

LA INCLUSIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR: REFLEXIONES DESDE EL CASO NEOZELANDÉS¹

Jesús A. Valero Matas

Universidad de Valladolid

Resumen: El texto analiza la inclusión de los niños en el proceso de mediación. Reflexiona sobre ello partiendo del programa piloto emprendido por el Gobierno de Nueva Zelanda, el cual ha dado resultados positivos. Aborda el asunto desde diferentes perspectivas con el objeto de explicar los beneficios de los menores ante una incorporación en el proceso de mediación.

Palabras clave: mediación familiar, niños, conflicto familiar, divorcio, separación, Nueva Zelanda.

Abstract: The paper analyzes the inclusion of children in the mediation process. The paper thinks about it, and draws on the pilot program initiated by the Government of New Zealand, which has yielded positive results. It approaches the issue from different perspectives trying to explain the benefits to children before incorporation in the mediation process.

Key words: familiar mediation, child, familiar conflict, divorce, separation, New Zealand.

I. INTRODUCCIÓN

La mediación familiar es un proceso practicado en casi todos los países occidentales, aunque la mayoría no contempla la inclusión de los menores. Esta se lleva aplicando desde décadas en Nueva Zelanda, pero escasos seis años se abrió el debate sobre la inclusión de los niños en el proceso de mediación.

Está claro que tras 30 años de vigencia de una ley y los innumerables cambios sociales y culturales de la sociedad neozelandesa, en especial, en lo que afecta a la familia², se hacía necesaria una modificación de la ley sobre la materia, así nació la ley de 2005³. Aunque modificó algunas

cuestiones sobre familia y niños (care and protection, adopción, secuestro, etc⁴), a juicio de algunos magistrados, profesionales, asociaciones y políticos era insuficiente porque no incorporaba la participación de los niños ante un conflicto familiar. Así lo manifestaba el magistrado responsable del Tribunal de Familia, Peter Boshier en una conferencia en Wellington (2006):

“Mientras un número de reformas importantes han ocurrido en Ley de Familia, estas no tienen mayor facilidad para acceder a los mecanismos concretados en la ley, incluidas la mediación y la implicación de niños en la misma. Por lo tanto, este es el momento adecuado para tratar todas estas cuestiones excepcionales. Dichas re-

formas pueden ser la inclusión de un acceso más comprensivo del asesoramiento de los niños. Esto requerirá una enmienda legislativa”.

Siguiendo estudios realizados en otras partes del mundo (especialmente Australia, EEUU y Reino Unido) Nueva Zelanda emprendió un proyecto piloto (2005-2007) con tres objetivos bien definidos: hacer frente a los nuevos requerimientos de la mediación familiar, reducir la demanda de los servicios de asesoramiento judicial y restringir el número de casos que retornan al Tribunal de Familia para un consejo posterior⁵.

El artículo analiza desde el proyecto piloto diferentes aspectos del proceso mediador sobre las consecuencias positivas, negativas y las limitaciones impuestas por las administraciones a la inclusión de los menores. Con ello se trata de arrojar luz, sobre una cuestión tan importante en sociedades donde las separaciones o divorcios alcanzan tasas muy altas y se ven implicadas terceras personas: los niños.

II. UNAS PINCELADAS SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación no es algo novedoso, ya se practicaba en el antiguo egipcio. En Castilla y León en el siglo XVIII se busca a los prohombres para que hicieran de mediadores en litigios entre personas por asuntos de tierra y demás cuestiones.

En el pasado —no muy lejano— cuando las personas acudían a los tribunales para separarse o divorciarse y tenían hijos comunes, los jueces concedían la custodia al varón. La razón estribaba en que los niños eran considerados una unidad económica. La Declaración Universal de los derechos del niño (1959) produjo un cambio sustancial en la valoración social de los niños, dejando de ser una unidad económica para transformarse en una carga. Esto conllevó una nueva interpretación de la figura familiar del niño tanto social como judicial.

El padre deja de ser la figura trascendente pasando dicha asignación a la madre, atribuyendo a la figura materna las funciones de cuidadora y educadora. Ante esta circunstancia, los tribunales occidentales invirtieron los parámetros jurídicos y empezaron a conceder la custodia a las mujeres.

La mediación familiar en los términos actuales surge a finales de los años 70 de la pasada centuria en USA, extendiéndose posteriormente a otros países anglófonos, Reino Unido, Australia, Canadá y Nueva Zelanda. Tiempo más tarde será adoptada en la Europa continental. Ante el incremento de conflictos familiares y con acuerdo a la Convención los Derechos de los Niños (ONU 1989), la UE se adentra en la cuestión con la Recomendación R (98) donde aconseja a los Estados miembros instituir y promover la mediación familiar en aquellos países donde no existe, y mejorarla en aquellos donde se práctica. Tras la normativa de la UE, las CCAA emprenden la aprobación de sus propias leyes en la materia, la primera será Cataluña con la Ley de mediación 1/2001 de 15 de marzo y la última en aprobar legislación ha sido el País Vasco 1/2008 de 8 de febrero. No obstante algunas CCAA no han legislado sobre la materia.

