

**MAESTRÍA EN MEDIACIÓN**

**UNIVERSIDAD DE ALCALÁ  
DE HENARES.**

Entidad Colaboradora:

**EQUIPO IMCA. Asociación Civil.**

Departamento de Ciencias de la Educación.

Unidad de Ciencias Sociales y Jurídicas.

**Tesina de Maestría en Mediación.**

**Título: ¿Niños, niñas y adolescentes en una mediación prejudicial?**

Autora: **Silvina Edith Arizaga.**

Tutor: **Dr. Walter A. Wright.**

**Año 2019.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a todos los profesores, profesionales y/o colaboradores que han hecho posible esta Maestría en Mediación. Agradezco a los docentes y directores de la misma, por tener la iniciativa, el empuje y la fuerza para llevar adelante tamaño emprendimiento como es organizar una Maestría en Mediación en Argentina. Agradezco inmensamente al grupo de compañeros/amigos, que tuve en suerte y con los que compartí este hermoso aprendizaje. Gracias por su humor y su contención. Gracias a los colegas, a los conocidos y desconocidos, que brindaron sus aportes de manera incondicional, su mirada sabia, oportuna. Gracias a los mediadores, abogados y jueces que participaron de las entrevistas generosamente sin reparos a la hora de dar su visión sobre el tema. Gracias a mi familia y a mis amigos, que siempre están, en especial a Laureano y a Lisandro. Gracias a mi tutor, el Dr. Walter Wright, agudo y compasivo a la hora de sus respuestas, paciente, y siempre dispuesto a escuchar y a asistirme en lo que necesitara. Gracias a quien lea estas páginas por permitirme entrar en su mundo a través de esta tesina.

## Índice

- I. Introducción, pág. 4**
- II. Metodología, pág. 8**
- III. Derecho a ser oído, pág. 9**
  - III.1. Marco normativo, pág. 9**
  - III.2. Qué significa el derecho a ser escuchado, pág. 23**
- IV. Mediación, pág. 24**
  - IV.1. Concepto, pág. 24**
  - IV.2. Mediación familiar, pág. 26**
- V. Entrevistas, pág. 28**
  - V.1. Entrevistas a mediadores, pág. 28**
  - V.2. Entrevistas a abogados, pág. 39**
  - V.3. Entrevistas a jueces, pág. 41**
- VI. Propuesta, pág. 43**
- VI. 1. Guía/recomendación /pautas de actuación, pág. 43**
  - VI.2. Fundamentos para una guía o pautas de actuación, pág. 46**
- VII. Conclusiones, pág. 47**
- VIII. Bibliografía, pág. 52**
  
- ANEXOS, pág. 55**

## **I. Introducción**

En el presente trabajo me propongo como objetivo analizar la viabilidad de la intervención de niños/niñas y adolescentes (en adelante NNA) en los procesos de mediación prejudicial dentro de la Ley N° 13151 de la provincia de Santa Fe. Las cuestiones de familia están siendo transitadas, previo al inicio de la demanda en sede judicial, en procesos de mediación, fuera del ámbito del Poder Judicial. Cuando son realizadas en un proceso judicial los jueces tienen amplias facultades para citar a los niños y adolescentes a fin de que sean oídos respecto de cuestiones que los afectan directa o indirectamente. Sin embargo, todavía no existe una normativa clara para la intervención de niños/as y adolescentes en mediación.

Asimismo, si bien en general las normas protectorias existen, incluso en las leyes de mediación como la N° 13151, no es habitual la convocatoria de los niños a los procesos de mediación. Tampoco lo es la convocatoria del abogado del niño. Es así que, aunque se encuentran reconocidos sus derechos, en la práctica no se ven reflejados de manera efectiva a veces por falta de normativa específica que regule la práctica y a veces porque la falta de regulación genera incertidumbre en los mediadores, en los padres, en los abogados patrocinantes respecto de qué ocurriría si el niño es oído dentro del proceso de mediación.

A mi entender, esto se vincula directamente con el hecho de que como sociedad tenemos incorporada la idea de justicia de manera vertical y todavía no logramos incorporar la manera transversal de resolver los conflictos que nos ofrece la mediación. Es decir que este vacío existente respecto de la efectiva, concreta protección de las niñas, niños y adolescentes en el proceso de mediación es derivado de la falta de consolidación de la mediación como método de resolución de conflictos en nuestra sociedad.

En la provincia de Santa Fe la mediación fue instaurada por ley N° 13151/2010 y decreto reglamentario 1747/2011. Ésta se realiza fuera del Poder Judicial y depende directamente del Poder Ejecutivo. Este sistema hace que antes de iniciar una demanda las partes deban concurrir a mediación. El lugar donde el mediador realiza

las reuniones depende de dónde tenga su sede como mediador debiendo ser un Centro de Mediación habilitado para ello. Es así que, algunos mediadores, median en sus propios estudios jurídicos, habilitados como centros, y, otros, en centros de mediación especializados para ello.

Luego de que el profesional patrocinante de una de las partes formaliza el requerimiento de mediación, un mediador de la lista del Registro de Mediadores de la provincia es sorteado a tal fin.

Como está implementado el sistema, el mediador cita a las partes con una antelación mínima de 3 días hábiles a la reunión, por notificación fehaciente. Si bien es usual que se comuniquen previamente con las partes telefónicamente para explicarles el procedimiento. En principio la mediación dentro de este sistema posee las características que se ensayan sobre mediación, es decir, imparcialidad del mediador, confidencialidad, informalidad, etc.

El mediador, debe poseer título de abogado y estar inscripto en el Registro de Mediadores de la provincia.

Realizo esta brevísima descripción del sistema para mostrar que la tarea del mediador se realiza de manera individual. Es así que, con la finalidad de indagar acerca de las experiencias que cada uno de estos profesionales van adquiriendo en su labor, y que, a no ser por encuentros entre mediadores, o por la realización de cursos de capacitación, por ejemplo, quedan en la intimidad del mediador, sin perjuicio de la confidencialidad que deben a la mediación, es que comencé por preguntarme si los mediadores de la provincia de Santa Fe ven la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación a fin de hacer efectivo el Derecho a ser escuchado de niños/as y adolescentes.

A su vez, dado que las partes deben concurrir con un abogado patrocinante, existen numerosos abogados concurriendo a las reuniones de mediación con diferentes resultados. Entonces me pregunté acerca de su parecer, es decir, ¿los abogados de parte de la provincia de Santa Fe ven la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación a fin de hacer efectivo el Derecho a ser escuchado de niños/as y adolescentes?

Si las reuniones de mediación culminan con un acuerdo de partes, que se cumple, es probable que el caso nunca llegue a instancia judicial. Sin embargo, cuando no hay acuerdo entre las partes o, cuando habiendo arribado al mismo, éste no es cumplido, se inicia generalmente el proceso judicial. Es allí cuando los jueces de los juzgados de familia toman conocimiento de lo que ha antecedido en el caso. Entonces me pregunté ¿los jueces de familia de la provincia de Santa Fe ven la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación a fin de hacer efectivo el Derecho a ser escuchado de niños/as y adolescentes?

De este modo en la etapa prejudicial se encontrarán las partes, los mediadores y los abogados patrocinantes. Los mediadores tienen una mirada respecto de la mediación atravesada por la esencia de la misma, la transversalidad, la inmediatez, la oralidad, el contacto directo con las partes y sus emociones, sus intereses directos y sus intereses ocultos, lo manifiesto y lo inmanifiesto de la situación planteada.

Los abogados patrocinantes tendrán una mirada diferente aunque no necesariamente contraria porque, si bien no están ante el proceso judicial, y hasta, seguramente, han intentado acercarse a las partes previamente, se encuentran con un tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión porque la toma de decisiones corresponderá a las partes y que deberá asesorar a su cliente del mismo modo que lo haría en juicio. Es un profesional que se encuentra a mitad de camino entre la informalidad de la mediación y la formalidad del proceso.

Finalmente y, como se ha dicho, si no hay acuerdo o si éste fracasa, el mediador habrá cerrado la mediación y las partes con sus abogados recurrirán al Juzgado de Familia. Allí, el juez, tomará intervención en un caso que ya ha transitado un camino. Las decisiones del juez son vinculantes para las partes y posee amplias facultades a los fines del cumplimiento de los derechos del niño.

Esta situación me condujo a plantearme las siguientes hipótesis:

1. Los mediadores de la provincia de Santa Fe sí advierten la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación prejudicial instaurado en la provincia de Santa Fe.

2. Los abogados de parte de la provincia de Santa Fe local no advierten la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación prejudicial instaurado en la provincia de Santa Fe.
3. Los jueces de familia de la provincia de Santa Fe no advierten la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación prejudicial instaurado en la provincia de Santa Fe.

Las preguntas realizadas (hipótesis) se refieren a si los actores jurídicos actuales, llámense mediadores familiares, los abogados de familia y los jueces de familia de nuestra provincia advierten la necesidad de convocar a los NNA a un proceso de mediación judicial tal cual está hoy regulado a fin de plasmar los derechos que ellos poseen desde el ordenamiento jurídico.

Para ello comienzo el presente trabajo con una descripción de la legislación vigente respecto del interés superior del niño y del derecho a ser escuchado.

Luego ofrezco diferentes conceptos doctrinarios respecto del derecho a ser oído. Del mismo modo se esbozarán el concepto, objetivos y lineamiento de la mediación y, en particular, de la mediación familiar así como la estrecha relación entre la naturaleza de ésta y el derecho a ser oído.

Se han enviado 54 entrevistas a mediadores por correo electrónico, 37 lo han sido de manera presencial y se ha publicado la misma en el Facebook del Ateneo de Familia perteneciente al Colegio de Abogados de Rosario.

Se han enviado 18 entrevistas a abogadas y abogados especializados en derecho de familia.

Se han enviado 3 entrevistas vía mail a jueces de familia y 1 se ha realizado personalmente.

Finalmente, se han recibido 62 entrevistas respondidas, de las cuales 52 corresponden a mediadores de la provincia de Santa Fe, 8 a abogados/as de familia y 2 de jueces del foro rosarino.

Sin pretender ser un trabajo estadístico ni mucho menos las entrevistas se han realizado con la finalidad de dar visibilidad a lo que está ocurriendo respecto de la

temática planteada. La información recibida permite dar visibilidad al trasfondo social, ideológico y emocional que interviene/interfiere a la hora de patentizar los derechos.

Además, a través de las entrevistas, se ha consultado a los entrevistados respecto de la conveniencia o no de contar con un protocolo o pautas de actuación para la intervención de niños en mediación. De las respuestas obtenidas se han extraído valiosos aportes los cuales son brindados al final de este trabajo.

## **II. Metodología:**

Para realizar el presente trabajo se analizó la normativa vigente en la República Argentina respecto de la promoción y protección de los Derechos del Niño a ser escuchado a saber: Convención sobre los Derechos del Niño, Constitución Nacional, Observación General N° 12/2009 del Comité de Derecho del Niño, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional N° 26061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley Provincial N° 12967 de Promoción y Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes de Santa Fe, Ley de Mediación N° 13151 de la Provincia de Santa Fe y decretos reglamentarios.

Se realizaron entrevistas a mediadores, abogados y jueces de familia de la provincia de Santa Fe, mayoritariamente del foro rosarino. Las preguntas realizadas se adjuntan al presente trabajo como Anexos I, II y III así como el Protocolo de la provincia de entre Ríos, que se adjunta como Anexo IV.

Se remitieron 91 entrevistas a mediadores, de las cuales se obtuvieron 52 respuestas.

Se cursaron entrevistas por correo electrónico a 3 jueces, de las cuales se obtuvo 1 respuesta. Otra entrevista fue realizada personalmente, la cual fue grabada.

Se enviaron 18 entrevistas a abogados, de las cuales se obtuvieron 8 respuestas.

A su vez, se realizó investigación con material especializado en la temática. Diversos artículos de páginas on line, material brindado en la Maestría y material bibliográfico

de la biblioteca de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial sita en el 3° piso del Tribunal Provincial de Rosario.

Asistí a una Jornada sobre Derecho del Niño en el Ateneo de familia dependiente del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de Rosario.

Mantuve diversas charlas de manera informal con abogados, mediadores, psicólogos especializados en mediación familiar y jueces de familia.

### **III. Derecho a ser oído**

#### **III.1. Marco normativo**

Nuestro país incorporó en el año 1994 ocho Tratados Internacionales y dos Declaraciones con jerarquía constitucional a través del **art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional**. Entre ellos, **la Convención sobre los Derechos del Niño** (en adelante CDN), la cual había sido ratificada por Argentina en 1990 por ley 23849 (27/09/1990). La presente Convención define qué se entiende por niño en el artículo 1: *"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*.

