homologados por el juez. MARTÍN GONZÁLEZ, Emiliano; DEL ÁLAMO GUTIERREZ, Cristina y GONZÁLEZ CORCHUELO, Cristina (2009). Mediación intrafamiliar: reflexiones y propuestas desde la práctica. *Revista de mediación*, 3, 6-16, pp.6-16).

mediador del listado de mediadores licitados, esto es, sin costo para las partes si son del grupo de población que cuenta con una renta inferior a \$900.000 pesos moneda nacional (equivalentes aproximadamente a 1.250 euros) y se deja pendiente la interposición de la demanda.

4.9.1.3. Durante el juicio

Una causa, a solicitud de ambas partes, puede derivarse a mediación hasta cinco días antes de la audiencia de juicio y se suspende el juicio mientras dure la mediación.

4.9.2. En Cataluña

Los procesos de mediación pueden llevarse a cabo de maneras distintas de conformidad con el artículo 12.1 de la Ley 15/2009, de 22 de julio.

4.9.2.1. Antes de iniciar el proceso judicial

Al existir el principio dispositivo a través de todo el proceso, el procedimiento de mediación puede iniciarse en el momento en que las partes lo aceptan; es decir, tanto desde su origen como a lo largo de todo el proceso. Puede darse inicio, pues, en primer lugar, ya sea de común acuerdo, por el tribunal o por derivación de los juzgados de paz, profesionales colegiados o servicios públicos que se les proponen a las partes y los ponen en contacto con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. En segundo lugar, puede darse inicio a petición de una de las partes, situación que de ser aceptada por la otra u otras partes, debe manifestarse en el plazo de veinte días contados desde que se informó.

A su vez, puede darse término al proceso sin asistir a la primera sesión informativa por la no concurrencia de las partes, lo cual no llega siquiera a producir consecuencias jurídicas salvo la de haber resultado infructuosa como medida de resolución de conflicto.

4.9.2.2. Cuando el proceso judicial está pendiente

El proceso de mediación puede llevarse a cabo en cualquiera de las instancias y los recursos, como en ejecución de sentencia o en la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme, en los términos que determine la legislación procesal.

Por último, si el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación, siendo el Centro de mediación quien facilita dicha sesión velando, si procede, por el desarrollo adecuado de esta.

4.9.2.3. Vías de acceso de casos al Centro de Mediación

Dos son las vías principales de acceso por medio de las cuales el Centro de Mediación tiene acceso a los casos.

1. Directamente antes de iniciar el proceso judicial.
 - a) Una o las dos partes son informadas a través de los Servicios de Orientación Jurídica o de los Servicios Sociales o del Servicio de Información Mediadora del Ayuntamiento.
 - b) Si una parte solicita la Mediación, se establece el contacto con la otra parte.
 - c) Si las dos partes solicitan la mediación, pueden escoger el mediador o bien se les designa uno por parte del Centro de Mediación, y el acuerdo queda en poder de las partes.

2. Por derivación judicial.
 - a) El juez propone la mediación a las partes. Se deriva el caso al Centro a través de un auto o providencia, de modo que el Centro de Mediación ofrece una sesión informativa.

- b) Si las dos partes están de acuerdo en llevar su asunto a Mediación, escogen al mediador o bien lo designa el Centro. Los acuerdos quedan en poder de las partes, pero una vez finalizada la mediación se debe informar al juez.

4.10. Costos de la mediación

El precio de la mediación es un tema de enorme interés. Por un lado, nos encontramos con servicios de mediación gratuitos para la ciudadanía; por otro lado, centros de mediación privados con un coste económico que limita el acceso al servicio a ciertas personas. En general, existe el consenso de que, ante la gratuidad de un procedimiento de mediación, hay que poner ciertos límites a las solicitudes de mediación, con beneficio de Justicia gratuita, para evitar con ello un mal uso de este beneficio. De ahí la necesidad de establecer mecanismos que regulen la posibilidad de que las personas sin recursos económicos acudan y se beneficien de la mediación de forma gratuita, permitiendo que se expanda la cultura mediadora y llegue al mayor número de personas.

4.10.1. En Chile

Los costes de la mediación están regulados y varían según se trate de mediación voluntaria o mediación obligatoria.

4.10.1.1. Mediación voluntaria

La Ley 20.286, en su artículo 114, determina que debe ser financiada por las partes y su valor máximo será determinado por el Ministerio de Justicia. Sin embargo, será gratuito para las personas de escasos recursos o que sean patrocinadas por la Corporación de Asistencia Judicial u otra entidad de asistencia jurídica gratuita.

4.10.1.2. Mediación obligatoria

La Ley 20.286, en su artículo 114, establece que, en los casos de pensiones de alimentos, cuidado personal de los hijos o tuición y relación directa y regular con los hijos o visitas, la mediación es gratuita, y excepcionalmente podrá cobrarse por el servicio, total o parcialmente, cuando los usuarios dispongan de recursos para financiarlo. Para ello, se considerará el nivel de ingresos, la capacidad de pago y el número de personas del grupo familiar.

4.10.2. En Cataluña

4.10.2.1. Beneficio de gratuidad

La Ley 15/2009 de 22 de julio, en su artículo 27, establece que las personas gozan de este derecho, que es de justicia gratuita siempre y cuando reúnan ciertos requisitos establecidos por la norma reguladoras de la asistencia jurídica gratuita. La administración, en interés de los usuarios y de la difusión de la mediación, puede prever la posibilidad de iniciar programas en que la mediación se haga de forma gratuita para los usuarios, ya sea a iniciativa del propio departamento competente en materia de Derecho civil o en colaboración con otros organismos públicos o privados. En estos casos, será el Centro el que se haga cargo del pago de los honorarios respecto del mediador, conforme a las tarifas fijadas por el departamento competente en materia de Derecho civil.

Cuando una o más partes tienen derecho a Justicia gratuita, el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña debe retribuir a las personas mediadoras de acuerdo con las tarifas fijadas por el departamento competente en materia de Derecho civil.

En cuanto a las mediaciones con pluralidad de partes gestionadas por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, debe establecerse la remuneración sobre la base de las tarifas fijadas por el departamento competente en materia de Derecho civil y en

función del número de partes y de la complejidad del caso. Por ello, se puede concluir que la reforma de la Ley de mediación en Cataluña consigue, en materia de gratuidad, ampliar las materias, dando cabida con el nuevo cuerpo legal a todo tipo de materias de Derecho civil y no únicamente a las relacionadas con asuntos de familia.

Si nos encontramos frente a una pluralidad de partes, se pagará sobre la base de las tarifas fijadas por el departamento competente en materia de Derecho Civil, por el número de partes y por la complejidad de la materia.

4.10.2.2. Sin beneficio de gratuidad

En el caso de que no dispongan del derecho de gratuidad, el mediador indicará a las partes, en la sesión informativa, el coste de la mediación de acuerdo con la tarifa establecida en el Centro. Las personas que se acogen a la mediación por medio del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y no tienen beneficio de gratuidad deben abonar a la persona mediadora la cuantía del proceso.

Si bien es cierto que lo deseable sería que la mediación fuera gratuita, no es recomendable, ya que la experiencia indica que el coste cero de determinados servicios del ámbito social o sanitario, por ejemplo, provoca el debilitamiento del compromiso de ciertos ciudadanos con respecto a estos servicios. La razón es que al saberlo sin cargo alguno, el ciudadano no otorga al servicio la misma consideración y utilidad que si tuviese algún coste. Así, la regla general es que están exentos los ciudadanos que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita. Asimismo, y en caso de que las partes tengan que costearse el procedimiento de mediación, haya este concluido o no con resultado de acuerdo, el gasto habrá de recaer en ambas partes de manera proporcional, pudiendo exigírseles como garantía la necesaria provisión de fondos.

4.11. Las fases del proceso de mediación familiar

Debemos partir de la premisa de que, en todos los modelos de intervención en los que hay hijos, el mediador, en contra de su papel neutral, intervendrá cuando los intereses de los hijos no sean tomados en consideración, o cuando sus derechos sean amenazados o no aceptados.

La persona mediadora es la encargada de preparar un espacio garantizador de la confidencialidad y facilitador de la concentración y el diálogo. Si las relaciones de familia son más complejas, la confección de un esquema facilita al mediador una imagen clarificadora de los vínculos afectivos o de parentalidad existentes.

También es tarea del mediador determinar en qué casos procede la intervención de los hijos⁷⁸⁹, el momento del proceso en que tendrá lugar su participación e, incluso, si debe

⁷⁸⁹ Modelos de intervención con los hijos en el proceso de mediación que los mediadores utilizan según consideren cuál es el más apropiado teniendo en cuenta la familia y las circunstancias que la rodea. Nos encontramos con distintos modelos que contemplan la modalidad de participación de los hijos en el proceso de mediación. Uno de estos modelos apoya los siguientes aspectos, que desarrollamos a continuación: a) la participación de los hijos a través de un experto; b) la participación directa de los hijos; y c) la representación de los hijos en mediación a través de los padres.

Por un lado, la **participación de los hijos a través de un experto** implica que los progenitores acepten que los niños sean entrevistados por un terapeuta, que evalúa sus necesidades y hace sugerencias que coinciden con esas necesidades. El mediador guiará el proceso de mediación integrando las opiniones del terapeuta. Esta forma de intervención es necesaria cuando el mediador o bien no tiene la competencia necesaria para entrevistar al niño, o bien entiende que es demasiado compleja la problemática o que el conflicto entre los progenitores está demasiado polarizado y explicarles las necesidades del niño es como una coalición contra uno u otro.

Por otro lado, la **participación directa del niño en la mediación** tiene en cuenta, ante todo, la filosofía de que los menores, como miembros plenos de la familia, deben estar implicados en el proceso de reorganización. Ellos no deciden, pero sí exponen sus necesidades.

Esta participación necesita de una formación especial de los mediadores en relación con las técnicas de entrevistas y la participación directa de los niños y jóvenes en el proceso de mediación, esto es, la forma en que llevan a cabo la intervención.

Al principio del proceso de Mediación, se entrevista a padres e hijos juntos para poner en evidencia las reacciones de los hijos hacia la separación de los padres.

El mediador explica el proceso de mediación, su intervención y el rol de cada uno de ellos.

Posteriormente los hijos pueden ser entrevistados solos; el mediador expondrá a los padres las necesidades de los hijos y ayudará a generar alternativas para satisfacerlas.

Al final del proceso de mediación, una última entrevista conjunta entre padres e hijos dará ocasión de discutir decisiones que ya han sido tomadas y confirmar el entendimiento entre los padres.

Por último, la **representación de los hijos en mediación a través de los padres** supone una participación indirecta del niño e implica que son los progenitores los portavoces de los hijos, de tal manera que a petición

hacerse privadamente o deben estar presentes los padres durante la entrevista para que su participación sea positiva y constructiva (a veces puede resultar perjudicial para todas las partes), previa evaluación de la capacidad y madurez que tiene cada niño. En cualquier caso, oír al niño no significaría aceptar incondicionalmente su deseo. Ni el niño ni sus padres deberán pensar que es él el que «debe» elegir; de lo que se trata es de tener en cuenta sus argumentos, aunque la decisión última es de los adultos responsables.

Ambos textos legales, el chileno y el catalán, parten de la preocupación por proteger los intereses de los menores en los procesos que les afectan. La Ley catalana va un paso más adelante y aboga, aunque excepcionalmente, por la participación de los hijos en el proceso de separación o divorcio de sus progenitores a través de la mediación, depositando en el mediador y los progenitores el cometido de proteger y velar por los intereses de los menores a lo largo del proceso de mediación y en la elaboración de los acuerdos.

A eso se debe agregar la existencia de un vacío legal importante en todas las normas en cuanto a cuál es la manera en que los menores deben, o no, intervenir en el proceso de mediación (directa o indirectamente); al modo en que se han de desarrollar las sesiones cuando éstos participan; sobre el consentimiento de éstos a la mediación; e, incluso, respecto de las garantías de formación del mediador que deben establecerse en su intervención con los hijos para proteger de manera real sus intereses.

A continuación se ofrecerá una breve reseña del modo como se lleva el proceso de mediación en los dos ámbitos geográficos.

del mediador, los padres expondrán sus impresiones sobre las necesidades de sus hijos y examinarán las soluciones para satisfacerlas. El mediador anima a los padres a:

- Dialogar con sus hijos para conocer sus impresiones, sus deseos, miedos, etc.
- Informar a los hijos sobre su separación y el proceso de mediación que están viviendo.
- Estar atentos a las reacciones de cada uno de sus hijos, teniendo en cuenta que los pequeños son incapaces de expresar verbalmente sus deseos y temores (GARCÍA TOMÉ, Margarita. La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar. *Revista Digital Mundo mediación*, 8).

4.11.1. En Chile

Es importante seguir una serie de fases en las que se promueve la comunicación y el entendimiento entre las partes, ofreciendo alternativas a través del diálogo:

- **Primera fase: presentación.** El mediador que ha sido designado citará a una sesión inicial de mediación según lo establece el artículo 108 de la ley 20.286. Esta sesión puede ser conjunta o separadamente de los adultos que forman parte del conflicto. Las partes deben asistir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados. El papel que desempeña el mediador es el de aconsejar a las partes y ayudar a la creación de soluciones factibles, por lo que es importante que las partes o sus representantes se presenten a la mediación con el deseo de negociar y con la facultad de tomar decisiones.
- **Segunda fase: información.** El artículo 108, inciso segundo, de la ley 20.286 establece que en esta primera sesión se informará a las partes sobre la naturaleza y objetivos de la mediación, los principios que la informan y el valor jurídico de los acuerdos a que se puedan llegar.