El proceso de mediación es un instrumento extrajudicial donde la pareja trata de resolver sus diferencias de manera pacífica, y posteriormente plasmar en un documento legal la separación o divorcio.

En situaciones de conflicto prima la cultura ganador/perdedor, en el caso de los procesos de separación o divorcio no sujetos a la mediación está perenne esta cultura. Sin embargo, cuando la conflictividad se traslada a contextos de mediación se pasa a la cultura de ganador/ganador.

La mediación familiar requiere y promueve la *cultura del consenso* entre las partes en conflicto, definiendo el conflicto como una dificultad a resolver por las partes, evitando los enfrentamientos y plan-

teando un modelo de trabajo basado en la autodeterminación de la pareja, permitiendo alcanzar un acuerdo lo más positivo para todo el núcleo familiar.

Como apunta Parkinson (2005:86) “la mediación familiar se diferencia de otras formas de mediación no sólo porque responde a las necesidades de los adultos y las negociaciones de estos. Es un servicio que ayuda a las familias a manejar las situaciones difíciles de transición en la separación o divorcio. En consecuencia, afecta a los sentimientos como a los hechos en sí mismos, y a las necesidades de los hijos, así como a las necesidades de los padres, aunque los hijos no tomen parte directamente”.

Para Campell (2002:32) la mediación es “una opción para que los niños puedan ser escuchados sobre aquello que los concierne.”

Aquí encontramos dos posturas diferenciadas sobre la instrumentalización de la mediación. Una más legalista donde los padres son las figuras dominantes y sobre quien recae la capacidad de guiar a los menores. Mientras la idea de Campell responde a una acción más socializadora, que incluye a los niños buscando la defensa del mejor interés sacándolo del contexto del adulto.

Independientemente de donde se ponga el acento —en el contexto del adulto o en el del niño— la mediación constituye un proceso estructurado para la negociación maximizando los benéficos de los afectados. Sus principales objetivos son:

- Ayudar a las partes a encontrar soluciones constructivas a sus problemas.
- Ayudar a las partes a preservar y mejorar sus relaciones. La mediación, si es preciso y necesario, puede focalizar su intervención en las relaciones entre las partes facilitando, una mejor comunicación y fomentar un mayor entendimiento entre ellos

mediante la exploración de sus diferentes perspectivas.

- Evitar litigios. Costosos y generadores de prolongadas batallas judiciales, las cuales vienen acompañadas de un incremento del estrés afectando directamente a los vástagos.
- Proporcionar una oportunidad para resolver los problemas rápidamente antes de alcanzar situaciones no deseables.
- La mediación ayuda a las partes a tomar decisiones con pleno conocimiento, evitando que las emociones, sentimientos, etc., compliquen el proceso de separación o divorcio.
- Dar a las partes el control sobre sus decisiones, y no sean terceras personas las encargadas de condicionar el futuro de los afectados.

III. INCORPORACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN ANTE UN CONFLICTO FAMILIAR

Coexisten diferentes argumentos sobre si incluir o no a los niños en los procesos de mediación. La perspectiva clásica enfatiza trabajar con padres y expertos y mantener alejados del proceso a los menores, mientras el enfoque revolucionario (por utilizar el modelo kuhniano) aboga por incluir a los niños. El paradigma clásico es contrario a admitir a los menores en el proceso, basándose en la sensibilidad psicológica de causas y efectos, y en la teoría de la personalidad que los niños tienen la dificultad para comprender de manera racional lo abstracto y conceptos complejos. Solamente cuando el niño alcance la adolescencia le será posible concretar y comprender lo abstracto. En consecuencia, son declarados incompetentes para afrontar la realidad y tomar decisiones racionales. Advierten que los menores son seres muy vulnerables y deben ser alejados del conflicto y por consiguiente del proceso. Sus

argumentos son: a) incluir a los niños implica exponerlos a un conflicto y generar un riesgo potencial y daños futuros. b) los hijos no son responsable del conflicto de sus padres y no deben ser incluidos dentro de él, c) implicarlos acrecentará el dolor, rechazo y confusión de la situación familiar, d) los niños deben estar alejados de las negociaciones entre adultos, e) dotarlos de igual fuerza en el proceso simboliza devaluar la autoridad de los padres. Sobre ellos recae la responsabilidad y no puede ser compartida con los menores. f) los menores pueden verse obligados a elegir entre uno de los padres, g) se los puede crear falsas expectativas, y h) pueden sentirse presionados por los padres sobre aquello que decir.