Siguiendo una pirámide normativa respecto del derecho del niño a ser oído, ésta es la primera norma en la que se plasma el mismo. Así, se encuentra regulado en el art. 12 de la CDN que reza: *"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 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."*

Luego, **La Observación General N° 12** dictada por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, 51° período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009,

aclara en la introducción punto 2 que: *“El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (“el Comité”) ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”*.

Luego procede a realizar un análisis jurídico del artículo 12 de la CDN según el cual: *“El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente”*.

*“16. El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior”*.

*17. El artículo 12 establece como principio general que los Estados partes deben esforzarse por lograr que la interpretación y la observancia de todos los demás derechos incluidos en la Convención estén guiados por lo que ese artículo dispone”*. (véase la Observación general N° 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5).

*18. El artículo 12 pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión). La*

*Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, y la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados partes pone de relieve esta condición del niño, que está expresada claramente en el artículo 12”.*

**Análisis literal del artículo 12:**

a) Párrafo 1 del artículo 12:

**"Garantizarán":** *El párrafo 1 del artículo 12 dispone que los Estados partes "garantizarán" el derecho del niño de expresar su opinión libremente. "Garantizarán" es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados partes. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.*

**"Que esté en condiciones de formarse un juicio propio":** *Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.*

*El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados 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. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente: En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia*

celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. - En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario. - Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección de niño.

**"El derecho de expresar su opinión libremente":** El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás. Los

*Estados partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones.*

*El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de "escuchar" a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño.*

*La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.*

**"En todos los asuntos que afectan al niño":** *Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones "en todos los asuntos" que lo afecten. Ello 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.*

*El Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la Convención rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño o un grupo de niños. Por el contrario, se decidió que el derecho del niño a ser escuchado debía referirse a "todos los asuntos que afectan al niño". El Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto. Aunque el Comité apoya una definición amplia del término "asuntos", que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos "que afectan al niño", que se*

*añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general. Sin embargo, la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones.*

**"Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño":** *Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.*

*Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.*

*"Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.*

*Debe prestarse atención a la noción de la evolución de las facultades del niño y a la dirección y orientación que proporcionen los padres (véanse párr. 84 y sec. C infra).*

Párrafo 2 del artículo 12:

**El derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño":**

*El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, 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, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.*

*El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.*

*No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. 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, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.*

**"Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado":** *Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.*

*El representante 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 escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente 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). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño.*

**"En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional":** *La oportunidad de ser representado debe estar "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio.*

*Cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico”.*

También establece que todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser: a) Transparentes e informativos; b) Voluntarios; c) Respetuosos; d) Pertinentes; e) Adaptados a los niños; f) Incluyentes; g) Apoyados en la formación; h) Seguros y atentos al riesgo i) Responsables.

A nivel nacional contamos con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, **ley N° 26061**, que en su art 24 establece: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.*

Esta ley, a su vez, fue reglamentada por **decreto 415/2006** de fecha 17/04/2006, el cual en sus considerandos expone: *“Que, por lo tanto, el PODER EJECUTIVO NACIONAL considera de gran trascendencia reglamentar la Ley N° 26.061 a fin de otorgar una dinámica a la estructura normativa que sirva de elemento de integración conforme reglas orientadoras de acciones, y que integre y delimite la interpretación y preserve su unidad sistemática, a fin de que sea plenamente eficaz en la protección integral que el Estado Nacional debe dar a la Niñez y a la Adolescencia. Que en ese orden de ideas, se propone regular aquellas materias estrictamente necesarias que contribuyan a la adecuada aplicación de la Ley N° 26.061. Que, asimismo las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán disponer todas aquellas medidas u acciones que se estimen necesarias para dar cumplimiento al modelo de políticas públicas en la materia”.*

De este modo, entre lo contemplado en la mencionada reglamentación se encuentra el derecho del niño a contar con un abogado, patentado en el artículo según sigue: *“El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el*

de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la ley N° 26061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.”

A través de la última Reforma al **Código Civil y Comercial de la Nación** aprobado por la ley 26.994 y vigente desde el 1° de agosto del 2015, se encuentra consagrado en varios de sus artículos a saber:

El artículo 26, relativo al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, establece que ésta *“tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”*. Este derecho que es consagrado en términos generales para todo proceso judicial, se especifica luego en relación a distintos institutos relativos a la Persona Humana (Libro Primero) y a las “Relaciones de Familia” (Libro Segundo):

a) Apellido: para el caso especial de que una persona carezca de apellido inscripto, si cuenta con edad y grado de madurez puede solicitar la inscripción del apellido que está usando (art. 66 CCCN).

b) Tutela: para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior (art. 113 CCCN).

c) Matrimonio: impedimento de falta de edad legal para contraerlo de alguno o ambos cónyuges (que consiste en tener menos de dieciocho años conforme el art. 403, inc. f), la nulidad relativa del acto matrimonial puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento (es decir, la persona menor de dieciocho años) y

por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio, debiendo en este último caso el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad (art. 425, inc. a). De este modo se le reconoce al adolescente el derecho a peticionar la nulidad del acto o a ejercer su derecho de defensa material, en caso de que la acción hubiere sido interpuesta por otro de los legitimados al efecto.

d) Técnicas de reproducción humana asistida: aquí se dispone que el derecho de los niños nacidos con material genético de un tercero (filiación heteróloga) a acceder a información no identificatoria sobre el donante, es decir, datos médicos, está habilitada a toda persona con edad y grado de madurez (art. 564 inc. a).

e) Adopción: en esta materia existen varias disposiciones que hacen referencia al derecho a ser oído del niño. En primer lugar, en los principios generales que rigen la adopción se menciona “el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años” (conf. art. 595, inc. f). En segundo lugar, se prevé que, cuando el adoptante tiene descendientes, éstos deben ser oídos por el juez y su opinión debe ser valorada de conformidad con su edad y grado de madurez (art. 598). En tercer lugar, al delimitarse las pautas mínimas que se deben aplicar a todo procedimiento de adopción (art. 617 CCCN), se fijan tres reglas de suma importancia que otorgan al niño, niña y adolescente derechos y garantías inviolables en tanto sujeto con participación activa y autónoma en el proceso. Estas tres reglas son: que el pretense adoptado es parte del proceso y, si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada (inc. a); que el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (inc. b); y que el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso (inc. d). Finalmente, se establece que adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas al derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, cuya legitimación activa se halla en cabeza exclusiva del adoptado (art. 635, inc. c).

f) Responsabilidad parental: entre los principios generales por los que se rige la responsabilidad parental (art. 639 CCCN) se encuentra el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (inc. c). Al regularse sobre la figura de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, se estipula que “el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo” (art. 643 CCCN). Se consagra, como deber de los progenitores, respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos (art. 646, inc. c). También, el artículo 653, inc. c) incluye como una de las ponderaciones que tiene que realizar el juez para la asignación a un progenitor del cuidado personal del hijo, la necesidad de tener en cuenta “la opinión del hijo”; y el artículo 655, último párrafo, referido al plan de parentalidad, estatuye que “los progenitores deben procurar la participación del hijo”.

g) Procesos de familia: se fijan pautas procedimentales mínimas, vinculándose una de ellas específicamente con el rol activo y la protección del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en todos los procesos que los afecten, lo cual queda plasmado en los siguientes términos: “*Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso*” (art. 707 CCCN).

A su vez, y dado que Argentina adopta el sistema federal de gobierno con autonomía de las provincias (conf. arts. 5, 121 y 123 de la Constitución Nacional), cada provincia ha tenido la posibilidad de adherir a la Ley Nacional a través de una ley interna. Así lo ha hecho en fecha 17/04/2009 la provincia de Santa Fe mediante **Ley Provincial N° 12967** que dispone en su art. 21: “*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho en todos los ámbitos que se desenvuelven: A) A participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés. B) A recibir información necesaria y oportuna para formar su opinión. C) A que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo*”.

A su vez, en consonancia con ello, la provincia de Buenos Aires en el año 2013 dictó la ley 14568 creando la figura del Abogado del Niño quien “deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces” (art. 1). A su vez, en el art. 2 establece que se crea un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia.

En la provincia de Santa Fe aún no se ha dictado una ley en ese sentido. Existen, sin embargo, siete proyectos de ley presentados en Cámara, correspondientes a los diputados Jorge Henn, Patricia Chialvo, Alejandro Boscarol, Carlos del Frade, Omar Martínez, Cesira Arcando y uno del Poder Ejecutivo, que se incorporaría como norma complementaria al futuro Código Procesal Civil y Comercial de la provincia.

En caso de que la ley fuese sancionada, habría además, que reglamentarla, crear un registro de abogados del niño, eventualmente, una autoridad de control y, establecer quién será el responsable del pago de los honorarios del mismo.

A su vez, el **principio de autonomía progresiva** se encuentra establecido en el artículo 5 de la CDN según sigue: “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”.

Y es receptado por nuestro **Código Civil, artículo 639 inciso b**, que dispone: “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y

desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

Esto significa que el derecho de NNA es progresivo y que la / representación ejercida por padres/tutores es inversamente proporcional a la autonomía que va adquiriendo el NNA. De este modo, se cambia radicalmente la concepción de niño-incapaz que traía el anterior Código Civil reemplazándose por esta capacidad progresiva.

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

Sencillo en la letra de la ley, difícil de asimilar/aplicar en la práctica cuando como sociedad no estamos preparados para ello.

Este repaso sobre el marco normativo en Argentina se hace con la intención de mostrar toda la regulación que ha sido necesaria para implementar los derechos que NNA poseen y para que, quien se acerque a este trabajo, pueda tener una idea abarcadora de la legislación que engloba a este derecho.

El marco jurídico es el que suele darnos los límites dentro de los cuales se pueden ejercer los derechos y más allá de los cuales la actuación de los mismos no sería lícito.

Dada la amplitud y especificidad que se viene mostrando se verá que el derecho a ser escuchados de NNA está satisfactoriamente regulado, especificado, delimitado.

Este marco jurídico brinda el encuadre adecuado para que la mediación pueda ser receptora del mismo y a su vez expansora, difusora del derecho del niño dentro de su propio ámbito.

---

<sup>1</sup>Felibert, María Paola, “Los niños en la mediación: ¿tienen la palabra?”, Revista El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, 24/08/2016, año LIV, 2016, Buenos Aires.

En los párrafos que siguen se ofrecerán conceptos elaborados por la doctrina respecto de este derecho.

### **III.2. Qué significa el derecho a ser escuchado**

*“El Derecho a ser oído es aquel que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra lo que siente, desea, conoce, piensa, procurando de esta última su atención y escucha conciente”.*<sup>2</sup>

A su vez, Alarcón Cañuta expresa que: *“el derecho a ser escuchado, consagrado como tal en la Declaración Universal de Derechos del Niño y en el ordenamiento jurídico establece, más que lo señalado en el propio texto de la norma, que el niño deba ser oído en todas aquellas materias que le son de su interés. En efecto, la consagración como obligación de los poderes públicos de “escuchar” importa que deba “oírse” a los niños. Tal aseveración, en la misma línea que Vargas Pavez y Correa Camus, tiene un sentido obligatorio directo hacia los entes que gestionan cualquier situación que tenga una estrecha relación con los intereses de niños y niñas, debido a que como ya se planteó para cada gestión que se realice, y que pueda afectar sus intereses, se debe necesariamente tomar en consideración las pretensiones del propio niño, lo cual no se traducirá solamente en conversar con él para conocer lo que hace, lo que le gusta, las características de su entorno familiar, social, cultural, etc., sino que con mayor relevancia, sus intereses, inquietudes, aprehensiones y pretensiones internas que se relacionan con cualquier situación que genere consecuencia en él, y le afecte”.*<sup>3</sup>

Queda claro entonces que el derecho a ser escuchado comprende varios aspectos. El de decir, de expresarse, de encontrarse cómodo, en todas las instancias en las que de

---

<sup>2</sup>**Figueredo, Ana del Carmen**, “Derecho del Niño a ser oído y participar en los procesos judiciales”, disponible en: [www.juscorrientes.gov.ar/wp.content/uploads/pdf/elderechoaseroido.pdf](http://www.juscorrientes.gov.ar/wp.content/uploads/pdf/elderechoaseroido.pdf).

<sup>3</sup>**Alarcón Cañuta, Miguel**, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5853816.pdf>.

algún modo se encuentre involucrado. Como contracara, alguien (quien tiene el poder y/o la responsabilidad para ello) posee el deber de escuchar, que ese alguien sea competente para la escucha.