La regla general es que la agenda de trabajo esté determinada por las partes en la mediación. Sin embargo, la Ley 20.286, en su artículo 109 inciso primero, exige al mediador que, en la primera sesión, debe informar al alimentario, a propósito del derecho de alimentos, ya sea en todo o parte, sobre su derecho de recurrir en cualquier momento a los tribunales de familia para la fijación de los derechos provisorios.

Es importante que se presenten claramente los problemas como los objetivos a lograr, para luego definir una agenda de trabajo que permita los acuerdos y, en lo posible, una culminación exitosa de todo el proceso.

Terminada la sesión, se deja constancia escrita firmada por el mediador y las partes. Las partes en esta sesión también pueden llegar a un acuerdo, poniendo punto final al conflicto.

No obstante, también puede ocurrir que, citadas las partes a esta primera sesión, una de ellas no concurra y no justifique su ausencia, con lo cual el requirente queda habilitado para iniciar el procedimiento judicial.

Según sea el caso, el mediador puede trabajar en sesiones privadas-caucus- o en sesiones conjuntas, de modo tal que las partes se encuentren en igualdad de oportunidades.

- **Tercera fase: confección de la agenda.** De seguir adelante con este proceso, durante la asistencia a sesiones de mediación las partes dan inicio a un diálogo en conjunto con el mediador, con el fin de construir en conjunto un acuerdo sobre las materias en conflicto.
- **Cuarta fase: obtención de puntos de acuerdo.** Transcurridas las sesiones de mediación, el artículo 111 de la Ley 20.286 establece que, si las partes logran un acuerdo, se levanta acta por el mediador; y, en el caso contrario, tanto si no se logra un acuerdo como si el mediador en las sesiones estima que las partes no van dirigidas a ningún consenso, se levanta acta mencionando las circunstancias por las que se pone fin al proceso de mediación.
- **Quinta fase: homologación de los acuerdos de mediación.** Por último, y de acuerdo con el artículo 111 inciso segundo de la Ley 20.286, el resultado alcanzado en esta mediación será presentado por la persona del mediador al tribunal correspondiente, con el objeto de que sea este órgano jurisdiccional el que lo dé por aprobado y le otorgue el valor de sentencia ejecutoriada.

Si alguna de las partes no cumple el acuerdo debidamente aprobado, se puede recurrir directamente al tribunal para exigir su cumplimiento.

ESQUEMA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE

ingreso	<p>A través de tres vías</p> <p>a) Tribunal de Familia o Juzgado de Letras con competencia en asuntos de Familia. b) Corporación de Asistencia Judicial. a) Concurriendo al Centro de Mediación.</p>
inicio	<p>El proceso se inicia cuando el mediador cita a las partes para una primera sesión en el Centro de Mediación.</p>
desarrollo	<p>Durante la asistencia a sesiones de mediación, ambas partes inician un diálogo en conjunto con el mediador para juntos construir un acuerdo sobre las materias en conflicto</p>
acuerdo	<p>Acta de mediación.</p>
aprobación	<p>El mediador presenta el acuerdo alcanzado ante el Tribunal correspondiente para que este lo apruebe otorgándole el mismo valor de una sentencia judicial.</p>

4.11.2. En Cataluña

En la estructura de la mediación se pueden distinguir las siguientes etapas, en las que se han desarrollado determinadas prácticas recomendables, dado que la mediación es un procedimiento flexible y de fácil tramitación, de poco costo y de corta duración en el tiempo, que tiene por finalidad agilizar trámites y resolver las disputas.

- **Etapa previa:** Se efectúa la sesión informativa previa o reunión inicial en conformidad a lo que establecen los artículos 11.1, 11.2 y 11.4 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, donde se asesora a las partes sobre el valor, ventajas, los principios y características de la mediación. Esta explicación es la que ayudará a los involucrados a decidir si aceptan o rechazan la mediación para resolver sus diferencias, designando de común acuerdo a la persona del mediador; en caso de discrepancias al respecto, será el órgano correspondiente quien lo haga⁷⁹⁰. Si el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación si las circunstancias del caso así lo aconsejan.
- **Primera etapa: presentación.** Una vez designado el mediador, este debe esclarecer el significado, las reglas y las características de la mediación; cuál es el rol, la implicación y la cooperación imprescindible de las partes; y la función de la persona mediadora. Es importante verificar que las partes han entendido las características del proceso y el papel de cada uno dentro de la mediación. El mediador deberá utilizar un lenguaje adecuado a los rasgos culturales de las partes y de fácil comprensión para estas.

Al tener el carácter de personalísimo, la mediación significa que las partes deben asistir personalmente a la mediación y no por medio de abogados.

El mediador debe también informar de la tarifa de la mediación en el caso de no estar afectos al derecho de gratuidad, tal como establece el artículo 11.3 de la Ley 15/2009, de 22 de julio. Asimismo, debe comunicar, cuando así lo requiera, sobre la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico o pedir suspensión del procedimiento con el fin de solicitar ayuda profesional en algún hecho puntual, así como la intervención letrada con el fin de redactar el convenio o documento jurídico adecuado sobre la base del resultado de la mediación.

- **Segunda etapa: la información.** El mediador facilita que surja la información necesaria utilizando diferentes tipos de preguntas. También jerarquiza y positiva las diversas aportaciones a través de la reformulación y la legitimación.
- **Tercera etapa: confección de la agenda.** La tarea del mediador se orienta hacia la ordenación del conflicto sobre la base de la información aportada por cada parte. Se trata de establecer un primer consenso sobre cuáles son los puntos en que hay acuerdo y los puntos en que no los hay.
El mediador puede trabajar en sesiones privadas -caucus- o en encuentros conjuntos, con igualdad de oportunidades para cada participante de la mediación.
- **Cuarta etapa: negociación.** Sobre la base de los puntos de discrepancia determinados en la agenda, cada parte presentará sus propuestas. El mediador potenciará las capacidades y los recursos personales de las partes para que emerja el mayor número de posibilidades factibles para el caso concreto, teniendo en cuenta las necesidades e intereses tanto familiares como personales.
- **Quinta etapa: obtención de puntos de acuerdos.** Partiendo de las propuestas que han ido surgiendo, se avanza hacia la elaboración de posibles compromisos que permitan superar las dificultades de forma consensuada. Estos acuerdos deben ser realistas, factibles y basarse en la voluntad libre y plenamente informada de las partes, así como dar respuesta, en primer lugar, al cuidado y al bienestar de los miembros más débiles de la familia, especialmente de los hijos menores.
- **Sexta etapa: homologación de los acuerdos de mediación.** Esta etapa ya no es propiamente de mediación, aunque la afecta directamente. En los casos en que sea necesario, las partes entregarán los acuerdos a su abogado, a fin de que redacte el documento jurídico adecuado, basado en la voluntad de las partes libremente expresada en los acuerdos de mediación. Este documento jurídico será presentado al juez para su posterior homologación judicial.

ESQUEMA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CATALUÑA

Inicio	a) Directamente sin haberse iniciado por la vía judicial b) Por derivación judicial
Sesión informativa	Las partes determinan si continúan con la mediación o no
Designación de la persona mediadora	a) Elegida por las partes. b) Elegida por el Centro de Mediación.
Desarrollo de la mediación	Se crea una agenda en la que se determinan los puntos que hay que tratar y en los que hay acuerdo o desacuerdo. La base es la posibilidad de buscar un equilibrio entre los intereses y las necesidades de todas las partes implicadas; si existen hijos, debe primar el bienestar de estos. Dentro del plazo de 60 días, prorrogables por una sola vez de 30 días más, las partes deben resolver su conflicto de una manera flexible, equilibrada y satisfactoria.
Acta de mediación	Si las partes llegan a un acuerdo, este se redacta con las palabras de los participantes y el abogado le da la forma jurídica correspondiente
Presentación del acta al juez para su homologación judicial	El Centro de Mediación hace un seguimiento del caso y si es necesario asesora a la persona mediadora

4. 12. El acuerdo

Uno de los puntos claves en la regulación de la mediación es el acuerdo. Si las partes han conseguido solucionar sus controversias, en todo o en parte, a lo largo del procedimiento de mediación, plasmarán por escrito las soluciones alcanzadas a través de una acta de mediación.

4.12.1. En Chile

4.12.1.1. Si la mediación termina en acuerdo, ya sea total o parcial

Una de las particularidades del proceso de mediación es que no se dicta una sentencia, porque son las partes intervinientes las que deciden la solución del conflicto. Si estas llegan a un acuerdo, este se contiene en lo que se denomina acta de mediación

Conforme al artículo 111 de la Ley 20.286, el mediador elabora un acta que debe ser leída y firmada por ambas partes. Después entrega una copia a cada parte y la presenta ante el Tribunal de Familia respectivo para su posterior aprobación. Lo último, con el fin de que el juez realice un control de legalidad revisando que los puntos del acuerdo estén en concordancia con los requisitos establecidos en la Ley.

Para que el acuerdo de mediación tenga efectos jurídicos, es necesario que el documento sea homologado, trámite que se cumple cuando es aprobado por el Tribunal de Familia competente. Una vez aprobada el acta, esta tiene el mismo valor jurídico que una sentencia ejecutoriada⁷⁹¹, lo que significa que cualquiera de las partes que concurrieron a su formulación puede recurrir posteriormente al tribunal para exigir su cumplimiento judicialmente en el caso de que una de ellas no cumpla lo acordado.

⁷⁹¹ Esto significa que puede pedirse el cumplimiento de la resolución judicial (artículo 174 del Código Procedimiento civil).

El acuerdo puede haberse logrado en todos los puntos planteados o puede haber alcanzado sólo una parte de ellos, en cuyo caso el juez/a deberá resolver los puntos pendientes al continuar la tramitación de la causa en el tribunal.

4.12.1.2. Si no hay acuerdo, desistimiento de las partes o frustración de la mediación

El mediador, en los casos en que alguna de las partes no concurra a la primera sesión sin justificación, levantará un acta en la que se dejará constancia del término de la mediación, sin agregar otros antecedentes. Lo mismo sucederá cuando detecte que entre las partes hay desequilibrio de poderes para tratar el conflicto o tenga la absoluta convicción de que no se llegará a un acuerdo. El acta de término que se elabora solo señala, sin más antecedentes, la causal de la que no se llegó a acuerdo, la cual debe, en lo posible, ser firmada por los participantes. El mediador debe entregar copia de ella a la parte que lo solicite y remitirla al tribunal, el cual continuará el proceso del juicio. En igual situación quedan los casos en que la mediación se frustrara⁷⁹².

Si las partes sólo llegaren a acuerdo sobre algunos de los puntos sometidos a mediación, la copia del acta de avenimiento que se remita al tribunal consignará claramente las pretensiones subsistentes. Respecto de dichas pretensiones, se dará curso a la demanda o se continuará con el juicio, según el caso.

En los acuerdos de mediación se ha observado que su cumplimiento es mayor en relación con los alcanzados en juicio, ya que las partes intervinientes tienden a respetarlos con

⁷⁹² Frustración de la mediación: Artículo 111, inciso final. La mediación se entiende frustrada en los siguientes supuestos:

1. Si transcurrido el plazo o su prórroga, los involucrados no hubieren alcanzado acuerdo respecto de todos o algunos de los puntos sometidos a mediación.
2. Si alguno de los participantes, citado por segunda vez, no concurriere a la sesión inicial, sin causa justificada.
3. Si habiendo concurrido a las sesiones, uno de los participantes manifestare su voluntad de no perseverar en la mediación.
4. En general, en cualquier momento en que el mediador adquiriera la convicción de que no se alcanzarán acuerdos.

mayor frecuencia, ya que son ellas mismas quienes los han elaborado, permitiendo que permanezcan en el tiempo.

Para concluir, es importante añadir que, en lo relativo al ámbito del Derecho de Familia, siempre está la puerta abierta para llegar a un acuerdo, incluso una vez dictada la sentencia, ya que las materias de familia producen cosa juzgada provisional⁷⁹³.

4.12.2. En Cataluña

El acuerdo de mediación, negocio jurídico de Derecho de Familia o contrato en sentido amplio, es aquel que resulta del proceso de mediación, por el cual las partes en conflicto pactan libremente lo que a sus intereses conviene sobre todas o algunas de las cuestiones controvertidas, obligándose así al cumplimiento de lo acordado y suscrito⁷⁹⁴.

Los artículos 16.1 y 16.2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, establecen que en la sesión o reunión inicial se levanta acta por triplicado, firmada por el mediador y las partes, y se entregará un ejemplar a cada una de ellas, conservando el original el mediador para el archivo del expediente. En esta acta se manifiesta la voluntariedad de someterse a mediación, así como también la aceptación del deber de confidencialidad.

En esta norma se diferencia con claridad la reunión inicial (informática) del momento de la iniciación de la mediación con la firma del Acta inicial de mediación.

⁷⁹³ Tiene su origen en la cláusula *rebus sic stantibus*: “Las cosas deben permanecer inmutables mientras no varíen las circunstancias que las originen”. El mandato de la sentencia se hace inmutable, tanto para el proceso en que fue emitida como para cualquier juicio posterior; siempre que las circunstancias que legitimaron su actuación no hubieren variado. A través de otra sentencia se puede modificar o dejar sin efecto la anterior, tales como cuidado personal, pensión de alimentos, entre otros.

⁷⁹⁴ MERINO NOGALES, María (2012). Contrato de mediación y acuerdo mediacional conforme a la legislación española. Eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados (trabajo fin de curso de Experto, Universidad Internacional de Andalucía, 1-53). recuperado de: dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1826/0329_Merino.pdf?sequence=1

En la medida en que se pueda, se señalará tanto el objeto de la mediación como el número de sesiones con que se va a contar para esa mediación. El número de sesiones que se estipule serán las que se realicen, tanto si llegan o no a un acuerdo.