Diferentes experiencias, especialmente la investigación realizada por Taylor y Adelman (1986) que cuando los menores han participado en el proceso de mediación se ha constatado efectos contraproducentes para el menor: excesiva ansiedad, malas decisiones y resultados poco satisfactorios. Atribuyéndolo a factores como: falta de orientación, egocentrismo, incapacidad para tolerar la frustración o el retraso de la gratificación, escasa información, insuficiente capacidad para tomar decisiones o preferencia de decisión unilateral. Siendo la causa principal, la carencia de madurez para abordar cuestiones de esta naturaleza.

También arguyen que no se puede aceptar su participación porque en los padres recae la capacidad de tomar decisiones sobre el futuro de los menores, y a ellos les corresponde esa responsabilidad.

En el lado opuesto, se emplazan los férreos defensores de dar voz a los niños. Esta perspectiva básicamente se asienta en dos cuestiones; una de carácter jurídico: el derecho de los niños a participar en los procedimientos de conflicto familiar, reconociéndolos como *titulares de derecho*, y otro de naturaleza social: el mejor interés. A su juicio existen amplios motivos para la

inclusión de los niños en el proceso: a) reconocimiento a la dignidad básica de los niños y su participación en sociedad sujeta a derecho, b) escuchar a los niños en el proceso de mediación resulta importante de cara a su desarrollo; y existen evidencias que su participación repercute positivamente en su autoestima y funcionamiento psicológico, c) Ayuda a desarrollar la capacidad de la autosuficiencia, siendo más fácil al menor salir de la dependencia familiar, d) introducirlos en el proceso conlleva explicar la situación y reducir sus preocupaciones, e) facilita la adaptación a la nueva situación tras haber recibido una explicación, y f) los padres al escuchar las observaciones de sus vástagos puedan allanar las controversias habidas en la separación, aportando fluidez al proceso.

La teoría del desarrollo sigue directrices impuestas por el mundo del adulto, sin contextualizar la realidad en el mundo del niño. De ahí, ese aforismo de la incapacidad del niño para tomar decisiones, y en consecuencia que necesite de los adultos para guiarlo, protegerlo y proyectar su futuro en este complejo mundo. Por otro lado, declarar incompetentes a los menores recurriendo a la teoría de la personalidad, es el argumento de los adultos para dejarlos al arbitrio de las decisiones de los adultos, favoreciendo el abuso y el oportunismo (Archard, 1993: 56).

¿Por qué incorporar a los niños al proceso de mediación?

Desde la perspectiva sociológica, la incorporación de los niños en el proceso mediador es significativa en lo concerniente a la construcción de su personalidad, evitar problemas sociales de mayor envergadura y afrontar nuevos retos sociales y familiares producto de la disociación familiar. Desde el punto de vista legal, la Convención de los Derechos del Niño (ONU, 1989) defiende el derecho a los niños a ser escuchado cuando se trata de asuntos que los afecta directamente.

El art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño (CdN) (1989)⁶ ampara el derecho del niño a ser oído: "... se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". En los antecedentes de la misma dice: "los niños deben recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad" más adelante, "el niño debe estar plenamente preparado para la vida independiente en la comunidad".

Los niños tienen el derecho a ser escuchados, expresar sus temores, necesidades y expectativas de futuro, y que las personas adultas tomen en consideración dichos pensamientos. Las decisiones adoptadas tras la fractura de pareja estarán más ajustadas al interés del menor, si las personas implicadas conocen sus opiniones. (Melton, 2008)

La ruptura familiar es considerada habitualmente como un importante acontecimiento estresante. Por lo general, en el periodo anterior a la ruptura, la convivencia entre los miembros de la familia suele etiquetarse como insostenible. Su ruptura desencadena un periodo de desorganización y cambios en el entorno familiar. Ante esta situación, la competencia de los adultos a tomar decisiones sobre los infantes queda reducida al verse sometidos a la presión del estrés causado por la ruptura familiar. Esto evidencia la exigencia de involucrar a los niños para que defiendan sus intereses (Rae, 2006).

En el momento de la disputa familiar, el menor se ve encerrado entre dos mundos, el paterno y el materno. En este ir y venir, el infante pasa de largo por el mundo de los progenitores. El estudio realizado por Dolwing y Barnes (2000) con un grupo de niños (entre 8 y 14 años), solicitaban información acerca de la separación o divorcio, y especialmente sobre los acuerdos alcanzados entre sus padres sobre custodia y residencia. Demandaban

a adultos y mediadores ser escuchados y tener la oportunidad de compartir con ellos sus sentimientos de alegría, tristeza, esperanza, amor, etc. En todos los casos estudiados, ninguno de los menores había podido acceder a sus padres y exponer sus necesidades socio-afectivas antes de llegar a los acuerdos de divorcio o separación

En un proceso de conflicto familiar, dada la dimensión social y personal tras la fractura de una pareja, el niño debe tener ese derecho a ser oído. Como queda expuesto en el art. 12 de la CdN, y que es descrito como uno de los principios orientadores de la misma, demanda que los niños sean escuchados en aquellos asuntos que los afecta directamente. Por lo tanto, su participación los reconoce su calidad como personas de derecho y los proporciona un espacio donde puedan expresar sus pensamientos y sean tenidos en consideración.