#### **IV. Mediación**

##### **IV. 1. Concepto**

La Maestría cursada ha sido exhaustiva tanto en cuanto a la información recibida, a los conocimientos transmitidos como en cuanto a la metodología del cursado. De este modo habría mucho para trasladar en cuanto a conocimientos pero en este momento me gustaría compartir algo que “aprehendí” (hice mío) pese a que, hasta la presente página, el trabajo ha intentado otorgar conceptos dogmáticos. Sin embargo, he oído decir de uno de los profesores de la Maestría algo que registré y me parece oportuno. En una de las prácticas y, tratando de aplicar los conocimientos y la forma de ver la mediación que nos enseñaba y que nos resultaba difícil asimilar por formaciones nuestras preexistentes, intentábamos “hacer lo correcto”, acordarnos del discurso inicial, de estar atentos al registro personal, de decir lo que había que decir y de no decir lo que no había que decir y, por supuesto, muchos fracasamos en el intento. Entonces él nos dijo: “Esto no es una profesión: es un saber estar, saber hacer y saber decir”. En esos instantes uno capta la esencia del mensaje, de lo que pretendía enseñarnos. Existe la enseñanza académica y, por supuesto que es necesaria, pero la mediación y, en particular la familiar, tiene rasgos que la hacen particular. Entonces, previo a brindar los diferentes conceptos acerca de mediación y de mediación familiar, me gustaría que el lector tuviese este tamiz a la hora de analizar la mediación familiar dadas las particularidades de la misma.

Siguiendo al Prof. Daniel Bustelo, “*la mediación es un proceso que permite apropiarse de sus conflictos a los actores para hacer algo con ellos, con*

*independencia de que se llegue o no aun acuerdo que le ponga fin. No tiene una función educativa, aunque puede serlo; no tiene una función terapéutica, aunque puede serlo; y no tiene por función regular derechos y obligaciones, aunque también puede hacerlo. Es decir, el objetivo de la mediación no es legal, ni psicológico ni educativo, es la autocomposición en la resolución del conflicto por parte de los actores del mismo desde sus propias pautas culturales, en aquella agenda que los mismos decidan elaborar y adecuar a lo largo del proceso, en función de las necesidades emergentes como consecuencia del mismo y con las formas de comunicación que le sean más útiles. Por tanto la tarea del mediador es crear las condiciones para que esto pueda producirse ayudando a las partes, por medio de las técnicas correspondientes, a que puedan adquirir toda la información que necesiten y en forma compartida respecto de las decisiones que tienen que tomar, que puedan crear las mejores condiciones posibles, en función de las características culturales de las partes, para que éstas puedan comunicarse de forma útil para el objetivo que les reúne en la mediación”.*<sup>4</sup>

No existe una definición única de mediación y, así, diversos autores, en el afán de conceptualizarla, determinan sus características. Por su parte Highton, Álvarez y Gregorio (1998) encuadran a la mediación como “*un sistema voluntario de resolución de conflictos en el cual una parte se presenta ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, que no tiene coertio –o sea que no puede imponer su voluntad por la fuerza- y que tras convocar a la otra parte, que voluntariamente puede concurrir, intenta mediante técnicas especiales, académicamente elaboradas, que ambas partes por sí mismas solucionen sus conflictos*”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> **Bustelo, Daniel**, “*El Proceso de Mediación y sus técnicas. La Mediación. Claves para su comprensión y práctica*”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura I, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.

<sup>5</sup> **Highton, Elena, Álvarez, Galdys y Gregorio, Carlos**, “*Resolución alternativa de disputas y sistema penal*”. Ad-Hoc, 1998, Buenos Aires.

Encontrar una definición única y para todos los supuestos es tarea difícil. También, de acuerdo al contexto en el que nos encontremos habrá conceptos que resulten más acordes a la tarea que se realiza.

Más allá de las definiciones brindadas habrá conceptos de mediación que disten de la idea de mediación prejudicial tal cual está enmarcada hoy en la ley N° 13151 y otros, por definición, por estilo, estarán más cerca de los propósitos de la ley.

#### **IV.2. Mediación familiar**

Quien no haya tenido la oportunidad de acercarse a la mediación familiar podría preguntarse ¿de qué se trata? ¿Qué es lo que la valoriza? ¿Qué puede hacer que no pueda hacerse en otro ámbito, como el judicial?

De acuerdo a lo aprendido en la Maestría, especialmente en la asignatura N°8 relativa a mediación familiar, le respondería que es en el seno de la familia donde el ser humano niño forja su personalidad, donde encuentra su identidad, donde construye sus emociones y sentimientos, donde se siente contenido, donde forma sus valores. Si la familia tiene problemas cada una de estas instancias se ve dificultada y muchas veces son sorteadas con resultados negativos o situaciones no resueltas, no entendidas, no habladas, no aclaradas. Habrá síntomas, tal vez, de problemas de salud física, de salud psíquica, en alguno de sus miembros o, simplemente, inconvenientes en la comunicación y la comprensión entre quienes forman el núcleo familiar. Aquí pueden darse los orígenes en los trastornos de formación de la personalidad, identidad y emociones del ser humano niño, que comienza su formación en esa familia. A veces estos primeros síntomas de conflicto familiar pueden ser superados con una oportuna y eficaz intervención. Ésta es la importancia de la mediación.

Es así que los Dres. Ma. Alba Aiellode Almeida y Mario de Almeida se preguntan: “*¿Qué es, entonces, lo que puede hacer la mediación en este ámbito? Podríamos afirmar que la mediación es un método eficaz para restablecer la armonía en las relaciones inter-subjetivas; pero también lo es para evitar que la armonía preexistente se destruya. Las innumerables interferencias que pueden*

*sufrir la comunicación y la comprensión en las relaciones humanas en general y en especial en las familiares, pueden llevar a la eclosión de sentimientos contradictorios que a veces se tornan inmanejables para los mismos protagonistas. Esta realidad desata situaciones de crisis que es necesario abordar a tiempo. Si hacemos caso de la sabiduría china, podemos observar que en su idioma se representa la palabra crisis con el ideograma del peligro y la oportunidad. Esto es muy aleccionador. La crisis nos alerta, nos dice ¡cuidado! esto es peligroso. Pero al mismo tiempo, nos coloca frente a un momento muy particular donde se despliegan contradicciones y fuerzas antagónicas antes ocultas e incipientes, nos exige concentrar esfuerzos para conjurar el peligro y aprovechar la oportunidad de cambiar, de mejorar, de crecer humanamente. Acceder a estos escenarios de crisis y colaborar con sus protagonistas para evitar los daños que puedan producirse a ellos mismos y a sus seres queridos; y ayudarlos a encontrar formas de interacción que les permitan transitar sus conflictos sin caer en enfrentamientos estériles, es el papel de la mediación. Desde este punto de vista podemos afirmar que la mediación tiene una faz preventiva, aplicable precisamente a los problemas de convivencia que se plantean en el seno de una familia que permanece unida o al menos, cuya desunión pretende evitarse. Pero al mismo tiempo debemos pensar en la mediación como método reparador, en aquellos casos en que se haya producido una inevitable ruptura de los vínculos pero, aún así, debe enfrentarse una realidad incuestionable, las relaciones parentales continúan, sólo se modifican las circunstancias bajo las cuales se desarrollarán en adelante. La función reparadora de la mediación consistirá en colaborar con los protagonistas para que puedan estructurar esas nuevas relaciones en un ámbito de armonía y colaboración, como recurso para hacer menos traumática la separación y el reacomodamiento de los miembros de la familia a las nuevas situaciones. Resulta obvio que en las relaciones familiares está comprometido el hombre mismo, mucho más que en las relaciones meramente patrimoniales. Por ello es un ámbito más delicado y nos presenta un campo mucho más rico de*

*trabajo solidario, porque allí estamos trabajando por una mejor calidad de vida para nuestros semejantes”.*<sup>6</sup>

La mediación familiar parece un ámbito adecuado para la participación de NNA y como modo de hacer efectivo el derecho a ser oídos.

¿Qué mejor ámbito que éste? Un ámbito descontracturado, dada su informalidad. Transversal. Confiable, imparcial, confidencial. El mediador, si bien conductor del proceso, es ante nada, un oyente, un facilitador de la palabra, un puente cuando las partes no se escuchan o cuando lo hacen sin aprehender lo que se ha dicho, una antena que capta lo que se dijo y lo repite si es necesario. La escucha de NNA en un proceso de familia puede contribuir a disolver conflictos, a dilucidar las cosas que no se dicen dentro del seno familiar por motivos varios, muchas veces por la falta de contención, seguridad, confianza que el niño necesita para hacerlo.

Como todo cambio de paradigma exige un cambio de perspectiva y atrevemos a ver las posibilidades que brinda escuchar a los niños. Ya no mirarlo sólo como un derecho de ellos sino como una ventana que se abre para que tengamos nuevos puntos de vista.

Parecería que, dadas las características de la mediación familiar sería un ambiente propicio para la escucha de NNA. Sin embargo, a la hora de encontrarnos en la realidad en la que vamos a enmarcar estos conceptos la cuestión no parece tan sencilla.

## **V. Entrevistas:**

### **V. 1. Entrevistas a mediadores.**

En la entrevista realizada a los mediadores de la provincia de Santa Fe pregunté primeramente si el consultado consideraba que los niños cuyo conflicto los involucre directa o indirectamente deben ser citados a la mediación. En su caso, qué parámetros habría que tener en cuenta.

---

<sup>6</sup>Aiello de Almeida, Alba, y Almeida, Mario, “Intervención de los menores en la mediación”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura VIII, Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.

El 90 % de los entrevistados respondió que consideraba que sí debían ser citados. Esta mayoritaria respuesta me indica la necesidad advertida en las salas de mediación de incorporar a los NNA cuyos conflictos los están o estarían afectando en el sentido de involucrarlos a las conversaciones y tomas de decisiones que realizan sus progenitores/ representantes legales. Más adelante y del análisis de las siguientes respuestas podremos visualizar si esta necesidad, advertida por los mediadores, responde al deseo de efectivizar los derechos de NNA consagrados normativamente o si responde a diferentes motivos más vinculados con la práctica, la inmediatez que otorga el contacto directo, de primera mano, con el conflicto ventilado ante ellos antes que a la intención de efectivizar los derechos potencialmente vulnerados.

Los que respondieron negativamente a esta primera pregunta argumentaron motivos que, en general, coinciden con los motivos que fueron dados por los mismos mediadores que respondieron positivamente esta respuesta al analizar la quinta pregunta de la entrevista.

Esto refleja que es compartida la opinión respecto de que el sistema tal cual está planteado hoy no estaría brindando las herramientas ni garantías necesarias para efectivizar el derecho de los niños. Los motivos son diversos y se expondrán más adelante.

Hay quienes plantearon como respuesta analizar la conveniencia de que el NNA sea citado.

Respecto de este tema la pregunta a realizar sería ¿para qué traer al NNA a mediación?

Creo que es una pregunta que necesariamente deberán hacerse quienes lleven adelante, de realizarse, una reforma a la ley o reglamentación en este sentido.

Ello porque quienes han ahondado en la problemática familiar por experiencia, por la profesión de base, etc. advierten situaciones que quienes no poseemos tal experiencia no alcanzamos a captar.

Así, se plantean cuestiones como ¿qué pasa si el niño dice algo que los padres no pueden hacerse cargo?

¿Para qué traerlo? Porque no es cuestión que los NNA comiencen a ser utilizados para que vengan a decir lo que los padres no pueden.

Cuando los padres atraviesan una situación de divorcio donde su proyecto de familia no ha sido como lo planearon deben hacerse responsables de sus acciones, no los niños. No debieran ser ellos quienes aporten soluciones, ideas, queden imbuidos en un conflicto que los trasciende.

Tampoco, llegados a un extremo, debiera propiciarse un sistema donde los niños, bajo el amparo del derecho a ser oídos y otros derechos que les asisten, adquieran autoridad sobre sus padres que carecen de autoridad ante sus hijos, que no saben poner límites, que no saben/pueden orientar a sus hijos porque padecen de una crisis de autoridad parental.

Este comentario lo hago con la intención de que sea analizada la pregunta ¿para qué traer a los NNA a mediación? Sin que ello obstaculice, de ningún modo, su derecho. Pero, como tenemos tendencia como sociedad, a ir a los extremos, considero prudente no brincar de la nada al todo. De ahí la importancia de establecer un mecanismo para la incorporación efectiva del derecho del niño a ser escuchado en la mediación.