4.12.2.1. Total o parcial⁷⁹⁵ y definitivo o provisional

Se prepara el borrador de acuerdos según las opciones presentadas y consensuadas por las partes. Siendo aceptado por ambas partes, los cuales pueden consultar con sus familiares y asesores. Con el fin de evitar imprecisiones o malos entendidos, se facilita la revisión o corrección en aquellos puntos en que pudiesen producirse discrepancias, por mínimas que estas sean, de forma que resulte un conjunto de pactos adaptados a la realidad.

El acuerdo definitivo puede contener garantías para asegurar su cumplimiento y cláusula de revisión o bien de seguimiento.

En la sesión final se levanta acta por parte del mediador conforme a lo establecido en el artículo 18.1 de la Ley 15/2009, de 22 de julio; este documento se denomina documento de acuerdos o acta final. En esta acta solo pueden constar de forma clara y separada los acuerdos alcanzados por las partes, total o parcialmente⁷⁹⁶. O bien, de ser el caso, la imposibilidad de llegar a un acuerdo global sobre todas las cuestiones que hayan sido objeto de mediación, según el artículo 18.2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio. En este caso, para que termine el procedimiento de mediación por esta causa, no es necesario esperar que transcurra el plazo establecido, puesto que las partes pueden desistir en cualquier momento o el mediador puede darlo por finalizado cuando aprecie falta de colaboración o resulte

⁷⁹⁵ En algunos casos es preferible alcanzar acuerdos parciales respecto a los extremos en los que se ha podido negociar y alcanzar un resultado positivo, así como mantener las diferencias en los aspectos patrimoniales para que sean dilucidados por la vía judicial contenciosa.

⁷⁹⁶ Por lo que respecta al plano procesal, el acuerdo de mediación, al igual que la transacción, podrá hacerse valer en un eventual proceso judicial o arbitral que tuviera por objeto alguna de las cuestiones resueltas en el acuerdo de mediación, mediante la formulación de la correspondiente excepción (*i.e.* excepción de transacción, también conocida como *exceptio pacti* o *exceptio litis per transactionem finitae*), análoga a la excepción de cosa juzgada material (1816 CC). En otras palabras, aquella parte del acuerdo de mediación que, pretendiendo ignorarlo, intente exigir el cumplimiento de una obligación extinguida en virtud de aquel veré frenada su pretensión con la excepción formulada sobre la base del acuerdo de mediación (p.712).

inútil continuar con el mismo. El acta debe ser firmada por triplicado y se entrega un ejemplar a cada parte dentro de un plazo máximo de cinco días desde la finalización de la mediación.

Este acuerdo es un contrato, esto es, un negocio jurídico de carácter bilateral generador de obligaciones⁷⁹⁷, lo que significa que tiene eficacia jurídica entre las partes que lo han firmado. Como todo contrato, tiene el carácter de obligacional entre los suscribientes al ser una manifestación de su voluntad libre y consciente. La finalidad perseguida por el acuerdo de mediación es análoga a la del contrato de transacción⁷⁹⁸: solucionar una controversia mediante la autocomposición de las partes –asistidas por un mediador– y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero –juez o árbitro– que se imponga a aquellas; con la especialidad de haberse formado y alcanzado a través del procedimiento de mediación.

Su legalización definitiva y oponibilidad⁷⁹⁹ frente a terceros se puede conseguir bien a través de la homologación judicial, en el correspondiente proceso de carácter consensual, o bien acudiendo al Notario, para que lo transcriba en el correspondiente documento público y pueda inscribirse posteriormente en el Registro pertinente.

Con posterioridad al acuerdo, el mediador entregará los datos que dicen relación con la mediación al colegio al que pertenece y al Centro de mediación de Derecho Privado de Cataluña

⁷⁹⁷ Según la definición tradicional y clásica propuesta por Díez Picazo (2007a), se considera que el contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*) (DÍEZ PICAZO, Luis María (2007a). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (vol. I). *Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid: Editorial Civitas, p. 133).

⁷⁹⁸ Los presupuestos del acuerdo de mediación presentan una innegable semejanza con los del contrato de transacción, a saber: (i) preexistencia de una controversia entre las partes y (ii) la necesidad de que las partes se hagan recíprocas concesiones para superarla. El segundo de los requisitos de la transacción ha sido flexibilizado por la jurisprudencia hasta tal punto que puede equipararse a cualquier concesión (incluso las meramente morales o inmateriales) que permita que las partes superen una «situación de tensión preexistente» CARRASCO PERERA, Ángel (1993). Artículo 180. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Ed. Tecnos. Madrid. pp 207-247.

⁷⁹⁹ El acuerdo de mediación es susceptible de ser configurado como un título ejecutivo con el rango propio de los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales, al ubicarse en los números 2º y 3º del artículo 517.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, según sea elevado a escritura pública ante notario u homologado por un tribunal, respectivamente.

Este cuerpo legal señala, en relación con los acuerdos, que «deberán dar prioridad al interés superior de los menores...». Al mismo tiempo, es importante señalar que la real consagración de este modelo de resolución de los conflictos se logra cuando se consigue el acuerdo entre las partes, dándole mayor seguridad jurídica.

El artículo 18, en los numerales 1, 2, 3 y 4 de la Ley 15/2009 de 22 de julio, indica que deben ser derivados judicialmente. El mediador tiene un plazo de cinco días contados desde la sesión final para informar al tribunal correspondiente.

Si se trata de separación o divorcio, el abogado transforma el acuerdo en convenio regulador y lo debe presentar al juzgado de familia; y si se trata de hijos menores o incapacitados, pasa también por el Fiscal. La finalidad de lo anterior es que el convenio regulador se incorpore al proceso judicial en curso, o bien para que este se inicie, así como para su ratificación y, si procede, para su aprobación.

Los acuerdos respecto a materias y personas que necesitan especial protección, como las materias de orden público determinadas por las leyes, tienen el carácter de propuesta y necesitan para su aprobación de la autoridad judicial⁸⁰⁰.

4.12.2.2. Si no hay acuerdo

Si no se produjo ningún tipo de acuerdo, el artículo 18.2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, dice que se extiende un acta en la cual se hace constar que la mediación no produjo efecto

⁸⁰⁰ Artículo 19. Acuerdos y comunicación del resultado de la mediación.

1. Los acuerdos respecto a materias y personas que necesitan una especial protección, así como respecto a las materias de orden público determinadas por las leyes, tienen carácter de propuestas y necesitan, para su eficacia, la aprobación de la autoridad judicial.
2. Los acuerdos deben dar prioridad al interés superior de los menores y de las personas incapacitadas.
3. Los abogados de las partes pueden trasladar el acuerdo alcanzado mediante la mediación al convenio regulador o al documento o protocolo correspondiente, para que se incorpore al proceso judicial en curso o para que se inicie, para su ratificación y, si procede, aprobación.
4. En la mediación realizada por indicación de la autoridad judicial, la persona mediadora debe comunicar a esta autoridad, en el plazo de cinco días hábiles desde el fin de la mediación, si se ha alcanzado un acuerdo o no.

alguno. Dicha acta debe ser firmada por triplicado y se entrega un ejemplar a cada parte dentro de un plazo máximo de cinco días desde finalizada la mediación.

Con posterioridad, el mediador entregará los datos relacionados con la mediación al colegio al que pertenece y al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

4.13. Resultados de la mediación familiar

4.13.1. En Chile. Materias mediadas y nivel de cumplimiento

La Ley 20.286, en cuanto a la mediación previa⁸⁰¹, obliga al mediador en la primera sesión a tratar las materias referidas a derecho de alimentos (alimentos provisorios), cuidado personal de hijos (ex tuición) y regulación de la relación directa entre padre o madre e hijos (ex régimen de visitas). La aplicación de estas medidas logran un notorio aumento de mediaciones⁸⁰², lo que, en rigor, se contrapone a los principios de la mediación, pues la agenda de temas a tratar debe ser una creación de las partes. Específicamente en lo relativo a los alimentos provisorios, el hecho de la exigencia de tener que convenir sobre este tema se presenta como un mayor fracaso, por lo que solo la utilizan como un medio dentro de una larga fila de audiencias judiciales sin llegar a una solución definitiva. No se puede decir lo mismo de los acuerdos en los procesos de mediación relativos al régimen comunicacional, los cuales, por regla general, se tienden a respetar con mayor frecuencia.

⁸⁰¹ CORREA CAMUS, Paula (2014). La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 5(2), 111-138.

⁸⁰² La exigencia de mediación previa y obligatoria ha impactado enormemente en el número de casos ingresados al sistema de mediación. Conforme a las estadísticas del Ministerio de Justicia, en el período enero-mayo del año 2009 (con mediación voluntaria) fueron derivados a mediación 5.772 causas a nivel nacional, mientras que en el mismo periodo del año 2010 (con mediación previa en todo Chile) ingresaron 77.661 causas. Es decir, casi 15 veces más de lo derivado en un escenario de voluntariedad. Según datos recientes del Ministerio de Justicia, desde la incorporación de la mediación previa y obligatoria el primero de junio de 2009 hasta el 31 de mayo de 2012, es decir, después de tres años de su incorporación a nivel nacional, se registran 538.264 causas ingresadas a mediación (MINISTERIO DE JUSTICIA. *Informe estadístico a nivel nacional. Sistema Informático de Mediación Familiar (SIMEF)*. Período 01 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012).

En cuanto al cumplimiento de los acuerdos, actualmente no hay información estadística que resulte concluyente sobre el particular, ni tampoco estudios suficientes para cotejar resultados, pero dentro del sistema entre los distintos operadores judiciales existe una preocupación latente respecto de una alta tasa de eventuales reingresos de causas al sistema judicial en la fase de cumplimiento. En efecto, en la investigación exploratoria llevada adelante durante el año 2011⁸⁰³, se constató que el estado de cumplimiento de los acuerdos en mediación era altamente menor que el cumplimiento de los acuerdos en conciliación.

Por otra parte, también llama la atención que el Ministerio de Justicia haya debido implementar un instructivo denominado *bloqueo de causas* para evitar que los acuerdos se modifiquen dentro de cierto plazo o se ingresen nuevos casos de mediación entre las mismas partes. Lo señalado por la Jefa de la Unidad de Mediación -entrevistada para el mismo estudio- resulta ilustrativo en este punto: este sistema de bloqueo evita el ingreso de las mismas partes por las mismas materias, alertando así de acuerdos poco duraderos⁸⁰⁴.

Por último, según Camus Correa⁸⁰⁵, se puede afirmar que la sustentabilidad de los acuerdos tiene directa relación con tres aspectos claves en los cuales el sistema de mediación familiar chileno resulta defectuoso: (a) formación y desempeño de los mediadores⁸⁰⁶; (b) modelo de provisión de los servicios de mediación o mediación licitada⁸⁰⁷ y (c) sistema de pagos de los servicios de mediación licitada⁸⁰⁸.

⁸⁰³ CORREA CAMUS, Paula (2014). La experiencia de la mediación familiar en Chile..., *op. cit.*

⁸⁰⁴ *Ídem.*

⁸⁰⁵ *Ídem.*

⁸⁰⁶ Las conclusiones del estudio realizado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa (CEAL) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso muestran también indicios de problemas graves en materia de formación de los mediadores:

«El nudo problemático en la calidad de los procesos de mediación familiar, asociado a la falencia de intervenciones especializadas para movilizar el conflicto como fenómeno interaccional en sus diversos aspectos. Esto se evidencia en la baja evaluación que reciben la gran mayoría de las competencias profesionales del mediador vinculadas a destrezas para modificar la comunicación en forma constructiva y generar diálogo entre las partes, para favorecer la participación igualitaria y los procesos de protagonismo –responsabilización como para gestionar técnicamente la etapa de resolución en la mediación». Centro de Estudios y Asistencia Legislativa Chile (2014). Auditoría Externa para la Evaluación de la Calidad de los Procesos de Mediación Familiar, Informe Final definitivo. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Centro de Estudios y Asistencia Legislativa Chile. pp.1-164. Recuperado en: <http://www.mediaciónchile.cl>.

⁸⁰⁷ Las partes que quieran acceder a la mediación y que no califican para mediación gratuita deben acudir a profesionales que prestan servicios en forma particular, siempre y cuando se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Mediadores. No existe una alternativa por la vía institucional para elegir, de modo que sus servicios son costeados por las partes de común acuerdo con el mediador. Los honorarios profesionales no

4.13.2. En Cataluña. Materias mediadas y nivel de cumplimiento⁸⁰⁹

En Cataluña, según los datos del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, las solicitudes de mediación a petición directa de las partes son más numerosas (72,9%) que las solicitadas a través de derivación judicial (27,1%). La gratuidad de la mediación contribuye de forma notoria al incremento de las peticiones de mediación. En relación con el resultado, en el caso de las mediaciones solicitadas directamente por las partes, el nivel de acuerdos supera el 70%, a diferencia de las mediaciones derivadas judicialmente o con un proceso judicial abierto, que es del 47,5%. Estos datos ponen de manifiesto la dificultad superior de las mediaciones de ámbito judicial y la necesaria especialización de la persona mediadora. Estos últimos años se puede apreciar que tanto las solicitudes de mediación como las de mediaciones acabadas van en aumento⁸¹⁰.

