



Los niños y los conflictos de los padres. Soluciones desde el campo de ADR

III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos
22 al 24 de setiembre de 2004 – Hotel O'Higgins, Viña del Mar – Chile

Nélida Basabe es abogada, mediadora, árbitro. Docente del CPACF. Miembro de la American Bar Association y de la ACR. Directora de Ciarc (Centro Integral de Administración y Resolución de Conflictos.) E-Mail: basaben@topmail.com.ar . nelidabasabe@yahoo.com.ar M T, Alvear 1631. 1º, Buenos Aires (1060) Tel. 4812-1869

Beatriz Giardino: es abogada, mediadora. Miembro del Instituto de Mediación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, -Integrante del Programa Nacional de Mediación Escolar, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, E-Mail: beatrizgiardino@cpacf.org.ar . Salta 297, 1º "E", Buenos Aires,(1074) Tel. a383-6875

INDICE

INTRODUCCIÓN	pag. 2
MED-ARB EN LOS CONFLICTOS POST-DIVORCIO EMPLEADO EN BOULDER, COLORADO, EEUU.	pag. 3
UN NUEVO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL DERECHO COLABORATIVO	pag. 4
LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL NIÑO	pag. 6
La Mediación Familiar y el Niño desde el cambio de paradigma establecido por la Convención de los Derechos del Niño.	pag. 8
Algunas situaciones fácticas y sus consecuencias jurídicas	pag. 8
CONCLUSIÓN:	pag. 10
Bibliografía	

RESUMEN:

Desde el campo de los métodos ADR podemos contribuir a que los niños se vean afectados lo menos posible en los casos de conflictos entre los padres, ofreciéndoles a éstos procedimientos que ayuden en este sentido.

Comentamos dos métodos concretos que se están aplicando en la actualidad que constituyen ejemplos valiosos de este esfuerzo y que pueden servir de base para elaborar otros adecuados a las circunstancias y posibilidades del lugar donde cada uno se desempeña.

Analizamos someramente la situación del niño a la luz del nuevo paradigma que nutre la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto a su ubicación de ser “sujeto de derechos”, y en tal condición, su capacidad de participar en todos aquellos actos que le afecten.

INTRODUCCIÓN

No debemos dejar aquí de puntualizar, ante todo, que la actitud de la gran mayoría de los abogados que han trabajado en derecho de familia en los casos donde hay menores ha sido realizada con especial dedicación hacia ellos. Desde su posición de ser el encargado de salvaguardar el derecho de su parte defendida en el pleito, muchos han intentado siempre, sin embargo, llevar el manejo de estas cuestiones de forma de proteger a los menores. También los magistrados han actuado en este sentido, preocupándose por estos temas y tratando de encontrar todas las maneras posibles de contribuir a que la situación de los menores estuviera protegida. Querer subrayar la conveniencia y virtudes de otros métodos no se consigue sin contemplar el esfuerzo de lo que nos precedió en cierto sentido y que es en definitiva la piedra fundamental en la que se apoyan los cambios.

Pero los nuevos métodos de resolución social de conflictos implican una distinta forma de ver todas estas situaciones desde las mismas partes a quienes de pronto les toca vivirlas, para resolverlas dentro de un protagonismo esencial; desde los abogados que en su función de proteger los intereses y los derechos de cada una de las partes siguen cumpliendo su tarea pero adecuada a los nuevos mecanismos; desde los jueces que son en muchos casos los encargados de decidir cuándo un determinado tema debe ser tratado por algún método alternativo y amoldarse a su funcionamiento; desde el aporte de las diversas disciplinas que configuran elementos indispensables para un mejor encuadre y resolución de estas cuestiones; también desde la ley y la sociedad que son las que en definitiva consagran o rechazan las distintas propuestas.

Excepción hecha de los acuerdos amigables efectuados entre los padres mismos, la mediación es la mejor forma de abordar los arreglos post-divorcio referentes a la coparentalidad. Y hay muchas razones para ello. En contraste con el enfoque adversarial la mediación es un método de resolución de conflictos basado en la cooperación. En vez de poner a un padre contra el otro, se alienta a ambos padres a resolver juntos el problema mutuo, que es ver cómo optimizar el tiempo que los hijos comparten con uno y otro; que es ver cómo colaborar con las responsabilidades, que es ver cómo estar pendientes dispuestos e integrados con la persona del hijo que tanto necesita de los dos.

