



Diciembre 2009

## LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO PERSPECTIVA DE GARANTÍA PARA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A EN CONFLICTOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN CUBA

Misalys Hernández Pérez

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

**Hernández Pérez, M.:** *La mediación familiar como perspectiva de garantía para el interés superior del niño/a en conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad en Cuba*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2009. [www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp.htm](http://www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp.htm)

*Sumario: I. La Mediación Familiar como tendencia del Derecho de Familia moderno; II. La Mediación en el contexto del derecho familiar y en la solución de conflictos de esta naturaleza; III. Instrumentación legal de la Mediación familiar en el Derecho Comparado; IV. El interés superior del niño/a. Su aplicación en la mediación de los conflictos familiares derivados del ejercicio de la patria potestad; V. Práctica y realidad de la mediación familiar en Cuba. El interés superior del niño/a. VI. Propuesta teórica de bases conceptuales informadoras de la mediación familiar, con énfasis en el principio del interés superior del niño/a, en conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad. VII. Consideraciones finales:*

La familia ha estado sujeta a numerosos cambios y transformaciones durante el desarrollo evolutivo que ha experimentado la humanidad. El modelo patriarcal con predominio de la

jefatura masculina ha ido cediendo terreno ante numerosos cambios en la estructura y funcionamiento de las familias. La igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges, el ejercicio de la patria potestad de ambos padres en beneficio exclusivo de los hijos, la incorporación de la mujer madre-esposa-ama de casa al mundo social, constituyen solamente algunos de los elementos que están influyendo en un replanteamiento de las familias en la actualidad.

En consonancia con ello el mundo contemporáneo muestra un incremento de las uniones consensuales, el divorcio, las separaciones, y una tendencia a las familias nucleares, monoparentales y reconstruidas. En consecuencia, no es posible asumir un concepto estático de la institución humana más antigua que se conoce. No obstante, una porción de la misma sí persiste prácticamente invariable: los vínculos afectivos permanecen ligados a la historia vital de cada ser humano.

Corresponde al Derecho de Familia, dentro del Sistema de Derecho, la importante misión de regular la mayoría de las relaciones, de tipo personales, que surgen en el seno de la familia. Las instituciones que el mismo regula, le imprimen un verdadero carácter singular y específico, además de una gran carga ética, moral y social; lo que sin dudas lo caracteriza como un Derecho diferente. Se impone por tanto la búsqueda de mecanismos adecuados para su intervención en los conflictos de índole familiar, sobre todo en aquellos en los que se encuentren involucrados niños/as.

Tradicionalmente la jurisdicción ha sido la vía empleada para dar solución a conflictos de índole familiar y existe actualmente un amplio movimiento internacional, sobre todo en América Latina, relacionado con la creación de Tribunales de Familia. Si bien esto resulta un avance positivo en aras de lograr una tutela judicial efectiva en sede de Familia y el desprendimiento del Derecho de Familia del Derecho Civil, lo cierto es que existen efectos nocivos generados en la jurisdicción que afectan las relaciones familiares entre personas que deberán probablemente continuar relacionándose y manteniendo la comunicación por la existencia común, en la mayoría de los casos, de hijos menores.

“El tribunal tiene que tomar decisiones jurídicas a base de normas legales (...) La decisión jurídica responde a la pregunta jurídica, pero no resuelve el conflicto que hay detrás del pleito”<sup>1</sup>. Todo ello unido a la duración en el tiempo de los diferentes procesos, la excesiva formalidad, la rigidez y el abarrotamiento de la Justicia, limitan al juez en la búsqueda de un entendimiento más profundo de las emociones, la carga afectiva y los intereses de los implicados, además del desgaste monetario, físico y moral. Todo esto unido al hecho de habrá de coronarse un vencedor y un perdedor, lo que contribuye quizás a acentuar más las discrepancias entre los litigantes.

Ante todos lo elementos aportados se evidencia una proyección a asumir en una buena cantidad de países del mundo, los ADR “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Y específicamente la práctica de la Mediación familiar como mecanismo autocompositivo que ayuda a recobrar la funcionalidad de la familia y la comunicación, tan importante entre personas unidas de por vida por un vínculo paterno filial, en el que los hijos son lo más importante, en ese

---

<sup>1</sup> Strecker, Christoph, “La intervención del juez y la mediación en el conflicto familiar”. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. abril 2007

sentido es posible afirmar que “la negatividad, más que en el conflicto en sí, está en la forma en que lo abordamos, por eso, se hace necesario desarrollar y apostar por métodos que, como la mediación, ofrezcan una gestión no adversarial del mismo, posibilitando su transformación y, en su caso, su resolución en interés de todas las partes incursoas en dicho conflicto”<sup>2</sup> y en especial a la eficaz aplicación del principio del Interés Superior del Niño/a.

Ante la inexistencia legal en Cuba de Mediación Familiar, se hace necesario aunar esfuerzos en pos de su instrumentación jurídica, a partir del diseño de un sistema de bases conceptuales, en principio, que orienten este proceso hacia la resolución efectiva de los conflictos familiares que se generan con motivo del ejercicio de la patria potestad de los padres.

## **I. La Mediación Familiar como tendencia del Derecho de Familia moderno.**

La mediación es un mecanismo con mucho debate incorporado en la contemporaneidad:

Para Osvaldo Gozaíni mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.<sup>3</sup>

Enrique Véscovi la define como “proceso en el cual una persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes (que pueden ser dos o más) y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta”.<sup>4</sup>

La catedrática española Leticia García Villaluenga conciente en que “la mediación familiar es el sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, considerada ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario, confidencial, facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atiende, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados”.

El profesor Armando Castanedo Abay la define como un entendimiento facilitado. “... significa que usted adquiere la responsabilidad de la solución de su conflicto. Es un proceso mediante el cual un mediador le ayuda, facilitándole un método privado e informal, para reflexionar acerca del conflicto o disputa interpersonal (“discutir el asunto”) y tratar de resolverlo. El mediador/a no es un juez y no decide quien es culpable o inocente. El proceso de mediación es flexible y permite encontrar con el mediador sus necesidades más importantes<sup>5</sup>

Comparto el criterio unificado de la Mediación como proceso, que con la presencia de un tercero se contribuirá a preservar o desarrollar una relación subyacente entre las partes en controversia. Aún cuando los litigantes no lleguen finalmente a un acuerdo o solución frente a un facilitador/a

---

<sup>2</sup> García Villaluenga, Leticia; Bolaños Cartujo, Iñaki, *La Mediación familiar: Una aproximación interdisciplinar*. Ediciones Trea, S. L. España. Diciembre 2006. p.10

<sup>3</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “La Mediación: Una nueva metodología para la resolución de controversias”. Ponencia al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana, Cuba. 2007.

<sup>4</sup> Véscovi, Enrique, “La justicia conciliatoria”. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. 1993. p. 164.

<sup>5</sup> Castanedo, Abay. Ob. Cit. Pág. 6.

imparcial, por lo menos habrán logrado una mayor comprensión de la litis, se preservará la relación entre ellos; y por otro lado las partes siempre tendrán el control del litigio, todo lo que hace de este mecanismo un método especialmente adecuado en una relación en continuación.

La mediación es por tanto, un método no adversarial que prevé la solución de conflictos de la mejor manera posible a través de la negociación directa entre las partes involucradas en la controversia. Se desarrolla con la intervención de un tercero neutral, profesionalmente capacitado/a (el mediador/a), que no tiene capacidad de decisión, pero que sirve de facilitador/a con el fin de que las partes lleguen a un acuerdo que resuelva la disputa de manera rápida e informal; y parte de la valoración conjunta y de la influencia mutua de distintas dimensiones: individuo, grupo y sociedad, lo que permitirá solucionar el conflicto con mayor probabilidad de éxito.

Por su parte el Argentino Osvaldo Gozaíni, considera que “la pauta para la mediación está dada por el objeto a mediar y por las partes”.

En este sentido no es difícil encontrar escritos que aborden la mediación en un sentido amplio, para dirimir conflictos laborales, mercantiles, penales, familiares..., especialmente en este último caso en el que “el mediador se comporta como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes”.<sup>6</sup>

## **II. La Mediación en el contexto del derecho familiar y en la solución de conflictos de esta naturaleza.**

El surgimiento y evolución de este mecanismo se sitúa en el seno del movimiento de los ADR, surgido en los Estados Unidos y Canadá durante los años 70, a partir del aumento en cantidad y en complejidad de los procesos judiciales. Especial atención en el ámbito de la Mediación tomaron desde entonces los temas relativos a la familia, teniendo en cuenta las crecientes demandas de separación, divorcio, lo relativo a guarda y cuidado, pensión de alimentos, liquidación patrimonial.

Sobre el tema no existe uniformidad de concepto en los diferentes Ordenamientos Jurídicos, no obstante pudiera entenderse como un proceso no jurisdiccional de solución de conflictos entre los miembros de una familia, en sentido amplio, que se sustenta en la soberana voluntad de las partes para asumir un acuerdo viable y estable que responda a sus intereses, atienda a sus necesidades y a las del núcleo familiar en general, especialmente las de los niños y las niñas; actuando en un marco de confidencialidad facilitado por el/la mediador/a que es un tercero imparcial, neutral y sin ningún poder de decisión.

De esta manera la mediación resulta un método válidamente aplicable a los conflictos interpersonales familiares, presupone soluciones consensuadas, propicia la participación de las personas en la solución de sus conflictos, de acomodar sus exigencias en la medida de sus propias posibilidades, tiene fuerza vinculante y contribuye a evitar el deterioro de las relaciones

---

<sup>6</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “La mediación: Una nueva metodología para la resolución de controversias”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana, Cuba. 2007. p. 8

familiares, máxime si como dijera Annemarie Hofedank “En la mayoría de los casos las partes desean: seguridad, aprobación, sentimiento de pertenencia y autodeterminación. Porque es más fácil armonizar deseos y necesidades que derechos jurídicos. La dificultad es descubrirlos y filtrarlos.”<sup>7</sup>

Los conflictos de familia son tan cotidianos y sensibles en todas las sociedades, que internacionalmente se están gestando foros e Instrumentos Jurídicos que promocionan la necesidad de introducir por los Estados, en sus ordenamientos jurídicos, soluciones consensuadas, y solo cuando éstas no sean posibles, acudir a los métodos convencionales.

Existen en la actualidad Ordenamientos Jurídicos en los que los temas de familia no aparecen especificados en las leyes de Mediación Civil, sin embargo consideramos que estos quedan incluidos dentro de aquella al no excluirse, teniendo en cuenta además que en muchas legislaciones las pretensiones de familia se tramitan en la jurisdicción civil por no existir tribunales de este tipo.

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU., 1948, art. 16 inc.3), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969 (art. 17, inc.1) establecen que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Es por ello que apostar por la Mediación, donde la familia decide sobre sus propios conflictos, asistidos de ayuda especializada, es un mecanismo a considerar, pues le ofrece mayor protagonismo dentro del ámbito legal permitido.

En la Mediación tanto las partes como el facilitador tienen que estar de acuerdo en asumir ese proceso. Por tanto, la mediación se dirige hacia dos cuestiones fundamentales:

- A la resolución del conflicto y
- a la regulación de la comunicación.

*La Mediación tiene tres fases perfectamente diferenciadas:*

- La primera está relacionada con la identificación de los temas y el conflicto. El mediador caracteriza el proceso y explica los límites de su confidencialidad, bosqueja sobre el conocimiento que tienen las partes de su situación y su consentimiento para involucrarse en esa empresa, porque en la medida en que las partes tengan confianza en la mediación, se generará mayor probabilidad de éxito, lo que coadyuvará a la disminución del efecto negativo del conflicto.
- La segunda está relacionada con el descubrimiento por parte del mediador/a de los intereses y las necesidades de las partes que las conllevan a asumir cada posición. En esta etapa se exploran los intereses, las motivaciones y la percepción de lo que verdaderamente desea la otra parte y qué es lo más importante para ese caso concreto.

---

<sup>7</sup> Hofedank, Annemarie, “Modalidades alternativas de solución de conflictos en Alemania.” Ponencia al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana, Cuba. 2007. p. 21

- La parte final es donde se evalúan las opciones y se llega o no a un acuerdo. En caso del acuerdo, que es en definitiva lo que se persigue, son las partes las que consienten en asumir la solución que más responda a sus intereses.