Del estudio comparativo de la mediación familiar realizado entre ambos textos legales, el chileno y el catalán, se puede concluir que esta es una institución que en las últimas décadas ha ido adquiriendo mayor relevancia para resolver conflictos, especialmente en el ámbito familiar. Se reconoce en el Derecho Comparado que dicha institución tiende a disminuir el conflicto existente entre las partes, propendiendo a que estas mismas resuelvan

pueden exceder del arancel fijado por el Ministerio de Justicia para estos efectos por cada sesión realizada durante el proceso de mediación.

⁸⁰⁸ El sistema de pago se lleva a cabo en relación con los servicios prestados, el cual está directamente ligado a la obtención de acuerdos por *materias derivadas a mediación*. Por ello, el sistema de provisión de servicios de mediación gratuita existente, a cargo solo de mediadores licitados, no es el modelo más adecuado, ya que puede obligar al Estado a contratar a profesionales que no tengan suficiente experiencia para asumir con la debida formación trabajar con familias en crisis, solo con el fin de asegurar la cobertura del servicio a nivel nacional.

⁸⁰⁹ VALLS RIUS, Anna (Coord.) (2011). La mediación en el ámbito familiar. En Pompeu Casanovas, Jaume Magre y M.^a Elena Lauroba (dirs.). *Libro Blanco de la mediación en Catalunya. Generalitat de Catalunya* (pp. 433-496). Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, pp. 433-496.

⁸¹⁰ A nivel nacional se realizó un estudio a través de la elaboración de un cuestionario (*El Cuestionario de Satisfacción en Mediación Civil (CSM-C)*) dirigido por Miguel Ángel Soria. La muestra estuvo compuesta por 405 sujetos voluntarios, 52,8% mujeres y 47,2% hombres, de los cuales el 64,0% estaba finalizando su proceso de Mediación Familiar con firma de acuerdos, mientras que un 36,0% no lo hizo. La estructura del cuestionario resultó útil para la valoración de la satisfacción de los usuarios con el programa de Mediación Familiar y los acuerdos alcanzados (SORIA VERDE, Miguel Ángel, BALDÓ YEPES, Montserrat y LOVELLE IGLESIAS, M.^a Inés (2013). Cuestionario para valorar la satisfacción de usuarios en programas de mediación civil. *Revista de Mediación*, 12(2), 1-9).

sus conflictos con la interacción de un tercero que no lo resuelve, ni tiene poder para imponer una solución, sino cuya labor es acercar a las partes para que estas sean quienes lo resuelvan y lleguen a un acuerdo que resulte satisfactorio para todos.

Podemos apreciar que, en ambas legislaciones de mediación familiar, se reconoce esta función mediadora como un método de gestión positiva y de resolución de conflictos por medio del cual las personas se constituyen en partícipes y protagonistas de la búsqueda de la resolución de sus propias disputas. Existe, además, concordancia en los principios que la inspiran, como son la confidencialidad que deben mantener tanto el mediador como las partes sobre todos los hechos discutidos durante las sesiones de la mediación y la excepcionalidad de romper con esta reserva en los casos en que el mediador detecte que los menores pueden estar en riesgo o hay claros signos de violencia entre las partes que no permitan seguir el proceso en un plano de igualdad. También se reconoce la figura del mediador, quien actúa de manera neutral e imparcial, sirviendo de intermediario en la comunicación y el respeto mutuo de la pareja, pero sobre quien nunca recaerá la resolución del conflicto. En relación con esto, hay coincidencia en cuanto a hacer un llamado de atención al legislador por parte de los operadores jurídicos, ya que desde la práctica han observado la necesidad de potenciar la formación del mediador. Para ello hay que mejorar la capacitación inicial, la formación continua y la actualización de las técnicas utilizadas, incluyendo en la formación el desarrollo práctico y el trabajo de las capacidades y habilidades de la persona mediadora, características que no se perciben desde el momento en que se traduce en un mal desempeño de sus labores.

Otro punto de gran relevancia sobre el que se pone énfasis es en lo relativo a la protección de los menores, anteponiendo el principio del interés superior del niño. Esta responsabilidad recae en el mediador, por lo que durante el proceso y hasta el acuerdo, en los casos en que se involucre a niños, niñas o adolescentes, se girará en torno a este principio.

Respecto de las materias prohibidas a las que no se puede acceder a mediación, específicamente en lo concerniente a la violencia de género, se está produciendo un cambio hoy día con ayuda de la doctrina, al reconocer que, para determinados casos, la mediación puede considerarse un camino viable para la resolución de un conflicto.

Ahora bien, la legislación chilena presenta algunas diferencias respecto de la catalana en esta materia. Así, en primer término, la legislación chilena, aun reconociendo el principio de la voluntariedad como una de las características principales dentro del procedimiento de mediación, ha debido modificarla y sustituirla por la obligatoriedad, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008. Esta modificación afecta solo a tres materias, a saber: el derecho de alimentos entre padres e hijos, el cuidado personal y la relación directa y regular. La finalidad de este cambio es establecer una política de descongestión de los Tribunales de Familia, en el sentido de que deben concurrir a la primera sesión, pero manteniendo incólume el derecho de las partes de retirarse de la mediación y señalando siempre que el acuerdo deberá ser voluntariamente alcanzado por las partes. Otra gran diferencia entre ambas legislaciones es la mirada que cada ordenamiento otorga a los niños, niñas y adolescentes para participar en los procesos de mediación. La ley catalana va unos pasos más adelantada con un criterio menos proteccionista, ya que regula expresamente, aunque excepcionalmente, la intervención del menor en este tipo de procedimientos. En cambio, en Chile la regla general es que no se admite su participación, aunque queda a criterio del mediador o del equipo técnico del Tribunal de familia su posible intervención, por lo que, solo será llamado a intervenir en situaciones en las que realmente se considere necesario y no como una práctica habitual.

En definitiva, existe voluntad por parte de los respectivos legisladores de reconocer y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La mediación familiar ya supone un profundo cambio cultural y de mentalidad. Sin embargo, hay que ir más allá. Por un lado, es necesario romper con la mirada que prevalece sobre la infancia y darle un enfoque distinto, quitándole el estatus de minusvalía. Por lo general, presidido y regulado por el principio del interés superior del niño, se concibe al menor como un individuo en

formación con capacidad limitada para obrar debido a su inmadurez. No obstante, hay que replantearse la actitud adultocentrista que niega al niño su autonomía como informador por considerar su interpretación de la realidad social inmadura, poco fiable o simplemente de poco interés, lo que conlleva, en consecuencia, que el menor sea excluido de cualquier proceso de toma de decisiones que involucra a los adultos. Es importante, por tanto, otorgar al menor el espacio que le corresponde, brindándole la oportunidad de participar y de ser escuchado durante un proceso administrativo.

Por otro lado, es preciso provocar un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de familia, tanto jueces, como abogados y fiscales, con el fin de impulsar la mediación en aquellos procesos en los que sea viable como instrumento pacificador de los conflictos familiares. La realidad social demanda un cambio urgente en los modos de administrar justicia y, por ello, la mediación está llamada a ser una pieza clave en este proceso.

Por último, es importante agregar lo que se indica en las conclusiones del *Libro Blanco de la mediación en Catalunya*. Frente a los grandes cambios sociales y culturales, el incremento de la diversidad cultural, las rupturas conyugales, las familias monoparentales y las llamadas «multiproblemáticas», se dibuja una nueva realidad que debe considerarse en todo el trabajo que se realice en este ámbito. Por ello, se requiere también de la mediación y del mediador, una gestión no uniforme en lo que se refiere al tratamiento de estas situaciones específicas y el reconocimiento de la diversidad de perspectivas culturales, personales y vivenciales en la realización de cada mediación.

Conclusiones

Conclusiones

I.

Una profunda crisis vivida dentro de los Tribunales de Justicia, motivada por diferentes factores, ha dado como resultado el surgimiento de los *Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos* en los diversos sistemas jurídicos. Estos sistemas tienen por objeto facilitar el acceso a la justicia; proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; mejorar la comunicación, permitiendo a las partes por medio del diálogo evaluar por sí mismas la conveniencia de alcanzar un acuerdo; y aliviar la congestión, la lentitud y los elevados costos de la justicia estatal formal. Tanto la propia naturaleza del conflicto familiar como las grandes deficiencias que presentan las políticas tradicionales en materia de familia justifican la instauración de sistemas alternativos extrajudiciales como método de intervención estatal en este tipo de controversias.

II.

La mediación familiar, si bien no es la solución definitiva a la grave crisis que sufren los Tribunales de Justicia, sirve, en cierta medida, como un mecanismo que puede ayudar a su descongestión. Hemos constatado que las ventajas de su aplicación son evidentes si se comparan con un juicio formal: existe más rapidez, un menor costo, emocionalmente es más sano y alivia el ralentizado poder judicial. Por último, es importante recalcar que la mediación debe ser entendida como un complemento a la vía judicial, y no como una alternativa a la misma, lo que significa que acudir a la mediación no implica que quede cerrado el acceso a los Tribunales.

III.

Una de las principales características de la mediación familiar es el principio de voluntariedad, que permite a las partes moverse entre diferentes opciones para la solución de sus disputas. Este principio debe entenderse no solo como la libre disposición de

participar en el proceso, sino también como la actitud proactiva y la buena fe de las partes en la búsqueda de una solución al conflicto que les aqueja, con igual libertad para retirarse en cualquier etapa del proceso. No obstante, existen casos en que se establece imperativamente en la ley por razones justificadas (mediación familiar previa y obligatoria). Lo importante es que se garantice el derecho de acceso a la justicia, pudiendo abarcar cualquier medio de la Administración de Justicia ejercida con imparcialidad e igualdad para las partes.

IV.

Está claramente establecido que el interés superior del niño/a, tal y como aparece configurado en el artículo 3, párrafo primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe ser tomado en consideración en todas las decisiones y medidas que se adopten relacionadas, directa o indirectamente, con los niños, niñas o adolescentes, ya sean estos individual, grupal o colectivamente contemplados. A su vez, se entiende que este principio debe ser «uno», aunque de particular significación, y no el «único» a sopesar cuando los intereses de las personas menores de edad estén en juego.

V.

La cláusula del interés superior del niño/a se ha configurado como un concepto jurídico indeterminado, con remisión, para su precisión efectiva, al momento y a la persona encargada de su aplicación, con la correspondiente adecuación del mandato legal a cada caso concreto que pudiere plantearse. Por ende, para ambos ordenamientos jurídicos (catalán y chileno) este principio tiene una composición necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia tanto de la variada realidad social, que no puede ser prevista de antemano en su totalidad, como de los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo. Su finalidad última, en definitiva, es que pueda ser aplicada siempre al caso concreto. Hoy día, con el objeto de dotarla de mayor seguridad jurídica, tanto la legislación chilena como la catalana han incluido técnicas legislativas más propias de los sistemas normativos anglosajones (*statutory checklist* o *welfare checklist*).

VI.

Para aplicar correctamente el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es condición *sine qua non* que los componentes del artículo 12 del mismo Tratado Internacional se respeten. A su vez, la aplicación correcta del artículo 12 comprende la necesaria evaluación y determinación del interés superior. Ambos principios generales son, por tanto, interdependientes. Estas pautas y criterios deben apoyarse ineludiblemente en la consideración del niño, niña y adolescente como persona y como ciudadano; y, como tal, deben serle reconocidos y garantizados sus derechos fundamentales, su dignidad y el respeto al libre desarrollo de su personalidad, teniéndose siempre en cuenta sus necesidades particulares.

VII.

Al referirnos a la participación del niño/a y su derecho a ser oído en los procesos de mediación familiar, entendemos que su intervención, siempre atendiendo a su edad y capacidad natural, se convierte en un elemento de apoyo en el mentado proceso. Aquí también juega un rol importante la figura del mediador/a para encausar a ambos padres en la construcción de los nuevos patrones familiares. Por eso, es fundamental que en los conflictos familiares se dé a los niños, niñas y adolescentes un espacio donde puedan participar y ser oídos, así como que se les informe de los acuerdos que han alcanzados sus padres para la solución del conflicto, ya que las relaciones familiares persisten en el tiempo, aun después de terminada la controversia.

A pesar de lo apuntado, debemos concluir que este criterio no se aplica debidamente en la práctica. Por un lado, en Chile las decisiones familiares se concentran en la estructura parental, explicitando en la misma línea que serán los padres los llamados a determinar lo que se entiende por condiciones de madurez para autorizar la incorporación de la persona menor de edad al proceso, decisión que debe ser respetada por el mediador /a; con todo, en los casos difíciles el juez será el encargado de determinar su grado de madurez. Por otro lado, en Cataluña la participación de los menores de edad se ve limitada al ámbito de intervención autónoma de los menores de edad según "*tanto su edad como su madurez*"; de

esta forma, su edad determina la necesidad de escuchar al niño/a y las condiciones de madurez determinan su grado de autonomía o de capacidad en el ámbito extrapatrimonial.

VIII.

Uno de los propósitos del proceso de mediación familiar es el de la recuperación del respeto entre los integrantes de la familia. Por ende, en los casos de violencia, la mediación como manifestación de la justicia restaurativa puede servir como un espacio confidencial y especializado para resolver la multiplicidad de conflictos que pueden presentarse a nivel conyugal, paterno filial, fraternal o intergeneracional entre otros. Este proceso se ve apoyado por una parte neutral, llamado mediador, con conocimientos adecuados, que ayudan a la víctima y al victimario a comprender el origen del conflicto, sus causas, sus consecuencias, así como a elaborar acuerdos para la reparación del daño.

IX.