IV. CÓMO ABORDAR LA INCLUSIÓN DE LOS MENORES EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

Existen diferentes procedimientos de inclusión de los niños en la mediación familiar. Dependiendo del matiz, se puede incluir a los menores sin faltar a los derechos de los padres, de manera que continúen manteniendo la capacidad de decidir sobre el futuro de sus hijos. O bien, recurrir a modelos donde los menores tomarán sus propias decisiones haciéndolos sujetos de derecho.

- a) *La acción simbólica.* Para Haynes (1995) el modelo menos dañino para los niños, y respetuoso con la responsabilidad de los padres a decidir sobre el futuro de sus hijos, es la acción simbólica. Es decir, el mediador muestra a los padres diferentes objetos o fotos de su hijo, y cuando considere necesario introduce en la conversación comentarios y preguntas sobre los hijos. De esta manera los padres se ponen en el lugar del

niño, y “supuestamente” expresaran las necesidades de su hijo. Con esta práctica, los adultos conservan la responsabilidad de tomar decisiones referentes a sus hijos, y sus acuerdos reflejaran las opiniones de los niños.

b) *Informar a los menores de las decisiones de sus padres.* Un mediador se encarga de notificar a los niños las decisiones acordadas por sus progenitores o tutores, y el mediador recoge las reacciones y opiniones de estos. Posteriormente elaborará un informe que trasladará al juez. Esta opción presenta un pequeño problema, los menores son informados una vez alcanzado el acuerdo. Por lo tanto, no ejercerán ningún tipo de influencia ni modificarán las condiciones del mismo. Un estudio realizado por Campbell (2002) observó reacciones insatisfactorias de los niños por no haber sido consultados previamente por el mediador y los padres.⁷

c) *Trabajar simultáneamente con padres e hijos.* Dos mediadores trabajan a la vez, uno con los padres y otro, etiquetado como *amigo especial*, con los niños. Cada núcleo mediador conversa y debate sobre los diferentes asuntos⁸. El amigo especial trasmite al otro mediador las demandas y necesidades de los niños, y este hace lo propio con el amigo especial que se encargará de informar a los menores de los pensamientos y acuerdos de los adultos. Parece una buena opción, porque participan en el proceso, sin estar cara a cara evitando posibles perturbaciones. No obstante se pueden producir distorsiones en la interpretación y exposición del mediador.

d) *Inclusión parcial del niño:* Únicamente se los hace partícipe en aquellos asuntos que los afecta directa-

mente. Los menores son llamados cuando se están discutiendo puntos relevantes a sus intereses, y cuando termina esa fase es retirado del mismo.

e) *Inclusión desde el inicio del proceso.* El menor participa en el proceso desde el inicio, situándolo al mismo nivel de los adultos. Por lo tanto sus opiniones tendrán repercusión sobre los convenios de separación o divorcio.

Las diferentes técnicas se estructuran en función de la edad del niño. La edad es un impedimento importante para el desarrollo activo en la mediación familiar, esto limita hacer su uso en diferentes etapas del desarrollo del niño. Los menores con edades entre uno y tres años tienen muchos obstáculos para expresar sus deseos y necesidades, por lo cual, se hace necesario articular mecanismos que faciliten enunciar sus peticiones. Atendiendo a esto, la estrategia primera puede ser una buena herramienta. A los niños con edades entre tres y seis años perfectamente se puede aplicar la técnica segunda. Estas intervenciones terapéuticas ayudan a los menores con restricciones a reclamar sus intereses y los padres siguen manteniendo el derecho a gestionar el futuro de sus hijos. La tercera técnica podría manejarse en niños con edades comprendidas entre cinco y ocho años, pues ya poseen suficiente capacidad de comprensión para comunicar sus pensamientos. Por último, quedarían las otras dos técnicas, las cuales se usarían en niños con edades entre ocho y diecisiete años, quienes tienen la suficiente capacidad para decidir sobre su futuro. Además, son las que mejor recogen los derechos de los niños expuestos en la CdN.

Si bien, estos métodos no están libres de efectos negativos, durante el proceso puede producirse una fuerte disputa entre los adultos y dar lugar a un abuso hacia el menor. También sufrir una coerción

de los adultos con el objeto de manifestar el deseo de estos y no sus propios pensamientos.

V. CONTRIBUCIONES DEL PROYECTO PILOTO NEOZELANDÉS A LA INCLUSIÓN DE LOS MENORES EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

El proyecto piloto neozelandés ha arrojado luz sobre muchos aspectos de la inclusión de los menores en el proceso de mediación, así como ha confirmado algunas de las cuestiones anteriormente expuestas, pero también ha dejado lagunas sin resolver.

