

## MEDIACIÓN

### MEDIACION Y DERECHO DE MENORES EN LA REPUBLICA ARGENTINA

AUTORA: SUSANA TERESITA YUSEF

#### MEDIACIÓN Y DERECHO DE MENORES EN LA REPUBLICA ARGENTINA.

Ley 24.573 – Dec. Reglamentario 91/98

#### Artículo 12. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Siempre me he preguntado como se encuentra un niño frente al divorcio de sus padres, y si ellos pueden ser participes de las decisiones que ellos tomen, y en la cuales se encuentren involucrados, por supuesto que se deberá tener en cuenta su edad y madurez.

Es sabido que los derechos deberes de los progenitores surgen de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, que ambos desempeñan durante la convivencia y que no son objeto de cuestionamiento alguno, pero en el divorcio adquiere un carácter particular.

Los roles y las funciones parentales se modifican después del divorcio, pero lo que no debe sufrir modificaciones son las responsabilidades para con el hijo.

Cuando las parejas vienen conversando por largo tiempo la posibilidad de una separación, y el niño lo sabe, puede llegar a vislumbrar con quien convivirá por lo que oye de sus padres; pero si la separación es abrupta, esa situación hace que sienta aún más pesar, pues no ha tenido tiempo para imaginar que ocurrirá con su futuro.

La normativa aplicable en relación a los intereses de menores e incapaces, en materia de mediación tiene su antecedente en el art. 13, 2do.párr. del dec.1021/95, y actualmente, el art.12 párr. 2do.del dec. 91/98 recoge dicha temática derogada por el decreto aludido.

Vigente el art.12 párr. 2do., el Asesor de Menores e incapaces no es parte en el proceso de mediación, debiendo ser homologado judicialmente el acuerdo a que se arribare ante juez sorteado en las mediaciones oficiales, o del juez competente que resultare sorteado en las mediaciones privadas.

Desde mi punto de vista, el menor se halla desprotegido, ya que serán los padres los que tomaran una decisión respecto al problema que afecta al niño, sin la posibilidad siquiera de contar con representantes o gestores sociales para la implementación de leyes a su favor, y además, para la aplicación de esas normas en aquellos procesos en que son parte. El menor no es parte del proceso en materia que lo afectan, por ejemplo tenencia y comunicación con el progenitor no custodio en los juicios de divorcio, la adopción, familiares que reclaman derecho de visita cuando los padres se oponen a ello, etc.

En países más evolucionados, los menores tienen derecho de acceso a la justicia con un abogado que los represente, no son sus padres quienes lo representan, ya que el interés de estos puede o no coincidir con el mejor interés del niño

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió que los niños como “seres humanos, son sujetos”, y no “objeto de derechos de terceros”.<sup>1</sup>

La Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por ley 23.849,

---

<sup>1</sup> (Octubre 29-987, ED,128-540).

fue incorporada en la Constitución Nacional en el art.75 inc.22, reforma de la Convención Constituyente del año 1994. Por ello, el derecho del menor a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, se refiere a que debe ser tenido como parte en todo tipo de proceso, en sentido amplio, no solo en el ámbito judicial.

La garantía de ser escuchado, está dada por la comparecencia a mediación del menor, acompañado por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, distinta de la de sus padres, que en definitiva, más que concebir objetivamente cuales son los intereses del niño, luchan por sus propios intereses, utilizando al menor como un “trofeo” que pertenecerá a quien sea mas hábil y pueda salir airoso en la lucha.

Sin la intervención del Ministerio de Menores, a través del Asesor de menores e incapaces, se estaría en presencia de infringir el régimen de representación promiscua que establece la ley (art.59 del Código Civil Argentino).

Es posible entender dentro del marco de la Convención, que la sola intervención del Asesor de Menores como órgano apropiado, no es suficiente para satisfacer la exigencia de la referida Convención, a menos que el funcionario se pusiese verdaderamente en “contacto” directo con el niño”. La intervención indirecta del menor por medio de un representante u órgano apropiado, requiere que estos, hayan mantenido siquiera, un encuentro personal con el niño.<sup>2</sup>

“La ley ritual debería castigar con la nulidad toda actuación jurisdiccional que afecte a un niño y en el cual éste no haya tenido la debida participación”.<sup>3</sup>

Es de fundamental importancia la presencia del Asesor de Menores e incapaces en la etapa de Mediación, ya que se viola con su ausencia el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso adjetivo (art.18, Constitución Nacional).

Como consecuencia de lo expuesto, se puede afirmar, que las disposiciones reglamentarias de la ley de Mediación, hacen de los menores e incapaces – personajes-, que no han sido debidamente contemplados a la luz de las disposiciones legales internacionales e internas.<sup>4</sup>

En los procesos donde se plantea la tenencia de menores, a los efectos de decidir, debe tenerse en cuenta la opinión de los mismos. Esto no quiere decir que debe hacerse necesariamente lo que el menor diga, sino que debe valorarse su opinión armonizada con los restantes elementos de la causa, a fin de no transformarlo en un árbitro de cuestiones que están más allá de su decisión y responsabilidad.<sup>5</sup>

Es práctica en los Tribunales de Familia, hoy, oír al menor en cuestiones donde sus intereses se hallen comprometidos.