Hay que hacer hincapié en la cualificación del mediador, por la trascendencia del papel que ocupa en el proceso de mediación. Es necesario poner énfasis en que ostente una sólida formación especializada, ya que es la persona que ayuda y colabora para que las partes lleguen a la solución del conflicto, más aún en los casos en que se vean involucrados menores de edad y se opte por implicarlos dentro de este tipo de procedimiento. Sobre él recae la responsabilidad de velar por los intereses de los más pequeños. Para ello, debe contar con las herramientas necesarias, aplicando técnicas y estrategias suficientes para favorecer la interrelación que posibilite el acuerdo. Asimismo, debe detentar los atributos personales suficientes para el correcto desempeño de su oficio, de manera tal que facilite la comunicación y el diálogo entre los participantes, y contribuya a que las diversas aristas de cada conflicto puedan cobrar sentido para cada una de las partes, así como su posible solución. En consecuencia, se requiere formar a profesionales competentes en la materia.

X.

No basta con que las leyes prescriban o recomienden la mediación. Es necesario un esfuerzo informativo y educacional que involucre a los gobiernos haciendo uso de los

medios de comunicación para informar de su existencia a la ciudadanía, ya que sin la adecuada difusión de este medio alternativo difícilmente se hará uso de él.

El objetivo, en definitiva, es tratar de lograr establecer un cambio de mentalidad que permita abandonar la cultura de la confrontación para pasar a la cultura del diálogo. Cuando el *quid* no está relacionado con la aplicación de una norma jurídica, lo más conveniente es tratar de encontrar una solución consensuada extrajudicial, convirtiéndola en parte de nuestro sistema jurídico. Dentro de este sistema cabe la mediación familiar; de ahí que para lograr un mayor éxito en este tipo de solución de controversias sea importante instar a las personas que se encuentran en un conflicto familiar a la opción de ir a mediación, con voluntad real de participación y cooperación para llegar a un acuerdo.

XI.

Por último, podemos afirmar que existe voluntad por parte de los respectivos legisladores de reconocer y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La implementación de la mediación familiar dentro del ordenamiento jurídico supone un profundo cambio cultural y de mentalidad. Con todo, esto debe ir más allá.

Es necesario romper con la mirada actual y dar un enfoque distinto a la infancia, quitándole el estatus de minusvalía en un mundo donde se les ve como individuos en formación con capacidad limitada para obrar basada en su inmadurez. Hay que replantearse la actitud adultocentrista que niega al niño su autonomía como informador por considerar su interpretación de la realidad social inmadura, poco fiable o simplemente de poco interés, lo cual lleva a que el menor sea excluido de cualquier proceso de toma de decisiones que involucra a los adultos. Es importante otorgar a la persona menor de edad el espacio que le corresponde y proporcionarle la oportunidad de participar y ser escuchado durante un proceso judicial y administrativo.

Bibliografía

Bibliografía

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA (2015). Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano, 2, 43-86

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2011). *Efectos jurídicos del divorcio*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot- Thomson Reuters.

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(2), 21-59.

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho*, 28(1), 55-77.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247.

AGUILAR CUENCA, José Manuel (2006). *S.A.P. Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro*. Córdoba: Editorial Almuzara.

ALARCÓN CAÑUTA, Miguel (2015). Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, 11(2), 11- 47.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (1997). *Curso de derecho civil IV. Derecho de Familia* (8ª ed.). Barcelona: Bosch.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (2002). *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Barcelona: Edisofer.

ALFAGAME, Erika.; CANTOS, Raquel y MARTÍNEZ, Marta (2003). *De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción*. Madrid: Edición Plataforma de organizaciones de la infancia.

ALONSO PÉREZ, Mariano (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras. *Actualidad Civil*, 2, 17-40.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (tomo II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ALSTON, Philip (1994). *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Oxford: Clarendon Press.

ALSTON, Philip (1994). The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family*, 8, 1-25.

ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget (1992). *Children, rights and the law*. Oxford: Clarendon Press.

ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget (1997). *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Buenos Aires: UNICEF

ÁLVAREZ TORRES, Manuel (Coord.) (2013). *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Madrid: Editorial Dykinson.

AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. United States. Reports of the delegation to the Inter-American Specialized. Conference on Human Rights. April 22, 1970. (achr. US. Reports), pp. 719-720.

ARENAS BENAVIDES, Sergio (2013). Hacia el Fin del Dogma «Voluntad es Capacidad» en el Derecho Civil Chileno. *Revista Derecho y Justicia*, 3, 73-99.

ATIENZA, Manuel (2005). Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2ª ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BACIGALUPO DE GIRARD, María (2006). El divorcio incausado y la patria potestad compartida después del divorcio. Dos interesantes cambios en el derecho español. *Revista de derecho UNED*, 1, 199-211.

BADOSA COLL, Ferran (2000). El Derecho civil catalán. Los hechos jurídicos. Las personas. En Julián Martínez-Simancas Sánchez y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dirs.). *Derechos civiles de España* (Vol. II) (pp. 531-600). Madrid: Aranzadi.

BAEZA CONCHA, Gloria (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2), 355-362.

BALLESTERO CÁRCAMO, Rubén (2013). *Discurso Inauguración Año Judicial 2013*. Santiago de Chile: Poder Judicial.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile: Puntolex Thomsom Reuters.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Revista Ius et Praxis*, 2, 3-52.

BARONA VILAR, Silvia (1998). *Solución Extrajudicial de Conflictos. (Alternative Dispute Resolution. ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BARONA VILAR, Silvia (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 1(18). 185-211.

BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011). *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*. Santiago de Chile: Abeledo/Perrot-Thomson Reuters.

BARTOLOMÉ CENZANO, Juan Carlos (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46-59.

BERARDO, Ema, GRECO, Silvana y VECCHI, Silvia (2004). Experiencias en mediación y violencia familiar en Buenos Aires, Argentina: La mediación como recurso de intervenciones democratizadoras en las relaciones de poder. Ponencia presentada en el *III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos*, 22 y 24 de septiembre. Viña del Mar, Chile. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Recuperado de:
<http://www.fundacionlibra.org.ar/publicaciones/MediacionBerardoGrecoVecchi.pdf>.

BERNAL SAMPER, Trinidad (2002). *La Mediación: una solución a los conflictos de rupturas de parejas* (2ª ed.). Madrid: Colex.

BERNAL SAMPER, Trinidad (2005): Mediación extrajudicial. En Consejo General del Poder judicial. *Mediación y protección de menores en Derecho de familia . Cuadernos de derecho judicial* (5), pp.11-50.

BERNAL SAMPER, Trinidad (2013). *La mediación una solución a los conflictos de ruptura de pareja* (5ªed.). Madrid: Editorial Colex.

BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo (2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política criminal*, 6(11), 163-191.

BIANCHI, Roberto A. (1996). *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires: Zavalía.

BLANCO CARRASCO, Marta (2008). Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores. *Cuaderno de Trabajo Social*, 21, 27-42.

BLANCO CARRASCO, Marta (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid: Editorial Reus.

BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio (2002). El síndrome de alienación parental. descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica, legal y forense*, 2(3), 25-45.

BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio (2005). Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno filial: del juzgado a la mediación. *Trabajo Social hoy*, 1 (Extra), 105-124.

BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio (2008). *Hijos alineados y padres alienados: mediación familiar en rupturas conflictivas*. Madrid: Reus.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre (1992). *La médiation: una justice douce*. París: Editorial Syros-Alternatives.

BORSZOMENGY-NAGY, Iván y SPARK Geraldine (1973). *Las lealtades invisibles. Reciprocidad en terapia familiar intergeneracional*. Buenos Aires: Amorrortu.

BOUCHÉ, Henri e HIDALGO, Francisco (Dirs.) (2010). *Mediación y orientación familiar*. Madrid: Dykinson.

BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur (1993). *ADR: Principles and Practices* (2ª ed.). Londres: Sweet y Maxwell.

BURTON, John y DUKES, Frank (1990). *Conflict: Practices in management, settlement and resolution*. New York: St. Martin's Press.

BUSH, Robert A. Baruch y FOLGER, Joseph P. (2005). *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass.

BUSTELO FUENTE, Daniel (2009). *La mediación. Claves para su comprensión y práctica*. Madrid: Editorial Tritoma.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1997). Perspectivas de un derecho penal del niño. *Nueva Doctrina Penal*, 1997 (A), 63-71.

CABEDO MALLOL, Vicente (2008). *Marco Constitucional de la Protección del Menor*. Madrid: La Ley.

CABEDO MALLOL, Vicente (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Luces y sombras. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 49-88). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.) (2016). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

CABEZAS SALMERÓN, Jordi (2000). *Reevaluación crítica del concepto de responsabilidad penal del menor. Posicionamientos sociales*. Barcelona: OSPDH (Área de Jóvenes y menores del OSPDH).

CALCATERRA, Rubén Alberto (2002). *Mediación estratégica*. Barcelona: Gedisa.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2011). *Derecho Internacional Privado* (12ª ed.). Granada, España: Editorial Comares,

CALVO SAN JOSÉ, María José (2016). *La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio y Ley 26/2015, de 28 de julio). *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad*, 4, 29-39.

CAMPBELL, Alan (2002). Working with Children in Family Mediation. *Psychotherapy in Australia*, 8(4), 46-51.

CAMUS, Maximiliano (2007). Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad. En Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga (coords.). *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (pp. 286-300). Madrid: Editorial Tecnos.

CAPPELLETTI, Mauro (1993). Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *Modern Law Review*, 56, 282-296.

CARBONNIER, Jean (1960). Comment S. Cour d'Appel Paris, 10 abril 1959, *Dalloz*, 1, 650-673.

CÁRDENAS, Eduardo (1999). *La mediación en conflictos familiares. Lo que hay que saber*. Buenos Aires: Editorial Lumen/Humanitas.

CÁRDENAS BOUDEY, Sabine (2013). *Mudanzas de la infancia. Entre la institucionalización, la ciudadanización y la mercantilización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Recuperado de: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/posgrados/20140120033931/Cardenas.pdf>

CARNELUTTI, Francesco (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil. Introducción y Función del Proceso Civil* (Tomo I). Buenos Aires: Uteha Argentina.

CARRASCO PERERA, Ángel (2001). Comentario de los arts. 9.2, 42 a 107 del Código Civil. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil* (pp. 51-52; 144-221). Pamplona: Aranzadi.

CENTRO DE ESTUDIOS Y ASISTENCIA LEGISLATIVA (2011). Auditoría Externa para la Evaluación de la Calidad de los Procesos de Mediación Familiar. Informe Final definitivo. Recuperado de: <http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/EST-16.pdf>

CENTRO DI RICERCA UNIVERSITARIO SU CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLA MIGRAZIONI. *12 Doce. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y el sistema de justicia penal juvenil. Teoría y práctica para su implementación*. Defensa de Niñas y Niños – Internacional -DNI Italia. recuperado de: http://www.defenceforchildren.it/files/Twelve_handbook_Spain.compressed.pdf

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1990). Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios. En UNICEF. Instituto Interamericano del Niño - Instituto Ayrton Senna. *Derecho a Tener Derecho* (Tomo 4) (pp. 1-13). Recuperado de: <http://educacioninicial.mx/wp-content/uploads/2013/11/A001.pdf>.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* (pp.48-62). Bogotá: Ed. Temis/Depalma.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999a). El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia: Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de Septiembre de 1999.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999b). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derecho del Niño*, N°1, sección 1. Santiago de Chile: UNICEF y Ministerio de Justicia, 45-63.

COBB, Sara (1994). A narrative perspective on mediation: towards the materialization of the "storytelling" metaphor. En Joseph Folger y Tricia Jones (eds). *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives* (pp. 48-66). California: Sage Publications.

COBB, Sara (1997). Una perspectiva narrativa en mediación. En Joseph Folger y Tricia Jones (coords.). *Nuevas direcciones en mediación* (pp. 89-100). Buenos Aires: Paidós.

COBB, Sara, y RIFKIN, Janet (1991). Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narrative in community mediation. *Law Politics & Society*, 11, 69-91.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2002). *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. COM(2002) 196 final. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2007). *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. 136. Madrid: Centro de estudios jurídicos.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (2013). *Observación General N.º14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Recuperado de: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

CORRAL TALCIANI, Hernán (1994). *Familia y Derecho. Estudio sobre la realidad jurídica de la familia*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2002). *Adopción y filiación adoptiva*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2005). *La familia en los 150 años del Código Civil chileno*. *Revista Chilena de Derecho*, 32(3), 429-438.

CORREA CAMUS, Paula (2014). La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 5(2), 111-138.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Niños y niñas. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 5. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>

CORVO LÓPEZ, Felisa María (2008). Los hijos menores ante el proceso de mediación. En Javier Gómez Gállego (coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Tomo I) (pp. 383-413). Madrid: Aranzadi.

COSER, Lewis (1956). *The functions of social conflict*. New York: Free Press.

COUSO SALAS, Jaime (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 145-166.

COY FERRER, Antonio (2000). La mediación en España. *Apuntes de Psicología*, 18(2-3), 199-217.

CRETNEY, Stephen Michael (1979). *Principles of Family Law*. London: Swett and Maxwell.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés (2005). La solución no jurisdiccional de litigios del derecho privado. En Manuel Ortells Ramos (coord.). *Derecho Procesal Civil* (6ª Ed.) (pp. 57-58) Navarra: Thomson y Aranzadi.

CURI, Sara y GIANELLA, Carolina (2002). Mediación y violencia familiar en el contexto judicial. *Revista La Ley*, 7(3), 305-315. Recuperado de: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/73.pdf>.