#### Ventajas de la Mediación Familiar:

- Recuperar el diálogo como principal instrumento,
- Modificar la forma tradicional de solución de la contienda,
- Es menos costosa que la vía judicial y las sesiones pueden estar sujetas a la conveniencia de las partes.
- Superar el esquema ganador-perdedor, y asumir el de ganador-ganador,
- Desarrollar procesos mentales que apunten a resolver los conflictos en el futuro de otras maneras,
- Fortalecer la comunicación y la autoestima.

#### Principios de la Mediación Familiar.

Existe un amplio consenso sobre los principios de la mediación, tanto en los instrumentos internacionales como en la doctrina, refrendado en la práctica de Asociaciones y en los Códigos deontológicos.

De manera general, todo proceso de mediación debe configurarse y regirse a partir de la ideología, voluntariedad, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad<sup>8</sup>; unidos a otros principios que varían según lo regulado en cada país como son la flexibilidad del proceso, la buena Fe, el carácter personalísimo del mismo y la observancia del interés superior del niño/a y de la familia.

- *Ideología*: es el sistema de valores, creencias, ideas que tienen los seres humanos. Este principio posibilita la transformación de las personas en la mediación, esta última garante de valores, comunicación, crecimiento personal. El mediador deberá tratar de restablecer las relaciones preexistentes, y para ello deberá apelar, a este principio.
- *Voluntariedad*: generalmente se hace alusión a ella para referirse: Primero a que son las partes las que deciden si acudir o no a la mediación y mantenerse en ella una vez iniciada; y Segundo a que son ellas las que deciden la forma en que debe concluir el proceso.

El primer aspecto en cuanto a la voluntariedad, dependerá del modo en que se regule la misma en cada Ordenamiento Jurídico. Se habla de mediación obligatoria o preceptiva y mediación facultativa, lo que no desacredita en modo alguno el principio de voluntariedad. En el primer caso lo obligado pudiera ser la asistencia a una sesión informativa previa para que con posterioridad las partes decidan si quieren continuar o no. En el último caso las partes acuden por su propia voluntad y pudiera incluso ser recomendada o sugerida, el juez que conoce del asunto podrá proponer a las partes su asistencia a un centro mediador.

---

<sup>8</sup> En Europa se ha hecho un llamado para instituir y promover la mediación bajo la observancia de estos principios de manera uniforme, a través del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su recomendación 1/98 del 21 de enero de 1998, sobre mediación Familiar.

El segundo aspecto sí constituye una característica consustancial de la mediación. No puede suceder que el resultado del proceso se derive de la imposición del mediador, sino que la solución del conflicto dependerá siempre de la voluntad concurrente de las partes. Y también puede ser voluntaria la selección del mediador/a en dependencia igualmente del servicio mediador al que se acojan las partes.

- *Igualdad*: La igualdad de las partes es un principio básico de la justicia. Cada parte debe ser asistida de igual forma y otorgársele las mismas posibilidades de participación.
- *Imparcialidad*: está referida a la participación de un tercero (mediador/a), encargado de acercar los postulados de las partes, viabiliza el proceso sin ejercer presión sobre las partes para lograr un acuerdo, por lo que “el mediador no dispone sino que propone”<sup>9</sup>, debe involucrarse activamente en la negociación aunque sin tomar partido. Esto va con lo autocompositivo de este proceso; el mediador tiene que asumir una postura equitativa en relación a las partes, incluso se habla de abstenerse de participar en procesos en los que exista alguna situación de amistad, pleito, etc., con alguna de ellas, pudiendo ser recusado del conocimiento del asunto.
- *Confidencialidad y neutralidad*: existe discusión en relación a si deben ser principios diferentes o debe confundirse el uno con el otro, lo cierto es que lo primero permite que las cuestiones tratadas no trasciendan a terceros, fuera del mediador/a, quien deberá guardar en secreto todo lo que suceda entre las partes y en relación a la neutralidad, puede decirse que de ello dependerá en alguna medida el resultado del proceso. Esto no es absoluto en tanto pudiera rebasarse esa confidencialidad cuando se imponga el interés superior del menor, exista indicios de violencia física, etc.
- *Profesionalidad*: la formación del mediador/a es clave en el éxito de la mediación, lo cierto es que tiene que ser una o varias personas con un amplio espectro sobre las cuestiones a mediar.

### **III. Instrumentación legal de la Mediación familiar en el Derecho Comparado.**

La Mediación ha sido acogida por diferentes países, y muchos han iniciado este proceso justamente por los conflictos familiares. Ejemplos de Mediación podemos encontrar en España, Italia, Alemania, Estados Unidos, Canadá, México, *Chile*; *Argentina*, Austria, Bélgica, Gran Bretaña; en muchos de ellos existen leyes específicas sobre mediación familiar y en otros casos no se regula específicamente sino que se hacen remisiones a determinadas normas procedimentales como en Francia e Inglaterra.

En **España** la Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, introduce la mediación familiar en España como institución jurídicamente normada, a la que le sucedieron

---

<sup>9</sup> J. Landete Casas, J, “Aspectos generales sobre la mediación y el mediador”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. N° 2. mayo-agosto 1999

otras leyes como la de Galicia<sup>10</sup>, Valencia<sup>11</sup>, Canarias<sup>12</sup> y Castilla-La Mancha, Castilla y León<sup>13</sup>, Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>14</sup>, Principado de Asturias<sup>15</sup>, tomando todas como referente

---

<sup>10</sup> Ley 4/2001, de 31 de mayo. Preceptúa la Mediación Familiar a partir de la importancia que le atribuye a esta institución como mecanismo ágil, flexible y garantista, en función de la protección de la familia y, en particular, para la protección de los intereses superiores de los niños y las niñas y del bienestar de los mismos, en correspondencia con los principios de la Ley gallega No. 3/1997 de la Familia, la Infancia y la Adolescencia. La figura del mediador familiar se perfila como un profesional especializado, imparcial e independiente, designado de común acuerdo por las partes, de entre los inscritos en el registro. Han de contar con experiencia profesional y formación específica, insiste la Ley, han de ser expertos en actuaciones psico-socio-familiares.

<sup>11</sup> Ley 7/2001, de 26 noviembre regula la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial y voluntario, se constituye en un recurso complementario o alternativo a la vía judicial, para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares. Al objeto de promover la mediación y facilitar el acceso a la misma, se crea el Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, dependiente de la Consellería competente en materia de familia e infancia. en su art. art.3.3 regula que la Mediación Familiar tendrá como objeto, entre otros, facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de los menores y personas con discapacidad pueda verse menoscabado. Dentro de los deberes del mediador se encuentran el concienciar a las partes, en su caso, de la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores... y tener en cuenta el interés de la familia, en especial, el de sus miembros más débiles (véase art. 9.2.3). La gratuidad de la mediación se atribuye individualmente según la capacidad económica de cada parte. En relación al mediador/a su Artículo 7, dispone que ... salvo que por normativa legal se establezca la titulación específica que habilite para desempeñar tal actividad, deberá tener formación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, sin perjuicio de que deban acreditar, para poder inscribirse en el Registro de Personas Mediadoras Familiares, el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o master. tendrá que ser aceptado por la partes y se elegirá a instancia de una de ellas en principio. Los acuerdos tomados tendrá naturaleza vinculante y en todo caso, deben tener como prioridad el interés superior del menor...y el bienestar de los hijos (véase art. 21.3) y se expedirá en acta.

<sup>12</sup> Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, opta por establecerla como un sistema extrajudicial y voluntaria y extendida a cualquier conflicto que pueda surgir entre cónyuges, parejas de hecho, entre padres e hijos o entre hijos, y, en general, entre familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o aquellos que surjan entre personas adoptadas y sus familiares biológicos o adoptivos. Esta Ley no crea, aunque tampoco excluye, el establecimiento de algún órgano público de mediación; en cambio, sí contempla la posibilidad de que los ciudadanos con pocos recursos puedan acceder a estos servicios mediante el establecimiento de un mecanismo similar. El mediador/a deberá tener titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, en su caso; además de acreditar una formación específica en mediación familiar con los requisitos que reglamentariamente se establezcan, así como estar inscrito en el Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias. Reconoce la imparcialidad y la neutralidad como principios, y en ese sentido señala la abstención del mediador/a para promover actuaciones que comprometan su necesaria neutralidad o la vulneración de derechos o intereses superiores, principalmente relativos a los hijos menores... (véase art. 4.5). Además, regula como deberes del mediador/a el facilitar la comunicación entre las partes y promover la comprensión entre ellas, así como inculcar a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos, particularmente de los hijos menores y de los discapacitados. (véase art. 8). Los acuerdos se harán contar en acta.

<sup>13</sup> ORDEN FAM/1495/2007, de 14 de septiembre, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar

<sup>14</sup> Ley 1/2009, de 27 de febrero de Mediación Familiar. Puede desarrollarse cuando las partes lo decidan, antes, durante o después del proceso judicial (art. 6). Las actuaciones de mediación familiar se fundamentarán siempre en la protección de los derechos de las personas menores de edad y de las personas en situación de dependencia (art. 7). La Ley señala que la mediación familiar se efectuará por profesionales de titulación universitaria o título de grado en las disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico. El mediador/a deberá estar inscrito en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía, además de acreditar la formación específica o la experiencia en mediación familiar en los términos que reglamentariamente se determine u otro requisito exigido para el ejercicio de su función por la legislación vigente. Dentro de los deberes del mediador se incluye en art. 16 d) Velar en todas sus



fundamental la Recomendación (98)1 y los principios que la inspiran. Hasta finales del 2007 existen Programas de Mediación intrajudicial en Madrid (donde están incorporados ocho Juzgados de Familia), Barcelona (incorporados la mayoría de los Juzgados de Familia, Sevilla, Málaga y Palma de Mallorca), País Vasco<sup>16</sup>.

La Mediación Familiar hizo su aparición en **Italia** con la Ley. No 285/1997 que reconoce los servicios de mediación familiar y asesoramiento para las familias y los niños, tales como servicios de apoyo y para superar las dificultades; y la relación con la 1ª No 154/2001 sobre la custodia compartida refiere lo relativo a las normas procesales relativas a la separación y el divorcio, pudiéndose presentar la mediación familiar a partir de la intervención de Servicios Sociales o de un centro de mediación familiar como una opción alternativa en la elección del procedimiento de separación judicial.

En países como los **Estados Unidos y Canadá** existe amplia experiencia en mediación de conflictos familiares. En Estados Unidos<sup>17</sup> por ejemplo diversas Asociaciones de mediadores agrupan a especialistas dedicados a esta actividad, ya sean abogados, terapeutas familiares, médicos psiquiatras, psicólogos, entre otros profesionales de múltiples disciplinas. En California por ejemplo desde 1981 la mediación es obligatoria en los asuntos relacionados con la custodia de los hijos/as, como requisito previo al juicio; igualmente en Alaska, Arizona, Delaware, Florida, Kansas, Louisiana, Nevada, Nuevo México, Carolina del Norte, Oregón, Dakota del Sur, Washington y Wisconsin. “otros Estados como Dakota del Norte deja al poder discrecional del juez la exigencia de una mediación obligatoria. En Michigan se limitan a exigir que se informe a las partes de la posibilidad de acudir a la mediación. En Maine y Ohio, se impone la mediación en todos los conflictos que deriven de una causa de separación, divorcio o anulación, cuando existan hijos menores de edad. Según Nilda Gorvein, En el año 1982 la American Bar Association estableció el Comité Especial en Medios Alternativos de Resolución de Disputas que amplió este sistema en numerosos centros e instituciones tanto públicas como privadas.<sup>18</sup> En **Canadá** desde 1981 existía ya en Québec servicios públicos de Mediación Familiar y en 1984 el Servicio público para la familia se convirtió en público y gratuito. De 1982- 1986 todas las provincias canadienses son dotadas de Asociaciones de Mediación familiar.

Por su parte en **México** desde septiembre del año 2003 se puso en funcionamiento el Centro de Justicia alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que es un órgano administrativo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, con autonomía técnica y de

---

actuaciones por el interés preferente de los hijos e hijas menores ... los acuerdos que se adopten tendrán carácter vinculante y como prioridad el interés superior y el bienestar de las personas menores y de las dependientes.