Además de proveer un contexto constructivo en que las negociaciones específicas tienen lugar, la mediación expande el número y calidad de las posibilidades para resolver los problemas. Y la importancia de tener una gama más amplia de estas posibilidades permite atender mejor las necesidades de los menores dentro del plan parental post-divorcio que se desarrolla. Y se sienten mejor los menores cuando perciben que lo que se va a llevar a cabo es lo convenido por los padres.

Sin embargo la mediación en algunos casos puede no resultar suficiente. Los padres abrumados por sus dificultades pueden no llegar a encontrar la solución adecuada ni aún con toda la ayuda del mediador. En estas circunstancias la sociedad debe ofrecer a los padres métodos que lleven a la íntegra satisfacción de las necesidades del menor y contribuir a que la situación de los padres en ese momento no los perjudique. Por esto consideramos fundamental estudiar y difundir los distintos procedimientos que van

surgiendo en el mundo en este sentido para tratar de encontrar todas las formas posibles de contribuir a que los menores no se vean afectados en ese momento. Son los padres mismos los que en definitiva resultan beneficiados, dado que se está protegiendo lo que ellos más quieren.

Nuestra intención es referirnos a dos procedimientos concretos que se están aplicando y comentar después el difícil tema de la posible intervención de los menores en estos métodos.

MED-ARB EN LOS CONFLICTOS POST-DIVORCIO EMPLEADO EN BOULDER, COLORADO, EEUU.

Ocurre que las parejas llegan a mediación un tiempo después de su divorcio porque tienen grandes dificultades para ponerse de acuerdo en los temas de coparentalidad. Se vuelven desconfiados e incapaces de comunicarse eficazmente en lo que se refiere a sus hijos respecto de los que tienen ambos decisión conjunta y, en consecuencia, los menores quedan en medio de los conflictos. La situación llega a ser tal que uno de ellos inicia una acción para modificar la toma de decisiones de conjunta a individual por lo que se los envía a mediación y el mediador trabajando diligentemente puede ayudarlos a resolver algunos de sus problemas más inmediatos. Pero los desacuerdos y la desconfianza continúan. El equipo de salud mental que los evalúa encuentra que ambos son buenos padres, pero que sus resentimientos mutuos interfieren con su habilidad para tomar decisiones juntos.

Entonces se recomienda que un tercero sea seleccionado por los padres como mediador-árbitro. El proceso de med-arb supone seleccionar un tercero neutral como mediador y árbitro del conflicto. Si no se alcanza acuerdo en la mediación el mismo tercero actúa como árbitro en los asuntos restantes. Este proceso combina las técnicas de negociación asistida y comunicación de la mediación con la autoridad del árbitro para otorgar una decisión vinculante y definitiva cuando se hace necesario. El mediador árbitro se convierte en un “ayudante” fijo de la situación, que llega a conocer a las partes, a sus hijos y que tiene una historia con la familia.

Los padres eligen de común acuerdo al tercero neutral y se firma un documento que estipula las funciones del tercero. El juez ordena entonces la med-arb y se abstiene de intervenir en requerimientos si previamente no acuden al mediador árbitro.

Los padres junto con el mediador-árbitro seleccionan el procedimiento a emplear. Puede ser informal en el que el mediador facilita la decisión de los padres y sólo después de intentos de buena fe, toma decisiones sobre cuestiones que han sido ampliamente exploradas. O puede ser formal con audiencia de prueba y decisión escrita. El ideal es que los padres aprendan que la mejor decisión se toma en mediación sin llegar a arbitraje.

Los mediadores deben estar entrenados en resolución de disputas y deben preocuparse por el superior interés del niño. Deben tener buena comunicación oral y escrita y ser hábiles en mantenerse imparciales y neutrales. Además deben poder tomar decisiones,

para lo cual es necesario que sean expertos en todos los temas relacionados con el desarrollo de los niños, la dinámica de los conflictos y las cuestiones de divorcio y parentalidad y que conozcan la estructura legal de divorcio en su jurisdicción.