Debido a ello, como se ha expresado, la mayoría de los entrevistados respondieron afirmativamente a la pregunta y brindaron parámetros a ser tenidos en cuenta para la convocatoria de NNA a mediación. Entre ellos se encuentran: la edad (cronológica y madurativa). Éste es uno de los aspectos que más ha sido mencionado como parámetro a seguir; que se determinen los objetivos para la participación (por ej., escucharlos, transmitirles información); También se ha propuesto analizar oportunidad y momento y conversarlo con los padres previamente. Otros parámetros indicados han sido, por ejemplo, que asista con un abogado del niño; que en la 1° reunión se determine si es necesaria la convocatoria e informar que el/la NNA será citado; analizar las características del caso manteniendo el resguardo del niño. Hay quienes proponen que el único parámetro a tener en miras es el interés superior del niño y hay quienes consideran necesario establecer grado de madurez, comprensión y entendimiento para hacer efectivo su derecho a participar y ser oído así como la capacidad de comprensión del conflicto. Otros mediadores priorizan la autorización y/o consentimiento de los padres para la citación. Para otros lo importante es tener en cuenta la propia voluntad

del NNA. Para quienes consideran que la citación deber ser excepcional plantean como parámetro, la citación como última alternativa. En este caso se lo citaría al NNA sólo si el mediador entiende que es imposible la resolución del conflicto sin la intervención del menor o si considera que estaría sufriendo algún hecho que podría configurar un ilícito; no dañar. Algunos relacionan el parámetro con el hecho de que el mediador informe a todos los interesados sobre las opciones disponibles para los niños en cuanto a participación y se analicen los costos y beneficios de cada uno con los participantes y que el niño acepte. En este último caso, la decisión habría recaído en las partes convocadas a la mediación y el niño debería dar su asentimiento a tal propuesta. Algunos entrevistados han recalcado el tema de la prudencia a la hora de convocar a niños a mediación, prudencia según la cual se buscan los mejores fines para lograr la realización de los valores en juego. Muchos han insistido fundamentalmente en la capacitación y experiencia de los mediadores en mediación con niños; se requiere la existencia de conocimientos interdisciplinarios basados en estudios adecuados que permitan configurar protocolos que habiliten las intervenciones. Hay quien ha planteado como indicador la Convención de los Derechos del Niño. Otros mediadores plantearon la necesidad de tener apoyo interdisciplinario; la presencia de un comediador psicólogo. Otros parámetros estuvieron enfocados en el NNA y, así, entienden que debería tenerse en cuenta que el NNA pueda comunicarse, darse a entender al hablar, que sea mayor de 7 años; que el niño no vaya ser “utilizado” a los fines de los padres/representantes legales; que el NNA no sea afectado negativamente por participar del encuentro. Otros atienden al conflicto y, así, consideran que es primordial analizar la naturaleza del conflicto o que el mediador analice el grado de conflictividad de los padres. Es decir, si no es posible un diálogo entre ellos no habría que citar al NNA para no sumarlos a una discusión en la que pueden quedar involucrados y afectados negativamente.

Algunos de los parámetros indicados han sido compartidos por varios entrevistados. Se han expuesto todos los recabados de las entrevistas a fin de dar

un panorama amplio de la información obtenida y también, como disparador de ideas. Porque si bien algunos de los indicadores arriba mencionados pueden parecer claros algunos otros pueden ser de utilidad en etapas posteriores y/o para establecer las pautas /herramientas/condiciones que deberían tenerse en cuenta a los fines de plasmar un sistema de mediación en el que NNA sean convocados. No configurando necesariamente parámetros a seguir ab initio, ejemplo, la capacitación de los mediadores. Algunos otros surgen del temor que genera la incertidumbre de lo desconocido (todavía no están claras las reglas bajo las cuales se citaría a NNA a esta mediación prejudicial vigente), por ejemplo, que el niño no vaya ser “utilizado” a los fines de los padres/representantes legales. Esto es algo que, por supuesto, nadie desea pero que no se sabe si ocurrirá o no. Considero que lo que debiera haber es reglas claras en un sistema adecuado para la convocatoria de NNA, en un marco/contexto adecuado para ello. Es decir, las garantías para que la citación sea acorde a lo que nuestro derecho propugna.

El segundo interrogante planteado fue aún más revelador en cuanto a las respuestas obtenidas y a la situación actual de las mediaciones de familia. La pregunta fue la siguiente:

¿Cree que el mediador posee facultades para convocar a niños/as/adolescentes a una mediación de temas de familia dentro del sistema de mediación prejudicial vigente? En su caso, ¿cómo los citaría?

Aproximadamente un 60% de los entrevistados respondieron que el mediador estaba facultado para ello. Los argumentos para una y otra postura son variados y contundentes.

Entre los que consideran que sí está facultado el mediador encontramos: que lo que la ley no prohíbe está permitido, que la normativa lo autoriza, que sí a pesar de que no hay criterios uniformes y que el organismo encargado de la aplicación del sistema (Agencia de Gestión de Mediación) no sabe dar una respuesta unívoca, que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, la ley Nacional 26061 y Pactos Internacionales lo habilitan al mediador para ello, que, “si bien en el sistema vigente no está regulado expresamente, ni obliga ni contempla que el mediador deba o pueda

citar a los niños a la mediación, ni regula cuestiones formales y procesales para hacerlo, creo que el mediador posee facultades que le confieren las demás legislaciones sobre niñez y adolescencia como la ley nacional 26061 y la CDN que obliga a todas las personas a respetar el interés superior del niño, a escucharles en los asuntos que lo afectan ya que su opinión sea tenida en cuenta” (Dr. Lisandro Chinelatto, entrevista N° 7), que así como el mediador está facultado para citar a terceros si lo considera pertinente, lo está para citar a NNA; que el interés superior del niño lo habilita; que sí puede hacerlo con consentimiento de los padres o quien ejerza la parentalidad y/o si el NNA quiere venir voluntariamente; que las facultades surgen del mismo proceso (esto entendido en el sentido de que en nuestro sistema el mediador se erige como director del procedimiento, que tiene características de informalidad, voluntariedad, que puede incluso citar a terceros si lo cree conveniente.)

Los que dicen que no, argumentan: falta de capacitación de los mediadores, tiempo e infraestructura, que debería tener su propio defensor (Abogado del Niño) para concurrir a la mediación (tema que tampoco se encuentra efectivamente implementado en la provincia), que no hay una normativa que específicamente lo habilite a ello, que no están dadas las condiciones para ello conforme el sistema actual.

Lo reflejado en las respuestas respecto de la falta o insuficiente capacitación de los mediadores es compartido tanto por quienes argumentaron a favor y en contra de esta pregunta. Es un tema que también comparto. Como expresaré más adelante en este trabajo considero que debería haber capacitación especial, no sólo de mediación familiar, para los mediadores que intervinieran con NNA. Éste será sólo uno de los aspectos a tener en cuenta.

La tercera pregunta realizada pretende mostrar la realidad en concreto, es decir, si los mediadores en su práctica se encuentran ante la disyuntiva de citar a NNA o si es un tema que pasa inadvertido. Se planteó de la siguiente manera:

En su experiencia, ¿le ha ocurrido advertir la necesidad de convocar a una niña/o/adolescente a la instancia de mediación de un tema de familia? En su caso, ¿lo ha hecho? ¿Qué lo motivó a ello? ¿Cuál fue el resultado?

En este caso la respuesta ha sido mayoritariamente negativa. Es decir, los mediadores entrevistados no han advertido la necesidad de convocar al NNA afectados directa o indirectamente por el conflicto planteado.

Esto me plantea algunos interrogantes como ser: ¿es que no se tiene presente realmente el derecho del NNA a ser oído? Y por tanto, no se logra vislumbrar la necesidad de que su voz sea oída en el procedimiento. Es decir, como todavía no tenemos incorporado como sociedad este nuevo paradigma de la escucha de la opinión del NNA, en las cuestiones en las que son directa o indirectamente afectados, tal vez esta pregunta refleja esa falta de convicción interna del derecho reconocido en la letra de la ley. Es un interrogante generado a raíz de que la mayoría de las mediaciones de familia versan sobre cuota alimentaria y régimen de comunicación. Por ello necesariamente los progenitores deben estar de acuerdo en cómo afrontar las responsabilidades de la parentalidad y para ello entiendo que la voz del NNA es fundamental. Entonces, ¿cómo es que esa situación no se ve reflejada en la práctica de la mediación? No sólo desde la mira del mediador sino también desde la mira de los padres, quienes tal vez tienen aún menos conocimiento del derecho que asiste a sus hijos. Si bien el derecho se presume conocido, también es cierto que, para que una norma tenga eficacia debe ser aprehendida por la sociedad. En esto creo que todavía a nuestra sociedad le falta la apropiación de la norma, reguladora de los derechos del niño con este carácter de sujeto de derechos tal cual hemos visto en la primeras páginas del presente trabajo, y no protectorio, tutelar, como era antes. Esto me hace pensar que más allá del análisis y de los aportes que se brindarán a lo largo del presente el tema planteado es un problema cultural. Aún no se devela ese trasfondo ideológico (compartido por la sociedad en su conjunto) que sigue registrando un sistema tutelar a la hora de hablar de NNA.

La siguiente pregunta estuvo orientada a obtener información acerca de las situaciones en las cuales el mediador advierte que las partes (en este caso, serían los

padres/representantes legales) se presentan con un requerimiento determinado y una postura acerca de lo que pretenden, sin embargo, ocultan o tratan de pasar por alto cuestiones que deberían ser tratadas a fin de dilucidar el conflicto.

Estuvo planteada así: ¿Le ha sucedido de advertir que el conflicto ventilado en la mediación ocultaba una realidad que no se decía? En ese caso, consideró la participación de los niños? ¿Qué haría si advirtiera esa situación?

Gracias a la generosidad de algunos de los entrevistados he obtenido información valiosa a este respecto. De este modo pude tomar conocimiento de la manera en la que los mediadores intentan realizar su trabajo de forma más efectiva, de la creatividad a la que recurren a la hora de acercar a las partes y, también, de la apertura a la escucha que muchos de ellos poseen. Amén del temor, la incertidumbre, la falta de reglas claras, los riesgos que creo asume un mediador que no sabe con certeza si está debidamente facultado para efectivizar el derecho de los NNA en la mediación y sin embargo realiza su tarea de manera prudente, con resguardo de los NNA y tratando de plasmar este derecho que estamos analizando. Algunos mediadores respondieron, incluso, que han sido contactados por adolescentes cuyos padres se hallaban en mediación, sin su participación, y que, gracias a la acción directa del adolescente y a la apertura del mediador/a se logró dilucidar aspectos ocultos de la mediación que no reflejaban necesariamente la voluntad de los progenitores de velar por el interés superior del niño. Este tipo de anécdotas son las que reafirman la necesidad de que el derecho del NNA a ser escuchado sea efectivizado. Nótese que si sus progenitores llegan a un acuerdo en mediación, el que cumplen, y ello no refleja la verdadera realidad por la que atraviesa el NNA, éste pierde su oportunidad de ser oído fuera del ámbito familiar donde no está siendo debidamente protegido. Es decir, si bien la mediación prejudicial es un sistema informal y fuera del ámbito del Poder Judicial, es el primer contacto que las partes tienen con alguien que los ayudará a trabajar sobre su conflicto. Entonces, ¿por qué el NNA no tendría derecho a estar allí, ya sea personalmente y/o con la representación de alguien independiente a sus progenitores que vele por su propia voz?

En este sentido, me remito a lo establecido por la Observación General N° 12 respecto del párrafo 2 del artículo 12 de la CDN, transcrito en páginas 12 y 13 del presente trabajo.

Además, debe tenerse en cuenta que, el derecho del NNA, si bien regulado dentro del Derecho de familia, es antes que nada un derecho constitucional, procesal. Desde el punto de vista de la Ley Nacional 26061 el derecho del niño a ser oído, a tener un abogado que represente sus intereses, que lo informe, es una garantía del procedimiento.

La quinta pregunta fue planteada así: Si no ha convocado a ningún/a NNA a la mediación, ¿cuál ha sido el motivo? ¿Lo haría en el futuro? Si la respuesta es positiva, ¿cuáles serían las condiciones necesarias a su entender?

Mayoritariamente no han convocado a ningún NNA a mediación prejudicial. Entre los argumentos se encuentran: que no están dadas las circunstancias para hacerlos intervenir en mediación; cuestiones como la falta de infraestructura, tiempo, costos, falta de disposición de letrados para el niño. Algunos entrevistados han expresado que haberse encontrado con obstáculos para su intervención como ser, la negativa de los padres o de los propios abogados patrocinantes.