<sup>15</sup> LEY 3/2007 de 23 de marzo, de Mediación Familiar

<sup>16</sup> LEY 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, para la Comunidad Autónoma del País Vasco. Esta Ley se extiende a los conflictos originados en situaciones de ruptura de pareja (matrimonios o parejas de hecho), así como a otros conflictos que puedan surgir en el medio familiar, tales como los derivados de las relaciones materno/paterno-filiales, entre la familia biológica y la de acogida, los que pudieran existir por causa de herencias o sucesiones de negocios familiares, etc. La Ley contempla tanto la mediación que se desarrolla a través de la red pública de servicios sociales como, la que pudiera realizarse desde la iniciativa privada. Opta por integrar la Mediación en el sistema de los Servicios Sociales y destaca la creación del Registro de Personas Mediadoras y del Consejo Asesor de la Mediación Familiar, del que formarán parte, entre otros organismos, representantes de Colegios Profesionales.

<sup>17</sup> En los tres Estados donde tiene más éxito en dicho país, son Florida, Texas y California.

<sup>18</sup> Citada por Hurtado Morales, Belkis Araceli, “La mediación familiar en Cuba. Su utilización práctica y perspectivas legales”. Tesis de especialidad en derecho civil y patrimonial de Familia. Santa Clara. 2005.

gestión, que administra y desarrolla los métodos alternativos para la solución de las controversias que se susciten entre particulares y abrió sus puertas a una nueva forma de resolver desavenencias, a través de la mediación en el ámbito del conflicto familiar. Existen además servicios de mediación privados que ofrecen servicios a través de los ayuntamientos, trabajándose en coordinación.

América Latina se ha sumado al movimiento gestor de la Mediación. En ese sentido podemos encontrar países como **Puerto Rico**: Existen servicios de Mediación en sus tribunales desde 1983, que comenzó con el Centro de Solución de Disputas de San Juan y se ha extendido a las regiones judiciales de Bayamón y Caguas en 1995 y Carolina y Ponce en 1996; en este último desde sus inicios se han mediado temas relativos a las separaciones y divorcios además de conflictos intergeneracionales, relaciones entre abuelos y nietos, entre hermanos, entre parientes, pensiones alimentarias, entre excónyuges y parientes, conflictos de parejas casadas o unidas consensualmente, conflictos de violencia intrafamiliar y división de bienes gananciales.

En **Panamá** a través del Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999 se aprobó el “Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación, en el que se instituye ésta última de manera extrajudicial y judicial, acordando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia para los casos de mediación judicial la creación de Centros Alternativos de Justicia, que trabajan de conjunto con los tribunales. No hace referencia expresa a la Mediación de asuntos familiares expone en su art. que podrán someterse a este método las materias susceptibles de transacción, desistimiento, negociación y demás que sean reglamentadas, incluyéndose en estos casos los de familia al no aparecer excluidos de ello. Además regula la procedencia de la Mediación tanto judicial como extrajudicialmente, en centros públicos o privados de mediación. Para ejercitar la mediación se requiere haber recibido capacitación que lo identifique como mediador por un centro especializado o institución educativa debidamente reconocida, y estar inscrita la certificación justificativa como tal en el Ministerio de Gobierno y Justicia.

Por tanto considero que aunque este Decreto Ley no hace mención alguna sobre el interés superior, sí es un elemento que por alcanzar el rango de principio dentro del Derecho de Familia debe ser tenido en cuenta como premisa ante cada proceso de Mediación familiar en el que aparezca involucrado un menor. Son temáticas objeto de mediación divorcios, régimen de visitas, alimentos, separaciones de hecho y tenencia de los hijos e hijas.

**Chile** es otro de los países que han acogido la Mediación Familiar y se legitima como tal en el contexto de la ley N° 19.968 que creó a los Tribunales de Familia y entró en vigencia a partir del transcurso del año 2005 al igual que en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil. El pasado día 15 de Septiembre 2008 empezó a regir la ley N° 20.286 que establece mejoras orgánicas y procedimentales a la ley de Tribunales de Familia, una de estas mejoras procedimentales está referida a la transformación de la Mediación voluntaria en obligatoria con respecto a la asistencia a la primera sesión en todas aquellas causas referidas a derecho de alimentos, cuidado personal de hijos (ex tuición) y regulación de la relación directa entre padre o madre e hijos (ex régimen de visitas), entre otras cosas por el desconocimiento que sobre la Mediación tiene la población, por lo que no ha logrado legitimarse como método alternativo de resolución de conflictos. Pese a la obligatoriedad de la mediación prejudicial ésta continúa conservando su carácter voluntario con respecto a las posteriores sesiones.

Otro Estado con experiencia en procesos mediadores lo constituye **Argentina**. El Decreto 1480/92 declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la Mediación, La Resolución del Ministerio de Justicia, de 8 de septiembre de 1992, regulaba la creación del Cuerpo de mediadores. La Ley 24.573, de 4 de octubre de 1995, de Mediación y Conciliación, que comenzó a aplicarse a partir del 23 de abril de 1996.

Los temas de familia podrán ser objeto de mediación en tanto no son excluidos de ello. Instituye su art. 1 la mediación con carácter obligatorio previa, extrajudicial a todo juicio excepto en los casos de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas en cuyo caso el juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador. La que tendrá como objetivo la promoción de la comunicación entre las partes de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

La propia Ley dispone la creación de un Registro de Mediadores cuya constitución, organización, actualización, y administración será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación. Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente. En ninguna parte del texto de esta norma se hace mención explícita de la participación de los niños, sin embargo, existe un marco jurídico, que ha partir de la Constitución nacional propicia la protección integral de los niños/as.

En algunas provincias argentinas se ha aplicado la mediación en temas de familia dentro de los tribunales, como en Mendoza y Jujuy. Se han creado Centros de mediación dependientes del Poder Judicial, de municipalidades, de colegios profesionales y también Centros privados.

En la Provincia del Chubut, por ley No. 4.939/2002 se sanciona la mediación en sentido general, concordada a partir de las Reglamentaciones del Tribunal Provincial de Justicia. A esos efectos se creó un Registro Provincial de mediadores y un Servicio Público de Mediación en la Provincia en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia. Es un servicio público y gratuito; de acceso voluntario y confidencial. Los mediadores son universitarios con conocimientos adquiridos en cursos de mediación. Las temáticas a mediar son diversas: civiles, laborales, penales, familiares y en estas últimas las relacionadas con divorcio, separación y conflictos entre padres e hijos, alimentos, etc. De 264 casos ingresados durante el año 2008, en un 62% se ha llegado a acuerdo; de esos ingresados el 44% corresponde a litigios familiares y solo un 2% ha llegado a juzgados familiares.<sup>19</sup>

Esta exploración en el Derecho Comparado nos permite dilucidar una serie de *valoraciones* en cuanto a la Mediación en los distintos países:

- La mayoría reconocen la Mediación Familiar en una norma independiente, contentiva de conflictos solo de esta índole, y el objetivo fundamental que se persigue es que el mediador facilite el acuerdo salvaguardando los intereses familiares y el interés superior

---

<sup>19</sup> Estos datos han sido tomados de la ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en La Habana en abril de 2009, por la ponente Daniela Patricia Almirón, Abogada – Mediadora, Coordinadora Servicio Público de Mediación Poder Judicial en Puerto Madryn – Provincia. de Chubut – Argentina.

de los niños/as, fundamentalmente en las leyes de última generación, en las que se muestra la voluntad expresa de los países por un mayor reconocimiento de la protección de los más pequeños de las familias.

- Existe consenso general en cuanto a las temáticas que podrán estar sujetas a Mediación, y sobresale en este sentido, aquellos conflictos que se derivan del ejercicio de la patria potestad, fundamentalmente las que tienen que ver con alimentos, guarda y cuidado, régimen de comunicación.
- Un elemento importante es que no hay paridad en cuanto a la Mediación inducida, y previa al proceso judicial, que si bien no atenta contra el principio de voluntariedad, pudiera propiciar la legitimación de la Mediación como método alternativo entre la población. No obstante, el uso facultativo de este método, que es otra de las tendencias que existe al respecto, hace gala de la voluntariedad como principio, y del carácter no complementario de este mecanismo, sino como verdadero método alternativo.
- En relación a los principios existe un apego general a los estudiados anteriormente.
- No existe un consenso sobre quienes deban ser los mediadores/as pero la mayor parte de las legislaciones se inclinan porque sean abogados/as, psicólogos/as, sociólogos/as y trabajadores/as sociales, que además deberán inscribirse en registros de mediadores y pertenecer, en la mayoría de los casos a Centros de Mediación.
- De manera general los acuerdos deben hacerse constar en actas, hechas fundamentalmente por los mediadores y remitirse ésta al órgano de Mediación, sin embargo, considero que el carácter vinculante y obligatorio que se pretende no se logra, al menos en Cuba a través de este tipo de actas.

#### **IV. El interés superior del niño/a. Su aplicación en la mediación de los conflictos familiares derivados del ejercicio de la patria potestad.**

Los niños/as han sido un segmento muy discriminado e indolente, tanto en el marco social como del Derecho de Familia durante toda la evolución que la milenaria institución ha ostentado. Solo a partir de inicios del siglo XX es que comienzan a ser aludidos por el Derecho Internacional, siendo la Declaración de Ginebra de 1924 la primera manifestación al respecto.

Tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos subsiste la idea de garantizar a determinados grupos de personas el disfrute de los derechos consagrados para todos los seres humanos. La infancia-adolescencia fue uno de estos sectores que exigían de protección jurídica y derechos específicos.

En 1949, la Comisión de Derecho Social del ECOSOC, imbuido en los designios de la ONU y de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se aprueba la Declaración sobre los Derechos del niño de veinte de noviembre de 1959, contentiva de un preámbulo y de 10 principios. Independientemente de que marcó un punto de avance en relación a la protección jurídica internacional de los derechos del niño/a, no se logró un consenso en cuanto a la instrumentación de mecanismos efectivos para la protección jurídica de tales derechos, por lo que no tuvo fuerza vinculante.

Si embargo, es en este mismo siglo que tiene lugar la manifestación más importante en relación a los Derechos del niño/a, la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>20</sup> el 20 de noviembre de 1989, a diez años de celebrado el Año Internacional del Niño, resultando una manifestación de la concreción de los derechos fundamentales reconocidos para todas las personas y de lo más avanzado del pensamiento jurídico en relación a la niñez.

Este tratado Internacional sobre los Derechos del Niño abarca todas las esferas de la vida de los infantes-adolescentes a partir de suscitar su protección integral, por lo que ha tenido un amplio consenso internacional, no ratificado solo por Estados Unidos y Somalia. En él se establece la necesidad de que los Estados implementen normas jurídicas eficaces que garanticen la defensa y protección de los niños/as y sus derechos, reconociendo como tal a todos los menores de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En el propio cuerpo legal se establece que ...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño..., esta forma de plantearse el principio ofrece nociones de vaguedad y la posibilidad de cierta discrecionalidad a las autoridades, que de algún modo puede influir en la incorrecta aplicación de los derechos consagrados en la CDN, pero por otro lado le impone límites a los Estados, en tanto les corresponde a estos asegurar el bienestar de los infantes y a los padres en el sentido de que son ellos los responsables de la crianza y desarrollo de los niños, pero a partir del interés superior, a fin de que puedan ejercitar sus derechos (art. 3, 18 y 5 respectivamente)

El no estar definido expresamente en la CDN, ha dado lugar a la inexistencia de una interpretación uniforme en torno a su definición y aplicación, lo que va en detrimento de la tutela efectiva de los Derechos del niño/a; y ha dado al traste para que un número importante de autores lo consideren como “concepto jurídico indeterminado”<sup>21</sup>.

A ello le agrega Grosman que "... está sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso. "

Félix Guillermo Herrera coincide con D'Antonio al considerar que es un "Standard jurídico, un límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares”.

Para Ivonne Carrión Ramos resulta un “concepto multifacético “

Por su parte Alirio Cavalierile le atribuye el adjetivo de “ley áurea”.

---

<sup>20</sup> A partir de ahora CDN.