Hay dos ventajas fundamentales en este método. En primer lugar, cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo en la mediación un tercero decide a favor principalmente de lo más conveniente para el menor. El tercero neutral que sigue el tema con esa familia será el encargado de resolver en la cuestión planteada favoreciendo lo conveniente para ese menor. De esta forma no es ni el padre ni la madre quien toma la decisión, porque en los casos en que así ocurre el que no es complacido en su requerimiento generalmente queda resentido contra el otro y esto aumenta la espiral de conflictividad entre ellos. Aquí el tercero decide y como está en continuo contacto con la familia podrá a su vez estar en conocimiento de circunstancias que puedan hacer su resolución más acertada.

En segundo lugar, el procedimiento med-arb es esencialmente “educativo”. Como los padres saben que si no llegan a un acuerdo en mediación la decisión dejará de ser suya, se acostumbran a poner especial énfasis en encontrar soluciones y a comunicarse con la otra parte de manera constructiva.

UN NUEVO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL DERECHO COLABORATIVO

El derecho colaborativo es un concepto inicialmente creado por Stuart Webb, un abogado de familia de Minnesota, que estaba desencantado con la forma de litigar en el derecho de familia que estaba afectando a los litigantes y a sus hijos, especialmente en los casos de divorcio y tenencia. Sintió que tenía que haber una forma diferente, menos destructiva, de arreglar los conflictos en las relaciones domésticas. En el corazón del concepto del Derecho Colaborativo está la idea de que los abogados y sus clientes se concentren en conciliar sus diferencias y no en apoyarse en amenazas de litigio y tácticas drásticas. Las partes y sus abogados no sólo acceden en trabajar hacia el acuerdo, sino que en el caso de que no se logre acuerdo, entonces los abogados deben retirarse y las partes deben buscar un abogado litigante. El derecho Colaborativo comenzó a ganar popularidad a principios de 1990 y se difundió en Minnesota y otros estados, haciéndose popular en el área de la Bahía de San Francisco, muchas de las provincias de Canadá, Ohio, Florida, Texas y otras regiones de los Estados Unidos y Canadá.

En el derecho colaborativo dos clientes y dos abogados trabajan juntos hacia una sola meta que consiste en alcanzar un acuerdo que sea eficiente, justo y que comprenda todas las cuestiones. Cada parte selecciona un abogado colaborativo independientemente. El convenio que firma cada abogado por sus servicios especifica que el abogado trabajará para ayudar a su cliente a efectos de que alcance un acuerdo y que bajo ninguna circunstancia lo representará si es que el asunto llega a ir a juicio.

Si el proceso no llega a lograr un acuerdo y cada parte desea entonces llevar el asunto para que sea dirimido en un juicio ambos profesionales colaborativos quedan separados de la cuestión y no pueden representar en adelante a la parte. Ellos los asisten en el traspaso del caso al abogado adversarial que los guiará en adelante.

También si se traen al proceso colaborativo expertos a medida que se necesitan, intervienen sólo como neutrales, contratados por ambas partes. Ellos tampoco están calificados para continuar con el trabajo y no pueden asesorar a ninguna de las partes si el asunto va a juicio.

El proceso requiere compromiso obligatorio de revelar voluntariamente toda información relevante para proceder respetuosamente y en buena fe, y abstenerse de cualquier amenaza de litigio durante el proceso colaborativo.

El proceso avanza por medio de reuniones cuidadosamente administradas desde cuatro ángulos, o sea, son cuatro personas que ayudan en conjunto precedidas por considerable trabajo de fondo entre abogado y cliente, y entre abogado y abogado. El quehacer del abogado constituye un verdadero desafío: además de lo que comúnmente se esfuerza en la identificación, investigación de los conflictos y de las propuestas hacia el acuerdo, el abogado debe trabajar con el cliente y con el otro abogado para anticipar y prevenir y neutralizar los conflictos y guiar el proceso de negociación. Asimismo, el profesional debe alentar al cliente de forma que establezca objetivos y prioridades de forma considerada y amplia y debe enseñar al cliente cómo usar la negociación basada en intereses en vez de posicional.