Sin embargo, muchos han respondido que sí estarían dispuestos a convocar a los NNA si se dieran ciertas condiciones como ser: teniendo en cuenta el bienestar del NNA, donde su intimidad y confidencialidad esté resguardada, y de acuerdo a su grado de maduración, mediar con un profesional psicólogo, evaluar cada caso en particular, que cambiasen las condiciones culturales y que existiesen condiciones formales y procesales donde se les otorgue con claridad las facultades al mediador de citar a NNA y así poder sortear los planteos de los adultos; si hubiese mayor capacitación de los mediadores en la materia para poder discernir la conveniencia de una convocatoria; si obtuviesen la previa autorización de los padres y un lugar adecuado para el menor, etc.

La sexta pregunta lo fue en relación con la participación del Abogado del Niño en caso de que el niño fuese invitado a la mediación.

Mayoritariamente consideraron fundamental la intervención del Abogado del Niño. No sólo en resguardo del derecho de defensa, como garantía procesal, sino también a fin de hacer valer su derecho a ser oído y a ser debidamente informado.

Habiéndoles consultado si les parecía útil la existencia de un protocolo o pautas de actuación para la intervención de NNA en la mediación prejudicial fueron abrumadoras las respuestas positivas. Dado que entienden que brindaría herramientas a los mediadores, les permitiría posicionarse de otra manera ante la negativa de los adultos a la participación de los niños, unificaría criterios de actuación entre los propios mediadores, ordenaría el procedimiento, podría evitar futuras nulidades a los acuerdos o, incluso, a la mediación ya efectuada, así como eventuales sanciones al mediador. También esgrimieron que podría implementarse, a través de este mecanismo, la actuación de equipos interdisciplinarios, es decir, complementar el sistema. Argumentaron que sería útil para encuadrar las facultades del mediador, el que no quedaría limitado a la voluntad de las partes y que, su utilidad, también lo sería porque sería específico para la escucha de NNA, etc.

La octava pregunta indagó acerca de si creía se vulneraba algún Derecho si el NNA no es convocado a la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente.

En general, respondieron que sí, entre ellos el derecho a ser escuchado, en principio, así como otros que se derivarán de las decisiones que afecten su vida y se realicen sin su participación, su derecho a participar, a la libertad de expresión y, finalmente, que se afectaría el interés superior del niño como principio rector. Quienes consideraron que no se estaría vulnerando ningún derecho adujeron, que en virtud de la responsabilidad parental, si al menos uno de los padres la ejerce con responsabilidad, es quien estará resguardando el derecho del NNA.

Consultados acerca de la vulneración de algún derecho si el NNA no cuenta con su propio patrocinio, en la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente, respondieron mayoritariamente que sí. Entre estas respuestas se encuentran las que insisten en la implementación de la figura del Abogado del Niño, se relatan experiencias en las que se advierte un grado de

conflictividad tal entre los progenitores que no pueden comprender que deben velar por el interés superior de sus hijos. También se ha respondido que debe analizarse el caso concreto.

Finalmente se invitó a los entrevistados a compartir observaciones adicionales sobre esta temática.

Es así que se han obtenido valiosos aportes como ser: que a veces se vislumbra el mero interés de las partes soslayando el del niño, por tanto es necesario darles lugar paraser oídos; que debería haber mayor capacitación para los mediadores en esta materia específica (formación y manejo de técnicas de entrevistas e interacción con NNA; contar con material específico para la actuación); la existencia de equipos interdisciplinarios; salas ambientadas a tal fin, reglas claras para la intervención de NNA en mediación; superar trabas culturales y miedos de los adultos en hacer partícipes a NNA en las decisiones que se toman; que el sistema brinde profesionales psicólogos a quienes el mediador pueda acudir como auxiliar sin incrementación de costos en la mediación; que es necesario que NNA cuenten con su propio patrocinio letrado independientemente de los representantes legales; que el sistema actual no está preparado debiendo contar con un marco normativo de excelencia más con recursos económicos que puedan dar luz a las cuestiones planteadas y la existencia de un gabinete psicológico y /o psicopedagógico para colaborar con los mediadores. También, como observación adicional, se ha dicho que: “El acceso pleno a la justicia – eneste caso de los NNA como personas en situación de vulnerabilidad- sólo es susceptible de ser garantizado en el marco del principio de economía procesal en el que descansa la instancia prejudicial obligatoria. Poder escuchar en esta instancia a las personas menores de edad en todas aquellas situaciones que los involucren haría una tutela “pre” judicial efectiva y- tal vez- por a ser anterior- mucho más efectiva”. (Dra. Mariela Passotti, entrevista N°5). Otro mediador ha compartido la idea de que hay que encontrar un equilibrio entre el principio de realidad en conjunción con los valores y la ética. Según sus dichos, “La ética y los valores exigen ante todo no dañar y brindar un servicio adecuado que no se limite a lo declamativo sea que figure en las leyes o en los textos” proponiendo finalmente seguir buscando respuestas creativas y valiosas a los desafíos que plantean los cambios. (Dr. Salemi, entrevista N°9).

## V.2. Entrevistas a abogados

La entrevista a los abogados de familia se planteó en 8 preguntas. En la primera de ellas se consultó si habían tenido oportunidad de concurrir a alguna mediación de un tema de familia en la que el mediador/a convocara a algún/a NNA que estuviese directamente involucrado en el conflicto a tratar. Así como qué opinión tenía sobre el efecto de tal participación. Salvo uno de los entrevistados, no tenían experiencia de NNA en mediación. En cuanto a las opiniones respecto de tal participación fueron desde la negativa absoluta hasta la convicción de que es fundamental la participación de los mismos en toda materia que los involucre, pasando por posturas como que la convocatoria debía ser extremadamente excepcional, que debían tenerse ciertos parámetros como ser la edad y analizar para qué temas serían convocados, su grado de madurez, salvar cuestiones donde la intervención produciría más daño que beneficio, que debería estar implementado el abogado patrocinante del NNA .

La segunda pregunta estuvo referida a las facultades del mediador para convocar a NNA a la mediación prejudicial hoy vigente. Salvo dos de los entrevistados todos respondieron que sí está facultado el mediador para citar a NNA. Como argumentación respondieron que la normativa específica los habilita, siempre desde la óptica del Derecho del NNA no tanto desde la perspectiva de la normativa en materia de mediación. Aunque, plantean reparos en cuanto a que, como está planteado el sistema actualmente no sería conveniente por diversos motivos (como ser, falta de capacitación de los mediadores, falta de instrumentación del Abogado del Niño).

También se consultó cómo consideraba el entrevistado que debían ser citados los NNA, en caso de estar de acuerdo en su participación, si el mediador/a podría hacerlo aún contra la voluntad de los padres/tutores/representantes legales y desde qué edad consideraría apropiada la participación.

En cuanto a la citación estuvieron de acuerdo en que, lo citarían como a cualquier parte procesal y, también, realizarían el llamamiento contactándose directamente con el menor, o a través de familiares, los centros educativos, referentes cercanos, de confianza, etc. También han respondido que la mera oposición de los padres sería

irrelevante. En general, estos profesionales no consideraron a la edad como un principal parámetro sino más bien a otros tipos de cuestiones, como ser, la participación del abogado del niño.

Consultados acerca de si patrocinarían a un NNA convocado a una mediación las respuestas mayoritarias fueron por la afirmación, sobre todo, subrayando que la defensa técnica es un derecho humano garantizado por todo el ordenamiento jurídico y, debido a que esta nueva concepción del NNA como sujeto de derecho impone adecuarse a tal paradigma.

Respecto del abogado patrocinante del NNA respondieron contundentemente que sí, que es imperiosa la implementación del abogado del Niño.

Luego se realizó una pregunta haciendo un comentario acerca del reciente Protocolo emitido por el Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos. Esto se planteó y se remitieron copias del mismo a fin de que el entrevistado tomase conocimiento de alguna posibilidad /directiva que pudiera operar como disparador de ideas para efectivizar la escucha. Si bien el Protocolo de Entre Ríos está contemplado para la escucha de NNA en sede judicial y, su contenido también ha sido objeto de crítica entre los entrevistados, nada obstaría a que pudiese implementarse algo similar en sede administrativa. Así, indagados acerca de la utilidad o no de un protocolo o pautas de actuación para la intervención de los niños en la mediación prejudicial en esta provincia contestaron que sí sería útil, entre otros motivos, para brindar herramientas para la escucha de NNA en sede extrajudicial.

En cuanto a si se vulneraría algún derecho del NNA si no es convocado a la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente respondieron en general que sí. También se ha respondido que primeramente se debería analizar por qué no fue convocado el NNA y si no lo fue para evitar posibles consecuencias dañosas.

Finalmente, invitados a realizar observaciones adicionales, mencionaron que existe mucho marco teórico pero falta de instrumentación; que es imperiosa la implementación de la figura del Abogado del Niño, sobre todo, en los casos en que se advierten situaciones de violencia (física, psicológica, simbólica y/o económica);

que si bien el NNA debiera ser convocado debería respetarse su derecho de asistir y su derecho de no asistir también.

### **V.3. Entrevistas a jueces**

La entrevista a los jueces estuvo planteada en 6 preguntas. La primera de ellas indagó acerca de la opinión del entrevistado sobre la intervención de los niños/as/adolescentes en las mediaciones prejudiciales en las que se ventilan cuestiones que los involucran directa o indirectamente.

Coincidieron en que la intervención de NNA en mediación prejudicial debería ser estrictamente excepcional y muy limitada.

Sin embargo, expresaron, que si el NNA quiere ser escuchado debe serlo, porque es su derecho el de ser oído.

La segunda pregunta pretendió recabar parámetros a considerar en caso de que estuviesen de acuerdo en la participación de NNA en la mediación prejudicial, así como si debiese existir algún tipo de regulación/reglamentación especial para ello.

Como consecuencia de la respuesta anterior, en principio, los NNA no deberían ser convocados a mediación salvo excepcionalmente. Aún así, una de las juezas entrevistadas consideró que, de existir una reglamentación, debía serlo para señalar el carácter excepcional de la participación del NNA en esa etapa y siempre que la mediación concluyera con un acuerdo entre los padres al sólo fin de informarle al NNA los términos del acuerdo al que se hubiese arribado.

Otro de los jueces hizo hincapié en que es necesario tener presente en qué carácter están yendo los padres a la mediación debiendo analizarse el para qué, hasta cuándo y adoptar un criterio de conveniencia. Que la escucha del NNA tiene que tener ciertas precauciones. Si el NNA quiere ser oído, es oído. Y cuando es parte del proceso (judicial) hay que tener una consideración especial. Que, por otro lado, no siempre es practicable o conveniente que sea escuchado.

Consultados sobre las facultades del mediador para convocar a NNA a una mediación de temas de familia dentro del sistema de mediación prejudicial vigente entienden que no. Una de las juezas sólo admite esa posibilidad en el marco de un

acuerdo de mediación entre los progenitores o responsables del NNA y con su expresa conformidad. Queda claro que, en principio, el mediador per se, desde el punto de vista de los magistrados, no está hoy habilitado para convocar a NNA a mediación prejudicial.

En cuanto a si están dadas las condiciones en las mediaciones prejudiciales para la escucha del NNA responden que no. Una de las juezas entrevistadas argumentó que la mediación es una instancia de autocomposición del conflicto y, como tal, de no haber acuerdo, la escucha del NNA puede resultar en vano.

Es interesante este argumento porque plantea una realidad. Se advierte hoy como objetivo del sistema de mediación prejudicial de la provincia de Santa Fe buscar el acuerdo de las partes, lo que no es concordante con la esencia de la mediación. Es decir, si el sistema de mediación prejudicial está planteado con el foco en el acuerdo, la mediación familiar, entendida como “proceso que permite apropiarse de sus conflictos a los actores para hacer algo con ellos, con independencia de que se llegue o no a un acuerdo que le ponga fin”, según definición del Prof. Bustelo antes citada, no encuentra sentido dentro del mismo.

En cuanto a si se vulnera algún Derecho si el niño/a/adolescente no es convocado a la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente también coinciden en que no. Ello porque la mediación es prejudicial. Si hay acuerdo, el mismo deberá ser homologado en sede judicial donde se advertirán las situaciones que comprendan al NNA y tendrá entonces todas las garantías, incluida la de ser escuchado. Por otro lado, se argumentó también que, en caso de haber acuerdo, lo que quiere decir que los adultos responsables del NNA resolvieron el conflicto, se está cumpliendo con la premisa fundamental que es que los adultos a su cargo son los primeros responsables de garantizarle el pleno goce de derechos. Si no hay acuerdo, el proceso irá a instancia judicial teniendo así sus derechos garantizados.