<sup>21</sup> Grosman, Cecilia. Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia. La Ley. 1993. B. p. 1094. Durán Ayago, Antonia. El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural. El Derecho de Familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales. AA. VV. Calvo Caravaca A. L. y Castellanso Ruiz, Esperanza (Directores). Madrid. 2004. p. 317. Ibidem. La protección de menores en la era de la globalización. Del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización. Globalización y Derecho. AA. VV. Calvo Caravaca A. L. y Blanco Morales-Limones, P. (Editores). Madrid. 2003. p. 218.

Georgina Morales señala que “El criterio interés superior del niño no es estático, se encuentra profundamente vinculado a las ideas y creencias que las personas tienen sobre lo que es más conveniente para la infancia. Se aprecian aquí las dos posibles aristas de este término: tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales “.

Para Cillero Bruñol el Interés Superior del Niño es ...un principio garantista... es la satisfacción integral de sus derechos..., criterio que comparte la autora de este trabajo.

El Interés Superior es una prioridad, un principio esencial que no solo garantiza los derechos humanos de los niños/as reconocidos en la CDN sino que también es portador de ellos, en la medida en que se hagan efectivos esos derechos, se estará garantizando ese interés superior, claro está que habrá que enmarcarse en la situación jurídica específica en la que esté inmerso el niño, a fin de que prevalezca lo que para ese caso puntual le resulte más beneficioso, “...el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho)...”, como afirmara Cillero Bruñol en su obra: *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención*.

Estas ideas, a mi modo de ver, son las que deben prevalecer ante cualquier consenso universal en cuanto a la interpretación y aplicación de este principio, que a su vez constituye un antecedente al que deben remitirse todos los preceptos sancionados, y en ese sentido su obediencia o no redundará en la recepción o sanción de la conducta ejercitada.

No obstante, ante la parquedad de la CDN, pueden alzarse infinitas interpretaciones, que pueden ser incluso arbitrarias. Por su parte los Estados signatarios adoptan técnicas y métodos, y han asumido la iniciativa de regularlo de una manera más concluyente que el mencionado cuerpo legal, inspirados en la llamada Doctrina de la Protección Integral, nacida a la luz de la propia CDN, “que viene a facilitar el sentido de las legislaciones en esta materia convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes”, según expone María Luisa Gómez Tapia en su obra “*El Interés Superior del Niño*”.

En Nicaragua por ejemplo el Código del Menor de 1998 en su art. 10 describe que “se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente todo lo que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades y que le beneficie en su máximo grado”.

Hay que resaltar que en sentido general en América Latina ha tenido lugar un proceso codificador tendente a garantizar el Interés superior del menor<sup>22</sup>, además de la protección que desde las Constituciones y las Leyes de Mediación se le brinda.

---

<sup>22</sup> En *Colombia* el Código del Menor decretado días siguientes a la CDN, preceptúa en su art. 20 que ““Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor “. En *Argentina* la Ley 24.779 de Adopción, a través de su art. 321 inc i), es la primera en manifestar claramente al interés superior, complementándose su protección en leyes como la de violencia familiar No.24.417 y la 24.540 de Identificación del recién nacido. En *Bolivia* se implementó un nuevo Código de Menores en 1992 al igual que en *Ecuador* en 1992 y

Estoy de acuerdo con los que asumen que el interés superior deberá transgredir las fronteras de las culturas y las desigualdades. Les compete a los Estados aplicar el principio sobre la base de los derechos regulados en la CDN, y solo de esta manera se alcanzará su plena universalidad y coherencia.

### ***El principio del Interés Superior del Niño/a en la Mediación Familiar.***

Toda temática relacionada con niños/as es difícil de abordar cuando se trata de garantizar su máximo beneficio y satisfacción, como protagonistas que son cada vez más del escenario social, luego de haber transitado para el desarrollo de su personalidad por la sede fundamental que en este proceso es la familia, y donde tienen lugar situaciones conflictuales que lo afectan directamente.

Es en ese sentido que cobra especial relevancia la Patria Potestad, institución del Derecho de Familia tan antiquísima que data del Derecho romano. Surgió como una especie de “tiranía doméstica”<sup>23</sup> bajo el mando omnipotente del pater familia, al que se le atribuía el poder de la vida y la muerte.

Muchos fueron los cuestionamientos que a la altura del siglo XIX tuvo la centenaria institución, que en la actualidad versa en torno al interés y beneficio exclusivos de los hijos y cuya titularidad es asumida por las madres y los padres en virtud de la igualdad de ambos progenitores, abarcando desde entonces, casi todas las relaciones entre los padres y los hijos menores y por ende, donde se resuelven la inmensa mayoría de las cuestiones referidas al interés superior del menor.

Es precisamente en estas relaciones reguladas por el Derecho de Familia que la mediación alcanza un engranaje idóneo, en tanto la mediación familiar favorece la autonomía de la voluntad y la autorregulación de los individuos hacia sus propios intereses, dentro de los límites establecidos por el Estado en la norma de Derecho, siempre que ello no contravenga los intereses de los menores o los colectivos de la familia como institución social.

Son los padres en principio, los garantes de ese interés superior por su condición de representantes legales de los infantes y custodios de sus intereses, que no en pocas ocasiones se ven lesionados por los lamentables desacuerdos y desavenencias afrontados por los progenitores. La solución a esos conflictos dependerá de la capacidad que tengan los padres para poder resolverlos, en caso contrario será necesaria la intervención de ayuda especializada que le proporcione a los padres las técnicas para que asuman una solución adecuada, teniendo en cuenta en primer lugar, lo que resulte más beneficioso para el menor, debiéndose involucrar en ello al propio niño/a según su edad y madurez.

---

otras leyes como la Ley reformativa de 1994 a la Ley Orgánica de la función judicial y al Código de Menores a fin de modificar el Servicio Judicial de Menores hacia una función judicial propiamente dicha. En Perú existía desde 1992 un Código de los Niños y los adolescentes. En Uruguay se constituyó en 1993 una Comisión en la Cámara de Diputados con el fin de reformar el Código del Niño de 1934.

<sup>23</sup> Prado Sifontes, María Elena/ Goyas Céspedes, Lianet/ Cabanes Espino, Iris/ Soto Senrra, Georgina, “El deber de los padres de representar a sus hijos y administrar sus bienes como contenido de la patria potestad”. Ponencia a la III Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Febrero 2004.

Es importante el reconocimiento que como sujetos de derecho activos, participativos y creativos hace la CDN en relación a los niños, a quienes se le atribuye capacidad progresiva. La posibilidad de que sea escuchado sobre cuestiones que afecten su vida y el medio que lo rodea, propicia su mejor desarrollo como persona “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”.<sup>24</sup> Los niños deben ser reconocidos como sujetos de derecho igual a los adultos, incluso reconocérseles otros derechos intrínsecos a su persona como suelen ser el derecho a ser educado, oído, representado, vivir con sus padres, todo ello en dependencia de la madurez que haya alcanzado.

Corresponde al Estado según art. 5 de la CDN, respetar los derechos y responsabilidades de los padres u otras personas encargadas del cuidado del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. Por tanto son los progenitores los que más cerca estarán de garantizar los intereses personales y patrimoniales de los niños/as, que en modo alguno significa que los infante-adolescentes se conviertan en meros objetos propiedad de los padres, y que por tanto se relegue de su condición de sujetos activos veladores de sus propios intereses, sino que tan solo son los padres por su condición de progenitores los encargados de realizar esa función.

El art. 18 de la CDN reconoce la figura de los padres como máximos responsables de la crianza y el desarrollo del niño, poniendo especial énfasis en que su preocupación fundamental será el interés superior del niño. Esto deriva en ciertas limitaciones de la patria potestad en función del beneficio y satisfacción de los derechos del niño/a.

Esto se manifiesta claramente en la situación que se crea cuando por cualquier causa los padres decidieren divorciarse o separarse. Esta condición de crisis familiar, deviene en muchísimos casos en malos tratos o interacciones familiares que para nada satisfacen las necesidades y expectativas de los miembros del grupo, y se tornan gravosos para la salud de sus integrantes. En estas situaciones específicas es necesaria la intervención estatal, por cuanto es preciso restablecer la funcionalidad de la familia y garantizar el interés del menor y el de la familia, porque del bienestar de esta última depende el bienestar del hijo, traducido en una protección integral desde el punto de vista físico, moral, espiritual, etc.

Es importante resaltar que aún cuando los conflictos que se derivan del ejercicio de la patria potestad pueden ser muy variados, en la práctica existe una tendencia mayoritaria a la prevalencia de los conflictos relativos a la guarda y cuidado, régimen de comunicación y alimentos, sobre el resto de los que se puedan suscitar. No obstante, consideramos oportuna la aplicación de la Mediación en cada uno de ellos, con plena observancia del principio del Interés Superior del Niño/a.

Estos conflictos, aunque no son los únicos relacionados con el ejercicio de la patria potestad, sí tienen un mayor impacto negativo en los niños/as, que cualquier otro conflicto, dada la alta carga emocional que contienen y las secuelas que para los menores acarrear. Se requiere entonces de soluciones apropiadas, sugerentemente alejadas de la vía jurisdiccional; pues en el proceso judicial es el juez el que dispone sobre la procedencia de medidas que involucran al niño/a

---

<sup>24</sup> Exposición de motivos de la Ley Orgánica No. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que además descansa en las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección



directamente. Sin embargo, lo ideal sería que los padres aprendieran a autodeterminarse responsablemente en la medida de sus posibilidades para no tener que acudir al órgano jurisdiccional y evitar trastornos gravosos para los niños/as

*La Guarda y Cuidado.* Es una de las medidas con repercusión directa en los infantes que responde a la estabilidad emocional y bienestar psicológico del niño/a en el contexto familiar. Generalmente en los procedimientos de este tipo, sucede que se le otorga a la madre la guarda y cuidado del hijo y se establece un régimen de comunicación en relación al padre, desdoblándose la patria potestad en estas dos nuevas funciones.

*El Régimen de Comunicación.* La posibilidad de que el progenitor no custodio mantenga una relación afectiva y constante con el hijo/a, es decisivo en el desarrollo de su personalidad. Su efectividad dependerá del vínculo afectivo entre el menor y sus padres, además de la interrelación entre éstos últimos. Éste vínculo propicia la continuación de las relaciones paterno filiales y contribuye a minimizar los efectos nocivos de la separación o divorcio de los padres, siempre que esta decisión no afecte el interés superior del menor.

*La Pensión Alimenticia.* Es una de las temáticas más frecuentes de enfrentamiento, posterior a la separación o divorcio. La fijación de la pensión alimenticia no debe constituir una carga, impuesta al padre que no ostenta la custodia del menor; debe ser apreciada en función de la interrelación ingresos gastos de ambos progenitores en consonancia con las necesidades materiales e incluso afectivas de los niños/as, que redundará en un equilibrio armonioso entre los padres y entre éstos y el infante.

En el contexto de los conflictos familiares donde hay que tenerse en cuenta estas medidas, la Mediación Familiar como método autocompositivo de solución de conflictos cobra gran eficacia, puesto que descansa en la posibilidad de encontrar soluciones consensuadas, no adversariales, dirigidas además al restablecimiento de la comunicación entre los padres entre sí y entre éstos y los hijos, porque la familia es para toda la vida.

En ese sentido, el papel del mediador es fundamental, pues deberá facilitar la búsqueda de una solución pacífica que responda a los intereses y perspectivas de las partes, pero sobre todo estimular a los padres a detenerse en lo que resulte más beneficioso para el niño/a como sustento del ejercicio de la patria potestad, debiendo incluso consultar a los infantes-adolescentes según su derecho a ser oído<sup>25</sup>.

El agente mediador/a deberá deponer un tanto su papel de agente pasivo e involucrarse más en la negociación, por cuanto sus conocimientos deberán enfocarse en un interés superior al de las partes litigantes, que es el interés superior del menor. En este ámbito se pone de relieve no solo la imparcialidad y neutralidad en la figura del mediador/a ante el fondo del asunto en cuestión, sino también su profesionalidad, que le permitirá deslindar a partir de la caracterización del infante-adolescente, su identidad y personalidad, cuáles son sus carencias, inquietudes, necesidades, y qué es lo que verdaderamente responde a su verdadero beneficio e interés superior.