Los mejores abogados de familia siempre han ofrecido representación orientada hacia el acuerdo cuando lo han visto apropiado para el caso. Pero el Derecho Colaborativo se diferencia en varios importantes aspectos de esa pragmática orientación hacia el acuerdo. Las diferencias provienen de los profundos efectos que el compromiso formal escrito hecho al comienzo del proceso tiene sobre las mentes de las partes y sus abogados.

Primero, las partes que entran a un proceso de acuerdo al Derecho Colaborativo se comprometen a seleccionar abogados de ambos lados que voluntariamente se comprometen a cumplir reglas de fondo estipuladas con antelación. Idealmente los clientes eligen abogados que tienen una historia de trabajar cooperativamente.

Segundo, todos firman un acuerdo acerca de cómo se conducirá el proceso, que seguirá adelante en tanto los participantes se conduzcan de buena fe.

Tercero, el principal elemento de la estipulación es que el proceso continúa solamente en tanto nadie amenaza con el litigio como forma de conducir las negociaciones, ni da ningún paso para llevar al asunto a juicio.

Cuarto, si el proceso cae a causa de mala fe o porque alguna de las partes se siente obligada a ir a juicio, los abogados deben retirarse y desde entonces en adelante no pueden representar a ninguna de las dos partes contra la otra. Aunque el abogado que se retira de

este caso ayudará a una buena transición hacia el abogado del litigio, el costo emocional y financiero de empezar con una nueva representación será significativo.

Estos compromisos estipulados se convierten en incentivos que alentarán la buena fe en la resolución de problemas desde todos los lados y desalentará a las partes si están por decidir ir a juicio. **Cuando la gama de alternativas de los abogados no incluye más ir a juicio, cambia el tono general del pensamiento en el proceso.** En el derecho colaborativo si yo no puedo encontrar una buena solución para las necesidades legítimas de la otra parte, que también son aceptables para mi cliente, el proceso termina, igual que si las necesidades de mi cliente no son atendidas suficientemente.

La mediación también es un poderoso medio de resolución de conflictos, pero le falta el poderoso potencial para resolver problemas que está en la base del proceso colaborativo. **La actitud colaborativa que los mediadores se esfuerzan en provocar en los participantes aquí ya está dada por los propios abogados** y su directa influencia sobre el cliente, lo que multiplica sus efectos. Primero, en la mediación no es el deber del abogado de parte trabajar privadamente con una de las partes enojada o irrazonable para reiniciar negociaciones productivas. Estos problemas traban el proceso mediatorio constantemente. Segundo, el mediador no puede, como sí lo hacen los abogados colaborativos, manejar demoras, resistencias, ocultamiento de información y problemas similares que pueden dañar la continuación del proceso. En el derecho colaborativo los abogados ponen su propia integridad en juego, comprometiéndose a no continuar con la representación de un cliente, que se rehusa a actuar de buena fe, compromiso que se encuentra estipulado en el acuerdo previo. Tercero, el singular talento que los abogados a menudo traen a este proceso es la habilidad de resolución creativa de conflictos. Con dos abogados trabajando juntos en la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables, ambos clientes se benefician del doble esfuerzo profesional empeñado en el mismo objetivo.

El derecho colaborativo no es una panacea; nada lo es. No es para cualquier cliente y no es para cualquier abogado. Siempre habrá clientes que necesitan ir a juicio y abogados que los asistan. Para aquellos abogados que se preocupan por el daño que puede causar a sus clientes, sus familias, su comunidad, el conflicto adversarial y sus consecuencias, ofrecemos esta nueva mirada sobre el tema.

Acuerdo de Participación: Junto con el contrato de iniciación las partes firman un compromiso que comprende las diferentes cuestiones fundamentales que hacen al Derecho Colaborativo.

Texas: Texas fue el primer estado en aprobar un Reglamento sobre Derecho Colaborativo. En él se establece que el juez debe dejar actuar por dos años a los abogados colaborativos en los asuntos de familia. Se intentó regularlo como un ADR pero no fue aprobado de esa forma sino que se lo incluyó en el Código de Familia. Se está intentando colocarlo en la Sección de los ADR.

