

INFORME

Intervención de los niños/as y adolescentes en el proceso de mediación

RESUMEN

Entre los asuntos de familia conocidos por los mediadores/as, las causas relativas al cuidado personal y a la relación directa y regular representan un alto porcentaje. La complejidad de estos casos y la necesidad de los mediadores/as de realizar una labor asertiva dentro del proceso de mediación, ha sido lo que ha suscitado el debate de si la inclusión de los niños, niñas y adolescentes es conveniente o no. Asimismo, existe un mandato legal para los mediadores/as en torno a tomar en consideración el interés superior del niño, niña y adolescente en el curso de la mediación, de ahí la importancia de dar contenido al principio y de llegar a consensos al respecto.

Introducción.

Comenzaremos este informe revisando algunos conceptos de importancia.

1) Concepto de niño/a.-

No existe una definición constitucional, pero la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, en su artículo 16 y 105 letra e) regula varios aspectos importantes para el mediador.

*“Art 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. **Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.**”*

Este artículo contempla dos conceptos importantes: el concepto de niño/a y de interés superior del niño/a. Aquí hay un claro avance en nuestra legislación debido a que antiguamente las leyes se referían a los niños/as con la palabra “menor” lo que es un concepto en relación a otro (“A los mayores”).

En consecuencia, a la luz de nuestra legislación podemos definir **niño/a como todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.**

2) Interés Superior del Niño/a

No existe una definición en el artículo, **pero si una referencia al ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.** Siguiendo a Alejandra Cid en su libro “Tratado de la Tuición y Derechos del Niño” podemos decir que este principio tiene las siguientes características: ¹a) Es una garantía, ya que toda decisión que concierne al niño/a debe considerar en primer lugar sus derechos. b) Es de una gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y por supuesto a los padres. c) Es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos. d) Es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia.

El artículo 105 letra e) define el principio “interés superior del niño” aludiendo a la inclusión de los hijos en el proceso de mediación: *“e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, **pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.**”*

3) Convención de los Derechos del Niño/a

Es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Desde 1989, los niños y niñas tienen una Convención destinada a ellos, basado en que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos

¹ Cid Droppelmann, Alejandra. “Tratado de la tuición y derechos del niño”. Editorial parlamento, 2005, Santiago de Chile.

humanos básicos que disfrutaran los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.²

Al aceptar las obligaciones de la Convención el gobierno de Chile se ha comprometido a proteger y asegurar estos derechos y ha aceptado que se le considere responsable de este compromiso ante la comunidad internacional.

En este punto cobra importancia el cómo la sociedad está preparada para interpretar esta norma internacional y en cómo se hacen efectivos estos derechos. A modo de ejemplo citamos la opinión de Pietro Barcellona que señala que *“Se puede afirmar que si se convocara un referéndum popular para el reconocimiento del “derecho” de los niños a crecer en las condiciones adecuadas y a desarrollar su personalidad emocional e intelectual, con toda seguridad el ciento por ciento de las respuestas serían afirmativas. No sólo porque el tema de los niños es de los que despiertan los buenos sentimientos sino porque sería difícil sostener lo contrario. No obstante, este derecho, que existe así en la consciencia de la gente común, no puede ser realizado “jurídicamente”. El legislador puede aprobar una ley que sancione el carácter fundamental de este derecho, pero ello no cambia en nada la realidad³”*.

Al respecto cabe señalar que la mediación es un lugar mucho más flexible que el escenario legal, por lo que es más fácil “deconstruir construcciones sociales acerca de la infancia”. Una construcción social que impera es la percepción de que los niños/as son vulnerables en el mundo adulto, que son incompetentes y que deben ser protegidos de todo riesgo potencial que se les presente. Al

² <http://www.unicef.org>.

³ Pietro Barcellona, Estrategia de Derechos y Democracia, en: Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social, Editorial Trotta, 1996, página 105 y siguientes.

respecto Alan Campbell⁴ señala que *“La percepción universal de que los niños son incompetentes o necesitados de la significativa protección de los adultos, promueve su marginalización, separándolos del mundo de los adultos y negándoles oportunidades para participar en cuestiones que les atañen (Danaher, Schirato & Webb, 2000; Fine, 1994; Kendall & Wickham, 1999; Sawicki, 1991). Los resultados de la investigación sugieren que los niños pueden ser más competentes y menos vulnerables que lo que los adultos perciben. (Smith & Taylor, 2003)”*.