---

<sup>25</sup> El art. 12 de la CDN contiene la prerrogativa de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo proceso administrativo o judicial en el que esté inmerso, atendiendo a su madurez y edad.

Como se analizó anteriormente, las diferentes leyes de Mediación, sobre todo las de última generación, se han pronunciado en relación a los conflictos en los que están presentes menores de edad, sobre todo en aquellos que se derivan del ejercicio de la patria potestad. Conflictos en los que la premisa básica es el interés superior del niño/a a partir de la Teoría de la Protección Integral, que encuentra ahora un cauce idóneo en la Mediación.

Es bueno resaltar que aunque existen países en los que dichos cuerpos jurídicos no hacen alusión específicamente a estos conflictos, existe en relación a ello un conjunto de regulaciones jurídicas que a partir de la Constitución de esos países asumen una protección integral de los derechos de niños/as. En *Argentina* por ejemplo el texto Constitucional reconoce a los individuos los derechos fundamentales reconocidos por los Instrumentos Jurídicos Internacionales, y en consecuencia con ello, el Código Civil asume las prescripciones que en relación a la familia figuran dentro de lo más avanzado del Derecho de Familia moderno. En este ámbito se conjugan los textos preexistentes que guardan relación con la familia y la Mediación.

En *Panamá* el Decreto Ley 5 de 1999 no hace mención alguna sobre el Interés Superior de los niños/as, sin embargo la Constitución Panameña en su Capítulo 2 art. 56 establece la obligación del Estado de proteger la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación, y la seguridad y previsión sociales. Además de disponer el Código de Familia de ese país, el carácter de principio que reviste para el Derecho de Familia, entre otros, la igualdad de todos los hijos y la protección de los menores. Esto denota que ante cada proceso de Mediación familiar en el que aparezca involucrado un menor se debe ser tenido en cuenta como premisa el máximo beneficio para de ese niño/a.

## **V. Práctica y realidad de la mediación familiar en Cuba. El interés superior del niño/a.**

### Antecedentes inmediatos de la Mediación en Cuba.

Los antecedentes inmediatos de la Mediación familiar en la legislación cubana lo encontramos en el Decreto-Ley No. 250 de 30 de julio del 2007 donde se modifica la denominación de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior en correspondencia con su más amplia proyección internacional, al llamarse “Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional “.

Este regula en su segundo Por Cuanto que con motivo del desarrollo alcanzado por el arbitraje, la conciliación y la mediación, como métodos alternativos a los tribunales nacionales para la solución de los conflictos de carácter comercial internacional, se hace necesaria la promulgación de un nuevo texto legislativo que los comprenda, lo que queda regulado en el presente Decreto ley, que en su Disposición Especial única señala que “la Corte, como método alternativo de solución de controversias, puede prestar servicios de mediación a las personas naturales y jurídicas que así lo interesen, bajo los principios de neutralidad, equidad, confidencialidad y eficacia. Pueden someterse a mediación las materias susceptibles de transacción, desistimiento, o negociación del conocimiento de la Corte”.

El propio cuerpo legal faculta al presidente de la Cámara de comercio de la República de Cuba para aprobar y poner en vigor los Códigos de Ética de árbitros y mediadores, así como los Reglamentos de Conciliación y Mediación, establecer y regular los Derechos de arbitraje,

conciliación y mediación, gastos de procedimiento, así como lo concerniente al pago de la dieta y gastos de los árbitros y mediadores.

Con posterioridad se emite el Reglamento del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de la República de Cuba. Queda de esta manera regulada la actividad de mediación con expresión de los principios que deben regir ese proceso, los que coinciden en su mayoría con los expuestos en su generalidad por los diferentes países. Se regulan también las materias que pueden ser mediadas, se establece una caracterización de las personas que deben figurar como partes y como mediador en dicho proceso y características propias del procedimiento en su conjunto.

En materia Laboral con la promulgación del Decreto Ley 241 de 26 de Septiembre de 2006 que modificó la Ley 7 del 19 de agosto del año 1977, se introdujo en la isla un procedimiento económico, que prevé la conciliación intrajudicial como método alternativo en cualquier estado del proceso cuando el tribunal aprecie que se hace necesario o aconsejable que las partes alcancen mayor grado de comunicación al objeto de establecer, o resolver por sí mismas, algunos de los extremos asociados a las pretensiones deducidas; y de haber acuerdo concluyente el tribunal verificará los extremos que consten de la transacción e impartirá, en su caso, su aprobación mediante auto fundado por el cual se pondrá fin al proceso según los art. 772 y 773 respectivamente.

También figura en el Decreto Ley 241, aunque de manera facultativa la posibilidad de que el tribunal inste a una comparecencia cuando considere que no puede decidir el fondo del asunto controvertido sobre la base de los elementos obrantes en el expediente, y una vez que el tribunal impone a las partes acerca de sus derechos y obligaciones les formulará las preguntas que estime pertinentes. En ese acto las partes podrán arribar a un acuerdo que ponga fin al litigio, cuya aprobación judicial mediante auto surte los efectos atribuidos a la transacción judicial. Según Art. 780 al 782 del propio cuerpo legal.

#### Realidad actual de Cuba en cuanto a Mediación Familiar y el Interés Superior del Niño/a.

En sede de Derecho de Familia hay que señalar que en la actualidad cubana aunque no se puede hablar de la existencia de Mediación como mecanismo garante en grado superlativo del Interés Superior del Niño/a, desde el triunfo de la Revolución la protección integral de la infancia-adolescencia es un paradigma de las políticas del Estado, y desde mucho antes de ratificar la CDN en 1990, se han tomado medidas y dictado leyes para garantizarle un bienestar, desarrollo y protección integral a nuestros infantes y adolescentes.<sup>26</sup>

El Código de Familia, el Código Civil, la LPCALE, el Código de la Niñez y la Juventud, el Código Penal, el Decreto Ley 76/84 sobre Adopción, Hogares de Menores y Familias Sustitutas, Decreto Ley 64/84 de Atención a los Menores con trastornos conductuales, Ley 51/85 del Registro del Estado Civil, el Decreto Ley 154/94 sobre Divorcio Notarial, Ley de Maternidad, Ley 83/97 de FGR, y otras disposiciones normativas, todos bajo la égida de La Constitución de la República de Cuba de 1976 contribuyen a garantizar al Niño/a una protección Integral, basada en el disfrute de sus más genuinos derechos y deberes.

---

<sup>26</sup> En nuestro país solo se incluye literalmente el “interés superior” en el Código de Familia, en los artículos referentes a la adopción, no obstante existe un amplio marco jurídico protector de ese interés de los niños/as.

A la luz de la Ley 7 de 1997, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se ejerce la jurisdicción civil exclusivamente por los Tribunales Municipales Populares y por las Salas de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Provinciales Populares y del Tribunal Supremo Popular y queda afianzada la vía jurisdiccional como mecanismo de resolución de conflictos a través del proceso judicial. Esto es aplicable a los asuntos de Familia. Este cuerpo legal no reconoce expresamente en su articulado métodos alternativos de resolución de conflictos, sin embargo del análisis de algunos de los procesos relacionados con la familia y los niños/as, se aprecia un fin conciliatorio en el que el papel del tribunal se basa en tratar de lograr un acuerdo entre las partes<sup>27</sup>. Si bien la actual Ley de Procedimiento no responde cabalmente a la solución que se espera en materia de familia y del Interés Superior de los Niños/as, hay que destacar que ha sido el cauce para la tramitación legal de estos asuntos.

El 20 de diciembre del año 2007 se dictó la Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, con la que se pusieron en práctica con carácter experimental los de tribunales de familia en determinados territorios, adaptando algunos preceptos de la práctica judicial a los asuntos de familia, que por instrucción 26 de fecha 11 de febrero de 2009 se han extendido a diferentes municipios de todo el país teniendo en cuenta la aceptación, que han tenido por los operadores del Derecho en el país: Pinar del Río, Artemisa, Cárdenas, Cienfuegos, Santa Clara, Cabaiguán, Morón, Camaguey, Puerto Padre, Gibara, Banes, Manzanillo, Palma Soriano, Baracoa e Isla de la Juventud.

Se trata de lograr una especialización de nuestros jueces/as en las temáticas de familia, teniendo en cuenta los principios que refrenda la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del niño de la que Cuba es signataria, y el Código de Familia. Agotando a través de una comparecencia en los diferentes procesos, todas las posibilidades que ofrece el art. 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, especialmente en los casos en los que existan hijos menores.

Estas comparecencias son uno de los logros más importantes que ha alcanzado este procedimiento familiar, cuyo fin es que el juez armonice los intereses de todos los miembros de la familia, que trate de acercar a las partes, de gestionar un pacto y guiarlas al acuerdo, que de

---

<sup>27</sup> - En el artículo 384 de la LPCALE sobre proceso de Divorcio por Justa Causa se regula la posibilidad de una comparecencia con el objetivo de solucionar las inconformidades de las partes en relación a las medidas provisionales, la que tiene, en principio un fin conciliatorio, pues el tribunal tratará de obtener un acuerdo entre las partes sobre los puntos no coincidentes. El tribunal resolverá lo que corresponda sobre las medidas provisionales mediante auto y solo si no se logra acuerdo entre los cónyuges decidirá.

- El art. 386 de la LPCALE preceptúa las normas que deberán ser tenidas en cuenta por el tribunal para decidir sobre la procedencia de las medidas provisionales, en el supuesto que no haya existido acuerdo entre las partes, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

- El art. 392 de la LPCALE en su párrafo tercero hace referencia a la aplicación de las normas de la herencia intestada en cuanto resulten aplicables, para realizar la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes una vez dictada la sentencia de divorcio. La junta que se realiza para este proceso art. 561 LPCALE tiene características conciliatorias teniendo en cuenta que el tribunal la encausará procurando encontrar un acuerdo común y donde podrá incluso proponer fórmulas orientadas a este fin. De obtener el acuerdo entre las partes se dará por finalizado el acto y se dictará auto aprobando los acuerdos adoptados.

- El art. 370 de la LPCALE establece la comparecencia en los procesos sumarios de Alimentos, que independientemente de que la ley no prevé el fin conciliatorio de la misma, en la práctica, la propia naturaleza del proceso lo propicia teniendo en cuenta que las partes no comparecen bajo representación letrada y por sobre todo, teniendo en cuenta el interés superior del menor

proceder debe ser acogido por el juzgador siempre que prevalezca el interés superior del niño/a en los casos en que se encuentren involucrados. Un dato curioso resulta que en el caso específico de Placetas excepto en dos de los casos tramitados, en los demás se logró acuerdo entre las partes.

Cuando se está decidiendo sobre la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los hijos con los padres se deberá oír la niña/o mayor de siete años, concernido en el proceso, en un marco propicio para eso y fuera de la sede del tribunal que está conociendo del asunto. Se garantizan para ello todas las condiciones necesarias de manera que pueda ser explorado en un marco no de tensiones e imposiciones, que en modo alguno propicie respuestas por parte de este que pudieran llevarlo a repudiar a alguno de sus padres. Si bien el criterio del niño no es determinante en estos casos, es una verdadera práctica del ejercicio de los derechos de las niñas/os y los niños como sujetos de derecho.

Hay que resaltar que en estos casos desempeña un importante papel un equipo técnico asesor compuesto por más de cinco profesionales de diversas especialidades afines con el trabajo con la familia: psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, etc., que tienen la misión de valorar y emitir un dictamen pericial contentivo de información especializada para la determinación eficaz por el juez, de mejores soluciones, atemperadas a los intereses humanos, afectivos y sociales. También la maestra del menor puede ofrecer una caracterización del niño, que adquiere una importante valía en la valoración de la prueba por el tribunal, y podrán así mismo solicitarse la presencia de los abuelos en calidad de terceros y la del Fiscal para oír su padecer.

La propia Instrucción faculta al tribunal a la luz del Art. 40 de la LPCALE para que de manera excepcional pueda crear una solución fuera del marco de la ley y adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal.

Este análisis deja al descubierto la posibilidad de aplicar soluciones consensuadas para resolver los conflictos familiares, especialmente ante la presencia de un menor que pudiera ser afectado, sobre todo en conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad que son de los más comunes en nuestros tribunales. Cabe reasaltar que si bien las soluciones judiciales en la jurisdicción familiar significa una posibilidad más acertada que la tradicional -a través de la jurisdicción civil-, lo cierto es que la implementación de un método de justicia alternativa, evitaría que muchos de estos conflictos llegaran a la vía judicial.