Existe un Centro de Abogados Colaborativos en Texas que puede ser consultado en www.centexcollaborativelaw.org.

Listas de Abogados Colaborativos: En general los abogados colaborativos forman grupos en los Colegios o en las entidades particulares que se ocupan de este tema. Por ejemplo vease www.dallascollaborativelaw.com.

Para temas de divorcio especialmente también está www.collabdivorce.com

En algunos Estados, los grupos se organizan en conjunto con otros profesionales. En ellos hay especialistas en temas financieros, hay mediadores, coaches, especialistas en niños. Si las partes necesitan asistencia en cualquier sentido, los especialistas están disponibles.

Éste es el caso de Georgia que obtiene un alto porcentaje de acuerdos. En la actualidad han ampliado su campo de acción a otros temas además de los de familia

La Asociación Internacional de Abogados Colaborativos puede encontrarse en www.collabgroup.com.

Asimismo para leer diversos artículos sobre el tema puede consultarse www.collablaw.com

Además mediate.com tiene una sección dedicada a derecho colaborativo en www.mediate.com/collaborativelaw/index.cfm

Grupo de Abogados Colaborativos en Rochester
www.nycollaborativelaw.com.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL NIÑO

Con la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, en el Preámbulo se manifiesta que “considerando que de conformidad con lo proclamado en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalterables”...y...” en la Declaración Universal de los Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales”...

Después de otras citas a tratados internacionales referidos a los derechos humanos y a los derechos de los niños, continúa el Preámbulo de la Convención, reconociendo...”que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración ... para el mejoramiento de las condiciones de vida”...y por ello han convenido los Derechos del Niño, considerando a tal a los menores de 18 años.

Esta Convención fue aprobada por todos los países del planeta con excepción de dos. (Estados Unidos y Somalia).

En Argentina fue aprobada por ley en 1990, y a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, ha sido incorporada a nuestro derecho interno con dicha jerarquía (art. 75 inc. 22), por lo que, en la actualidad, ya “es indiscutible, su plena operatividad... y debe recibir aplicación con descarte de toda otra norma inferior que les resulte incompatible” (Germán Bidart Campos, nota a fallo, LL T.1997, F, pág. 145).-

Comparte con la Constitución su supremacía y por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. Aparece entonces el sistema judicial de control de constitucionalidad para descalificar las transgresiones, y para superar las omisiones en su cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales). Aunque el proceso es lento en la Jurisprudencia, cada vez más los fallos se subsumen a la nueva doctrina.

La Convención significó un cambio de paradigma en el sustento de la legislación referida a los niños; de régimen de “situación irregular del menor” al régimen de la “protección integral del niño”.

Desde esta nueva concepción el niño pasa de ser “objeto de tutela”, a ser “sujeto de derechos”, con reconocimiento de su **capacidad para actuar** en el ejercicio de los mismos y “participar” en la vida familiar y en la sociedad sobre todo en relación a aquellos actos que le afectan.

Y remarco la palabra **capacidad**., porque la Convención reconoce al niño capacidades de hecho y de derecho en la medida de su maduración, que en el régimen de la situación irregular eran irrelevantes, y ahora pasan a tener una significación jurídica, fáctica y axiológica. Así por ejemplo el derecho a ser oído.

Toda la estructura de nuestro derecho positivo, se ha convertido al decir de García Méndez en una esquizofrenia jurídica, y entonces tenemos la CDN, con jerarquía constitucional enrolada en el sistema de “protección integral” del niño, y por otro lado los institutos referidos al niño como: la patria potestad, filiación, adopción, alimentos, régimen de visitas, y que decir del Sistema Penal de Menores.; estructurados conforme al régimen de “situación irregular”. Y estas instituciones son consideradas más como **derechos** de los padres y la comunidad que como **deberes**.

La CDN, garantiza la efectiva protección de los derechos humanos de los niños sin discriminación.