Finalmente, se los consultó acerca de la utilidad de un protocolo o pautas de actuación para la intervención de los niños en la mediación prejudicial en esta provincia.

Los entrevistados consideraron que podría ser de utilidad aunque no precisamente un protocolo sino más bien, por ejemplo, establecer ciertas pautas ordenatorias para la escucha. También, que de mayor utilidad sería la capacitación de los operadores que eventualmente realicen la escucha de NNA.

## **VI. Propuesta.**

### **VI. 1. Guía/recomendación/pautas de actuación.**

Es interesante leer a Miguel Cillero Bruñol, en su análisis respecto de qué es lo que significa la Convención de los de los derechos del niño y lo que allí se plasma.

“La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales”.

*“Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual: constituyen un conjunto de derechos- garantía frente a la acción del Estado y representan por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla.*

*La Convención, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración universal de Derechos humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.*

*En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños-incorporadas a aquel por medio de la ratificación de la convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes contenidos: reafirmar que los niños, como personas humanas tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las*

*particularidades de la vida y madurez de los niños-como los derivados de la relación paterno-filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.*

*El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño” tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales”.<sup>7</sup>*

De este modo, siguiendo lo expresado por Cillero Bruñol y, dado que tanto el Estado argentino como la provincia de Santa Fe adoptan como política pública el reconocimiento del interés superior del niño, es que sería adecuado establecer algún mecanismo en la etapa de mediación prejudicial obligatoria a fin de hacer efectivo el derecho del niño a ser escuchado.

Una de las maneras que se propone esta tesina es la de proponer la creación de un instrumento que opere como guía de actuación a fin de establecer reglas claras que determinen certeramente las facultades del mediador para convocar y desarrollar una mediación con NNA concretando así, de manera efectiva, en esta etapa prejudicial, el derecho del NNA a ser escuchado.

En este sentido considero valioso, además, lo plasmado por la Dra. Dolores Loyarte, quien escribió un interesante artículo referido a la efectividad del principio de “desjudicialización”. En él plantea lo siguiente: *“las leyes actualmente vigentes permiten tener – a pesar de su dispersión – un encuadre normativo suficiente para promover, proteger y garantizar tanto el respeto de los derechos reconocidos, como la ejecución de las obligaciones pendientes- tal como se explica en el punto anterior, sobre todo, en cuestiones de neto corte humanitario y que afectan a las personas*

---

<sup>7</sup>Cillero, Bruñol, Miguel, “El interés superior en el marco de la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño”, Disponible en <http://www.iin.oea.org/cursosadistancia/elinteressuperiordelniñopdf>.

*más vulnerables de la sociedad argentina – entre ellas, infantes y adolescentes-. El tema, entonces, no consiste exclusivamente en tener buenas leyes y propuestas normativas, pues éstas no alcanzarán sus objetivos si no están apuntaladas con los mecanismos necesarios para garantizar la “efectividad” de los derechos en ellas reconocidos. Por tanto, urgen acciones concretas, serias y de largo alcance”.*

Bajo el título “Imperativo de actuación” expresa que *“Sin la pretensión de agotar el tratamiento de las deudas socio-jurídicas que pesan sobre el Estado argentino en el ámbito nacional y en el resto del país, las cuestiones arriba tratadas constituyen asignaturas pendientes que requieren respuestas inmediatas en el diseño de políticas públicas “reales” y “efectivas”, tanto en el plano administrativo como en el judicial; respuestas que permitan dejar atrás las grandes “declamaciones” legales –expresiones virtuales-, para ceder el paso a concreciones que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de todos los seres humanos- en especial, niñas, niños y adolescentes-, quienes necesitan creer en una justicia social, genuina y real. Esta “justicia real” será cierta, si se aplica y sostiene a lo largo del tiempo aquel circuito virtuoso de energías y actuaciones personales e institucionales, descrito más arriba, destinado a la satisfacción de los derechos de todas las personas por igual. Para asumir ese desafío, se requiere no sólo vocación sino la decisión férrea de llevar adelante las “acciones positivas” que se prometen en la Constitución Nacional y que merecen y reclaman quienes hoy habitan el suelo argentino. Éste es nuestro principal imperativo de actuación, de cara al futuro inmediato: dar respuestas verdaderas a las necesidades de niñas, niños y adolescentes, a las familias y todos sus integrantes. Ya no hay excusas: las leyes de protección de la niñez y adolescencia están, los organismos públicos también; falta cumplir “en serio” con el compromiso y actuar en consecuencia; porque las urgentes demandas de carácter social, económico y civil aún pendientes de atención, no pueden ni deben soslayarse más. “Los niños primero”.<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup>**Loyarte, Dolores**, “Efectividad del principio de desjudicialización. Roles administrativos y judiciales”, en T. II., “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial”, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, 2018, Buenos Aires.

De este modo, y compartiendo lo dicho por Loyarte, no debiera ser necesaria ninguna ley más. Sólo hace falta decisión.

Aún así, y en caso de que no avancemos en la efectivización de los derechos, en este caso en particular, el de NNA a ser escuchados, considero que crear un instrumento de actuación, una guía orientativa es una acción concreta, una medida estatal orientada a la efectivización del derecho consagrado, que necesitará su política pública correspondiente, que debería ser que el organismo específico de gestión de mediación implemente la capacitación particular para esta materia de los mediadores, el otorgamiento de salas apropiadas, etc. Asimismo debería implementarse la coordinación con el sistema judicial, la articulación de las actuaciones con los juzgados de familia, la implementación de equipos interdisciplinarios y todas las medidas conducentes a lograr la plena participación de los NNA en los procesos que los involucren. Es de mi parecer, que esta etapa es materia pertinente del Poder Ejecutivo.

#### **VI.2. Fundamentos para establecer una guía o pautas de actuación.**

Pueden encontrarse diversos fundamentos para la creación de un instrumento guía para la escucha de NNA en mediación. Entre ellos, de tipo jurídicos, como ser la economía procesal; la desjudicialización de los problemas sociales; cambiar aspectos sustantivos, administrativos y judiciales para adecuarnos a nuestras leyes estableciendo mecanismos concretos. De naturaleza social, cambiar la visión del niño y de los padres respecto de los derechos que asisten a estos últimos; comenzar a acercar a los NNA a sus derechos, incluso desde la escuela, lo cual sería incluso conveniente para complementar una reforma educacional, en la cual se eduque a los niños en los sistemas alternativos de resolución de conflictos; concientizar a la sociedad en general de este paradigma de protección integral de derechos de NNA que es diferente al anterior (proteccionista, tutelar) a fin de que la sociedad haga suya la ley. De política legislativa, por ejemplo la coordinación de las normas vigentes; la aplicación efectiva de lo plasmado en la ley.

## VII. Conclusiones

Este trabajo es el resultado de la colaboración de mediadores, abogados y jueces, así como de profesionales del derecho y de la psicología, conocidos y desconocidos, que me brindaron sus aportes y tiempo, tanto al contestar generosamente las entrevistas, como al asesorarme, informarme, mantener diálogos, debates e intercambio de opiniones para que pudiese transcribir mi parecer de lo recibido. Y, a todos ellos, les agradezco inmensamente porque gracias a su participación y compromiso puedo realizar el presente trabajo. Amén de la confianza que me han brindado al contarme sus experiencias.

Inicié esta tesina sugiriendo tres hipótesis. La primera estuvo referenciada en el sentido de que los mediadores de la provincia de Santa Fe veían la necesidad de citar a NNA a mediación a fin de hacer efectivo el derecho de NNA a ser escuchados. De las respuestas obtenidas obtuve la confirmación a tal hipótesis. Tanto si lo consideraban en atención al resguardo del derecho del NNA a ser escuchado como si lo consideraban en aras a la dilucidación del conflicto lo cierto es que consideran pertinente la participación de NNA y que además, de las experiencias relatadas, están siendo confrontados con tal situación.<sup>1</sup>

También es cierto que, a la hora de obrar, responden de manera diversa. Una de las razones a este obrar dispar lo encuentro en la respuesta a la pregunta N°2, cuando les consulté si se consideraban facultados para la convocatoria de NNA a mediación. No hubo respuestas unánimes. Incluso, entre quienes compartían la visión de que sí están habilitados para ello, las argumentaciones no eran concordantes. Esta falta de certidumbre respecto de las facultades actuales del mediador prejudicial en la provincia de Santa Fe respecto de una temática tan relevante como la escucha de NNA debiera hacernos profundizar en el tema. La mirada del mediador está atravesada por la naturaleza misma de la mediación. Entonces es probable que, a la hora de encontrar los fundamentos a sus facultades, el mediador analice otros aspectos más allá de los estrictamente legales. Esta particular visión creo que es la que hace que exista diferencia entre las respuestas obtenidas de mediadores y abogados ante la misma pregunta.

Si bien mayoritariamente consideran que NNA deben ser citados, consultados acerca de si advirtieron la necesidad de convocarlos en alguna ocasión también mayoritariamente respondieron que no (pregunta N° 3). Esto me hace concluir en la falencia del sistema y consecuentemente en la “esfumación” del derecho del NNA a ser oído en la práctica. La falencia del sistema, debido a que si los mediadores contaran con las herramientas que enumeraron, a modo de parámetros, sí citarían a los NNA. Incluso, muchos no se plantearían cuestiones como el consentimiento previo de los padres. Porque también, a raíz de las respuestas, se deduce que, o bien, se encontraron con oposición de los padres intervinientes en la mediación cuando el mediador propuso citar al NNA, o de los abogados patrocinantes (quienes asesoran a los padres), entre otros motivos.

La quinta pregunta, respondida masivamente en negativa, significa, a mi entender, que, si bien consideran que es necesario citar al NNA a mediación, no logran actuar en el sentido de su convicción por diferentes factores. Entre ellos, como se ha señalado a lo largo del trabajo, la falta de infraestructura necesaria para la intervención de NNA en esta etapa, la falta de preparación específica y fundamentalmente la falta de certeza sobre las facultades que tendría el mediador en la situación concreta. En mi opinión, el mayor obstáculo es la falta de certeza sobre la habilitación de la norma respecto de su actuación. El sistema de mediación vigente se encuentra fuera del ámbito del Poder Judicial y la desconexión existente entre lo que va sucediendo en la mediación y la etapa judicial, que es necesariamente posterior, sin una coordinación, sin comunicación concomitante, genera aún más desamparo en el mediador. Por ello, insisto, considero sería adecuado, de corresponder, establecer unas guías de actuación, entre otras medidas, para lograr efectivizar el derecho del NNA a ser escuchado en sede administrativa y/o establecer un microsistema particular para la escucha de NNA, una especie de mediación familiar específica para la participación de NNA.

Se evidencia el compromiso de muchos mediadores que tienen presente el derecho a ser oídos de NNA y que, debido a ello, intentan hacer efectivo el

mismo en la práctica, bajarlo a la realidad. Con ese objetivo es que están citando a los NNA, proponiéndoselo a los padres.

El objetivo es loable así como toda medida tendiente a ello.

Ello no obsta a que pueda homogeneizarse el criterio respecto a la escucha de NNA en mediación.

No sólo por la disparidad de actuación entre mediadores sino también por las diferentes repuestas que pueden recibir de abogados patrocinadores y padres.

También porque sería prudente establecer ciertos parámetros para la convocatoria de NNA. Así como implementar definitivamente la forma de designar al Abogado del niño.

Que además se necesitará una estructura adecuada, tal vez un lugar debidamente acondicionado, es cierto, pero, mientras tanto, puede comenzarse con la implementación del derecho con pequeñas medidas hasta que se logre definitivamente efectivizar el derecho y realizar una verdadera coordinación entre la actuación administrativa y la judicial. A fin de que la mentada desjudicialización del conflicto adopte plena eficacia. De manera de plasmar los logros legislativos en logros eficaces.

Recordemos que la Convención de los Derechos el Niño establece, en el art. 12, que el niño tiene derecho a ser “escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño” y la Observación General N° 12 aclara que “ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias como la mediación o el arbitraje”.

Respecto de los abogados entrevistados la hipótesis planteada fue que los abogados de parte de la provincia de Santa Fe no advierten la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación prejudicial instaurado en la provincia de Santa Fe.

De las respuestas no he podido confirmar esta hipótesis sino más bien lo contrario. Sobre todo con argumentos de basamento legal los abogados entrevistados, en su mayoría, estuvieron de acuerdo en que los niños sí deben ser oídos en mediación.