Entre las contribuciones más destacadas del proyecto a favor de la inclusión de los niños en el proceso mediador son las siguientes:

La incorporación de los niños a la mediación reduce el conflicto familiar y proporciona la triangulación de las relaciones entre el infante y sus progenitores o tutores. Siendo la figura del mediador un agente facilitador y dinamizador de acuerdos.

Dando voz a los menores se generan individuos autónomos que sepan tomar decisiones. Su participación aportó soluciones más rápidas, consensuadas y atenuaron las consecuencias. Un 40% de los niños colaboradores en el proyecto piloto se convirtieron en piezas angulares en la resolución satisfactoria del conflicto parental.

El Proyecto piloto utilizó la figura del *amigo especial*⁹. Inicialmente fue rechazado por gran parte de los niños, siendo reticentes a la cooperación. La razón estaba en que la familia sigue siendo una pieza clave en el mundo del niño, y por lo tanto no desea ser aislado de la misma. Ante este hecho, la administración de justicia emprendió un programa de familiarización de los niños con la figura del amigo especial¹⁰. El resultado fue la colaboración de la mayoría de los niños.

Como exponían en su estudio Moloney y McIntosh (2004), los niños explicaban que en situaciones de crisis parental, el elemento más negativo y preocupante habitaba en la dificultad de no poder entablar conversaciones con sus padres. Esta actitud, la percibían como un pseudoabandono de los adultos, reclamando un espacio de comprensión y comunicación donde puedan exponer y comentar sus inquietudes, reflexiones y necesidades de la vida cotidiana. Se ha constatado en el proyecto piloto que la separación del núcleo familiar produce altos índices de ansiedad tanto en niños como en adultos. Las variables que se relacionan con los niños son: sentimiento de responsabilidad por la ruptura, el conflicto de lealtad debida a cada uno de los padres, preocupación ante el rechazo de los padres, el miedo a ser abandonado y el miedo a la posibilidad de no ser querido. Como consecuencia de la ansiedad, los niños ven mermadas sus capacidades, y el 90% de los casos tratados manifestaron tener dificultades en los estudios y para entablar relaciones personales. Cuando se les proporcionó la información referente a su futuro las facultades se incrementaron sustancialmente.

La intersección de las demandas y necesidades de las partes en conflicto, coadyuvó a alcanzar una resolución satisfactoria. El proyecto desveló que una de las principales demandas de los infantes era la necesidad de recibir información de sus padres o tutores. Los menores no entendían porque se los aislaba del conflicto parental. Los padres en la preseparación y separación tratan de proteger a los vástagos, y por ello, intentan alejarlos del conflicto familiar. Sin embargo algunos teóricos en lugar de protegerlos los apartan para no interferir en la negociación de sus intereses personales. Los niños no permanecen ajenos a la desavenencia entre progenitores o tutores por muchos esfuerzos realizados por los padres para alejarlos del conflicto. El estudio de Rae (2006) puso de relieve que durante la ruptura familiar

muchos menores se autoinculpaban del fracaso de sus padres. La falta de comunicación produce ese sentimiento de culpabilidad e impotencia de no poder aportar ideas para resolver el conflicto. La existencia de una interacción comunicativa entre niños y adultos aporta muchas soluciones a la disputa, pero no sólo en lo referente a cuestiones de los menores, sino también en los adultos. Allanar las cosas a los hijos ayudará a estos a enfrentarse a un nuevo escenario familiar con mayor facilidad.

Solamente un 10% de todos los casos tratados retornó al Tribunal de Familia, reduciendo el tiempo de tramitación y abaratando costes, tanto a familias como al propio Ministerio¹¹.

A pesar de estas contribuciones, el proyecto piloto ha dejado lagunas importantes: En primer lugar, no se ha resuelto la edad para incluir a los menores en la mediación, pues se ha trabajado con niños entre ocho y diecisiete años siendo excluidos los más pequeños. No se puede obviar que la mayoría de los divorcios se producen en parejas que llevan entre tres y ocho años de relación. Con lo cual se deja fuera de proceso mediador a la mayoría de los menores afectados por un conflicto parental.

El segundo aspecto no tratado en el estudio es cómo hacer frente a la diferencia cultural en el proceso mediador. Nueva Zelanda es un país intercultural donde habitan minorías indígenas y nacionales. Por lo tanto, al procedimiento de mediación le corresponderá proporcionar un patrón multiétnico y multicultural. El proyecto piloto se centró en un perfil muy concreto, el grupo clasificado por el gobierno como neozelandeses-europeos, desestimando a los grupos étnicos y minorías nacionales. Los maoríes y otras etnias del pacífico que viven en Nueva Zelanda presentan una realidad familiar y cultural muy diferente al grupo objeto de estudio. Los maoríes mantienen un modelo de familia extensa estructurada en torno a tres conceptos, *wh nau*, *hap*, e *iwi*. De manera que, la

crianza de los niños no responde al arquetipo de familia nuclear donde los padres son los únicos responsables de la crianza de los hijos. En la misma línea se encuentran otros grupos étnicos residentes procedente de Polinesia, donde la crianza de los niños es compartida por diversos adultos de la familia extensa. Igual acontece con los grupos de Melanesia con estructuras familiares diferentes y otras peculiaridades en la crianza de los infantes. Sin duda, esto complica bastante la propuesta del gobierno neozelandés de hacer partícipes a los niños en el proceso, si solamente rige el modelo de familia nuclear. Por lo tanto, convendrá dotar a estos grupos étnicos de mediadores familiares para hacer frente a los conflictos familiares. Las leyes o normativas reguladoras deberán recoger esta necesidad.