Esta proyección si bien constituye un paso agigantado en relación a ofrecerle a estos litigios un tratamiento diferenciado a partir de la carga ética, sentimental y social que engendran las relaciones familiares y su derecho regulador, lo cierto es que el proceso judicial es más demorado en el tiempo que los métodos alternativos, además de que causan malestares emocionales, psíquicos a los niños/as, además de percibir en los padres una esfera de confrontación y enfrentamiento

A la par de estas legislaciones existe adscripta a la Asamblea Nacional del Poder Popular, y funciona con carácter permanente la Comisión de Atención a la Niñez, la juventud y la igualdad de derechos de la mujer; que desarrolla sus funciones auxiliando al Parlamento y al Consejo de Estado en pos de la efectiva atención a la infancia-adolescencia y a la mujer; existen además numerosos programas, proyectos y políticas sociales que tienen la misión de crear y evaluar la protección de los niños/as, devenidos en interés superior, a lo que se le suma la Fiscalía General

de la República, como órgano garante de la legalidad socialista y a la cual se le reserva la encomiable misión de proteger además, los intereses de los niños/as.

Por otro lado se aprecia la existencia de un movimiento investigador sobre el tema de la Mediación Familiar en nuestro país, encabezado por el Dr. Armando Castanedo Abay, también la jurista MSc. Yamila González Ferrer se interesa en los estudios sobre el tema, así como otras personas comprendidas en el sector jurídico en Cuba.

El Centro Félix Varela trabaja la línea “*Cultura de paz para un desarrollo sostenible*” y dentro de las temáticas abordadas por el Centro en este sentido se encuentra la educación en métodos alternativos de resolución de disputas, y la mediación dentro de ellos.

Por su parte el Centro de Capacitación de la Mujer “Fe del Valle” tiene incluida la temática en diferentes cursos del Programa de Capacitación diseñado para los cuadros de la Federación de Mujeres Cubanas de todo el país desde el año 2001.

Las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia de la FMC es otro de los espacios en el que se relaciona el tema de Mediación a partir de una práctica sistemática de intervención en conflictos familiares. Se aplican fórmulas para orientar y ayudar a la mujer y demás miembros de la familia, así como en la concientización de los padres en la educación de los hijos, con la participación de un grupo de apoyo compuesto por diferentes especialistas: psicólogos/as, juristas, psiquiatras, etc.; Se trabajan cuatro líneas fundamentales sobre la base de programas de orientación dirigidas a las diferentes problemáticas y expectativas que tienen la mujer y su familia, a partir de la caracterización y el diagnóstico permanente.<sup>28</sup>

Los temas que más se abordan en la Casa son los conflictos relacionados con la pareja, los incumplimientos de pensiones alimenticias, desempleo, convivencia familiar, madres solas, problemas de viviendas, entre otros. O sea que las casas, que además existen en todos los municipios del país, desempeñan un rol fundamental dentro de la sociedad en la solución de conflictos de índole familiar. Estos espacios contribuyen a que las partes rebasen el esquema ganador-perdedor de la vía judicial. Si bien las soluciones adoptadas no tienen fuerza vinculante, sí está cerca de lo que con la Mediación se persigue.

En este sentido se trabaja en un Programa para la formación de mediadores para las Casas de Orientación a la Mujer y La Familia, según la propuesta que plantea la Msc Yamila González

---

<sup>28</sup> Las casas de orientación a la mujer y a la familia desarrollan cuatro líneas fundamentales para el desarrollo de sus objetivos: *Orientación individual*: es el espacio en el que los colaboradores orientan a las personas que acuden allí en busca de ayuda, sobre todo en temas relacionados con problemáticas sociales, familiares, y a la vez que reciben orientación también se abre un intercambio destinado a la reflexión, el debate. *Orientación y trabajo grupal*: se realizan acciones específicas en dependencia de los intereses, necesidades y recursos con los que cuenta el grupo sometido a este ejercicio, pueden ser embarazadas, discapacitados. *Capacitación*: está destinada a los activistas, dirigentes de base, se realizan cursos de orientación a las federadas y sus familias, de adiestramiento a amas de casas, hombres desempleados, sobre la base de ofrecerles conocimientos sobre diferentes oficios, etc. *Proceso de Extensión Comunitaria*: son las acciones que realizan los equipos en determinadas áreas, dirigidos a fomentar el trabajo sobre reforzamiento de valores, sentido de pertenencia hacia a la comunidad, etc. y participan voluntarios, profesionales, conjuntamente con los dirigentes de base, en este sentido se desarrolla n diagnóstico y se realizan acciones específicas.

Ferrer, en su ponencia “La mediación familiar en la comunidad” en la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia desarrollada en La Habana en año 2006.

Teniendo en cuenta las condiciones con las que cuentan estas casas en el país, coincido con la implementación de la Mediación Familiar precisamente en dichas casas, partiendo de la interdisciplinariedad con la que deben enfocarse las desavenencias en la familia.

La Mediación presupone el restablecimiento de la comunicación y la minimización de los efectos negativos que pueda generar el conflicto en los niños/as, incluso en la vía judicial<sup>29</sup>. Este método pacífico encumbra la autonomía de la voluntad sobre la base de los límites lógicos que impone el Estado para el desarrollo eficaz de aquella y a partir de la sensibilidad de las relaciones familiares y de los conflictos que se generan en torno a los hijos sujetos a patria potestad, considero oportuno el hecho de puntualizar en bases conceptuales para la aplicación de la Mediación como garantía del principio del Interés Superior del Niño/a en la solución de conflictos de esta índole en nuestro país.

Si bien el país cuenta con un arsenal de mecanismos y legislaciones en torno a garantizar los máximos beneficios de los niños y niñas, lo cierto es que la Mediación Familiar sería no un método más entre tantos sino una alternativa con mayor probabilidades de efectividad, celeridad, y objetividad en relación a los conflictos familiares en general, y a aquellos en los que existen involucrados infantes adolescentes sobre los que recae la patria potestad en lo particular, y haya por tanto que garantizar su máximo interés.

## **VI. Propuesta teórica de bases conceptuales informadoras de la Mediación Familiar, con énfasis en el principio del Interés Superior del Niño/a, en conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad.**

Para la validación de la Mediación Familiar en Cuba se impone su institución desde el punto de vista legal, que dentro de otros aspectos, establezca pronunciamientos concretos en cuanto a la comprensión y obligatoriedad de la observancia de los Derechos del Niño/a que regula la CDN, que conforman el principio del Interés Superior del Niño/a. Principios que deben ser interpretados sistemática y armónicamente. En ese caso proponemos lo siguiente:

- 1) Crear las Bases Legales para la actuación de mediadores.
- 2) Crear Bases estructurales para la actuación de mediadores
- 3) Capacitación de los Recursos Humanos.

### **1. Propuesta de las Bases Legales.**

---

<sup>29</sup> Aunque más atenuado con la creación de los Tribunales de Familia, el orden judicial, tiende a crear trastornos psicológicos para los menores de edad, y contraposición entre los padres, y entre éstos y los hijos, por cuanto no se rebasa el esquema ganador-perdedor que recae sobre estos, además de otras influencias que como las costes procesales y la dilatación en el tiempo de estos procesos atentan contra el verdadero interés de los menores de edad.

- La Mediación Familiar deberá ser un proceso<sup>30</sup> gratuito, voluntario<sup>31</sup> y extrajudicial de solución de conflictos entre los miembros de una familia, con la intervención de un tercero imparcial, neutral, sin ningún poder de decisión para facilitar bajo un marco de confidencialidad, un acuerdo viable y estable, que responda a los intereses y necesidades del núcleo familiar y al Interés Superior del Menor, sustentado en la soberana voluntad de las partes.
- Será aplicable entre otros casos referentes a la familia, a los conflictos que se deriven del ejercicio de la Patria Potestad.
- Los mediadores actuarán debiendo preservar :
  - Igualdad: el mediador debe tratar de mantener el equilibrio entre las partes, de manera que cada una sea asistida de la misma forma.
  - Carácter personalísimo: las partes involucradas deberán asistir personalmente a cada una de las secciones, y en el caso en que estén involucrados niño/as deberán participar teniendo en cuenta la categoría de derechos que reconoce la CDN referida a la participación de las niñas y los niños.(ver anexo 1)
  - Imparcialidad e Neutralidad: bajo este principio los mediadores deberán asistir a las dos partes por igual. No podrán involucrarse en el proceso, ni asumir alguna posición comprometedoras en relación a alguna de las partes y respetará los puntos de vista de cada una de ellas, a menos que esté en peligro el interés superior del niño/a, donde deberá persuadir a los padres de la necesidad de que se tenga en cuenta lo que resulte más beneficioso para el menor. Se deberá tener en cuenta la categoría de Derechos que da margen a la Protección de los menores (ver anexo 1)
  - Confidencialidad: está muy relacionada con los principios anteriores. El mediador podrá rebasar esa confidencialidad solo cuando lo imponga el interés superior del niño, se presuma la existencia de delito o existan indicios de violencia física entre las partes, que de igual manera afecte el interés del menor. Teniendo en cuenta la categoría de derechos que sobre la protección de los menores prevé la CDN (ver anexo 1)
  - Profesionalidad: está relacionada con la fase de capacitación que abordaremos más adelante.
  - Voluntariedad: está dirigido a un doble aspecto: las partes facultativamente escogerán si se acogen o no a la Mediación y el otro aspecto está dirigido a que el mediador deberá respetar la voluntad de las partes en cuanto a los acuerdos tomados por ellas, debiendo tener en cuenta que no contravengan los preceptos legales, además de que tendrán como prioridad el interés superior y el bienestar de las personas menores. En ese sentido el mediador deberá tener presente todos los derechos y principios que reconoce la CDN para los infantes adolescentes. (ver anexo 1).
- En relación a los deberes del mediador deberá hacerse alusión a la necesidad de concienciar a las partes en cuanto a velar por el Interés Superior de los hijos menores.

---

<sup>30</sup> La autora se refiere a proceso como una consecución de fases de un fenómeno. En este caso se le da un carácter sistémico y unificador de todas las fases a las que conlleva el resultado final de la Mediación.

<sup>31</sup> La voluntariedad en este caso está referida a la posición que podrán asumir las partes en cuanto a la asunción voluntaria de la Mediación, que bien pudiera ser además de facultativa sugerida o recomendada.



- Los acuerdos tomados serán a los que arriben las partes en el proceso y podrán llevarse a un instrumento público ante notario<sup>32</sup> denominado Escritura de Compromiso, lo que le imprimirá a los acuerdos de las partes carácter vinculante y obligatorio, debiéndose advertir a los comparecientes en la parte correspondiente al otorgamiento, que en caso de incumplimiento, el proceso podrá continuar por la vía judicial.

## **2. Propuesta de Bases Estructurales.**

La Ley de Mediación deberá además disponer cuál será el Órgano rector y la estructura que asumirá. En ese sentido coincidimos con que sean los grupos de especialistas de las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia pertenecientes a la FMC, dado su sentido humanista, responsabilidad, estructura, planificación y resultados en el trabajo con la familia, los que no obstante deberán ser capacitados como mediadores.

## **3. Propuesta para la Capacitación de los Recursos Humanos**

La Mediación lleva aparejado el entendimiento de las relaciones humanas y con ello la cultura de paz, que además deberá trascender a las familias, y es en ese sentido que resulta difícil determinar el perfil que deben tener los profesionales a los que les corresponde llevar a cabo la mediación, no obstante proponemos lo siguiente:

- Que se instituya la Mediación interdisciplinaria a partir de la creación de un grupo mediador formado por: Juristas, Psicólogos, Sociólogos, Trabajadores Sociales y Pedagogos que pongan a disposición de la Mediación los conocimientos adquiridos en cada una de las profesiones y adquiera los conocimientos propios de otras. Del grupo inscripto se deberán formar subgrupos, que intervendrán en cada conflicto en dependencia de las características de este, no obstante no deberá faltar la presencia por lo menos de un jurista y un psicólogo conjuntamente.
- Deberán ser inscriptos en un Registro que llevará la FMC una vez vencido el curso de Formación de Mediadores y reunir por supuesto los demás requisitos planteados con anterioridad.
- La capacitación es un requisito esencial, en ese sentido las personas interesadas en ser mediadores deberán además cursar un programa de formación teórico-práctico. Para ello coincido con las temáticas expuestas por Yamila Ferrer en su Propuesta de “Programa de Formación de Mediadores familiares para las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia. No obstante considero adecuado introducir otros temas: Relativos a desarrollar habilidades sobre la comunicación, crear habilidades relacionadas con la comprensión del conflicto, los conflictos interpersonales, Desarrollo psicológico de la Niña/o, temas relativos al Derecho de Familia, Derecho Constitucional, Sociología de la Familia, Psicología Médica y Psicología Social, independientemente de su profesión de origen.