CUSSIANOVICH, Alejandro y MÁRQUEZ, Ana María (2002). *Hacia una participación protagónica de los niños, niñas y adolescentes*. Documento de discusión elaborado por Save the Children Suecia. Oficina Regional para América del Sur. Recuperado de: <http://www.sename.cl/wsename/otros/Hacia%20una%20participacion%20protagonica-savethechildren.pdf>

DAGNINO, Francesco (1975). Potestà parentale e diritto de visita. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 1499-1533.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto (2010). La Mediación en la Actualidad y en el Futuro del Proceso Civil Brasileño. En Leticia García Villaluenga, Jorge Tomillo Urbina y Eduardo Vázquez de Castro (Coords.). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (pp.351-366). Madrid: Editorial Reus.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2014). *Estudios sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Editorial MIC ISSN: 2254-3910. Pp.1-54. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/.../2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-s>.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes. *Revista Chilena de Derecho*, 2, 271-310.

DIEGO VALLEJO, Rafael de y GUILLÉN GESTOSO, Carlos (2006). *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide.

DÍEZ PICAZO, Luis María (1982a). La Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad. En Luis Díez Picazo. *La Reforma del Derecho de Familia, Matrimonio, Separación, Divorcio, Régimen Económico Matrimonial, Filiación y Patria Potestad*. Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia (pp. 291-323), Sevilla: Imprenta Sevillana.

DÍEZ PICAZO, Luis María (1982b). Notas sobre la Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad. *Anuario de Derecho Civil*, 35(1), 3-20.

DÍEZ PICAZO, Luis María (1984). El Principio de Protección Integral de los Hijos (tout pour l'enfant). En José Manuel González Porras (dir.) *La Tutela de los Derechos del Menor*, Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. (pp. 127-131). Córdoba: Junta de Andalucía.

DÍEZ PICAZO, Luis María (1993). *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

DÍEZ PICAZO, Luis María (2007a). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (vol. I). *Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid: Editorial Civitas.

DÍEZ PICAZO, Luis María (2007b). En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 2. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf.

DÍEZ-PICAZO, Luis María y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2006). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones* (10ª ed.). Madrid: Tecno.

DÍEZ, Francisco y TAPIA, Graciela (1999). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

DOGLIOTTI, Massimo (1992). Che cosa è l'interesse del minore? *Diritto di famiglia e delle persone*, 21(4), 1992, 1093-1101.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María José (2016). El interés superior del menor y la patria potestad: claroscuros en la modificación del sistema de protección jurídica del menor. *La rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 1-2, 1-8. Recuperado de: <http://www.rivistafamilia.it/2016/07/21/el-interes-superior-del-menor-y-la-patria-potestad-claroscuros-en-la-modificacion-del-sistema-de-proteccion-juridica-del-menor/>

DONOSO DÍAZ, María de la Paz, LLONA RODRÍGUEZ, Sara y SALGADO MENCHACA, Clara (2010). *Mediación familiar. Un enfoque integral de la familia y su contexto legal*. Santiago de Chile: Ediciones UCSH.

DUPLÁ MARÍN, María Teresa (Coord.) (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*. Santiago de Compostela. España: Editorial Andavira Editora.

DURÁN AYAGO, Antonia (2004). *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*. Madrid: Colex.

EKELAAR, John (1994). The interests of child and the child's wishes: The role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 8(1), 42-61. Recuperado de: <http://lawfam.oxfordjournals.org/content/8/1/42.full>.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO (2014). *Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015). Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales. La efectiva aplicación del Derecho del menor a ser oído. Corte suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015. *Revista Chilena de derecho Privado*, 25, 257-268.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego (1996). Artículo 39. Protección de la Familia. En Óscar Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Tomo IV) (pp.10-48). Madrid: Edersa.

FARIAS BARRERA, Ana María (2003). El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos. *Revista de Derechos del Niño*, 2, 153-186.

FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique (1998). Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España. *Actualidad Civil*, 19, 427-428.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Madrid: Editorial Civitas

FERRAJOLI, LUIGI (2001). Derechos fundamentales. En Luigi Ferrajoli. *Fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 40-44). Madrid: Trotta.

FIEGELIST VENTURELLI, Boris (2008). La mediación previa y obligatoria en los Tribunales de Familia por la ley 20.286. Un análisis comparativo. *Revista de Derecho de la Univeridad de Concepción*, 223-224,95-116.

FISHER, Roger y URY, Williams (1996). *Obtenga el sí. El arte de negociación sin ceder*. Barcelona: Ediciones gestión 2000.

FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce (1999). *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In* (2ª ed.). Londres: Random House Business Books.

FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís (Coord.) (2002): *Informe sobre la situació de la família a Catalunya. Un intent de diagnòstic*. Barcelona: Ed. Departament de Benestar Social. Generalitat de Catalunya.

FLORES, Ona (2013). Entrevista a Aoife Nolan: «recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales». *Anuario de Derechos Humanos*, 9, 217-227.

FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison (1992). *Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio*. México: Limusa.

FREEMAN, Michael (1997) *The moral status of children. Essay on the rights of the child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

FREEMAN, Michael (2000). Taking Children's Rights More Seriously. *International Journal of Law, policy and the Family*, 11, 360-388.

FREEMAN, Michael (2007a) *Article 3: The Best Interest of the Child*. Leiden-Boston: Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

FREEMAN, Michael (2007b). Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously. *International Journal of Children's Rights*, 15 (1), 5-23.

FRUTOS SÁNCHEZ, Pilar de (2005). La mediación familiar. Principios fundamentales. En María Josefa Ruiz Marín (dir.). *Mediación y protección de menores en Derecho de familia* (pp. 287-310). Madrid: Consejo general del poder Judicial.

GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar y SEGURA GÁLVEZ, Mariana (2006). La Mediación. En Rafael Hinojosa (coord.). *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos* (pp.61-90). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

GARAY PARRA, Rossana (2011). La participación de los niños en la Mediación Familiar.: una práctica con sentido para ellos y para todos. *VI Seminario Familia y Justicia. Los Niños, Niñas y Adolescentes Ante la Justicia de Familia*, 5 de septiembre. Chile. Recuperado de:
http://www.terapiafamiliar.cl/web/UserFiles/File/La%20Participacion%20de%20los%20Niños%20en%20Mediacion%20Familiar,%20R_%20Garay.pdf

GARCÍA SALGADO, M. J (2003). Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, 105-130.

GARCÍA BACETE, Francisco; VAQUER CHIVA, Antoni y GOMIS BRU, Cristina (coords.) (2010). *Intervención y Mediación familiar*. Castelló de la Plana, España: Publicacions de la Universitat Jaume I.

GARCÍA CANO, Sandra (2003). *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Madrid: Colex.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (3ª ed.). Madrid: Cívitas.

GARCÍA GARCÍA, Lucía (2003), *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson.

GARCÍA GUTIERREZ, Juan (2008). ¿Existe una teoría educativa tras la convención de los derechos del niño? *Teoría de la Educación. Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, 9(1), 249-270.

GARCÍA HERRERA, Alicia (2015). Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2, 1-33. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/1224_es.pdf.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Forum Pacis.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2004) *Infancia. De los derechos y de la Justicia*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2009a). *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid: La Ley.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2009b). El procedimiento de la mediación familiar. *Actualidad Civil* 8, 891-915.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2010). *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Lisboa/Curitiba: Editorial Juruá.

GARCÍA PRESAS Inmaculada (2011). El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil. En Vibha Maurya y Mariela Insúa (eds.). *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general* (pp. 237-265). Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

GARCÍA SALGADO, M^a José (2013). Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, 105-129.

GARCÍA TOMÉ, Margarita. La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar. *Revista Digital Mundo mediación*, 8. Recuperado de: www.mundomediacion.es/...mediacion/44-la-mediacion-familiar-preventiva-los-hijos-..

GARCÍA VILLALUENGA, Lucía (2006). *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Editorial Reus.

GARDNER, Richard (1991). Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces. *Court Review*, 28(1), 14-21.

GARRIDO CHACANA, Carlos (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Generalidades, contenido orgánico, competencia, principios y reglas generales, procedimiento, recursos, mediación y formularios* (Tomo III). Santiago de Chile: Metropolitana.

GARRIDO SOLER, Salvador y MUNUERA GÓMEZ, Pilar (2014). Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, 139-166.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos. (2001). Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. *Revista Migraciones* 10, 59-110.

GOMES, Lucinda (2009). Mediação familiar e Conflito Parental: Modelos de Mediação, *Newsletter do GRAL*, 11, 3-4.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2000). El Interés Superior del Niño. *Gaceta Jurídica*, 328, 22-26.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2008). El nuevo derecho de la niñez. En Fundación Fernando Fueyo Laneri. *Estudios de Derecho Privado. Libro de homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yañez*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2012). Participación de los Niños (as) en la Solución de Colaborativa de los Conflictos de su Familia. *Achnu*, 269-291. Recuperado de: <http://www.achnu.cl/2012/01/03/columna-participacion-de-los-ninos-as-en-la-solucion-de-los-conflictos-de-su-familia/>

GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2013). Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. *Revista de Derecho*, 26(2), 219-243.

GORDILLO CAÑAS, Antonio (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid: Editorial Tecnos.

GROSMAN, Cecilia (1993). Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia. *Revista La Ley*, 1993-B, 1089-1090.

GROSMAN, Cecilia (Dir.) (1998). *Los derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (2016). El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 89-130). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

GUILLÉN GESTOSO, Carlos; MENA CLARES, Javier; RAMOS RUIZ, Esther y SANCHEZ SEVILLA, Sergio (2005): Aproximación genérica a la mediación. En José Sánchez Pérez (coord.). *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación* (pp.59-72). Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.

HART, Roger. (1993). La participación de los niños. De la participación simbólica a la participación auténtica. *Ensayos Innocenti*, 4, UNICEF, 1-48.

HAYNES, John M. (2000). *Fundamentos de la Mediación Familiar: manual práctico para mediadores*. Barcelona: Gaia.

HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladys. (1995). *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coord.) (2006). *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

HOLADAY, Lynn C. (2002). Stage development theory: A natural framework for understanding the mediation process. *Negotiation Journal*, 18 (3), p. 191-210.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario La Ley*, 8590, 1-7. Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H>

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE (2010). *La participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Montevideo: Organización de Estados Americanos (OEA).

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Desafíos para la profundización democrática. Institucionalidad democrática y derechos humanos*. Recuperado de: indh.cl/wp-content/uploads/2016/12/CAP01_Informe-Anual-INDH-2016.pdf.

IVARS RUIZ, Joaquín (2008). *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanc.

KEMELMAJER, Aída. (1996) El derecho constitucional del menor a ser oído. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 17, 157-187.

LACRUZ BERDEJO, José Luís (1990). *Manual de Derecho Civil* (2ª ed.). Barcelona: Editorial Bosch.

LAMA AYMÁ, Alejandra de (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

- LAMBEA RUEDAS, Ana (2016). Los deberes de los menores en la Ley 26/2015. Comunicación presentada en *I Congreso Internacional sobre la reforma del sistema jurídico de protección de menores*: 10 de marzo de 2016. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. Recuperado de:
http://eprints.ucm.es/36342/1/Comunicacion_Congresomenores_Zaragoza11marzo2016_An_aLambea.pdf
- LANSDOWN, Gerison (2010). The realisation of children's participation rights: critical reflections. En Barry Percy-Smith y Nigel Thomas (eds.). *A handbook of children and young people's participation: perspectives from Theory and Practice* (pp.11-23). Routledge, New York.
- LARRAÍN RIOS, Hernán (1994). *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2010). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI* (9ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- LASHERAS HERRERO, Pilar (2007). Mediación intraprocesal: respuesta a las interrogantes planteadas tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005. *REDURS*, 5, 43-65.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2004). El Derecho del Niño a ser oído. En Claudia Schmidt Hott y María Dora Martinic Galetovic (coords.). *Instituciones de Derecho de Familia* (pp. 145-185). Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005). *Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Punto Lex S.A.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2007). Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos. *Gaceta jurídica*, 330, 7-25.
- LATHROP GOMEZ, Fabiola (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 9-37.
- LATHROP GOMEZ, Fabiola (2014). La Protección Especial de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el Derecho Chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, 197-229.
- LAUROBA LACASA, María Elena (1990). *El pago al acreedor incapaz. Análisis del artículo 1.163.1º del Código civil*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas.
- LAUROBA, Elena; BARRAL, Immaculada y VIOLA, Isabel (Dirs.) (2011). *Materiales jurídicos del libro blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

LEIVA RODRIGUEZ, Beatriz y GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen (2016). Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I). *El Genio Maligno. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, 19, 1-29. Recuperado de: <http://elgeniomaligno.eu/analisis-las-instituciones-del-sistema-proteccion-menores-reforma-la-ley-organica-82015-la-ley-262015-i/>

LEÓN HURTADO, Avelino (1991). *Voluntad y capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

LEPÍN MOLINA, Cristian (2013). Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la ley N° 20.680. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, 3, 285-308.

LEPÍN MOLINA, Cristian (2014). Los Nuevos Principios del Derecho de Familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23, 9-55.

LINACERO de la FUENTE, María Asunción (1999). *Régimen Patrimonial de la Patria Potestad*. Madrid: Editorial Montecorvo.

LOBO GUERRA, María y SAMPER LIZARDI, Fernando (2011). La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja? *Revista de Mediación*, 7, 8-19.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony (2015). El interés superior de los niños y niñas. Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70. Recuperado de: www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2013). El sistema europeo de protección de derechos humanos. En George R. Bandeira Galindo, René Urueña y Aida Torres Pérez (coords.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (pp.165-186). Red Derechos Humanos y Educación Superior. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28408.pdf>.

LÓPEZ RIVERA, Gissela (2001). *Nuevo Estatuto de Filiación y los derechos esenciales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

LÓPEZ SAN LUIS, ROCIO (2012). *Aportación de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. Granada: Editorial Comares.