En el juego de la ley de mediación nacional de aplicación para la Capital Federal, en vigencia desde 1996, y una acordada de la Cámara Nacional en lo Civil, los mediadores estamos habilitados –previo a la intervención judicial- para mediar en conflictos sobre aspectos patrimoniales de la familia en crisis, cuota alimentaria, tenencia, régimen de visita. Cuando los padres resuelven en forma privada sus diferencias, o éstas no existen, las decisiones que ellos tomen respecto de los niños se encuentran dentro de la esfera del “**principio de autonomía**,” reconocido en el art. 5º de la CDN, que establece que “los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre

local, de los tutores y 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.”

En el Art. 19 CDN, se establece que “los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será **el interés superior del niño**. ...

En el art.16, se establece que “Ningún niño será objeto de injerencia arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio...”

Los arts. 12 y 13 de la CDN establecen los “principios de participación”, el “derecho a ser oído” y la “libertad de expresión” de los niños y adolescentes, al decir que. “Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que” le “afectan..., teniéndose debidamente en cuenta” sus “opiniones ..., en función de la edad y madurez... Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que” lo “afecte..., ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado... El niño tendrá derecho de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo sin consideración de fronteras...”

Mientras el sistema del régimen de la situación irregular está basado en la negación de derechos fundamentales, y a quién el adulto sustituye y protege, con el nuevo paradigma, sin perjuicio de la representación, se le garantiza una intervención activa en las decisiones que atañen a su persona y a sus bienes.

En principio nadie mejor que los padres para tomar las decisiones familiares teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Cuando se produce una amenaza o violación de los derechos del niño por sus padres o “estos viven separados” debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del hijo (CDN art. 9 párrafo 1)

“Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo el interés superior del niño.” (CDN art. 9 párrafo 3).

La Mediación Familiar y el Niño desde el cambio de paradigma establecido por la Convención de los Derechos del Niño.

Hasta acá hemos venido señalando el marco que nos presenta la Convención. Llevando el tema a la mediaciones se nos plantea como interrogante fundamental ¿Cómo hacer efectivos los derechos del niño, básicamente los de participación, expresión,

información, y ser escuchado en la Mediación familiar, de modo tal de contribuir a hacer efectivo el Interés superior del Niño? Entendido este como principio jurídico garantista de sus derechos o sea en la máxima expresión y ejercicio de sus derechos con el mínimo de lesión?

En el ámbito mediatorio se están tomando decisiones que afectan directamente su persona. (relación con los padres, lugar de vivienda, relaciones con sus amistades, con sus cosas personales, con sus otros hermanos etc.) En síntesis se está moviendo todo su mundo de afectos mas íntimos y sus anclajes con las personas y las cosas.

Algunas situaciones fácticas y sus consecuencias jurídicas

1. Los padres están de acuerdo en todos los aspectos: Los niños quedan sujetos a la autonomía de la voluntad de los padres, que tienen la obligación de la crianza y desarrollo de los niños, y mientras su quehacer se mantenga en la esfera de los hechos (dimensión sociológica), no hay intervención de ninguna naturaleza, a menos que:

- a) El niño se exprese en la escuela, donde a veces se detectan los problemas, amenazas o violación de sus derechos, en cuyo caso hay una intervención judicial.
- b) El niño esté en la calle, en un estado de abandono moral y material, o infringe la ley penal. Hay intervención judicial

En la CDN, la judicialización, normalmente está precedida por la intervención de órganos administrativos especializados a fin de dar repuestas integrativas.

En estos casos bajo el sistema de la situación irregular, la privación de la libertad es la regla, sea para proteger al niño o para proteger a la sociedad. En la Convención en cambio enrolada en la doctrina de la protección integral, la privación de la libertad es excepcional y solo para infractores, buscándose la reinserción social y no la separación de la comunidad. En este estado el niño infractor, tiene todos los derechos que tienen los adultos a mas de los derechos especiales, dada su edad, debiendo ser juzgados por tribunales especiales y con consecuencias jurídicas especiales y distintas, buscando siempre la reinserción social.

En materia penal, sobretodo tratándose de niños en muchas provincias hay **programas de mediación** penal reparatoria, con muy buenos resultados en cuanto al índice de erradicación de reincidencia y reinserción social.

- c) Los padres están de acuerdo en todos los aspectos y desean legitimarlo judicialmente: Presentan el acuerdo al juez que da vista al Asesor de Menores, quien se expide, y el juez generalmente homologa, salvo que se plantee una impugnación. No se da participación a los menores.