VI. IMPEDIMENTOS DE DAR VOZ A LOS NIÑOS EN LOS PROCESOS DE DISOLUCIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

En España algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre la mediación familiar, y en ellas se hace referencia a la dar voz a los niños sin entrar en materia. Entre otras cuestiones porque ya lo recoge la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde en su art. 9.1., dice: *"El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social"*. El Código Civil (2005) en su art. 92.2 *"El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos"*. Por lo tanto, la normativa expresa el derecho de los niños a ser oídos. Sin embargo, en la práctica el asunto es diferente, porque uno de los grandes

problemas reside en el acotamiento de la edad para oír a un niño. Aunque ninguna norma establece la edad para escucharlos, la mayoría de los países occidentales lo concretan a los doce o más años, por ser considerada la adecuada para expresarse con suficiente juicio. Si la niña o el niño que solicitan ser oídos, directamente o por medio de representante, tienen 12 o más años y no presentan alteraciones o perturbaciones en su desarrollo mental y psicológico, pasan sin problemas por el filtro del "suficiente juicio", porque la propia ley lo impone; pero conforme desciende la edad, el filtro se vuelve mucho más tupido. Estos menores son declarados incapaces al no poseer la madurez suficiente. Aquí se está vulnerando el artículo 12.1 de la CdN que dice *"Los Estados Parte garantizarán que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño..."*

Este criterio consensuado de la edad no está muy fundamentado, pues si realizamos una retrospectiva histórica, en el siglo XIX los niños de clase media fueron confinados a la casa y la escuela, mientras muchos niños de clase más desfavorecidas siguieron trabajando y contribuyendo a la economía familiar. ¿Entonces si tenían juicio suficiente? Como tampoco erigir una edad de manera generalizada cuando un niño tiene suficiente juicio. Dependiendo del momento madurativo de cada menor se puede tener suficiente juicio incluso a edades muy tempranas, máxime si la causa que lo mueve a solicitar ser oído le ha obligado "madurar a la fuerza" por su impacto psicológico.

Con la reforma del Código Civil (CC) (2005) en el art. 92.6. *"En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las ale-*

gaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda", se está restringiendo dar voz a los menores. Sí a esto le adicionamos, aunque no genera jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional, (STC) de 29 de junio de 2009¹² *"que no existe una obligación de los jueces de Familia en España para escuchar en un juicio a los niños menores de edad para fijar algunas de las condiciones del divorcio de sus padres, y por tanto, no se produce una lesión de derechos fundamentales de los hijos recogidos en la Carta Magna"*, se entorpece aun más, escuchar a los menores ante una ruptura familiar.

Concluyendo, la CdN ha quedado reducida a un mero trámite de exposiciones normativas. Huyendo de atender las demandas de los niños y normativas internacionales.

REFLEXIONES FINALES

Los niños al formar parte de un núcleo familiar, no deben permanecer ajenos a la separación o divorcio. Los efectos negativos generados por el conflicto afectan tanto a los adultos como a ellos. Esto obliga a desarrollar una interacción comunicativa fluida a modo de hacer frente a dicha realidad.

En situaciones de conflicto familiar no se los puede negar ser oídos a los niños ni atribuir a los adultos la única capacidad para tomar decisiones. Los menores no son incapaces e inmaduros como se hace ver en la construcción de la infancia desde la perspectiva del adulto. Garantizar la voluntad del adulto en detrimento de los menores, es el instrumento de los adultos para controlar al menor y someterlo a sus propios intereses.

La separación o divorcio se presenta como una situación poco agradable para los afectados. Los niños sufren alteracio-

nes personales y sociales, aflorando su mayor tensión al final del proceso, porque se inicia una separación de uno de los progenitores o tutores¹³. En muchos casos, estos se convierten en objeto de intercambio de los adultos como si fuera un cambalache de cromos, en lugar de buscar el mejor interés de los menores.

Cabe esperar que en el inicio del conflicto marital, los padres o tutores desplieguen múltiples mecanismos para amortiguar efectos negativos y destructivos en los menores, tratando de aminorar los daños afectivos-sociales, porque de no ser así, generaran consecuencias que arrastraran a lo largo de su ciclo vital. La actitud de los padres, no se corresponde con ello, como ha puesto de relieve McIntosh (2005) que son inconscientes de los efectos perjudiciales ocasionados en los infantes durante el periodo de ruptura. Especialmente suscitado por la anteposición de intereses ajenos a los niños: económicos, afectivos de pareja, etc. Excluyéndolos del proceso se les deja desatendidos en el mundo de incompreensión del adulto.