---

<sup>2</sup> Carlos A. Carranza Casares .”Participación de los niños en los Procesos de Familia.-LA LEY, 1997-C, 1384-

<sup>3</sup> (Conf. Mauricio L. Mizrahi “El niño: educación para una autonomía responsable”- LA LEY, 1993-E,1269-).

<sup>4</sup> Daniel A. Scheinquerman.

<sup>5</sup> CNCiv., Sala H, Octubre 20-997(\*).-L., D.A.c.D., N.B.

<sup>6</sup> Dolto, Françoise

<sup>7</sup> Ricardo Oppenheim y Susana Szylowicki

<sup>8</sup> Grosman, Cecilia P.

<sup>9</sup> Lic. Eva Giberti

En materia de mediación familiar, por resolución de la Presidente de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 13/05/96, determina que los Juzgados con competencia en temas de familia y capacidad de personas, es de aplicación la Ley 24.573, en los procesos de alimentos, aumento o disminución de cuota alimentaria y alimentos extraordinarios, considerando que estos no se encuentran dentro de las excepciones dispuestas por el art. 2º inc. 2º; no así los alimentos provisorios, pues por su naturaleza y urgencia deben solicitarse al juez que corresponda.

Por resolución del 25/06/96, se remiten a mediación las causas sobre Tenencia de hijos y Régimen de Visitas; cuestiones estas que de acuerdo al Art.2do., inciso 2, de la Ley 24.573, estaban excluidas, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas.

En la práctica, cuando llega a mediación un requerimiento sobre Tenencia o modificación de la misma, concurren las partes con sus letrados, el Asesor de Menores e incapaces se encuentra ausente, ya que como manifestara anteriormente el Decreto 91/98, exime al Mediador de citarlo, dando por cumplido su rol (de asistir al menor o incapaz) cuando el acuerdo a que se arriba en mediación respecto del nuevo status de menor es acercado al tribunal para su homologación. Su intervención se limita a “observar” que han acordado las partes -sin haber escuchado siquiera a los “padres” del niño-, devolviéndolo al juez para su homologación.

En este estado de cosa, permitir a los padres decidir sobre algo tan fundamental como es con quien vivirá el niño, constituye una violación a la “dignidad” de los derechos de niño como sujeto de derechos.

Es de destacar que, cuando los conflictos se suscitan en el seno familiar, los vínculos entre las partes se ven seriamente afectados, contribuyendo la mediación a que las partes sean las verdaderas protagonistas de elaborar sus propias soluciones, logrando con ayuda del mediador una alternativa efectiva hacia el futuro.

La mediación, fundamentalmente en materia de familia y menores, representa un cambio cultural que reafirma la libertad de la persona.

Según Dolto, “la sociedad debería reconocer a ciertos hijos de divorciados una capacidad de emancipación moral y cívica. Debería establecer tal vez una expresión como “menor autonomizado legalmente”. Según lo que opina la autora citada, la autonomía del niño comienza a los nueve años, y a los doce, generalmente, ya es autónomo.

“La justicia, por su parte, no debería olvidar que las medidas tomadas en “interés del niño”, representan las condiciones que lo conducirán a hacerse autónomo en la adolescencia”.<sup>6</sup>

Toda etapa que se inicia a partir del divorcio de una familia con hijos, seguramente estará atravesada por conflictos en los cuales ellos van a ser directos involucrados. Su participación y opinión no solo es necesaria sino que implica tener en cuenta los derechos de los niños desde el punto de vista del ejercicio de los mismos y no solo de su mera declamación.

Volviendo a la ausencia del Asesor de Menores y a la no obligatoriedad de su citación a Mediación, cuando se hallan involucrado intereses de menores, ya que su intervención se limitara como dijera anteriormente a controlar el acuerdo al que han arribado los padres, antes de su homologación por el juez, es de destacar que

investigaciones llevadas a cabo en los tribunales con competencia familiar en la Capital Federal, arrojó que tanto jueces como Asesores de Menores, consideraron conveniente que los menores sean citados en algunas situaciones<sup>7</sup>, pero hoy día, en que las cuestiones de Tenencia, Régimen de Visitas, derecho a la comunicación, consagrada por la Convención de los Derechos del Niño, y Alimentos, han sido derivados a Mediación, esa posibilidad de ser oído del niño, se haya vulnerado.

El Art. 8º de la Ley 24.573 establece que “Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, solicitado por las partes o de oficio, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora...”.