Por lo anterior es que en la práctica existen los que creen que los hijos son objetos de protección y tienden a excluirlos de los procesos de mediación en pro de evitar que se enteren de los problemas de “los mayores”. Por otra parte están los que ven en la mediación el escenario perfecto para que éstos participen de una manera segura, debido a lo desformalizado del proceso- a diferencia del judicial- y lo educativo que puede llegar a ser para ellos el participar de una solución pacífica de un conflicto que les afecta directamente. En un principio podemos señalar que la infancia y más específicamente lo que se entiende por participación de los niños/as en un momento determinado, es una construcción social en permanente replanteamiento y que está íntimamente ligada con las concepciones del mundo adulto.

PARTICIPACIÓN DE LOS HIJOS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Según lo planteado por José Cárdenas (1999)⁵, la participación de los hijos en el proceso de mediación ha sido y seguirá siendo una cuestión muy debatida la inclusión de los hijos menores de edad (niños y adolescentes) en el proceso de mediación. Hay algunas razones para afirmar que es buena:

Cumple con la ley: la Convención de los Derechos del Niño/a, establece el derecho del niño/a de ser informado y a dar su opinión en todos los procesos en que se dirime algo que le concierne,

- Personaliza al hijo.
- Posibilita que dé su opinión sobre puntos que lo afectan.
- Muestra su imagen a los padres.

⁴ Alan Campbell “Escuchando a los niños. La práctica de la mediación con niños y la Convención de la ONU de los Derechos del Niño. Revista Interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos LA TRAMA.

⁵ Cárdenas Eduardo José; La mediación en conflictos familiares; Editorial LUMEN/HVMANITAS; 2º Edición 1999.

- Muestra a los padres la imagen que los hijos tienen de ellos y viceversa.
- Permite visualizar las auténticas necesidades del hijo.
- Permite completar el “circuito” del sistema familiar.
- Permite añadir novedad.

Pero hay otras razones para afirmar que es riesgosa:

- Puede involucrar a los hijos en el conflicto más de lo que están.
- Puede oficializar que tomen partido.
- Puede permitir que hablen por otro.
- Puede que a un progenitor no le guste lo que digan y se retire de mediación.
- Se sienta no querido o descalificado por el hijo.

Para aprovechar las ventajas y eludir los riesgos de que el hijo participe en la mediación, es preferible hablar de “*participación opcional y ordenada*”.

Participación “*Opcional*”, porque siempre es una decisión traer a hijo al proceso o no. Esta decisión debe ser tomada por el conjunto: ambos padres y el mediador o la mediadora. Nadie debe sentirse obligado en un sentido u otro y, si alguien dice “no”, su posición debe ser respetada. Sólo así, con este acuerdo previo, la presencia del hijo puede cobrar sentido para él y para todos. Él no va a la entrevista a hablar mal de algunos de sus progenitores o de algún otro miembro de la familia; él no va a decir a quién quiere más ni con quién quiere vivir; él va porque el padre y la madre y el mediador o la mediadora consideran útil que participe en algún encuentro.

Participación “*Ordenada*” porque tiene un encuadre consistente y programado de antemano. En la preparación del encuadre intervienen los siguientes factores:

- La mediadora o el mediador sabe tratar con niños y adolescentes
- La presencia del hijo ha sido convenida por ambos padres y el mediador o la mediadora.
- Según la edad, madurez y protagonismo del hijo, será su participación en la escucha e información y su aporte a la mediación;
- Se pensará en el lugar donde se entrevistará al hijo (puede ser en su propia casa o en la oficina del mediador o en cualquier otro lugar apropiado; si es pequeño, habrá juegos o lápices y cuadernos para su edad);

- Se pensará y acordará con los padres si estos estarán presentes o no durante la entrevista; en caso negativo dónde estarán mientras tanto; en caso afirmativo, en qué momento de la entrevista se les hará ingresar;
- Si se trata de más de un hijo, se pensará y acordará con los padres si intervendrán todos, algunos o uno solo y si lo harán a la vez o de a uno;
- Se pensará y acordará con los padres cuál ha de ser el comportamiento de ellos durante la entrevista (por ejemplo: guardar silencio mientras el hijo habla, no rebatirlo, no presionarlo, etc.);
- Se pensará y acordará con los padres cuál será el mensaje inicial de la mediadora o el mediador a los hijos (esto depende del objetivo convenido de la intervención y del comportamiento establecido de los padres durante la entrevista);
- Se pensará y acordará con los padres el mensaje final del mediador al hijo, y
- Otras cosas que al mediador, a la mediadora o a los padres parezcan importantes.

En líneas generales se puede afirmar que cuando se tratan puntos que directa o indirectamente afectan a un hijo (dónde, cuánto tiempo y cómo va a vivir con cada progenitor, a qué escuela va a ir, a qué iglesia, etc.), la participación *opcional* y *ordenada* del hijo menor es beneficiosa para todos, siempre.