Excluir a los niños de los conflictos de pareja es sustraer su capacidad de decidir al amparo de los intereses partidistas de sus mayores. No conviene olvidar que los padres en la mayoría de los conflictos de pareja no piensan en el mejor interés de sus hijos, porque están sumergidos en cómo ganar el trofeo (el niño). Ante este abandono aflora *el síndrome de alienación parental (SAP)*.

A los niños se los está haciendo participar en muchos ámbitos que les afecta, la escuela, los medios de comunicación, el lugar de residencia, etc., porque es un derecho y deben asumir sus responsabilidades. En cambio, en un espacio tan importante como es el entorno familiar, principal agente de socialización, se los está negando ese derecho. ¿No es contradictorio?

Aunque el proyecto piloto no lo ha tratado, en el caso de los niños más pequeños

(0 a 5 años) la figura del mediador será fundamental, porque en él recaerá la responsabilidad de velar por los intereses de los más pequeños. Siempre y cuando se opte por implicar a estos en el proceso mediador. En consecuencia, se requerirá formar a profesionales competentes en la materia.

A nuestro juicio es fundamental incluir a los niños en el proceso de mediación familiar. Para abordarlo con cierta seguridad se necesita dotar de diferentes mecanismos que protejan al menor y valoren diferentes aspectos: intervalos de edad, diversidades culturales, capacidades, etc. Confeccionar un método generalizado de intervención para los niños está avocado al fracaso, y lo peor, no solucionará el problema y vendrá acompañado de mayores complicaciones. Con acuerdo a la Exposición de Motivos de la LJPM: *“las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto”*, es necesario articular diferentes métodos de intervención en consonancia con los perfiles de edad.

Por otra parte, obviar la realidad multiétnica como en Nueva Zelanda implica agudizar el problema. Porque los movimientos migratorios hacen a todos los países ser multiculturales, y por lo tanto, se necesita dotar de instrumentos legales-culturales para los colectivos culturalmente diferentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHARD, D. (1993): *Children: Rights and childhood*. London: Routledge Inc.
- BOSHIER, P. (2006): “Principal Family Court Judge of New Zealand. Parental Hearings Pilot”. *Speech given to Family Courts Association*, September, Auckland.

- CAMPBELL, A. (2002): Working with Children in Family Mediation. In *Psychotherapy in Australia*, 8 (4), 46-51
- CAMPBELL, A. (2008): For their Own Good: Recruiting Children for Research. In *Childhood*, 15 (1), 30-49
- DOLWING, E – BARNES, G. (2000): *Working with children and parent through separation and divorce*, Basingtoke, MacMillan.
- GOLDSON, J. (2006): *Children's Voices. Optimising the Opportunities for Inclusion*. Social Work Now. Practice Journal of Child, Youth and Family, 26: 529.
- GOLDSON, J. (2003): *Adoption in New Zealand: An international perspective* in A. DOUGLAS & T. PHILPOTT (Eds.): *Adoption. Changing Families: Changing times*. Routledge Falmer, London.
- HAYNES, J.M. (1995): *Fundamentos de la mediación familiar*, Madrid, Gaia
- HENAGHAN, M. (2004): Children and Lawyers Acting for Children in Legal Proceedings – What Does a Child's Right to be Heard Really Mean? Faculty of Law, University of Otago.
- KATZ, L.P., & GOTTMAN, J.M. (1997): "Buffering Children from Marital Conflict and Dissolution". *Journal of Clinical Child Psychology* 20: 434-438.
- LEY ORGÁNICA 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- MALONEY, L. (2006): Family-based interventions: changing practice, changing technologies, *Journal of Family Studies*, 12(1), 5-9
- MCINTOSH, J - MALONEY, L. (2004): Child-responsible and future directions. in practices in Australian family law: past problems and future directions. *Journal of Family Studies*. 10(1) 71-86.
- MCINTOSH, J.E. LONG, C.M. & MOLONEY, L. (2004): 'Child-focused and Child-inclusive Mediation: A comparative study of outcomes'. *Journal of Family Studies*, 10(1): 87-96.
- MELTON, G.B. (1999): *Reforming the law: Impact of child development research*. New York, Guilford Press.
- MELTON, G. B. (2008): Beyond balancing: Toward an integrated approach to children's rights. *Journal of Social Issues*, 64, 903-920.
- PARKINSON, L. (2005): *Mediación familiar*, Barcelona, Gedisa
- PARKINSON, P. CASHMORE, J. & SINGLE, J. (2005): 'Adolescents' Views of Parenting and Financial Arrangements after Separation'. *Family Court Review*, 43(3): 429-444. Faculty of Law, University of Sydney.
- RAE, Y. (2006): *Report into Child Inclusive Dispute Resolution*. CAF/CASS, Norfolk, UK.
- TAYLOR, L ADELMAN, H.S. (1986): Facilitating children's participation in decision that effect then: from concept to practice. *Journal of clinical child psychology*. 15(4), 346-351.
- STC 152/2005, de 6 de Junio de 2005,
- STC 163/2009 29 de Junio de 2009
- WALLERSTEIN, J.S. Y KELLY, J.B. (1980): *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York: Basic Books.