También, que los mediadores se encuentran hoy ampliamente facultados para convocar a los mismos. Su mirada es desde un punto de vista procesal, legal, y de armonía normativa. La confirmación está dada en la pregunta N°5, relativa a si el NNA debería tener su propio abogado, cuando responden que sí porque el derecho a ser oído es antes que nada una garantía procesal. Es decir, su óptica desde el derecho los hace ver el aspecto procesal y consecuentemente la necesaria coordinación de las normas. Desde este punto de vista es claro que el mediador se encuentra plenamente facultado para la escucha de NNA así como que es innecesaria toda otra normativa reguladora.

Recordemos además que el derecho es del NNA y, como tal, trasciende lo que respectode él se pretenda hacer.

La hipótesis planteada respecto de los jueces de familia de la provincia de Santa Fe fue que no advierten la necesidad de convocar a los niños, niñas y adolescentes al proceso de mediación prejudicial instaurado en la provincia de Santa Fe. En este sentido mi hipótesis ha sido confirmada. Considero que la óptica desde la que se analiza la pregunta es fundamental. Y así es como los mediadores, debido al contacto directo con las diferentes situaciones de familia, debido a la naturaleza intrínseca de la mediación como forma de acercamiento de las partes, en un ámbito descontracturado, como medio de analizar las cuestiones por las que atraviesa la familia, consideran que los NNA deben ser citados dado que son parte integrante de la familia y como tal de las situaciones que los vinculan. Los abogados de familia también consideran que los NNA deberían ser citados a mediación en cuestiones en que se los vinculan directamente o indirectamente pero lo hacen desde su particular punto de vista que es el estrictamente legal. Es así que, en resguardo de la protección integral otorgada a NNA en todo el marco normativo, no habría obstáculo para que la escucha se realizara en sede prejudicial. Los jueces, como últimos garantes de todo un proceso, que iniciará con una mediación, entienden que las garantías están plenamente resguardadas porque como red protectora se encuentra el Poder Judicial. Entonces, desde este punto de vista, no es advertida la necesidad de que el NNA sea escuchado en sede prejudicial. Además, los jueces, entiendo que, debido al caudal de experiencia en procesos con NNA, advierten situaciones que no pueden todavía

vislumbrarse en sede prejudicial. En este sentido, han manifestado tener resguardo respecto de situaciones en las que se colocarían a los niños a que decidan cuestiones que corresponden a los padres. De las opiniones que me han compartido insisten en analizar la conveniencia de convocar a NNA a mediación prejudicial. Entiendo que se intenta tener precaución a fin de que, bajo el amparo del derecho del NNA a ser oído, se enmascaren situaciones de familia en las que los NNA quedarían subsumidos sin tener que ser parte de tal situación.

Creo, finalmente, en mi humilde opinión, que se vulneran varios derechos, entre ellos, el de ser oído, si el NNA no es escuchado en mediación. Sea directamente o a través de su propio representante. A fin de implementar nuestro vasto ordenamiento jurídico “la Voz” del niño debe estar presente en la mediación. Que se plasme. Si es necesario instrumentar la intervención del Abogado del Niño, que así sea. Pero seguir dejando librada a la suerte, ya sea, por el mediador que le toque (por sorteo) o por los padres que haya tenido en suerte, su escucha, en etapa prejudicial, no es ciertamente la mejor garantía de que el derecho es cumplido. Que el sistema tiene falencias, es cierto y que, así como está, es riesgoso abrir la posibilidad sin más, también es cierto, pero que quede claro que el NNA tiene sus derechos y debe saberlos. Si los propios participantes desconocen las facultades y limitaciones de la actuación en mediación imaginemos en qué situación están los NNA.

Por otro lado, el derecho del NNA tiene como contracara la obligación del Estado de garantizar su cumplimiento. Este “feedback”, debiera ser una hamaca, en continuo balance, entre el derecho del NNA y la obligación del Estado.

**Silvina Edith Arizaga.**

## **Bibliografía**

1. **Aiello de Almeida, María Alba**, “El interés Superior del Niño. Necesidad de su objetivación”, Material de la Maestría en Mediación. Asignatura VIII. Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.
2. **Aiello de Almeida, María Alba, Almeida, Mario**, “Intervención de los menores en la mediación”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura VIII, Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.
3. **Aiello de Almedia, María Alba**, “Mediación familiar”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura VIII, Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.
4. **Alarcón Cañuta, Miguel**, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5853816.pdf>
5. **Beloff, Mary**, “Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano”, Editorial Hammurabi, 2018, Buenos Aires.
6. **Bolaños Cartujo, Ignacio**, “Mediación Familiar, Responsabilidad y Poder”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura VIII, Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.
7. **Bustelo, Daniel**, “El Proceso de Mediación y sus técnicas. La Mediación. Claves para su comprensión y práctica”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura I, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición Argentina.
8. **Cillero Bruñol, Miguel**, “El interés superior en el marco de la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño”, Disponible en: <http://www.iin.oea.org/cursosadistancia/elinteressuperiordelniño.pdf>
9. **Código Civil y Comercial de la Nación**, editorial Erreius, 1º edición, 2018, Buenos Aires.

10. **Contreras Saronic, Oscar**, “Los niños en mediación familiar. ¿Objetos de protección o sujetos de derecho?”, Disponible en: [www.oocities.org/suares/publicaciones.htm](http://www.oocities.org/suares/publicaciones.htm)
11. **Convención sobre los Derechos del Niño**, Constitución Nacional, editorial Astrea, 6° edición actualizada y ampliada, 1996, Buenos Aires.
12. **Felibert, María Paola**, “Los niños en la mediación: ¿tienen la palabra?”, Revista El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, 24/08/2016, año LIV, 2016, Buenos Aires.
13. **Fernández, Silvia Eugenia**, “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial”, editorial AbeledoPerrot, 2018, Buenos Aires.
14. **Figueredo, Ana del Carmen**, “Derecho del Niño a ser oído y participar en los procesos judiciales”, disponible en: [www.juscorrientes.gov.ar/wp.content/uploads/pdf/elderechoaseroido.pdf](http://www.juscorrientes.gov.ar/wp.content/uploads/pdf/elderechoaseroido.pdf).
15. **Grosman, Cecilia**, “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo”, Tomo I, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires.
16. **Highton, Elena, Álvarez, Gladys, Gregorio, Carlos**, “*Resolución alternativa de disputas y sistema penal*”. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
17. **Ley Provincial N° 12967**, de Promoción y Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes de Santa Fe, publicada en B.O. 22/04/2009.
18. **Ley de Mediación N° 13151**, decretos reglamentarios 1747/2011, 4688/2011, 1612/2014 de la Provincia de Santa Fe.
19. **Ley Nacional N° 26061**, de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, promulgada 21/10/2005.
20. **Ley Nacional N° 23849**, Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, publicación B.O. 22/10/1990.
21. **Loyarte Dolores**, “**Efectividad del principio de desjudicialización. Roles administrativos y judiciales**”, enT. II, “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva

constitucional, legal y jurisprudencial”, Tomo II, editorial AbeledoPerrot, 2018, Buenos Aires.

22. **Panatti, Virginia, PenniseIantorno de Machado, Ma. Soledad**, “*Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial*”, Revista de Familia. DFyP, Año VIII, N° 1, 2016, Buenos Aires.
23. **Protocolo de Buenas Prácticas para la escucha de Niños y Adultos en los Procesos de Familia de la provincia de Entre Ríos**, Disponible en: [www.jusentrerios.gov.ar/protocolodebuenaspracticaspalaraescuchadennyaa](http://www.jusentrerios.gov.ar/protocolodebuenaspracticaspalaraescuchadennyaa)
24. **Rodríguez, Laura**, “*El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*”, Disponible en: [www.apadeshi.com/elderchoaseroidoyladefen.htm](http://www.apadeshi.com/elderchoaseroidoyladefen.htm)
25. **Vigo, Fiorella**, “*El Derecho del niño a ser oído en la justicia de familia*”, Disponible en: [www.nuevocodigocivil/elderechodelniñoaseroidoenlajusticadefamiliaporfiorellavigo](http://www.nuevocodigocivil/elderechodelniñoaseroidoenlajusticadefamiliaporfiorellavigo)

---

ANEXO I

**ENTREVISTA A MEDIADORES**

**Nombre y Apellido:**

**Profesión:**

**Años de ejercicio como mediador/a:**

**Lugar de ejercicio de la profesión:**

Esta entrevista se realiza en el marco de la Maestría en Mediación. Universidad de Alcalá de Henares. Entidad Colaboradora: Equipo IMCA Asociación Civil. Departamento de Ciencias de la Educación. Unidad de Ciencias Sociales y Jurídicas.

Tema: **Derechos del Niño.**

Tesina titulada: **¿Niños/niñas y adolescentes en una mediación prejudicial?**

- ¿Considera que los niños cuyo conflicto los involucra directa o indirectamente deben ser citados a la mediación? ¿Cuál sería el parámetro a seguir para citarlos?
- ¿Cree que el mediador posee facultades para convocar a niños/as/adolescentes a una mediación de temas de familia dentro del sistema de mediación prejudicial vigente? En su caso, ¿cómo los citaría?
- En su experiencia, ¿le ha ocurrido advertir la necesidad de convocar a una niña/o/adolescente a la instancia de mediación de un tema de familia? En su caso, ¿lo ha hecho? ¿Qué lo motivó a ello? ¿Cuál fue el resultado?
- ¿Le ha sucedido de advertir que el conflicto ventilado en la mediación ocultaba una realidad que no se decía? En ese caso, consideró la participación de los niños? ¿Qué haría si advirtiera esa situación?

- Si no ha convocado a ningún niño/a la mediación, ¿cuál ha sido el motivo? ¿Lo haría en el futuro? Si la respuesta es positiva, ¿cuáles serían las condiciones necesarias a su entender?
- ¿Consideraría la participación del Abogado del Niño en caso de que el niño fuese invitado a la mediación? Razones para su respuesta.
- En la provincia de Entre Ríos se ha dictado recientemente un “Protocolo de Buenas Prácticas para la escucha de niños/as/adolescentes en los procesos de familia”(reglamentario de los arts. 12 de la CDN; 24, 27 de la Ley 26061; arts. 26, 103 y 707 del CCyCN y ar. 17 de la Ley 9861)”. ¿Le parecería útil que existiese un protocolo o pautas de actuación para la intervención de los niños en la mediación prejudicial en esta provincia? Razones para su respuesta. ¿Cree que cambiaría en algún modo su intervención en las mediaciones familiares en las que los niños se encuentran involucrados? Razones para su respuesta.
- ¿Cree que se vulnera algún Derecho si el niño/a/adolescente no es convocado a la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente?
- ¿Cree que se vulnera algún Derecho si el niño/a/adolescente no es patrocinado en la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente?
- ¿Qué observaciones adicionales quisiera compartir sobre esta temática?

---

**ANEXO II**  
**ENTREVISTA ABOGADAS/OS**

**Nombre y Apellido:**

**Profesión:**

**Años de ejercicio como abogado/a:**

**Lugar de ejercicio de la profesión:**

Esta entrevista se realiza en el marco de la Maestría en Mediación. Universidad de Alcalá de Henares. Entidad Colaboradora: Equipo IMCA Asociación Civil. Departamento de Ciencias de la Educación. Unidad de Ciencias Sociales y Jurídicas.

**Tema: Derechos del Niño.**

**Tesina titulada: ¿Niños/niñas y adolescentes en una mediación prejudicial?**

- ¿Ha concurrido a alguna mediación de un tema de familia en la que el mediador convocara a alguna niña/o/adolescente directamente involucrado en el conflicto a tratar? En tal caso, ¿cuál es la opinión sobre el efecto de la participación de la niña/o/adolescente?
- ¿Cree que el mediador posee facultades para convocar a niños/as/adolescentes a la mediación prejudicial vigente? Razones para su respuesta.
- En caso afirmativo, ¿cómo deberían ser citados? ¿Cree que el mediador/a podría hacerlo aún contra la voluntad de los padres/tutores/representantes legales? ¿Desde qué edad consideraría apropiada la participación?
- Si un niño fuese convocado, ¿Ud lo patrocinaría? Razones para su respuesta.
- ¿Considera que el niño debería tener su propio abogado/a? Razones para su respuesta.