2.- Los padres no están de acuerdo en los aspectos patrimoniales, de patria potestad, tenencia y/o régimen de visita.

En la Capital Federal, antes de iniciar la acción judicial, las partes (padres), deben pasar por el proceso de mediación.

En las mediaciones oficiales se sortea Mediador, Juez y Asesor de Menores. El juez no interviene salvo a posteriori cuando no se llegó a un acuerdo o por una situación excepcional que se planteara en la mediación y se solicita su intervención para resolverla. El asesor de menores es citado a mediación pero no concurre porque sobrepasa su capacidad de trabajo. En las mediaciones privadas, las partes eligen mediador y citan y/o requieren del servicio de terceros de mutuo acuerdo.

En ambos casos llegando a un acuerdo se presenta a un juez, sorteado previamente o con posterioridad a la mediación en las privadas, y éste homologa previa vista del asesor de menores.

En el proceso de mediación puede ocurrir:

- a) Que los padres ni siquiera se plantean la posibilidad de que el niño asista a algunas sesiones de mediación, y el niño está ausente en el proceso. Esto es así en la casi totalidad de los casos.
- b) Que uno de los progenitores quiera la presencia de los hijos en el proceso mediatorio. Si el conflicto entre los padres está también manifestado en cuanto a que uno de ellos no quiere su presencia, el invitarlo a participar puede ser dañoso de por sí, de no lograrse la aquiescencia necesaria.
- c) Que ambos padres deseen la presencia del niño en la mediación.

Cabe preguntarse: ¿participar y ser escuchado en el ámbito de mediación donde se resuelven tantas cosas que le afectan, es un derecho de los niños? Conforme la CDN, pareciera que la respuesta es: Sí.

Siguiendo a Carolina Gianella y Sara Curi, creemos que toda participación de los niños en la mediación, tiene que tener 3 objetivos básicos:

- 1.-Que la voz de los niños pueda ser escuchada en un proceso que afecta sus vidas.
- 2.-Que su participación ayude a potenciar los recursos y a la toma de decisiones, con el menor sufrimiento posible para todos los involucrados.
- 3.-Que la participación se realice dentro de un encuadre capaz de evitar intervenciones iatrogénicas.

Todo ello teniendo en cuenta las diferencias que se dan en cuanto a las formas de relacionarse cada familia, (cerradas, anárquicas o abiertas), que los chicos puedan ser efectivamente escuchados, el tiempo que los padres llevan separados, el conflicto existente entre ellos, la edad de los niños, las distintas culturas.

Cada caso debe reflexionarse e indagar a los progenitores sobre los motivos, la forma de relacionarse, los sentimientos, los miedos, que los chicos no sean citados como testigos de los padres, ni que ellos sean los responsables de decidir la disputa.

Estos dos puntos son sumamente importantes de ser trabajados pues puede ser muy deletéreo para los niños, estar expuestos a situaciones de lealtad o deslealtad, y de

responsabilidades decisorias que tienen que tener bien en claro que serán resueltas por los padres o por un juez pero jamás por ellos.

De modo tal es necesario consensuar la participación, algunos objetivos básicos, que estrategia se va a seguir, la voluntariedad del proceso, como serán las reuniones

Asimismo planificar que información buscar con la participación del niño, como sienten los cambios, como se ven ellos en la familia, que esperan, cuales son sus deseos. Esto permite a los padres conocer y percibir mejor algunas cuestiones importante para sus hijos que les permite entonces ayudarlos mejor a sobrellevar el post-divorcio, y reorganizar mejor la nueva familia atendiendo a sus manifestaciones, y a ubicarse en la nueva realidad. Sabemos que los hijos siempre van a desear que sus papás se unan y es necesario que comprendan que la situación es definitiva y además que ellos siguen siendo sus padres.