---

<sup>32</sup> Según el art. 10 de la Ley 50 de las Notarías Estatales, el notario tiene entre otras funciones y obligaciones, la de dar fe de los actos jurídicos en que la ley exige la formalización o autorización notarial y de aquellos en que las partes así lo soliciten; b) dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita. En este caso se pretende amparar el Interés Superior del Menor.

- Las técnicas a aplicar por los mediadores serán las propias de cada una de las disciplinas que convergen en la mediación, puestas en función de este método.

Considero además que las fases por las que debe regirse la Mediación en nuestro país no deben distar de las fases que de manera general son acogidas por los distintos países. Solo deseo en este aspecto profundizar en algunos elementos relacionados con los niños/a.

- 1) La primera, relacionada con la identificación de los temas y el conflicto. En esta fase debe el mediador conocer cuál es el tema o conflicto objeto de mediación. En este sentido tendrá además que conocer la implicación que tiene el menor en el conflicto y determinar los posibles derechos vulnerados atendiendo siempre a lo preceptuado por la CDN y a las normas que regulan su protección integral en nuestro país.
- 2) La segunda está relacionada con el descubrimiento por parte del mediador/a de los intereses y las necesidades de las partes. Corresponderá a esta etapa una caracterización del niño/a, mediante la aplicación de técnicas apoyadas en la psicología, el cual podrá participar en dependencia de su edad y madurez; lo que permitirá determinar cuáles son sus verdaderos intereses, necesidades, y lo que resulta más importante para su protección, desarrollo y supervivencia, atendiendo igualmente a lo preceptuado por la CDN y a las normas que regulan su protección integral en nuestro país. En esta fase se perfila además la participación de las partes interesadas para de igual forma determinar sus inquietudes, intereses y necesidades.
- 3) La parte final es donde se evalúan las opciones y se llega o no a un acuerdo. Son las partes las encargadas de crear su propia solución, solo que no podrá pasar desapercibido el interés superior del niño/a.

*Por último señalar como elemento importante para el logro de una futura Ley de Mediación Familiar el elemento Divulgación. Pienso que en la medida que la población conozca de los servicios mediadores, así será la acogida y la legitimación que este proceso logre en el caso concreto de nuestro país, fundamentalmente si la Mediación que proponemos es de apego estrictamente voluntario por las partes. En ese sentido podrán cumplir los objetivos de publicidad a partir de la difusión en la Radio, Televisión, Prensa escrita, Revistas Jurídicas y no Jurídicas, Intercambios de Juristas, Publicaciones electrónicas. Es preciso agotar todos los medios posibles.*

## **VII. Consideraciones finales:**

- En Cuba no existe regulación jurídica expresa sobre la implementación de la Mediación Familiar, gestándose tan solo fórmulas conciliatorias en los procedimientos civiles y de familia<sup>33</sup> vigente, y otras de aplicación práctica en instituciones no jurídicas como las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia.

- El Derecho de Familia es un Derecho humanista y específico, con una fuerte carga política, ética y emocional, que determina una regulación y aplicación sustantiva y procesal diferentes al resto de las ramas del Derecho, y la necesidad de aplicación de mecanismos que como la Mediación contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos de índole familiar con la obligatoria observancia del Interés Superior del Niño/a, reservándose la vía jurisdiccional como *ultima ratio*, como ocurre en la mayoría de las leyes de Mediación de diferentes países.

- Aún cuando existe en nuestro país un conjunto de normas jurídicas, instituciones y programas dirigidos a la protección integral de los niños/as, esta es insuficiente para garantizar el Interés Superior del Niño/a, partiendo de la no regulación del principio en la legislación vigente, lo que da margen a interpretaciones divergentes, sobre todo en la solución de conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad, institución que recoge prácticamente todas las relaciones en las que intervienen los niños/as.

- Las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia de las FMC, constituyen un espacio idóneo para la implementación de la Mediación familiar en nuestro país, al aplicar con éxito mecanismos pacíficos para la solución armónica de los conflictos relacionados con la familia, los niños y las niñas.

-Teniendo en cuenta el desarrollo social alcanzado por el país en los últimos años, es procedente regular en el orden legal un sistema de Mediación que facilite la solución consensuada de los conflictos de familia, y contribuya a garantizar del Interés Superior de los Niños/as en dichos conflictos.

---

<sup>33</sup> La autora se refiere a los procedimientos que se establecen con motivo de la promulgación de la Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, todavía en proceso de prueba y generalización en algunos municipios, por Instrucción 26 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión Internacional Editorial: Dykinson. Madrid. 1999.
- AA.VV. Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio. Editorial: Dykinson. Madrid. 2000
- AA.VV. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2002.
- AA.VV. *Procesos de familia Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2003
- ADAMSON, PETER; WILLIAMS GLEN, *Para la vida*. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana. 1992
- ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Librería de Bosch. Barcelona.1982
- ALMIRÓN, DANIELA PATRICIA. “Servicio público de mediación en el poder judicial. Aproximaciones.” Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho procesal. La Habana-Cuba. 2009
- ÁLVAREZ SUÁREZ, MAYDA, “El Derecho de familia en Cuba y su repercusión en las relaciones familiares “. Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2006
- ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, “El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable”. *En Revista Cubana de Derecho*. No.18. julio-diciembre de 2001
- ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, “Necesidad y Posibilidad de un Procedimiento y una Jurisdicción Especial de Familia en Cuba “. Ponencia presentada a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2006
- ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, “Derecho Constitucional Familiar; Justicia de familia y un acercamiento al tema de su pretendida desjudicialización”. Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal. Habana-Cuba. 2009
- ARÉS MUZIO, PATRICIA, *Psicología de la Familia, una aproximación a su estudio*. Editorial: Félix Varela. La Habana 2002
- ARÉS MUZIO, PATRICIA, *Familia y Convivencia*. Editorial: Félix Varela. La Habana. 2006
- BAIXAULI, ELENA, “La Mediación Familiar: un camino hacia la solución de conflictos” . Valencia-España
- BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “El abogado negociador”. Comunicación al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santiago del Estero.1993
- CANALES , PATRICIA/ CONNELLY, THOMAS/ LOISEAU, VIRGINIE, “La Mediación Familiar, conceptos generales y legislación extranjera (proyecto de ley Argentino, Unión Europea, España -Cataluña-, Estados Unidos -California- y Canadá-Ontario y Québec”. DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS. AÑO XIII, N° 278. Santiago de Chile. 2003
- CASTANEDO ABAY, Ob. Cit. Pág. 6.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en Infancia, ley y democracia en América Latina, Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), Temis- Depalma, Santa Fe de Bogotá- Bs. As., 1998
- CIURANA BALDOMERO, ANDRÉS, “La mediación civil y mercantil: Una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la

- mediación en asuntos civiles y mercantiles)”. *Revista Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*. No.60. Diciembre de 2005
- COBO PLANA, JUAN JOSÉ, *Compendio de Jurisprudencia Civil. Derecho de Familia*. Tomo VI. Editorial: Dykinson. Madrid. 1997.
- CONRADO GONZÁLEZ, YAUMARA, *El Procedimiento Familiar, un reto para la jurisdicción cubana*. Tesis para optar por el grado de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Las Villas-Cuba. Noviembre 2005
- DIESTE COBO, JUAN MANUEL, “Tribunales de Familia en Cuba”. Ponencia presentada a la III Conferencia Internacional de Derecho Civil y de Familia. La Habana. Cuba. 2004
- DIEZ PICASO, LUIS y GULLÓN ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. 4ª edición. 1ª reimpresión. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1982
- GARCÍA GARCÍA, LUCÍA, “La Mediación: Prevención y Alternativa al litigio en los conflictos familiares”. Editorial: Dykinson. Madrid. 2003
- GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA y BOLAÑOS CARTUJO, IÑAKI, *La Mediación Familiar: Una aproximación Interdisciplinar*. Editorial: Ediciones Trea, S. L. España. Diciembre 2006
- GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*. en "CD-Room (legislación), ISBN: 9788429014570. Editorial: Reus. 2007
- GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL, *La política Social de la Familia en la Unión Europea*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2000
- GONZÁLEZ FERRER, YAMILA, “La mediación familiar en la comunidad”. Ponencia presentada al IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana. Mayo de 2006.
- GÓMEZ TRETO, RAÚL, “¿Hacia un nuevo código de familia?”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 29. Junio 2007.
- GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “La mediación: Una nueva metodología para la resolución de controversias”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. 2007
- GRACIA MORALES y COBOS, ANA, “La mediación familiar: algo inevitable e imprescindible”. En Coloquio Europeo sobre Mediación Intrajudicial. Valencia-España. Noviembre 2007.
- GRASSO PIÑERO, ILIANNE y JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, ELIZABETH, *El Derecho a la Identidad Personal del Menor. Su Protección Jurídica*. Trabajo de Diploma. Camagüey, Cuba. 2005.
- HURTADO MORALES, BELKIS ARACELI, *La mediación familiar en Cuba. Su utilización práctica y perspectivas legales*. Tesis de especialidad en derecho civil y patrimonial de Familia. Santa Clara. 2005.
- HOFEDANK, ANNEMARIE, “Modalidades alternativas de solución de conflictos en Alemania”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. 2007
- Informe de Relatoría XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 20. Diciembre 2002
- J. LANDETE CASAS, J, “Aspectos generales sobre la mediación y el mediador “. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. Nº 2. Mayo-agosto 1999
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y SANCHO REBULLEDA, FRANCISCO DE ASIS. *Derecho de Familia I*. 2ª edición. Librería de Bosch. Barcelona. 1974

- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/ SANCHO REBULLEDA/ FRANCISCO DE ASIS, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Editorial: Experimental Librería de Bosch. Barcelona. 1982.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho de Familia*. Librería de Bosch. Barcelona. 1993
- LÓPEZ SÁNCHEZ, CRISTINA, *La responsabilidad civil del menor*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2001.
- MACHÍN ACOSTA, DIANELYS/ CASTILLO HERNÁNDEZ, LAURA ILEANA/ GONZÁLEZ PACHECO, LUCILA NIVIA, “Algunas reflexiones sobre las relaciones entre padres e hijos reguladas en el Código de Familia Cubano”. Ponencia a la III Conferencia Internacional sobre Derecho de Familia. La Habana-Cuba. 2004.
- MESA CASTILLO, OLGA, *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial: Félix Varela. La Habana. 2004.
- MESA CASTILLO, OLGA, “Derecho Familiar en la Sociedad Cubana”. Ponencia a la II Jornadas de Derecho de Familia Comparado.
- MESA CASTILLO, OLGA, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm.25. Junio 2005
- MESA CASTILLO, OLGA, “Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 30. Diciembre 2007.
- MONDEJAR PEÑA, MARIA ISABEL, “El contrato de Mediación Familiar”. Ponencia al III encuentro internacional de justicia y derecho. La Habana-Cuba. 2006
- PALENZUELA PÁEZ, LUÍS, “La protección legal a infantes y adolescentes por la Fiscalía General de la República” *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 18. Diciembre 2001
- PERAL COLLADO, DANIEL A., *Derecho de Familia*. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana. 1984
- PÉREZ RICARDO, YUNEISY/ BRUZÓN OROPEZA, IRMA/ RIBOT ÁVILA, YARITZA/ RODRÍGUEZ MORENO, FRANK EMILIANO, “Al rescate de la conciliación con una Audiencia Preliminar”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. 2007
- PESQUERÍA LEAL, JORGE, Ponencia al Primer Congreso Nacional de Mediación. Hemisilio Sonora, México. 2002.
- PONTE ELGOTAS, DARÍO GERMAN, “Aspectos procesales en los asuntos de Familia. Tribunales de familia y procedimiento especial. Acceso a la Justicia de Familia”. Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. Paraná. Febrero de 2006
- PRADO SIFONTES, MARÍA ELENA/ GOYAS CÉSPEDES, LIANET/ CABANES ESPINO, IRIS/ SOTO SENRRA, GEORGINA, “El deber de los padres de representar a sus hijos y administrar sus bienes como contenido de la patria potestad”. Ponencia a la III Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Febrero 2004.
- RAMÍREZ NARANJO, DAISY, “Las instituciones de guarda”. Ponencia a la III Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Febrero 2004
- ROMERO NAVARRO, FERMÍN, “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. No. 40.
- SOTO SENRA, GERGINA MARCIA/ MONTEJO RIVERO, JETZABEL M./ BUENO BELTRÁN, DAIMY, “El Principio del interés Superior del Niño. Su protección Jurídico

Internacional”. Ponencia a la III Conferencia Internacional de Derecho Civil y de Familia. La Habana-Cuba. 2004.