- En la provincia de Entre Ríos se ha dictado recientemente un “Protocolo de Buenas Prácticas para la escucha de niños/as/adolescentes en los procesos de familia”(reglamentario de los arts. 12 de la CDN; 24, 27 de la Ley 26061; arts. 26, 103 y 707 del CCyCN y ar. 17 de la Ley 9861)”. ¿Le parecería útil que existiese un protocolo o pautas de actuación para la intervención de los niños en la mediación prejudicial en esta provincia? Razones para su respuesta.
- ¿Cree que se vulneraría algún Derecho si el Niño no es convocado a la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente? Razones para su respuesta.
- ¿Qué observaciones adicionales quisiera compartir sobre esta temática?

---

ANEXO III

**ENTREVISTA A JUECES**

**Nombre y Apellido:**

**Cargo:**

**Lugar donde ejerce:**

Esta entrevista se realiza en el marco de la Maestría en Mediación. Universidad de Alcalá de Henares. Entidad Colaboradora: Equipo IMCA Asociación Civil. Departamento de Ciencias de la Educación. Unidad de Ciencias Sociales y Jurídicas.

Tema: **Derechos del Niño.**

Tesina titulada: **¿Niños/niñas y adolescentes en una mediación prejudicial?**

- ¿Qué opinión le merece la intervención de los niños/as/adolescentes en las mediaciones prejudiciales donde se ventilan cuestiones que los involucran directa o indirectamente?
- En caso de estar de acuerdo en la participación de NN/AA en la mediación prejudicial, ¿cuál sería el parámetro a seguir para su participación? ¿Considera que debería haber algún tipo de regulación/reglamentación especial para ello?
- ¿Considera que los mediadores están facultados para convocar a niños/as/adolescentes a una mediación de temas de familia dentro del sistema de mediación prejudicial vigente?
- ¿Considera que en las mediaciones prejudiciales están dadas las condiciones para la escucha del NN/AA?

- ¿Cree que se vulnera algún Derecho si el niño/a/adolescente no es convocado a la mediación en la que se ventilan cuestiones que lo vinculan directa o indirectamente?
- En la provincia de Entre Ríos se ha dictado recientemente un “Protocolo de Buenas Prácticas para la escucha de niños/as/adolescentes en los procesos de familia”(reglamentario de los arts. 12 de la CDN; 24, 27 de la Ley 26061; arts. 26, 103 y 707 del CCyCN y ar. 17 de la Ley 9861)”. Si bien el mencionado Protocolo está dado para la escucha de NN/AA en los tribunales, ¿le parecería útil que existiese un protocolo o pautas de actuación para la intervención de los niños en la mediación prejudicial en esta provincia? Razones para su respuesta.

---

## ANEXO IV

### **PROTOCOLO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS (Reglamentario de los arts.12 de la CDN; 24,27 de la Ley 26.061; arts.26, 103 y 707 del CCyCN y art. 17 de la Ley 9861).**

1.- **ÁMBITO DE APLICACIÓN:** El presente protocolo será de aplicación obligatoria para todos los tribunales de la provincia de E.R, en los procesos de familia en los que deban ser escuchado niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA) por intereses jurídicos propios, conforme su edad y grado de madurez, la que se determinará de conformidad a lo previsto en el art. 3 y sin perjuicio del conocimiento directo que normas especiales requieren por parte de la Magistratura respecto de NNA que no reúnan tales condiciones.

2.- **PRINCIPIOS RECTORES:** El interés superior de NNA, es el parámetro interpretativo y rector de todas la decisiones que se tomen en los procesos en los que sus derechos se encuentran involucrados, por lo que, a fin de su efectiva concreción, las prácticas relacionadas con su escucha, deberán contemplar, a su vez, los siguientes principios y reglas correlativos:

- a) El NNA es sujeto de derecho y no objeto de prueba.
  - b) Se deberá resguardar la privacidad de NNA, a quien se le deberá dispensar un trato digno y comprensivo, evitando indagar sobre aspectos reservados a su intimidad y brindando protección del eventual sufrimiento que pudiera experimentar, por o en ocasión de su escucha
  - c) Reconocer que todo NNA tiene capacidad para formar su propia opinión y que tiene derecho a expresarla, libremente. La magistratura deberá verificar que el NNA se encuentra en condiciones de formarse su propio juicio cuando lo estime necesario o cuando tal circunstancia se cuestione.
-

d) En respeto a la dignidad de NNA y en resguardo de toda forma de discriminación, en su escucha, deberán ser tenidas especialmente en cuenta, su edad, género, etnia, condición personal, evitando, en la medida de lo posible, perturbar su cotidianidad, debiendo, para ello, efectuarse los ajustes necesarios.

e) Informar con claridad a NNA sobre su derecho a expresar su opinión, los efectos que tendrá en el proceso y que tiene derecho a recibir asesoramiento legal.

f) Hacer efectivo el derecho de NNA a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, informándole el resultado del proceso y cómo se tuvieron en consideración aquellas.

3.- CITACIÓN DE NNA PARA SU ESCUCHA: Se citará a NNA para su escucha, al domicilio en que se encuentre residiendo, mediante notificación redactada en términos claros y sencillos, evitando tecnicismos y en la que se consignará que comparecer es un derecho, no un deber, además del día, hora y lugar de la audiencia. A tal fin se utilizarán formularios similares en toda la provincia. Salvo circunstancias excepcionales, la diligencia será notificada con una antelación de al menos 72 horas. A fin de hacer efectivo su derecho, cuando la Magistratura advirtiera interferencias a su ejercicio,

podrá disponer que NNA sea anoticiado de la diligencia por intermedio de un integrante Equipo Técnico o por otra forma que considere apropiada.

4- ENCUADRE DE LA ESCUCHA DE NNA POR LA MAGISTRATURA: A fin de evaluar el grado de madurez de NNA, sus condiciones emocionales y subjetivas para expresar libremente su opinión, la Magistratura podrá solicitar a integrantes del ETI un informe diagnóstico, debidamente fundado, el que deberá tener en cuenta las previsiones del art. 2 inc. c) del presente Protocolo, y sugerir, en su caso, la modalidad de la escucha.

Si a su criterio no está en condiciones de mantener una audiencia con la Magistratura, informarán inmediatamente los motivos por los cuales adoptan esa recomendación e indicarán si la diligencia a su juicio puede ser realizada en el futuro,

precisando si fuere posible el tiempo estimativo en que tal circunstancia probablemente acontecerá. Podrán sugerir la derivación a tratamiento psicológico cuando lo crean conveniente. En dicho caso, la Magistratura podrá suspender el acto y fijar nueva fecha de audiencia, que comunicará en ese mismo acto, además de ordenar la derivación recomendada.

5- ENTREVISTA VIEDOGRABADA CON LA MAGISTRATURA: En caso de haberse efectuado previamente, un informe diagnóstico por el ETI, se agregará, o el mismo podrá realizarse in voce previo a la audiencia. La Magistratura procederá a la escucha de NNA, con la presencia de quien represente al Ministerio Público, del/la abogado/a de NNA, en caso de tenerlo, o de una persona de su confianza, cuando NNA así lo solicite y

del/la profesional de la psicología a o integrante del ETI, si la Magistratura lo considerare oportuno.

A tal fin, se deberán garantizar condiciones adecuadas para que NNA pueda expresarse libremente, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades.

La Magistratura deberá informarle en primer lugar, en un lenguaje coloquial y sencillo, acorde a su edad y desarrollo psico evolutivo, evitando formalismos, el motivo de su presencia en el Juzgado y que la audiencia será video-grabada, las garantías mínimas procesales con las que cuenta (art. 27, ley 26061) y el rol del Ministerio Público (art. 103 del CCN). Que es un derecho y no un deber suyo opinar sobre los asuntos que le afecten, así como la importancia de su opinión para la resolución que se adopte.

Una vez que NNA exprese su consentimiento se encenderá el sistema de video-registración con el fin de grabar la entrevista.

Luego mantendrá un breve diálogo sobre sus actividades e intereses y sobre aquellas cuestiones que puedan llevar a conocer su opinión sobre el objeto del juicio.

Cuando lo considere necesario, la Magistratura, en cualquier momento del trámite, o a sugerencia del/la profesional de la psicología, podrá suspender o postergar la diligencia, únicamente en razón de la protección de la salud psicológica del NNA.

6.- CIERRE: Previo a finalizar, la Magistratura preguntará al NNA sobre sus expectativas a futuro, es decir, lo que quisiera que pase en relación a los temas tratados, dando lugar a que exprese sus deseos en relación a los mismos y evacuando sus consultas al respecto. Por último, agradecerá al NNA su colaboración y le preguntará si desea que la audiencia se mantenga reservada, aún para las partes – explicándoles cuales son- dejando constancia en el acta de lo que peticione al respecto.

Concluida la audiencia y habiéndose retirado NNA de la Sala, la Magistratura podrá solicitar al/la profesional del ETI interviniente, alguna aclaración o interpretación acerca de lo que haya manifestado NNA, de lo que también se dejará constancia video registrada.

7.- DURACIÓN DE LA DILIGENCIA: La Magistratura evitará todo tipo de demora en la realización de la diligencia. NNA permanecerá el menor tiempo posible en Tribunales, concurriendo al sólo propósito de participar en la audiencia. Deberá evitarse convocar a audiencia a los referentes adultos del NNA, el mismo día que la escucha a este último tenga lugar. En caso de que por razones de celeridad y economía procesal, excepcionalmente, la agenda del organismo tenga previsto ese día algún trámite en el que deba participar el/la referente adulto/a que lo/a acompañe en la ocasión, deberá requerirle a éste que concurra acompañado/a de otra persona referente de confianza del/la NNA, para que pueda retirarse inmediatamente luego de su escucha. Se procurará asegurar la permanencia de NNA el tiempo estrictamente indispensable, que se intentará no sea superior a 40 minutos en total, salvo circunstancias excepcionales que se harán constar en el acta respectiva.

---

8.- CONFIDENCIALIDAD: De los videos no se darán copias ni serán remitidos a otros organismos judiciales, salvo a la Fiscalía con competencia penal, si del contenido surge la posible comisión de un delito perseguible de oficio. Podrán ser consultados sus contenidos por letrados/as de las partes, representantes del Ministerio Público e integrantes del ETI en la sede del juzgado. A tal fin se acondicionará un escritorio con PC , siendo supervisado por personal del juzgado, estando prohibida la utilización de pen drive o soporte o dispositivo alguno. Sólo podrán auxiliarse el/la consultante de elementos para anotar en forma manuscrita. Será falta grave extraer copias o difundir el contenido. Por motivos fundados en los derechos a la intimidad, integridad física o salud psicológica del NNA la Magistratura ordenará, de oficio o a pedido de parte interesada, la reserva absoluta del registro, y el plazo de la medida.

9.- EXCEPCIONALIDAD DE NUEVA DECLARACIÓN: Con la finalidad de evitar supuestos de violencia institucional, salvo pedido expreso de NNA o cuando se modifiquen las circunstancias de hecho imperantes a la época de su escucha, no podrá ser citado/a nuevamente al proceso en cualquier instancia. En tales casos se guardarán las formalidades establecidas en los puntos anteriores y se contará con previo dictamen favorable a la escucha del ETI.

10.- GRUPOS DE HERMANOS: NNA comprendidos/as en el art. 1 que compongan grupos de hermanos/as podrán ser entrevistados/as en principio en forma conjunta, salvo sugerencia contraria del ETI interviniente en el caso, por advertir posibles o reales intereses

contradictorios entre ellos/ellas o alguna cuestión particular que impida potencialmente su libre expresión.

11.- TRÁMITES EN LOS QUE ES OBLIGATORIA LA ESCUCHA: será obligatorio para la Magistratura proceder a dar posibilidad a que NNA mencionados/as en el art. 1 sean escuchados/as en la forma detallada en los artículos anteriores en cuestiones en las que se decida como cuestión principal o incidental a

alguna de las siguientes: cuidado personal, régimen de adecuada comunicación con progenitores/as, parientes o terceras personas con interés legítimo, autorización para viajar al exterior, restitución internacional de NNA, tutela, declaración en estado de adoptabilidad, guarda pre-adoptiva, juicio de adopción, autorización judicial para contraer matrimonio, medidas cautelares de atribución del hogar familiar, delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, guarda otorgada a un/a pariente, medidas de protección excepcionales, procesos de restricción de capacidad de las personas en cuestiones que sean de su directo interés. En los demás juicios que involucren sus intereses, especialmente de carácter no contenciosos donde se homologuen acuerdos entre progenitores/as, sea en un proceso de divorcio o en otro trámite independiente, no será necesaria la escucha de NNA, a menos que lo solicite, o que la Magistratura o el Ministerio Público advierta un conflicto de intereses con sus progenitores/as o que se propician soluciones lesivas a su interés superior.

---