La intervención de los niños en la mediación no está reglamentada en nuestra legislación, y nos queda siempre el interrogante de - **¿cómo podemos los mediadores conocer la voluntad de los niños de asistir a las reuniones?** En los hechos quedará en manos de los progenitores –quienes serán siempre en definitiva los que decidirán - si van a participar o no de la mediación, con total prescindencia o no de la voluntad del niño, y en ejercicio de su autoridad, del carácter de su relación, o de la seducción que ejercen sobre ellos, que dependerá su asistencia. Por lo que a ésta altura, en las actuales circunstancias, cabría decir que el derecho de los niños se encuentra desdibujado, detrás de la voluntad de los padres

CONCLUSIÓN:

Desde los Convenios Internacionales y los principios constitucionales se proclama reiterada y completamente la defensa y protección del niño, Pero estos conceptos no se han adentrado suficientemente en la cultura de las sociedades en muchos casos y no se materializan en la práctica.

Entendemos que para esto es necesario contribuir desde el ámbito de los métodos ADR, tratando de brindar a los padres diferentes opciones que , según los casos, sirvan para salvaguardar los derechos de los niños y ayudar a protegerlos en todo lo posible en los casos de conflictos entre ellos.

El estudio y análisis de las propuestas que se vienen desarrollando en los diversos países puede enriquecernos para ayudarnos a pensar en nuevas propuestas adecuadas a nuestro medio.

Nélida Basabe - Beatriz Giardino

BIBLIOGRAFÍA

- Tesler, Pauline H. “Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation” (El Derecho Colaborativo. Logrando Resolución Efectiva en Divorcio sin Litigio). American Bar Association. Sector de Derecho de Familia. Año 2001.
- Tesler, Pauline H. , “Collaborative Law: Bringing Creative Power and Integrity to Family Law Dispute Resolution”. (El derecho Colaborativo. Trayendo poder creativo e integridad a la Resolución de Disputas en el Derecho de Familia). Taller en la Conferencia de la American Bar Association, Comisión de Resolución de Conflictos. Abril de 2000. San Francisco. EEUU.
- Basabe, Nélida, “Mediación en los casos de tenencias y visitas”, Cuaderno de Doctrina del Colegio Público de Abogados 20. Temas de Mediación. Buenos Aires.
- Cox, Gay G. “The Practice of Collaborative Law: another tool for the ADR tool-box”. Taller en la Conferencia de la American Bar Association. San Antonio. 2003
- .Family Code de Texas (Sección 6.603), que autoriza la utilización del Derecho Colaborativo en casos de divorcio: “(a) Basado en un acuerdo escrito entre las partes y sus abogados el procedimiento de una disolución de matrimonio puede conducirse por el procedimiento del Derecho Colaborativo. (b) El Derecho Colaborativo es un procedimiento por el cual las partes y sus abogados acuerdan por escrito usar sus mejores esfuerzos y hacer un intento de buena fe para resolver su conflicto en la resolución del matrimonio sobre bases acordadas sin recurrir a la intervención judicial excepto para hacer aprobar por el juzgado el acta de acuerdo, hacer los pronunciamientos legales y firmar las órdenes requeridas por la ley para efectuar el acuerdo de las partes como el juzgado considere apropiado. Los abogados de parte no actuarán como litigantes excepto para solicitar la aprobación del acuerdo....”
- Beloff Mary. “Estado de avance de la Adecuación de la legislación nacional y provincial a la CDN en la Argentina. Tendencias y Perspectivas. Conferencia dictada en la Primera reunión de Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Salta, marzo de 1998.
- Derecho a tener derecho. Infancia, Derecho y Políticas Sociales en America Latina y el Caribe. Unicef.
- .- Justicia y Derechos del Niño. Unicef. Volúmen 1.-
- .- Germán Bidart Campos, “Constitución, Tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención de los Derechos del Niño” en: El Derecho y los Chicos, María del Carmen Bianchi (compiladora) Buenos Aires, Espacio, 1995, p.37.-
- . Emilio García Mendez. 2ª. Edición. Forum Pacis “Derecho de la Infancia-Adolescencia en America Latina, De la Situación Irregular a la Protección Integral.
- .- Solari. Nestor Eliseo “La niñez y sus nuevos Paradigmas. Editorial La Ley
- Gianella Carolina y Curi Sara, “La participación de los hijos en la mediación en divorcio” en Mediadores en Red L@ Revista. N° 3 y 4 año 2003