STRECKER, CHRISTOPH, “La intervención del juez y la mediación en el conflicto familiar”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. 2007

TENREIRO, “Procedimiento de Familia en Cuba”. Taller a la V Conferencia de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2009

VELA GONZÁLEZ, CARLOS G, “La conciliación en la defensoría del pueblo del Perú”.

VÉSCOVI ENRIQUE, “La justicia conciliatoria”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. 1993

### **Legislación**

- Código Civil Español de 1888
- Código Civil de Chile. Actualizado del 2000.
- Código Civil de Argentina
- Código de Familia cubano de 14 de febrero de 1975
- Constitución de la República de Cuba de 24 de Febrero de 1976
- Constitución Política de la República de Panamá.
- Código de la Niñez y la Juventud en Cuba de 1976
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989
- Código de Familia de Panamá de 1994
- Constitución de la Nación Argentina de 1994
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Declaración Universal de los Derechos del Niño. 1959
- Decreto-Ley 76/84. De la Adopción, los Hogares de Menores y la Familias Sustitutas en Cuba.
- Decreto-Ley 154/94 Del Divorcio Notarial en Cuba
- Decreto-Ley 5/99 Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación en Panamá.
- Decreto-Ley 241/2006. Modificativo de la LPCAL en Cuba
- Instrucción 187/2007 del Consejo de Gobierno del TSP de Cuba.
- Ley 7/1977 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba
- Ley 24.573/95 Mediación y Conciliación en Argentina
- Ley 4/2001 de la Mediación en Galicia
- Ley 7/2001de Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana.
- Ley 15/2003 de la Mediación Familiar de Canarias.
- Ley 1/2008 de Mediación Familiar del País Vasco.
- Ley 1/2009 de Mediación Familiar en Andalucía

### **Sitios Web**

- <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia> (Consultado mayo/2009)
- <http://edicionesanteriores.trabajadores.cu/2006/mayo/23/cuba/actuali.htm>, (Consultado abril/ 2009)

- [http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/LNBA%202008-6/LN-junio-2008\(1\).doc](http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/LNBA%202008-6/LN-junio-2008(1).doc) (Consultado mayo/ 2009)
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200202-155592511021145.html> (Consultado mayo/2009)
- <http://www.elangelo.com.ar/DERECHO/TPs/Fernando%20Torres/Derecho%20publico%20y%20derecho%20privado.doc> (Consultado mayo/ 2009)
- <http://www.mediate.com/articles/pomaresSP.cfm> (Consultado diciembre/ 2008)
- <http://www.diariodenavarra.es/20080612/navarra/expertos-abogan-ediacion-familiar-antes-acudir-al-juzgado.html?not=2008061201385891&idnot=2008061201385891&dia=20080612&seccion=navarra&seccion2=tribunales&chnl=10>. (Consultado diciembre/2008)
- [http://www.CJA-documento\\_informativo-ene2007.htm](http://www.CJA-documento_informativo-ene2007.htm) Consultado noviembre/2008
- <http://www.todomediacion.com/?q=node/81> (Consultado noviembre/2008)
- <http://www.apdp.com.ar/archivo/mediosalternativos.htm> (Consultado noviembre/2008)
- <http://www.monografias.com/trabajos33/medios-de-solucion/medios-de-solucion.shtml> (Consultado diciembre/2008)
- <http://www.monografias.com/trabajos36/resolucion-conflictos/resolucion-conflictos.shtml> (Consultado diciembre/2008)
- <http://www.mediate.com/articles/pomaresSP.cfm> (Consultado diciembre/2008)
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/1/pjn/pjn2.pdf> (Consultado diciembre/2008)
- <http://serviciochilenodemediacion.bligoo.com> (Consultado diciembre / 2008)
- <http://72.14.205.104/search?q=cache:odhenxBOvxIJ:icar.gmu.edu/Medios%2520Alternativos.pdf+medios+alternativos+solucion+conflictos&hl=es&ct=clnk&cd=30&gl=cu>(Consultado diciembre/2008)
- <http://www.monografias.com/trabajos6/insu/insu.shtml?relacionados> (Consultado febrero/2009)
- <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml> (Consultado febrero/2009)
- <http://www.todalaley.com/mostrarLey426p1tn.htm> (Consultado mayo/2009)



## ANEXO 1.

Categorías de Derecho en las que se divide la CDN para su mejor estudio: Derecho a la Supervivencia, al Desarrollo, a la Protección y a la Participación.<sup>34</sup>

### 1. Derecho a la supervivencia:

Abarcan los derechos de los niños a la vida y a tener cubiertas las necesidades más importantes para su existencia; entre estas se incluyen un nivel de vida adecuado que comprende albergue, nutrición y acceso a los servicios médicos.

A esta categoría corresponden los artículos siguientes:

Artículo 6: Derecho a la vida.

Artículo 7: Derecho a un nombre, identidad y nacionalidad.

Artículo 8: Derecho a preservar la identidad, nombre, nacionalidad y relaciones familiares.

Artículo 9: Derecho a no ser separado de sus padres y en caso de serlo mantener relaciones con estos, siempre que no le sea perjudicial al menor.

Artículo 10: Derecho a la entrada o salida del país a solicitud de los niños o sus padres por razón de reunificación familiar.

Artículo 18: Prevé las obligaciones de los padres respecto a la crianza y desarrollo de los hijos.

Artículo 24: Derecho al más alto nivel posible de salud y a servicios para tratamientos y rehabilitación de salud.

Artículo 26: Derecho al beneficio de la seguridad social.

### 2. Derecho al desarrollo:

Comprende las condiciones requeridas por el niño a fin de alcanzar su mayor potencial; como es el derecho a la educación, juego, esparcimiento y a las actividades culturales al acceso a la información.

A esta categoría corresponden los artículos siguientes:

Artículo 27: Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico.

Artículos 28 y 29: Derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita; fomento del desarrollo de la secundaria y el acceso de todos a la enseñanza superior.

Artículo 31: Derecho al descanso, juego y recreación.

### 3. Derechos a la protección:

En ellos se exige que los niños sean salvaguardados de todas las formas de abuso, abandono y explotación; abarcan tópicos tales como: La atención especial a los niños refugiados, torturas, abuso al sistema de justicia criminal, participación en los conflictos armados, trabajo infantil, consumo de drogas y explotación sexual.

A esta categoría corresponden los artículos siguientes:

Artículo 2: Respeto a los derechos del niño sin distinción de origen, raza, creencia, opinión política. Prevé la indiscriminación por estas causas y la igualdad de derechos.

Artículo 3: Mantener el interés superior y el mayor beneficio del niño ante cualquier medida pública o privada que se tome en relación con ellos. Protección y cuidado estatal del niño, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres.

---

<sup>34</sup> Tomado literalmente de la ponencia “El principio del Interés Superior del Niño/a. Su protección Jurídica Internacional” de la autora Yetzabel Montejo Rivero en la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana 2006.

Artículo 4: Los Estados partes deben garantizar el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, para lo cual adoptarán las medidas necesarias.

Artículo 5: Derechos de padres y tutores a educar, según sus costumbres, creencias familiares y comunitarias, siempre que se respeten los derechos del niño.

Artículo 11: Protección contra traslados o retenciones ilícitas de niños.

Artículo 16: Protección contra la injerencia ilegal en vida privada, familia, honra, entre otras.

Artículo 19: Protección contra abusos físicos, mentales, descuido o trato negligente, explotación (abusos sexuales, creando programas sociales con estos fines).

Artículo 20: Los niños que están separados de sus padres deben tener protección y asistencia especial del Estado.

Artículo 22: Protección a los niños y sus padres en caso de ser refugiados por causa de desastres naturales, guerras, persecuciones políticas o religiosas.

Artículo 23: Derechos de los niños impedidos al disfrute de una vida plena, recibir cuidados especiales y asistencia gratuita.

Artículo 25: Derechos de los niños institucionalizados a exámenes periódicos de su situación, a recibir explicación de las causas de su internamiento y a conocer la fecha de salida de la institución.

Artículo 32: Protección contra explotación económica y desempeño de trabajos peligrosos que entorpezcan su salud y desarrollo.

Artículo 33: Protección contra el uso ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y utilización de niños para su traslado.

Artículo 34: Protección contra explotación y abusos sexuales.

Artículo 35: Protección contra secuestros, ventas o tratos de niños para cualquier fin o cualquier forma.

Artículo 36: Protección contra todas las demás formas de explotación perjudiciales para su bienestar.

Artículo 37: Protección contra torturas, tratos crueles y degradantes; privación de libertad; en caso de ser privado de libertad, el derecho a un trato humano, respetuoso y teniendo en cuenta las necesidades propias de cada edad. Derecho a la asistencia jurídica.

Artículo 38: Respeto y cumplimiento del derecho internacional aplicable en conflictos armados que sean pertinentes para el niño; que los menores de 15 años no se involucren en hostilidades ni se recluten los menores de 15 años en las fuerzas armadas y que se brinde protección a los niños afectados por conflictos armados.

Artículo 39: Derecho a la recuperación y reintegro de niños víctimas de maltratos, explotación, abuso y conflictos armados.

Artículo 40: Derecho del niño de quien se alegue que ha infringido las leyes a ser tratado con dignidad y respeto a sus derechos teniendo en cuenta su edad y su futura integración a la sociedad oportunidades.

Artículo 41: Ningún artículo de la Convención de los Derechos del Niño afectará las leyes que más beneficien a los niños en el Derecho de un Estado o en el Derecho Internacional respecto a un Estado.

Artículo 42: Establece el compromiso de los Estados a divulgar la Convención.

#### 4. Derecho a la Participación:

Estos derechos permiten a los niños asumir un papel activo en sus comunidades y naciones; incluyen la libertad de expresión o de pensamiento sobre aquellos asuntos que afectan su propia vida; comprenden los derechos de asociación y reunión con fines pacíficos. Promueven que en la medida que desarrollen sus capacidades los niños, han de tener oportunidades de

participar en las actividades de la sociedad, como preparación para una edad adulta responsable.

A esa categoría pertenecen los artículos siguientes:

Artículo 12: Derecho del Niño a estar en condiciones de formarse un juicio propio o expresar sus opiniones, teniendo en cuenta su edad o madurez; darle la oportunidad a ser escuchado en todo proceso judicial y/o administrativo que le afecte.

Artículo 13: Respeto a la libertad de expresión (buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo), siempre que no afecte los derechos y reputación de los demás, la protección y seguridad nacional, el orden público, su salud y moral pública.

Artículo 14: Respeto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Derechos y deberes de los padres de guiar al niño, según sus tradiciones y creencias familiares cuando estas no atenten su seguridad, el orden, la moral, la salud, derechos públicos o privados.

Artículo 15: Libertad de asociación y celebración de reuniones pacíficas que no lesionen el orden público, la protección de la salud, la moral pública o privada.

Artículo 17: Derecho al acceso a información y materiales de diferentes fuentes, de medios de comunicación nacionales o internacionales, sobre todo las dirigidas a promover su bienestar social, espiritual, moral y su salud física y mental. Se le brindará protección contra información y material perjudicial para su bienestar.

Artículo 30: Respeto a la vida cultural, religiosa y a usar su propio idioma, aunque sea de las minorías.