La manera de incluir al hijo debe respetar e inclusive reforzar el objetivo de la mediación familiar, que es poner a los padres en situación de conducir acordadamente la familia, en el momento de su separación como pareja. Por eso, la mediadora o el mediador debe cuidar que la participación del hijo nunca vaya contra este propósito sino que lo ayude. Para ello debe pensarse del siguiente modo:

- En la mayoría de los casos, es útil mantener la entrevista con el hijo, una vez que el mediador o la mediadora obtuvo la confianza de ambos progenitores, pero antes de que éstos hayan comenzado a tratar los temas que afectan al hijo (de este modo, aquéllos estarán conformes y tranquilos con que el hijo participe, pero éste no sentirá que está diciendo nada, sólo estará dando su opinión y recibiendo información);
- Dependiendo del caso, será conveniente que la mediadora o el mediador entreviste al hijo, a solas o no; pero si es posible que el hijo se sienta libre delante de sus padres, es mejor que la entrevista transcurra con ellos incluidos (a veces, se convendrá en que está prohibido contradecir al hijo o rectificarlo

siquiera, y se informará al hijo previamente de este compromiso de sus padres);

- El mediador o la mediadora informará al hijo sobre por qué ha sido invitado y, cuando sea verdad (esto es, en la inmensa mayoría de los casos), sobre que sus padres lo quieren mucho, aun cuando deban vivir separados y tengan ciertas diferencias sobre puntos que lo afectan;
- A veces, es bueno que el hijo sea informado, de boca del mediador o la mediadora, de que él no es el culpable de la separación y que las diferencias entre sus padres son normales y fruto del amor hacia él, no del enojo ni de la indiferencia;
- En otras ocasiones, el hijo debe saber que los padres están pasando un período de gran bronca y confusión, pero que han tenido la inteligencia y el amor suficientes como para comprometerse en un proceso que los llevará acuerdo (la mediación);
- Generalmente, es muy útil que los padres escuchen al hijo cuando éste dice que lo más importante es que los padres no se peleen ni hablen mal el uno del otro (el mediador debe alabar la inteligencia del hijo y felicitar a los padres por haberlo criado con tanta personalidad como para que se atreva a hablar de este modo);
- Habitualmente, es útil también que la mediadora o el mediador toque delicadamente los temas conflictivos haciendo al hijo preguntas directas o indirectas sobre el tema, que no lo alíen con ningún progenitor pero dejen establecidas claramente sus preferencias y razones (de todos modos el mediador habrá aclarado que el hijo no está diciendo nada);
- Esta tarea puede hacerse con todos los hermanos o medio hermanos en conjunto, pero a menudo es útil hacerlo en entrevistas separadas (sobre todo cuando un hijo aliado a un progenitor tiene poder sobre los demás);
- Cuando la mediación termina, es muy bueno recibir nuevamente al hijo, en presencia de sus padres , para que éstos le expliquen los puntos acordados (si no pueden hacerlo, el mediador o la mediadora puede ser el informante delante de los progenitores);
- Es bueno finalizar con una felicitación fundada, tanto a los padres delante de los hijos (por su esfuerzo y éxito en acordar y por su amor a los hijos y cómo los han criado), como a los hijos delante de sus padres (por los padres que tienen, por cómo los quieren, por la personalidad que tienen, por cómo están

sobrellevando el mal momento, etc.) y asegurar a todos que el futuro será bueno.

Osvaldo Ortemberg (2002)⁶, señala que el mediador deberá considerar que las partes en el proceso de mediación son los adultos y también los niños, niñas y adolescentes. Y si bien en el consentimiento de los padres para realizar la mediación debemos presumir el consentimiento de los menores, es conveniente que éstos lleguen a poder manifestarse como partes asistidos por un representante institucional. Debe tratarse de un funcionario capacitado como para brindar una asistencia directa, que implica conversar con el menor, asesorarlo, orientarlo y hacerse eco de sus intereses manifestados en ese diálogo, y no una mera representación promiscua.

El reconocimiento de la participación de los menores junto con un representante propio en las negociaciones modificaría sustancialmente el proceso de mediación. Ello facilitaría a sus padres la asunción de obligaciones hacia éstos, ya que suelen visualizarlas como obligaciones hacia el cónyuge con quién los menores conviven, generándose en esta confusión graves resistencias para aceptarlas o bien para cumplirlas luego de asumirlas.

En suma podemos concluir luego de la exposición de estos autores, que para una participación efectiva de los niños/as en la toma de decisiones que tengan que ver con su desarrollo y futuro, es necesario que existan las condiciones para que se realice de una manera efectiva su inclusión, cuidando los espacios en que se realizará el proceso de mediación, el lenguaje que se utilizará con los niños/as y excluyendo los casos en que exista coerción de los padres hacia los hijos.

⁶ Ortemberg Osvaldo Daniel; Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia; Editorial Universidad, 2002.