LOVERA PALERMO, Domingo (2008). Razonamiento judicial y Derechos del Niño: de ventrílocuos a marionetas. En *Justicia y Derechos del Niño*, 10 (pp. 45-62). Santa fe de Bogotá, Colombia: UNICEF.

LOVERA PALERMO, Domingo (2009). Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. *Justicia y Derechos del Niño*, 11 (pp. 11-55). Santiago de Chile: UNICEF.

LUQUÍN BERGARECHE, Raquel (2007). *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Pamplona: Aranzadi.

MAGISTRIS, Gabriela Paula (2004). Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades. Ponencia presentada en el *XIX Congreso Panamericano del Niño: Evolución de la relación del niño en la familia*, 27-29 de octubre, Ciudad de México, México. Recuperado de: www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc.

MOLONEY, Lawrie y MCINTOSH, Jennifer (2004). Child-responsive practices in Australian family law: Past problems and future directions. *Journal of Family Studies*, 10(1), 71-86.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2007). *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2005). Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten. *Derecho privado y Constitución*, 19, 165-223.

MARLOW, Lenard (1999). *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*. Barcelona: Granica.

MARTÍN DIZ, Fernando (Coord.) (2001). *La mediación en materia de familia y derecho penal estudios y análisis*. Santiago de Compostela, España: Editorial Andavira.

MARTÍN GONZÁLEZ, Emiliano; DEL ÁLAMO GUTIERREZ, Cristina y GONZÁLEZ CORCHUELO, Cristina (2009). Mediación intrafamiliar: reflexiones y propuestas desde la práctica. *Revista de mediación*, 3, 6-16.

MARTÍN NÁJERA, María Teresa y ARZUAGA CORTAZAR, José (2013). *La ley de Mediación civil: experiencia de una magistrada de familia. Régimen jurídico del mediador*. Sevilla: Editorial Jurídica Sepin.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (1992). La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho civil. *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1398 - 1410.

MASON, Mary Ann (2003). ¿Una voz para el Niño? *Revista de Derechos del Niño*. 2, 115-138.

MERINO NOGALES, María (2012). Contrato de mediación y acuerdo mediacional conforme a la legislación española. Eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados (trabajo fin de curso de Experto, Universidad Internacional de Andalucía, 1-53). Recuperado de: dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1826/0329_Merino.pdf?sequence=1

- MERINO ORTIZ, Cristina (2013). *La mediación Familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Madrid: Editorial Reus.
- MILNE, Ann (1986). Divorce Mediation: a process of Self-Definition and Self-Determination. En Neil S. Jacobson y Alan Gurman (eds.) (1986). *Clinical Handbook of Marital Therapy* (pp. 96-130). Nueva York: Guilford Press.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2015). *Proyecto de Ley Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez. Subsecretaría de la niñez*. Chile: Gobierno de Chile.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Informe estadístico a nivel nacional. Sistema Informático de Mediación Familiar (SIMEF)*. Período 01 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012. Recuperado de: www.minjusticia.cl.
- MONTERO AROCA, Juan (1979). *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso* (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- MOORE, Christopher (1995). *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona: Granica.
- MOORE, Christopher (2006). *El proceso de mediación*. Barcelona: Granica
- MORCILLO JIMÉNEZ, Juan (2015). La participación de los menores en el contexto de la mediación familiar: Estudio comparativo Cataluña-Gales (Reino Unido) (tesis doctoral. Universidad de Barcelona, Barcelona, España).
- MORELLI, Mariano G. (2008). Pensar el Derecho Desde el Problema. Theodor Viehweg: Tópica y Sistema en la Historia del Derecho, *Revista Trabajos del Centro*, 5, 57-90. Recuperado de: <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446>.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta (2015). *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*. Save the Children. Recuperado de: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion_del_sistema_de_proteccion_a_la_infancia_y_a_la_adolescencia.pdf.
- MORTE BARRACHINA, Elena y LILA MURILLO, Marisol (2007). La alternativa al conflicto. Punto de encuentro familiar. *Intervención Psicosocial*, 16(3), 289-302.
- MULDOON, Brian (1998). *El corazón del conflicto, del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

MUNDACA ROJAS, Rodrigo y ZUÑIGA FLORES, Claudio (2014). Derechos del niño, participación infantil y formación ciudadana desde espacios educativos no formales: la experiencia del Consejo Consultivo de Niños, Niñas y Adolescentes de la comuna de Coquimbo, Chile. *Temas de Educación*, 20(1), 123-141. Recuperado de: revistas.userena.cl/index.php/teeducacion/article/view/531

NAVAS NAVARRO, Susana (2011). Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia. En Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar. *El nuevo derecho de la persona y la familia* (pp. 617-686). Barcelona: Editorial Bosch.

NELLE, Andreas (1992). Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 7 (2), 287-313.

NOGUERAS MARTÍN, Ana y GIMENO VIDAL, Robert (2015). Construyendo el Programa de Prevención y Mediación Comunitaria (PMC) pp. 67-92. En Ana Nogueras Martín y Robert Gimeno Vidal (coords). *Tejiendo Complicidades. Metodologías de Apoyo de Prevención* (pp. 67-92). Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia. Recuperado de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions_per_temes/execucio_penal_i_justicia_juvenil/teixint_complicitats_cast.pdf

NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio (2012). *Derecho Procesal de Familia. La Primera Reforma Procesal Civil en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

O'DONNELL, Daniel (2004). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. Ponencia presentada en el *XIX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, Ciudad de México D. F. (27-29 de octubre de 2004), pp. 119-161. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>

OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel (2016). Los organismos acreditados para las adopciones internacionales. ¿Un conflicto competencial a la vista? En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 333-362). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2007). *Temas de Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Sociedad Editora Metropolitana.

ORTEGA GUERRERO, Irene (2002). El Principio del Interés Superior del Niño, en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, legal y Forense*, 2(3), 87-108.

ORTEMBERG, Osvaldo (2002). *Mediación en la violencia familiar y en las crisis de la adolescencia: teoría y práctica*. Editorial Universidad. Buenos Aires.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2000). La mediación familiar intrajudicial. Un reto para la práctica del derecho de familia. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 7, 43-65.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2003). Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I): el Libro Verde de la UE. *Revista IURIS: Actualidad y práctica del Derecho*, 77, 42-47.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2013). La mediación en el ámbito familiar. *Revista jurídica de Castilla y León*, 29, 1-23.

OTERO SUÁREZ Nuria (2015). *¿Nueva legislación del menor? Análisis de las Reformas Propuestas por el Proyecto de Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia* (Tesis de Máster en Protección de personas y Grupos Vulnerables, Universidad de Oviedo, Asturias, España).

OVEJERO BERNAL, Anastasio (2004). *Técnicas de negociación: cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid: McGraw Hill.

OVEJERO BERNAL, Anastasio. (2006). *Psicología Social y Mediación*. Madrid: Pirámide.

PALAVICINO CÁCERES, Adriana (2011). Relación directa y regular y síndrome de alienación parental. Abordaje a través de la mediación familiar. *Revista CREA*, 75-91.

PARKES, Aisling (2013). *Children and International Human Rights: The Rights of the Child to be Heard*. London: Routledge.

PARKINSON, Lisa (1997). *Family mediation*. Londres: Editorial London Sweet & Maxwell.

PARKINSON, Lisa (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Editorial Gedisa.

PARKINSON, Lisa (2011). *Family Mediation, Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system* (2.^a ed.). Bristol: Jordan.

PATTON, Bruce. (2005). Negotiation. En Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone (Eds.). *The Handbook of Dispute Resolution* (pp. 279-303). San Francisco: Jossey Bass.

PEÑA GONZALEZ, Carlos (2004). Seminario Nueva ley de matrimonio Civil. *Charlas del Colegio de Abogados de Chile*, 28, 67-68.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2007a). La responsabilidad del Estado, la tutela judicial. En Cecilia Grosman (dir.). *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y Países Asociados*. Buenos aires: Lexis Nexis.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2007b). Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 9, 251-277.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2010). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. En Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma (eds.). *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (pp. 573 -606). Quito, Ecuador: UNICEF.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita Carmen y RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (Dirs.) (2007). *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

PICÓ RUBIO, Jorge del (2011). Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno. *Revista Ius et Praxis*, 17(1), 2011, 31-56.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther y FARIÑA RIVERA, Francisca (Coords.) (2015). *Mediación familiar. Una nueva versión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia: Ed. tirant lo Blanch.

PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 44, 69-96.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2008). *Derecho europeo de familia*. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, 22, 14-16. Recuperado de: www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (2016). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp.133-159). Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch.

RAMOS CHAPARRO, Enrique (1995). Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional. *Revista Derecho Privado y Constitución*, 7, 167-230.

RAMOS PAZOS, Rene (2007). *Derecho de Familia* (Tomo II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2007). Protección a la Infancia en la Legislación Española. Especial Incidencia en los Malos Tratos (Parte General). *Revista de Derecho UNED*, 2, 77-94.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2011). Capítulo 2. Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia. En Isaac Ravetllat Ballesté (coord.). *Derecho de*

la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho: incluye contenidos complementarios On-line (pp.51-56). Barcelona: Bosch.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012a). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 89-108. Recuperado de: <http://revistas.um.es/educatio/issue/view/1109/showToc>.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012b). *La infancia en el Derecho Catalán* (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Barcelona, España).

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2013). La infancia y la adolescencia en Cataluña: retos y propuestas para avanzar en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estudio a partir de las Observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño. *IPSE-ds*, 6, 19-39. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=467898>

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2014a). El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación General. *Revista la Ley. Derecho de Familia*, 14, 1-13.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2014b). La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 2. 1-41. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/1048_es.pdf

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015a). *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*. Valencia: Editorial Universidad Politécnica de Valencia.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015b). El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE). *La ley derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 5, 3-13.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015c). Trascendencia actual de la clásica cuestión del «Dolo Aliquid Minor» en el Derecho Civil Patrimonial Chileno. En Álvaro Vidal Olivares, Gonzalo Severin Fuster y Claudia Mejías Alonso (eds.). *Estudios de Derecho Civil X* (pp. 739-750). Santiago de Chile: Thompson Reuters.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2016). La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 499-512.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su Configuración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho*, 42(3), 903-934.

REBOLLEDO SALAZAR, Viviana (2009). La Mediación en Chile: Desarrollo, Resultados y Desafíos (Tesis de grado de Magister en Gestión y Política Pública. Universidad de Chile).

REY GÓMEZ-MORATA, Mar del (2012). Punto de Encuentro Familiar: una transición hacia la mediación intrajudicial. *Revista de Mediación*, 9, 33-38.

RICO PÉREZ, Francisco (1975). La individualización de la persona humana en el Derecho civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 238, 9-30.

RIOMET, Nathalie (1998). La personne du médiateur. En Conseil de l'Europe. *La médiation familiale en Europe, Actes 4e Conférence européenne sur le droit de la famille* (pp. 39-54). Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe.

RIPOL-MILLET, Aleix (2001). *Familias, trabajo social y mediación* (pp. 82-87). Barcelona: Paidós Iberica.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1991). en Álbacar López, José Luis y otros. Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Comentarios del Código Civil. Tomo I, Editorial Trivium. Madrid.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1998). Las Relaciones Paterno-Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas) como Contenido del Convenio Regulador. En Pedro Juan Viladrich Bataller (coord.). *Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (pp. 69-125). Pamplona: Universidad de Navarra.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007). *El interés del menor* (2º ed.). Madrid: Editorial Dykinson.

ROCA TRÍAS, Encarna (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de ingreso). *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 915-992.

ROCA TRÍAS, Encarna (1999). El nou dret català sobre la família. *Revista Jurídica de Catalunya*, 98 (1), 9-30.

ROCA TRÍAS, Encarna (1999). *Familia y cambio social: de la "casa" a la persona*. Madrid: Editorial Cuadernos Civitas.

ROCA TRÍAS, Encarna (2006). Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 10, 207-228.

ROCA TRÍAS, Encarna y PUIG FERRIOL, Lluís (2005). *Instituciones de Derecho civil de Cataluña* (Vol. II). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ LAÍNIZ, José Luis (2011). Mediación Penal y violencia de género. *Diario La Ley*, 32(7557), 1-7.

RODRÍGUEZ LAMAS, Sonia (2010). *La mediación familiar en España. Fundamentos y concepto y modelos jurídicos*. Valencia: Editorial Tirant Blanch.

RODRÍGUEZ PASCUAL, Iván (2007). *Para una Sociología de la Infancia: aspectos Teóricos y metodológicos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

RODRÍGUEZ PINTO, Sara (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (3), 545-586.

RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel y MUNUERA GÓMEZ, Pilar (2009). Mediación Familiar: Un nuevo espacio de intervención para trabajadores sociales. *Revista Trabajo Social*, 11, 25-41.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (1996). *Droit de la Famille*. Paris: Dalloz.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (1996). Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la Loi et la Jurisprudence Française. En Víctor Solé Sala y Miguel Ángel Verdugo Alonso (coords.). *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 de 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación de la UNICEF* (pp.6-25). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín (1996). *Convención sobre los Derechos del Niño. Los niños primero*. Barcelona: Ed. Lumen.

SABATER BAYLE, Elsa (2016). La adopción abierta. En Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.). *Comentarios de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 307-332). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

SABIONCELLO SOTO Muriel (1993). *La adopción simple y plena*. Santiago: Editorial Jurídica la Ley.

SACRISTÁN BARRIO, María Luisa (2008). *Puesta en marcha y funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familia*. Madrid: Ed. Prisma Familiar.

SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (Coord.) (2008). *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*. Navarra: Editorial Arazandi.