En consecuencia si es facultad de mediador citar a un tercero de oficio cuando el advierta necesaria su participación para el esclarecimiento del caso o la resolución del conflicto, esa prerrogativa lo habilita con razón, a solicitar la presencia del menor para que pueda “expresar su opinión”, para que pueda ser escuchado por sus padres, y que estos, en base a las necesidades del niño, atendiendo al interés superior del mismo, elaboren un acuerdo que no solo satisfaga sus necesidades personales, sino que verdaderamente beneficie a todos.

El niño, en cuanto sujeto de derecho, debe ser oído. Pero, no existiendo una metodología determinada, ni un procedimiento claramente establecido, en que casos se lo puede o debe citar para ser oído, considero que debe serlo cuando tenga la madurez necesaria y no teniendo en cuenta la edad, especialmente en estos temas que lo afectan como los casos de Tenencia y Régimen de Visitas.

En la Capital Federal, antes de su derivación a Mediación de estos casos, el tema de la “citación” de los menores en juicio ha sido debatido doctrinaria y jurisprudencialmente en lo atinente a la edad adecuada para hacerlo. El criterio es “oír” a los menores mediante informes ambientales, escolares, psicológicos y personales cuando se trata de menores mayores de 14 años.

Estos informes, como el hecho de oír al menor no obliga al Juez a aceptar su deseo ni su opinión y menos, a aceptar sus preferencias. La resolución del Juez debe ceñirse al interés superior del niño, que es el principio rector que determina las necesidades del menor, de acuerdo a la Ley, que debe acatar.

Como se plantea la situación en el ámbito judicial, se ve a las claras que, pocas veces y en nombre del superior interés del niño, estos se ven imposibilitados de ser realmente escuchados, en el amplio sentido que otorga a este término la Convención de los Derechos del Niño.

A nivel Nacional, no existe ninguna disposición que se refiera a la participación de los hijos acerca de tenencia de los mismos.

A nivel Provincial, Mendoza, en su Código de Procedimientos contiene la siguiente norma: “El Juez deberá ver y escuchar personalmente a los incapaces interesados en el proceso, si fuere razonable”. La regla es imperativa para el magistrado, la condición de razón habilidad debe ser interpretada como la exigencia de que el menor posea capacidad suficiente para que pueda ser escuchado<sup>8</sup>.

En este estado de cosas, hoy por hoy, el niño “sujeto de derechos”, se encuentra desde la normativa y desde la practica cotidiana, privado del derecho a ser oído, pues en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, no son citados para expresar su opinión, ni ante el Juez, ni ante el Mediador que ahora recibe en una etapa prejudicial obligatoria a los padres para que diriman los conflictos que surgen a partir del

divorcio, y que afectan al niño, como por ejemplo con quién vivirá en el futuro, como será su derecho a la comunicación con el otro progenitor que no conviviente, etc.

“Los adultos creen saber quienes son los chicos, que necesitan, que desean, qué detestan, qué temen y qué aman.”<sup>9</sup>

Frente a esta situación, resulta imperioso, acelerar el Proyecto de Mediación familiar, que contempla todas las cuestiones referidas al ejercicio de la patria potestad. Se necesitan Mediadores especializados en mediación familiar que trabajen con equipos técnicos interdisciplinarios, que puedan o permitan encuadrar la conflictiva familiar dentro de los parámetros de las nuevas formas alternativas de resolución de conflictos.

La Mediación familiar es el conjunto de estrategias llevadas a cabo por un profesional capacitado en la materia que puede conducir a la pareja o familia, hacia la resolución pacífica de los conflictos que la afectan, tomando como esencial punto de partida la devolución de la autodeterminación a las partes involucradas, a fin de que tomen sus propias decisiones respecto del conflicto.

La presencia de los menores es fundamental, son los destinatarios principales de los acuerdos a que se arriben, y es necesario saber de sus necesidades, carencias, que sienten y piensan.

Considero que es fundamental la presencia del Asesor de Menores en la Mediación, el niño debe ser oído antes de que se homologue un acuerdo donde se puedan ver afectados sus derechos personalísimos.

No existiendo en la actualidad la figura del “Abogado del Niño”, el Asesor de Menores puede actuar en su reemplazo, o hasta en contra de sus padres o tutor, teniendo en cuenta siempre el interés superior del niño.

La Mediación representa un cambio cultural trascendente, reafirma la “libertad” de la persona, al poder “conducir” sus conflictos.

“Toda persona humana, Hombre, Mujer, Niña y Niño, tienen los mismos derechos a la verdad y a la libertad; pero no son sujetos de libertad ni de derecho el error, el mal, el desorden ni la anarquía.

En consecuencia, la persona humana podrá usar su libertad para bien suyo; pero nunca y bajo ningún concepto para dañar a su prójimo, para producirse un mal”.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Alfonso Milagro

Autora: Dra.SUSANA TERESITA YUSEF

[www.negocyar.com.ar](http://www.negocyar.com.ar)

Revista N° 1 – Marzo 2005

**El autor se responsabiliza de las opiniones vertidas en el presente artículo y autoriza expresamente su publicación, reservándose los derechos de autor, los cuales le pertenecen en exclusividad.**