NOTAS

1 Este artículo se ha elaborado en The University of Auckland (New Zealand) gracias al programa de movilidad de la Junta de Castilla y León para estancias breves de profesores en Universidades extranjeras (2007) de acuerdo a la ORDEN EDU/1054/2006, de 22 de junio, y con cargo a la aplicación presupuestaria 07.04.463A01.7801K de los Presupuestos Generales de esta Comunidad para el año 2006, y al proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, ref. SEJ2006-14474/JURI, dirigido por el profesor de la Universidad de Cantabria, Eduardo Vázquez de Castro.

2 El impacto en los niños es muy profundo tras la separación de sus padres. Las estadísticas de divorcio en Nueva Zelanda van en ascenso. En 2004 el número de divorcios era del 13.2 por 1,000, la estadística no incluye la separación de facto de los matrimonios, ni la separación de las

parejas de hecho. (Datos estadísticos del Instituto de estadística de Nueva Zelanda 2006).

3 El cuidado de los niños del acta 2004 substituyó a la ley de 1968 sobre la tutela de los niños.

4 Sobre la cuestión ver la página web del Tribunal de Familia de Nueva Zelanda, <http://www.justice.govt.nz/family/what-familycourt-does/relationships/mediation.asp>

5 Cerca del 90% de los casos sometidos a mediación se resuelven, y solamente un 10% requiere la figura del Juez. (Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda)

6 Ratificada por España en 1990

7 Esta práctica es muy común en Australia y Nueva Zelanda a petición del Juez.

8 En este asunto hay que tener en consideración que aunque estamos hablando de niños/as tienen su propia personalidad, y a la hora de comentar opiniones no suelen exponer sus inquietudes y otras reflexiones a cualquier persona. La exposición de sus narraciones requiere un entorno adecuado, es decir, abordarlo desde su mundo familiar y que suministre confianza. Generalmente, cuando quieren o se ven en la necesidad de *abrir su corazón* a alguien tienen preferencias. Siguiendo el estudio de Hughes (2001) existe un orden de predilección, sobresaliendo en primer lugar, confiarse a "gente especial" (un familiar cercano o un amigo íntimo de la familia), en segundo lugar, a sus padres, y entre medias, si estos tienen hermanos, comentar y analizar el asunto entre ellos. El rechazo a aceptar a un mediador ajeno a su contexto socio-familiar parece bastante lógico, aunque estemos tratando con niños, porque son poco dados a ventilar los asuntos íntimos de la familia fuera de ella. Los niños desean ser escuchados en el seno familiar y no en procesos jurídicos, porque lo conciben como un mundo lejano y propio de la vida de los adultos. Sin embargo en las últimas décadas están experimentando, más de lo deseable, una mayor participación en

este mundo de adultos. Porque han observado que en sus vidas, ellos están expuestos a sus necesidades y no a los caprichos de los adultos.

9 En algunos casos se recurrió a amigos de la familia, si bien, no todos las parejas disponían de un amigo familiar cercano que pudiera ayudar, y además, las personas categorizadas como amigo especial no disponían de la formación y conocimiento para funcionar como tal. Puesto que, se necesita una persona con formación en mediación.

10 El rechazo a aceptar a un mediador ajeno a su contexto socio-familiar parece bastante lógico, aunque estemos tratando con niños, porque son poco dados a ventilar los asuntos íntimos de la familia fuera de ella. Los niños desean ser escuchados en el seno familiar y no en procesos jurídicos, porque lo conciben como un mundo lejano y propio de la vida de los adultos.

11 El 90% de los casos sometidos a mediación del proyecto piloto se han resuelto favorablemente y únicamente un 10% de ellos ha tenido que pasar por el Tribunal (fuente, Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda)

12 Esta sentencia del TC, viene a sentar jurisprudencia en España respecto al derecho de los niños a ser oídos, y de alguna manera a sustituir otra sentencia suya (STC 152/2005, de 6 de Junio de 2005) que revocó un auto de la Audiencia Provincial de Sevilla por haber vulnerado el derecho de un niño de 5 años a ser escuchado, al habersele negado el trámite de audiencia en un asunto de familia.

13 Katz y Gottman (1997) realizaron un estudio con familias en proceso de separación o divorcio, encontraron que el estímulo paternal y la comunicación con los niños excluían comentarios despectivos de uno sobre otro protegiendo considerablemente a los niños de los efectos negativos de las relaciones y de posibles problemas emocionales. Esta alianza paterno filial es tipificada como *el andamio emocional*