SALAZAR VILLAROEL, Deyanira; MOMBERG MONTENEGRO, Marcela y CID DROPELMAN, Alejandra (2005). Mediación y violencia intrafamiliar: de la negociación a la intervención. *Revista CREA. Centro de Resolución Alternativo de conflictos*, 5, 123-132.

SALAZAR VILLAROEL, Deyanira y VINET REICHARDT, Eugenia (2011). Mediación familiar y violencia de pareja. *Revista de Derecho*, 24(1), 9-30.

SALUM ALVARADO, Elena, SALUM ALVARADO, Sara y SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo (2015). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los Tribunales de Familia chilenos: La audiencia confidencial. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 26(2), 53-78. Recuperado de: <http://www.revistas.una.ac.cr/derechoshumanos>

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2003). Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad. En Antonio Cabanillas Sánchez (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo* (Tomo I) (pp. 951-974). Madrid: Editorial Thomson Civitas.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2015). El nuevo sistema de protección a la infancia y la adolescencia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 178-197.

SANTOS MORÓN, María José (2000). *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*. Madrid: Ed. Escuela Libre.

SASTRE PELAEZ, Antonio (2002). Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1752-1761.

SHAPIRO, Daniel. (2002). Negotiating emotions. *Conflict Resolution Quarterly*, I(20), 67-82.

SIMON CAMPAÑA, Farith (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, España)

SINGER, Linda (1996). *Mediación. Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresariales, familiares y legales*. Barcelona: Editorial Paidós.

SINGER, Linda R (1994). *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System* (2ª ed.). Boulder, Colorado: Westview Press..

SOLETO MUÑOZ, Helena, y OTERO PARGA, Milagros (coords.) (2007). *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Editorial Tecnos.

SORIA VERDE, Miguel Ángel; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y ARMADANS TREMOLOSA, Inma (2008). *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*. Barcelona: Bosch.

SORIA VERDE, Miguel Ángel, BALDÓ YEPES, Montserrat y LOVELLE IGLESIAS, M^a Inés (2013). Cuestionario para valorar la satisfacción de usuarios en programas de mediación civil. *Revista de Mediación*, 12(2), 1-9.

SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.) (2012). *Mediación familiar*. Madrid: Dykinson.

STEELE, José Guadalupe y GORJÓN, Francisco Javier (2008). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford University Press.

SUARES, Marinés (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

SUARES, Marinés (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

SUARES, Marines (2005). *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Ed. Paidós.

TARUD ARAVENA, Claudia (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión jurídica*, 12(23), 115-132.

TAYLOR, Linda y ADELMAN, Howard (1986). Facilitating children's participation in decision that effect then: from concept to practice. *Journal of clinical child psychology*, 15(4), 346-351.

TAYLOR, Alison (2002). *The Handbook of Family Dispute Resolution: Mediation Theory and Practice*. San Francisco: Jossey Bass.

TORRES PEREA, José Manuel de (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *InDret Revista para el análisis del Derecho*. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf.

TOUZARD, Hubert (1981). *La mediación y la Solución de los Conflictos. Estudio Parasociológico*. Barcelona: Editorial Herder.

TRONCOSO VERGARA, María Olga y PUYOL WILSON, Carolina (2014). Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: una aproximación psicojurídica. *PRAXIS. Revista de Psicología*, 16(25), 89-105.

TURNER SAELZER, Susan (2002). Los tribunales de familia. *Lex et praxis*, 8 (2), 413-443.

TURNER SAELZER, Susan (2012). Sentencia sobre adopción: ¿y el interés superior del adoptado en el caso concreto? *Revista de Derecho*, 25 (1), 253-263.

TWINING, William (1993). Alternative to what? Theories of litigation. Procedure and dispute, settlement in Anglo-American jurisprudence: some neglected classics. *Modern law review*.56, 380-381.

UREÑA MARTÍNEZ Magdalena (2015). Novedades más significativas en el Código Civil en materia de protección de menores tras la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Revista CESCO de Estudios de Consumo*, 15, 145-148. Recuperado de: www.uclm.es/centro/cesco.

VALDEBENITO LARENAS, Caterine (2013). Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile. *Revista Rumbos TS*, 7(7), 48 – 69.

VALERO MATAS, Jesús (2010). La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso Neozelandés. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 9(1), 89 -100.

VALLS RIUS, Anna (Coord.) (2011). La mediación en el ámbito familiar. En Pompeu Casanovas, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba (dirs). *Libro Blanco de la mediación en Catalunya. Generalitat de Catalunya* (pp. 433-496). Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

VAN BUEREN, Geraldine (1995) *The International Law on the Rights of the Child*. London: Editorial Martinus Nijhoff.

VARGAS PÁVEZ, Macarena (2002). Los Niños en la Mediación Familiar. *Revista de Derechos del Niño*, 1, 137-166.

VARGAS PÁVEZ, Macarena (2008). Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 21(2), 183-202.

VARGAS PÁVEZ, Macarena, CASAS BECERRA, Lidia y AZÓCAR BENAVENTE, María Luisa (2008). Mediación Familiar y Género. Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia. *Cuaderno de Análisis Jurídico*, 18. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

VARGAS PÁVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula (2011). La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*, 1, 177-204.

VELA SÁNCHEZ, Antonio (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. *Diario La Ley*, 8415. Recuperado de:

http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin63/Articulos_63/Vela-Sanchez.pdf

VELARDE ARAMAYO, María Silvia (2006). *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*. Salamanca: Ratio Legis.

VERHELLEN, Eugeen (1992). Los derechos del niño en Europa. *Infancia y Sociedad*, 15, 37-60.

VIAL DEL RÍO, Víctor (1998). *Actos Jurídicos y Personas* (Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

VIEHWEG, Theodor (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Editorial Taurus.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coord.) (2004). *La mediación. L'alternativa multidisciplinaria a la resolución dels conflictes*. Barcelona: Portic.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia. Hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-41.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTER, Isaac (2006) *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Editorial Ariel.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTER Isaac (2009). *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Editorial Bosch.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María (2000). La mediación familiar: Una nueva vía para gestionar conflictos familiares. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3, 1793-1804.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María (2003). Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Dret Civil de Catalunya. *Revista jurídica de Catalunya* 102, (2), 333-360.

VILLALUENGA GARCÍA, Leticia; URBINA TOMILLO, Jorge y DE CASTRO VAZQUÉZ, Eduardo (coords.) (2010). *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: Editorial Reus.

VINYAMATA CAMP, Eduard (1999). *Manual de prevención y resolución de conflictos*. Barcelona: Ariel.

VINYAMATA CAMP, Eduard (2003). *Tratamiento y transformación de conflictos. Métodos y recursos de conflictología*. Barcelona: Ariel.

VINYAMATA CAMP, Eduard (2003). *Aprender de Mediación*. Barcelona: Paidós.

VIOLA DEMESTRE, Isabel (2010). La confidencialidad en los procesos de mediación. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 11, 1-10.

WALDRON, Keneth y JOANIS, David (1996). Understanding and collaboratively treating parental alienation syndrome. *American Journal of family law*, 10, 121-133.

WINSLADE, John (2006), *Mediation with a focus on discursive positioning*, *Conflict Resolution Quarterly*, 23, (4), 501-513.

WINSLADE, John y MONK, Gerald. (2000). *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass.

ZERMATTEN, Jean (2003). *El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de Trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'Enfant. Recuperado de: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

Cuerpos legales

Children Act.

Código Civil Chileno

Código Civil Español

Código Civil Catalán

Código procesal penal.

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Española 1978

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. (1984). Observación General N° 13. «Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley».

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. (2000). Observación General N° 14. «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud».

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2001). Observación General N° 1. «Propósitos de la educación».

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2003). Observación General N° 4. «La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño».

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2005). Observación General N° 7. «Realización de los derechos del niño en la primera infancia».

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2007). Observación General N° 10. «Los derechos del niño en la justicia de menores».

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2009). Observación General N.º12. «El derecho del niño a ser escuchado».

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2014). Observación General N° 14. «Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial».

Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, Estrasburgo.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, Lanzarote.

Convenio del Consejo de Europa relativo a la adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008, Estrasburgo.

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, de 28 de mayo de 2010.

Declaración de Ginebra

Declaración de los Derechos del Niño

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos del Niño

Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de pensiones alimenticias, *Diario Oficial*, 05 de octubre de 1962.

Ley N° 16.618, fija el texto definitivo de la Ley de Menores, *Diario Oficial*, 08 de marzo de 1967.

Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, *Diario Oficial*, 26 de octubre de 1998.

Ley N° 19.970, crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, *Diario Oficial*, 06 de octubre de 2004.

Ley N° 19.620. Dicta normas sobre adopción de menores. Publicada en el *Diario Oficial* del 05 de agosto de 1999. Santiago.Chile

Ley N° 19.947, Matrimonio Civil, publicada en el *Diario Oficial* del 17 de mayo de 2004. Santiago. Chile.

Ley N° 19.968. Tribunales de Familia, publicada en el *Diario Oficial* de 30 de agosto de 2004. Santiago. Chile.

Ley 20.066. Violencia Intrafamiliar, publicada en el *Diario Oficial* del 7 de octubre de 2005. Santiago. Chile.

Ley 20.084. Establece un sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley Penal. Publicado en el *Diario Oficial* el 07 de diciembre de 2005. Santiago. Chile.

Ley 20.286. Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Publicada en el *Diario Oficial* el 15 de septiembre de 2008. Santiago.Chile.

Ley N° 20.680, introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, *Diario Oficial*, 21 de junio de 2013.

Ley 15/2009, de 22 de junio, de Mediación en el ámbito del derecho privado

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8222)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470)

Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

Ministerio de Justicia de Chile. (2008). Decreto Supremo 736 del 14 de noviembre de 2008. Santiago de Chile.

Ministerio de Justicia de Chile (2011). Resolución 188 del 29 de agosto de 2011, que aprueba nuevas bases de licitación de servicios de mediación.

Referencias Jurisprudenciales

Tribunal Europeo de los derechos Humanos

Asunto Johnston y otros c. Irlanda, demanda n° 9697/82 -18/12/1986

Asunto Marckx c. Bélgica, demanda n° 6833/74-13/06/1979

Asunto Keegan c. Irlanda, demanda n° 16969/90-26 /05/1994

Asunto Söderbäck c. Suecia, demanda n°24484/94-28/10/1998.

Asunto Elsholz v. Alemania, demanda n° 25735/94-13/07/2000.

Asunto Keegan c. Irlanda, de demanda° 16969/90-26 /05/1994

Asunto Kutzner c. Alemania, demanda n° 25735/94- 26 /02/2002.

Asunto Maumousseau y Washington c. Francia, demanda n° 39388/05- 06/12/ 2007

Asunto K. T. c. Finlandia, 12/07/ 2001

Asunto Gorgülü c. Alemania. Demanda n°74969/01-26/02/ 2004

Asunto Algueiro da Silva Mouta c. Portugal, demanda n°. 33290/96-21/03/2000

Asunto E.B. c. Francia, demanda n° 43546/02- 22 /01/ 2008

Asunto Fretté v. France, demanda n°36515/9, 26 de febrero de 2002

Asunto Mennesson c. Francia, demanda n°65192/2011.

Asunto Labassee c. Francia, demanda n°65941/2011, de 26 de junio de 2014

Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, demanda n° 25358/12 asunto Paradiso y Campanelli c. Italia

Asunto R.M.S c. España, demanda n° 28775/12, 18/06/ 2013

Asunto K.A.B. c. España, demanda n° 59819/08, 10 de abril de 2010.

Asunto Saleck Bardi c. España, demanda n° 66167/09, 24 de mayo de 2011

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Caso Niños de la Calle Vs. Guatemala

Caso Yean y Bosico Vs República Dominicana

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile

Caso Fornerón e hija Vs. Argentina

España

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 681/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 614/2009, de 28 de septiembre de 2009

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 641/2011, de 27 de septiembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 795/2011, de 18 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 961/2011, de 10 de enero de 2011

Bibliografía

- Sentencia del Tribunal Supremo N° 323/2012, de 25 de mayo de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo N°823/2012, de 31 de enero de 2013. Recurso 248/2011.
- Sentencia del tribunal Supremo, N° de 6 de febrero de 2014,
- Sentencia del Tribunal Supremo N°4836/2014, 28 de noviembre de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo N° 621/2015, de 9 de noviembre de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo N°36/2015, 26 de noviembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo, N°115/2016, de 1 de maro de 2016
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 119/2015 de 06 de julio de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo N° 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1101/2004, de 19 de noviembre - RJ\2004\6910

Chile

- Sentencia de la Corte Suprema Rol1384-2008, 14 de abril de 2008.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol 1384-2008, 14 de abril de 2008.
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol 3.202-2008, de 15 de julio de2008.
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol 88-2013 de 14 de enero de 2013
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4307-2010, 16 de agosto de2010.
- Sentencia de la Corte suprema Rol 4460-2011. 11de octubre de 2011
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol 7150-2012, 14 de enero de 2013
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol 3666-2014, 6 de octubre de 2014
- Sentencia de la Corte Suprema Rol 6936-2014, de 24 de noviembre de 2014
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 218-2006, 22 de junio de 2006.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 5341-2006, de 31 de octubre de 2006

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 36- 2009 de 6 de marzo de 2009.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol 435-2014 de 22 de diciembre de 2014.

Sentencia de la Corte de apelaciones de Santiago Rol 1516- 2014, de 21 de octubre de 2014

Sentencia de la Corte Suprema Rol 1193-2003, 31 de mayo de 2004

Sentencia de la Corte Suprema (cuarta sala), Rol 124-15, de 18 de agosto de 2015.

Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos