

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR: UNA PERSPECTIVA COMPARADA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Irene Ortega Guerrero^{1*}
Jurista

Resumen

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 consagra el principio del interés superior. Su concreción plantea retos a los ordenamientos de todos los Estados parte. En nuestro país y en los de nuestro entorno sociocultural, la solución judicial de las crisis familiares provocadas por la ruptura de los progenitores como pareja puede poner en riesgo la satisfacción adecuada de las necesidades y el cumplimiento de algunos de los derechos de niños/as y adolescentes.

Este principio supone un criterio instrumental para la toma de decisiones, pero su indeterminación conduce a que, en ocasiones, pesen demasiado los criterios subjetivos de los profesionales que intervienen en el proceso. Es necesario arbitrar fórmulas que procuren la solución autónoma del conflicto para favorecer la coparentalidad y la permanencia de un contexto familiar adecuado para el desarrollo de los/as niños/as y adolescentes.

PALABRAS CLAVE: *Concepto jurídico indeterminado, criterio instrumental, necesidades y derechos infantiles y adolescentes, coparentalidad, desjudicialización de la vida familiar*

Abstract

The United Nations' Convention on Children's Rights establishes the "Best Interest Principle". Implementing this principle in real terms is a challenge for each country's legal system. Both in our own country and in others that share our sociocultural environment, when family crisis occurs due to the parents' separation, judicial solutions may prevent some children's and adolescents' rights and needs from being fully respected and satisfied.

This principle is a decision-making tool, but as it is too indeterminate, the ensuing decision-making process is heavily influenced by the professional's personal criteria. Therefore, methods should be developed so that the parents can solve their conflict by themselves. This would favour joint parental responsibility and ensure an appropriate family environment for children's healthy development.

¹ *Correspondencia:* Irene Ortega Guerrero, Jurista especialista en derechos de la infancia y la adolescencia.
E-mail: ireguerrero@inicia.es

* Quiero dar las gracias a Alejandro Sánchez Prieto por la disponibilidad, el buen humor y la calidez con que prestó su tiempo, su conversación y su experiencia para que se pudiera escribir este artículo.

KEY WORDS: *Indeterminate juridical concept, instrumental criterion, children's needs and rights, joint parental responsibility, no order principle*

Introducción

El interés superior del niño se configura como principio del Derecho en épocas muy recientes. Aunque la idea de que los niños y las niñas, como consecuencia de su etapa vital, merecen especial consideración y protección por el ordenamiento jurídico podemos encontrarla en nuestro sistema y en otros de nuestro entorno sociocultural desde hace unos veinticinco o treinta años², no es menos cierto que su formulación y significado actual parte de un texto fundamental en nuestra época y que constituye un hito social y jurídico: la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que establece el principio del interés superior del niño y de la niña en su artículo 3, como criterio rector de todas las medidas tomadas tanto por instituciones públicas como privadas.

Este Tratado Internacional, que obliga en la actualidad a todos los países del mundo con dos excepciones -Somalia y Estados Unidos, que, si bien por motivos diferentes, no lo han ratificado-, supone la plasmación legal de un cambio en la concepción de la posición social y jurídica de la infancia. Sin embargo, este cambio no afecta por igual ni responde a los mismos procesos en todas las partes del planeta. Es cierto que a pesar de la obligación jurídica y moral contraída por los Estados parte en esta Convención, los derechos de los niños distan mucho hoy en día de ser una realidad y en todos los países siguen planteando cuestiones jurídicas y sociales a las que debemos ir dando respuesta.

En España y en general en el mundo llamado desarrollado o industrializado, una de estas cuestiones gira en torno a la concreción del principio del interés superior del niño y de la niña en las situaciones de crisis familiar desencadenadas por la ruptura de la pareja. En este artículo se pretende ofrecer un marco que favorezca la reflexión sobre esta problemática, mediante el esbozo de una visión general de la configuración y aplicación de este principio en España en relación con otros países de la Unión Europea.

Con este propósito, el artículo se compone de tres apartados. En primer lugar, una referencia a las dos formas de configuración legal del principio que conviven en la UE, presentando algunos de los problemas que de ellas se derivan. Después se dará cuenta, en la medida de lo posible, de su juego en relación con los derechos de los niños que se ven más afectados por las crisis familiares, comparando, someramente, la situación española con la de otros países de la UE. Por último, se hablará de la mediación familiar como medio para salvaguardar el interés de los niños, niñas y adolescentes.

² En Italia aparece en la ley de adopción de 1967 y en el Reino Unido en los años setenta comienza un encendido debate doctrinal entorno al mismo (Rivero, 2000).

El interés superior del niño: un concepto jurídico indeterminado. Ordenamientos anglosajones y continentales

El interés superior del niño toma, en ordenamientos jurídicos, la forma de concepto jurídico indeterminado. Los conceptos jurídicos indeterminados son criterios de valor que, por su imprecisión, han de ser perfilados en el momento de aplicarlos, “según los criterios de la experiencia común” (Díez- Picazo, 1973, 1993). Se emplean para referirse a realidades que engloban un gran número de hipotéticos casos, de tal forma que la norma no puede precisar a priori el modo de proceder en cada uno de ellos. El concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una determinada situación, se llegue a una solución que excluya otras posibles.

Esta indeterminación ha sido criticada por la doctrina anglosajona alegando, entre otras razones, que las conclusiones a las que se llega mediante su aplicación dependen de las convenciones aceptadas socialmente, al tiempo que es inevitable que los jueces se basen en sus propias ideas y creencias a la hora de tomar decisiones (Parker, 1994 y Bromley- Lowe, 1987, citados por Rivero, 2000).

En la Unión Europea conviven dos tipos de ordenamientos jurídicos: los anglosajones y los continentales. Por lo que respecta al principio del interés superior del niño y de la niña, se distinguen por el empleo de técnicas legislativas diferentes para su regulación. Mientras que los segundos utilizan cláusulas generales, los primeros combinan éstas con el establecimiento de una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio.

Así, en un ordenamiento continental como el español, encontramos muy pocos criterios que procuren dotar de contenido a este concepto jurídico indeterminado³. El legislador opta por remitir al juez o a la administración la tarea de determinar, para cada caso concreto, en qué consiste tal interés. Esto mismo ocurre en Francia, en Italia y en Noruega. En estos sistemas, es la práctica judicial la que deja entrever en mayor o menor medida, cuáles son los criterios por los que se rigen los jueces a la hora de tomar decisiones en los procesos de separación y divorcio. En este sentido, la jurisprudencia española destaca por su gran casuismo. En efecto, los jueces y tribunales de nuestro país llegan a soluciones muy

³ Podemos encontrar algunos de estos criterios en los artículos 172.4 y 234 del Código Civil (C.C.). El primero señala que el interés del menor bajo tutela pasa por integrarse en la vida familiar del tutor; el segundo, referido a la declaración de la situación de desamparo y a las medidas de protección, establece que en interés del menor se procurará la integración en su propia familia de origen y mantener a los hermanos juntos cuando la guarda de los mismos hayan de ser confiada a personas distintas a sus progenitores o a alguna Institución. El artículo 3 de la Ley Catalana 8/ 1995 de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes, señala que para determinar el interés del niño se tendrán en cuenta sus deseos y opiniones y su individualidad dentro del marco familiar y social.

disparos en el tratamiento de cada caso. Estos contrastes hacen pensar, como señala la doctrina anglosajona anteriormente citada y algunos autores españoles (Rivero, 2000), que en la determinación del interés del niño pesan enormemente las creencias, ideas y perspectiva del juez. Por ello no faltan las ocasiones en que termina justificando, en base a este principio, la opción que se ajusta más a su óptica personal. Este hecho tiene muchas consecuencias de índole jurídico y social, pero quizá la más importante consista en que, mediante la imposición de las medidas que el juez considera oportunas, se desconocen los intereses y puntos de vista de los protagonistas del conflicto –lo cual dificulta el ulterior cumplimiento de las decisiones– al igual que otras fuentes como los informes periciales a los que se les presume un conocimiento profesional –lo cual no equivale a decir infalible– sobre las cuestiones objeto de discernimiento judicial.

La técnica de los criterios normativos preestablecidos tampoco está exenta de problemas similares. Si bien pueden orientar la labor del juez, la aplicación de algunos de ellos no refleja más que estándares sociales que a veces no se corresponden con argumentos valedores de cierto rigor científico, sobre la mejor forma de satisfacer las necesidades infantiles y adolescentes.

La Children Act de 1989 –legislación vigente en la materia en Inglaterra y Gales– recoge, una serie de principios generales para todas las situaciones en las que haya que tomar una decisión sobre un niño. Estos son, junto con el *welfare principle* –que podría equipararse, sin entrar en matices, al interés superior del niño– el *no delay principle*, en virtud del cual se entiende que cualquier retraso en la toma de decisiones irá en perjuicio del interés del niño; y el *no order principle*. Éste se trata de una regla de intervención mínima, según la cual los tribunales no tomarán ninguna medida a menos que puedan demostrar que la adopción de la misma beneficiará más al niño que la ausencia de pronunciamiento. En la práctica se traduce en que los tribunales no toman decisiones sobre aquellas cuestiones sobre las que los progenitores han llegado a acuerdo (Hamilton, 1995).

Estos principios generales formarían parte del contenido del interés superior del niño, ya que se entiende que la agilidad en la toma de decisiones, así como el hecho de que éstas sean adoptadas por los progenitores, constituyen buenas prácticas –y por ello son elevadas a rango legal– de cara a la satisfacción del mismo. En la regulación española no hay una disposición equivalente al *no delay principle*.

Respecto a la regla de mínima intervención, si bien el juez sólo ha de decidir en defecto de acuerdo entre las partes en virtud del artículo 103 CC, en la práctica, decidirá cuando no presenten un convenio regulador para su ratificación, o éste no incluya alguna de los puntos recogidos en el mencionado artículo. Pero ¿qué ocurriría si a lo largo de un proceso contencioso las partes plantearan al juez que han alcanzado un acuerdo sobre un aspecto concreto?. Al no existir una regla general de mínima intervención es posible que el juez imponga otra solución distinta sin que haya razones que lo avalen de cara a garantizar

los derechos de niño, buscando y asegurando siempre su interés superior⁴. Cuando esto sucede, se dan situaciones absurdas.

En relación con la regla o el principio de mínima intervención, creo que deberíamos, como profesionales y adultos de nuestra sociedad, responsables por tanto de la satisfacción de las necesidades de los más jóvenes, hacernos algunas preguntas. Éstas se referirían a la idoneidad del escenario y de las herramientas que proporciona el sistema judicial a la hora de garantizar el interés superior del niño en las situaciones de crisis familiares: ¿Consideramos que pueden existir alternativas más adecuadas, que permitan restringir el papel de los tribunales a garantizar los derechos de las personas implicadas en las mismas, y especialmente los de los niños?. El sistema actual, ¿está beneficiando a los niños o determinadas prácticas, aun pretendiendo dar cumplimiento a sus derechos y garantizar su interés superior, conllevan más riesgos para su bienestar que posibilidades de eficacia en el cumplimiento de sus objetivos?⁵.

Junto con estos principios generales, se establecen criterios para situaciones específicas, entre las que se encuentran las cuestiones relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas. Algunos de estos criterios, como veremos más adelante, están basados en los conocimientos científicos con los que cuenta la sociedad sobre las mejores formas de satisfacer las necesidades infantiles – estabilidad, participación, protección adecuada frente al maltrato-, mientras que otras consideraciones responden a estereotipos sociales cuestionados por sectores importantes de los estudiosos de la infancia –homosexualidad de los progenitores, preferencia por el progenitor del mismo sexo-.

Por tanto, podemos concluir que el principal problema de la indeterminación que inevitablemente acompaña al principio del interés superior del niño -dada la necesidad de que la decisión sea tomada conforme a las circunstancias particulares del caso- y que afecta tanto a los ordenamientos anglosajones como a los continentales, es el peligro de caer en estereotipos sociales y creencias individuales que nada tienen que ver con el conocimiento que existe hoy día sobre las necesidades infantiles y adolescentes y el mejor modo de satisfacerlas.

⁴ Es decir, que la solución a la que se llegue sea la mejor de las posibles –o la menos perjudicial, como han señalado algunos autores (Rivero, 2000)- atendiendo a las circunstancias; y que, en caso de conflicto, sus derechos e intereses prevalezcan sobre cualquiera otros, aunque éstos sean legítimos.

⁵ Sobre el principio de mínima intervención judicial y el interés de los niños ver Goldstein, Freud y Solnit, (1973, 1979) y, para un resumen reciente en español, ver Goldstein (2000). Su teoría sobre la continuidad pueden estimular la reflexión y el debate.

La aplicación del principio del interés superior del niño en los procesos de separación y divorcio

El interés superior del niño es un bien jurídico protegido por el ordenamiento. Para materializar esta protección, se configura como el criterio prioritario a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños, niñas y adolescentes. Pero tales decisiones no versan sobre el interés de éstos, en abstracto, sino que se incardinan en el juego de otros derechos e intereses, bien porque exista un conflicto entre los del niño y los de otra persona, bien porque haya que tomar determinadas medidas para arbitrar fórmulas que permitan el cumplimiento de los derechos del primero en un contexto determinado -libertad religiosa, derecho a la educación, etc.-. Este apartado pretende ofrecer una visión general de cómo opera el criterio al que nos referimos en las situaciones de ruptura de la unión entre los progenitores. Por ello va a girar en torno a tres derechos que entren en juego en estos casos: el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, conforme a su edad y madurez (artículo 12 CDN); el derecho a recibir apoyo y asistencia de ambos progenitores (art.9.1 CDN); y el papel de miembros de la familia extensa y de la comunidad en la educación del niño, (art.5.1 CDN), reconocido como derecho a mantener relaciones personales en España.

El derecho del niño a ser oído⁶

La Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados a garantizar, *al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente* en todos los asuntos que le afectan (artículo 12.1). Asimismo, el artículo 92.2 CC establece que *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán tomadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”*. Por su parte, el artículo 9.2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor establece el derecho del niño a ser oído, *“tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una solución que afecte a su esfera personal, familiar o social”*. Las comparencias del niño tendrán que adecuarse a su momento evolutivo y preservar su intimidad.

Añade que se garantizará que pueda ejercitar este derecho por sí mismo, a través de persona que le represente, cuando tenga suficiente juicio. Sin embargo, cuando esto no pueda ser así o no convenga a su interés, podrá ser oído a través de sus representantes legales, siempre que éstos no sean parte en el proceso o no tengan intereses contrapuestos, así como

⁶ Nos vamos a referir a este derecho por lo que respecta al ámbito de las crisis familiares. Por tanto quedan fuera de estas consideraciones otras áreas de la realidad sociojurídica, y especialmente la justicia de menores, cuyas peculiaridades llevarían la reflexión por otros derroteros.

de otras personas que por su profesión o relación de confianza con el niño, puedan transmitir su opinión objetivamente.

Los ordenamientos de otros estados de la UE también reflejan la preocupación, introducida por la Convención de los Derechos del Niño, por que la necesidad de los niños de tomar parte activa en su entorno familiar, personal y social se vea satisfecha también en el ámbito judicial. Así en Inglaterra y Gales, los niños pueden iniciar por sí mismos procedimientos para que el juez dicte alguna de las medidas de la sección octava de la Children Act –las referidas a la guarda y custodia, al régimen de comunicaciones y a las decisiones concretas sobre su vida-. Necesitará a sus propios representantes y por ello el tribunal podrá nombrar un Oficial Solicitor –defensor judicial-. Sin embargo, al igual que en España, no es esta la circunstancia más frecuente⁷. La manera habitual de posibilitar que el niño, la niña o el adolescente manifieste sus sentimientos, opiniones, deseos, etc. para que éstos sean tenidos en cuenta, es a través de los informes de bienestar, preparados por técnicos adscritos al tribunal⁸.

Del mismo modo, el ordenamiento de Noruega, reconoce el derecho a ser oídos a los mayores de doce años en cualquier procedimiento en el que se trate alguna cuestión que les afecte (Children Act, 1989 s.31). El peso de sus opiniones es considerable en las decisiones judiciales. Sin embargo el caso noruego presenta una peculiaridad que viene dada por el hecho de que la mayor parte de los divorcios se resuelven en vía administrativa, siendo obligatorio intentar la mediación familiar cuando haya hijos menores de dieciséis años. Si los progenitores llegan a un acuerdo, la autoridad administrativa les pregunta si han conversado con sus hijos sobre las medidas que les conciernen y sobre la reacción de éstos (Loyd, 1998 en Consejo de Europa, 1998). El principio de mínima intervención y la creencia de que es preferible que el niño sea escuchado en el ámbito familiar antes que en el judicial o administrativo, están presentes en esta solución.

La legislación francesa es más restrictiva en este sentido ya que tan sólo se establece la posibilidad de que el adolescente mayor de trece años sea escuchado por el juez y, en la práctica, esto sólo ocurre cuando así lo solicita alguna de las partes. También puede el juez pedir informes a expertos para reflejar así los intereses del niño.

En España la audiencia de los hijos en los pleitos matrimoniales antes de decidir sobre las medidas que les afecten directamente, se configura como un derecho cuya titularidad corresponde a los menores y en un imperativo legal para los jueces, tal y como

⁷ No podemos entrar a valorar este asunto ya que abriría debates que exceden las posibilidades de este artículo y preferimos centrarnos en lo que es más habitual en la práctica cotidiana.

⁸ Freeman advierte del riesgo que supone esta práctica cuando se trata de adolescentes y cita como ejemplo el caso de una chica de 12 años y medio cuya voluntad fue desconocida por el tribunal al contradecir el informe técnico, pese a haber reconocido ese mismo tribunal que se trataba de una persona competente, inteligente y con una fuerte personalidad (Freeman, 2000).

estableció el Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 14 de mayo de 1987, según la cual *“el párrafo segundo del artículo 92 del Código Civil (...) establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento para los órganos jurisdiccionales”*.

Se entiende, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 1997, que la audiencia de los hijos menores de edad es una de las fórmulas que la normativa vigente arbitra, junto con la posibilidad de recabar el informe de los especialistas, para garantizar servir el interés superior del niño, a la vez que un *“reflejo del protagonismo que se intenta darle, cuando puede exponer de forma espontánea y libre el entorno en el que vive y sus preferencias, sin que se sienta presionado física o moralmente, por cuanto resulta incuestionable que el menor de edad tiene sus propios deseos y sentimientos”*.

Es precisamente la posibilidad real de que el niño, la niña o el adolescente se sienta libre de presiones -ya sea provocadas directamente por las personas de su entorno o por las propias tensiones afectivas que desencadenan las situaciones de ruptura de la pareja de los progenitores-, lo que debería llevar a calibrar en cada caso concreto si la audiencia es conveniente y, de ser así, cuál es la mejor manera de dar cabida a los puntos de vista y sentimientos de los más jóvenes.

En esta cuestión, la edad de los niños no es indiferente. Es más, hay que tener siempre en cuenta que al hablar de “menores” o de “niños” nos referimos a realidades personales muy distintas, ya que a cada momento evolutivo corresponden unas determinadas capacidades y una mejor manera de satisfacer las necesidades infantiles y adolescentes. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de septiembre de 1996, señala que el interés superior del menor supone *“el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado...”*. De esto se hace eco la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de siete de junio de 1999 cuando observa que el adolescente sobre cuya guarda y custodia se decidía *“cuenta actualmente con la edad de 15 años, superior a la que el legislador establece para que pueda tomar la decisión de contraer matrimonio (14 años), o la señalada para que preste su consentimiento en la adopción (12 años)”*⁹, que se refieren a hechos tan relevantes y trascendentes como el de decidir con cuál de los padres desea vivir, por lo que debe otorgarse especial trascendencia a la opinión del menor”.

Sin embargo, por lo que respecta a la edad en la que es adecuado que el juez oiga personalmente a los niños aparece el casuismo al que hicimos referencia en la primera parte. Así la SAP Barcelona de 4 de abril de 1998 señala que *“la ausencia de exploración del*

⁹ Como tampoco habría que perder de vista que la edad requerida para que un adolescente tenga que responder ante la justicia por la comisión de delitos y faltas, es de 14 años.

menor sobre sus preferencias (...) no es atendible en su espíritu y significación en lo que establece el artículo 92 del Código Civil en su segundo párrafo, habida cuenta de la edad del menor que, cuando se efectuó el trámite en la instancia, contaba con 6 años y en la actualidad con 7, por lo que la indagación judicial sobre sus preferencias, además de no ser significativas debido a la influenciabilidad de un niño de tal edad, sería notablemente perjudicial para su equilibrio psíquico, ya que implicaría colocarlo en la tesitura de que decida a favor de un progenitor, en perjuicio de otro, lo que supone un nivel de exigencia que la psiquiatría infantil especializada califica de traumatismo psíquico de carácter muy grave, y significa en la práctica el desplazamiento de la responsabilidad que sólo atañe a los padres –y en ausencia de acuerdo al juzgador- hacia el propio menor”. También la Audiencia Provincial de Badajoz en sentencia de 28 de mayo de 2000, argumenta de la misma manera en el caso de un niño de seis años. Sin embargo, la SAP Zaragoza de 12 de enero de 1998, declara la nulidad de un procedimiento por no haber dado audiencia a los hijos que hubieran alcanzado los siete años, al considerar que en ese momento ya tienen edad suficiente para ser oídos, sin que se derive, se entienda, ningún perjuicio para ellos.

La opinión manifestada, en su caso, por el niño, en España, así como todos los estados de la UE¹⁰ a los que hemos hecho referencia, no es vinculante para el juez, sino que se trata de un factor más entre los que deberá tener en cuenta, tal y como indica la SAP Valencia de 26 de noviembre de 2001 al observar que el interés del niño puede “*no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad*” añadiendo que “*no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado, más ello no conlleva, en modo alguno, que haya de dejarse al único y libre arbitrio del menor la decisión final(...)*”.

El derecho del niño a ser oído, plantea una serie de problemas importantes de cara a evitar que su ejercicio conlleve perjuicios para su desarrollo y bienestar emocional. La asunción de responsabilidades que no le corresponden, los daños que podría producirle las presiones externas y el tener que decidir entre uno y otro progenitor, así como la pérdida de autoridad de ambos ante el hijo y la inseguridad que pueden generar los escenarios judiciales, son algunos de los riesgos que podrían derivarse de un mal ejercicio de este derecho. No se trata de poner en cuestión la necesidad y el derecho de los niños a participar en su entorno y a ser escuchados y tenidos en cuenta, sino de buscar las formas adecuadas de materializarlo, con el objeto de que, de un derecho que pretende servir el interés superior del niño, no se derive un daño para éste.

¹⁰ Fuera del ámbito europeo, la Carta Australiana de los Niños (Australian Children’s Charter), establece que “la decisión del niño que tiene la capacidad necesaria no será rechazada, salvo que un tribunal o juzgado determine que no irá en el interés superior del niño” (Bermúdez, 2000).

Derecho del niño a vivir en un entorno familiar y a recibir apoyo y asistencia de ambos progenitores.

Las medidas referentes a la guarda y custodia y al establecimiento de un régimen de visitas, comunicación y estancia, responden a la necesidad y al derecho de los niños de crecer en un entorno familiar saludable y a recibir el apoyo y asistencia que necesite en su educación y desarrollo¹¹, contando para ello con ambos progenitores, siempre que no sea perjudicial para el interés superior del niño.

A) Criterios normativos y criterios jurisprudenciales.

Dada la dificultad que entraña la toma de decisiones respecto a la guarda y custodia de los hijos, los ordenamientos anglosajones optan por establecer criterios normativos que orienten al juez en esta difícil tarea. En contraposición, la jurisprudencia española prefiere no implantar una doctrina sobre lo que es el interés del menor por entender que priman las circunstancias específicas de cada situación. Por otra parte, abundan las resoluciones en las que se aprecia una falta clara de motivación, ya que se hace referencia al principio del interés superior del niño, pero no se aportan razones concretas para adoptar las medidas en cuestión (Montero, 2001). Sin embargo, muchos de los criterios que manejan habitualmente los tribunales españoles guardan una estrecha relación con aquellos establecidos por la *Children Act* de 1989 vigente en Inglaterra y Gales.

• *Voluntad del niño.*

Así, dicha norma establece que el juez debe tener en cuenta, los deseos y sentimientos del niño considerados en función de su edad y entendimiento (Rivero, 2000, Hamilton, 1995). También en España la voluntad del niño es uno de los factores que suelen mencionar las resoluciones judiciales. Como ya tuvimos ocasión de señalar, la audiencia de los hijos se considera una garantía para la satisfacción del interés superior del niño (SAP Barcelona de 9 de septiembre de 1997) o una consecuencia del *favor filii* (SAP Toledo de 17 de septiembre de 1998).

• *Estabilidad.*

Otro de los factores a los que se refiere el ordenamiento inglés tiene que ver con el efecto que cualquier cambio puede conllevar para el niño. En la aplicación de este criterio se observa una tendencia a no variar la situación del niño –lugar de residencia, colegio, actividades, etc.- salvo que sea necesario para evitar un perjuicio o procurar un bien, en aras al principio del interés superior del menor (Rivero, 2000). Los tribunales españoles se refieren reiteradamente a la conveniencia de no alterar el entorno familiar, social, cultural y económico en el que viven los niños (SAP Soria de 23 de noviembre de 1998: SAP Burgos

¹¹ Estos derechos se desprenden de los artículos 9.1 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y subyacen a otras disposiciones como los artículos 10 y 20 del mencionado texto y al artículo 11.2 b) y c) de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, así como a los artículos 154 y 156 CC.

de 18 de marzo de 1999; SAP Cáceres de 1 de febrero de 2000) y toman decisiones que garanticen la estabilidad.

• *Edad, sexo y otras características personales. La cuestión religiosa.*

En cuanto a la edad, al sexo y a otras características personales que el juez considere relevante, la práctica inglesa, al igual que la española, sigue cayendo en algunos estereotipos, si bien es cierto que esta tendencia es mucho menor que en épocas anteriores. Es el caso de la preferencia que han manifestado en ocasiones los tribunales ingleses por otorgar la guarda y custodia al progenitor del mismo sexo que el niño, la niña o el adolescente (Rivero, 2000). En España, durante mucho tiempo, no se atendió al sexo del menor como criterio relevante, pero sí al del progenitor, incurriendo en una discriminación a favor de las madres (Montero, 2000). Existen ya muchas resoluciones que se manifiestan abiertamente en contra de que las madres sean más indicadas para cuidar de sus hijos (SAP Tarragona de 2 de octubre de 1993). Sin embargo, a pesar de los cambios legislativos¹², encontramos otras (SAP Barcelona de 4 de marzo de 1996) que continúan concediendo la custodia a la madre en atención a la edad de los niños. Del mismo modo la práctica judicial inglesa manifestó esta referencia por la madre en la custodia de los hijos pequeños (Freeman, 1992). Frente a esto, una línea jurisprudencial comenzó a concederla al padre cuando éste llevaban una vida más ordenada que la madre, no así cuando se encontraba desempleado o concurría algún otro “desorden”. En el caso *B v. B (custody of children)* (1985)¹³, se denegó la custodia al padre que se había dedicado a cuidar al hijo antes de quedarse sin empleo, porque era “*plenamente equivocado y tonto si el padre tenía que permanecer sin trabajar para ocuparse de su hijo de cuatro años y medio*” y considera que la primera responsabilidad del padre era proveer económicamente al hijo y a sí mismo y no la de “*permanecer en el hogar haciendo lo que tradicionalmente ha sido visto como función de la mujer*”.

Los jueces ingleses suelen tener en cuenta el entorno lingüístico, religioso, racial¹⁴ y cultural del niño¹⁵, de cara a preservar su derecho a la identidad cultural y su libertad religiosa. En España las principales cuestiones referidas al entorno religioso del niño, se han planteado en relación con los Testigos de Jehová. Los tribunales no admiten que se

¹² Ley 11/1990 de 15 de octubre que modificó el artículo 159 CC, en virtud del cual se establecía una preferencia por la madre en la guarda y custodia de los niños menores de siete años.

¹³ (1985) FLR 166; (1985) Fam. Law 29, CA. Citada por Rivero (2000).

¹⁴ Este aspecto es más relevante en las medidas de protección, y en concreto al acogimiento familiar, porque parece que el integrar a un niño en una familia de origen racial diferente, en ocasiones ha sido fuente de confusión para el mismo en la construcción de su identidad (Freeman, 1992).

¹⁵ *La Children Act* 1989 se refiere a este conjunto de circunstancias como *background*, que puede traducirse como “antecedentes”.

discrimine al progenitor por causa de sus convicciones religiosas (SAP Almería de 14 de junio de 1999), pero establecen cautelas para evitar un excesivo proselitismo y para que tales creencias no influyan negativamente en el desarrollo del niño, manteniendo la influencia del otro progenitor que no comparte con el primero las ideas religiosas (SAP Salamanca 14 de julio de 1999). De igual modo, un tribunal británico consideró que a priori no perjudica el interés de los niños que el padre sea Testigo de Jehová, aunque sean educados de una manera más restrictiva que otras personas, si el progenitor tiene una actitud adecuada. Pero añade que el tribunal podrá exigir garantías de que el niño va a recibir una transfusión de sangre en caso de necesitarla o va a poder relacionarse con otros parientes, que no sean testigos de Jehová, en fiestas familiares (*Re T (minors) (custody: religious upbringing)*)¹⁶.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia 14/2000 de 29 de mayo, recaída en recurso de amparo interpuesto por el padre ante la decisión del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial de Valencia, de establecer un régimen de visitas restringido por ser el recurrente miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España desde el momento de la separación. El Tribunal entiende que tal medida es compatible con la libertad religiosa del progenitor y justifica las restricciones impuestas en el principio del interés superior de los menores, ya que el padre insistía en que sus hijos, de doce y cinco años de edad, compartieran sus creencias uniéndose al movimiento. El Tribunal afirma que la libertad de creencias de los niños se manifiesta en “*su derecho a no compartir las convicciones de sus padres, a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal*”. En Francia, los tribunales han rechazado en repetidas ocasiones imponer a los niños las nuevas creencias de sus progenitores, cuándo éstos habrían sido educados en una determinada religión, para evitar así tensiones y conflictos que perjudicaran su bienestar psicológico (Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles, de 24 de septiembre de 1962)¹⁷.

• *Protección adecuada.*

El maltrato o riesgo de maltrato, es un criterio fundamental a la hora de decidir las medidas relativas a la guarda y custodia y al régimen de visitas. Dentro de las diversas tipologías de maltrato, parece que el físico y el emocional, bien activo o bien por negligencia, pueden plantear menos dudas que el abuso sexual ya que éste se trata, ciertamente, de un tema muy complejo. Los tribunales ingleses exigen que se determine un alto grado de probabilidad de su existencia, así como que se demuestre que es desaconsejable la concesión de la custodia o de un régimen de comunicación en determinadas condiciones (Rivero, 2000). Más viscerales se muestran en ocasiones los magistrados españoles, como muestra la SAP Madrid de 15 de octubre de 2001, en la cual se priva de la patria potestad sobre sus

¹⁶ (1981) FLR 239 C. A. Citada por Rivero (2000).

¹⁷ Citada por Rivero (2000).

tres hijos a un progenitor condenado por abusos sexuales a una de ellas¹⁸, además de suspender todo régimen de visitas. El padre solicita mantener la patria potestad sobre los otros dos y un régimen de comunicación, estableciendo las debidas garantías, con los tres. La sentencia no se refiere a las razones por las cuales las medidas adoptadas son las más adecuadas al interés de los niños, salvo la posibilidad de que los hechos se repitan que supone “una situación de riesgo que hay que proteger”. Sin embargo, considera que “repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las cuales se ha mostrado indigno”.

- *Interés del niño y capacidad parental versus sanción al progenitor.*

Esto parece contrariar otro de los criterios reiterados por la jurisprudencia española, según el cual las medidas respecto a los hijos no pueden buscar una sanción para los progenitores, sino tan sólo el interés superior de los niños. La regulación inglesa, en la misma línea, prima la capacidad de la persona para satisfacer las necesidades del niño, independientemente de su conducta ante la crisis. A pesar de este criterio, a los tribunales ingleses sigue influyéndoles negativamente el hecho de la homosexualidad del progenitor de cara a concederle la custodia de los hijos. Las enfermedades o discapacidades de los progenitores pesan a la hora de calificar la capacidad de cada uno de ellos, siendo más determinante, en general, en los supuestos de enfermedad mental (SAP Madrid de 17 de septiembre de 2001; SAP Valencia de 20 de noviembre de 2001), que en los de limitaciones físicas (SAP Cantabria de 16 de septiembre de 1999). La convivencia con terceras personas no puede ser un factor decisivo en sí mismo que afecte a la capacidad del progenitor (SAP Navarra de 27 de enero de 1993), pero sí pueden derivarse de él circunstancias, como la relación de los niños con tales personas y sus consecuencias, que pueden tomarse en consideración para decidir cuál es el interés superior del niño. En este aspecto coinciden las prácticas española e inglesa.

En España, la jurisprudencia es reacia a aceptar que la obstaculización del régimen de visitas justifique un cambio de guarda, si no concurren otros factores que lo aconsejen en interés del niño. Esto es así a pesar de lo dispuesto en el artículo 776.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del cual “*el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador, como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas*”. La SAP Toledo de 13 de septiembre de 1999 señala que las medidas sobre los hijos no pueden emplearse para sancionar a los progenitores, si bien, en mi opinión, lo que justifica el cambio del régimen de guarda y visitas no es la reprobación de la conducta parental, sino el hecho de que tal obstaculización o incumplimiento supone la vulneración de un derecho del niño/a o adolescentes. En esta sentencia, sin embargo, no se considera que la actitud del progenitor que obstaculiza el régimen de visitas merme su capacidad para desempeñar

¹⁸ Cuando acaecieron los hechos delictivos la niña contaba 3 años de edad. En el momento de la sentencia tiene 9.

correctamente el rol parental y, por consiguiente, para satisfacer de manera adecuada las necesidades del niño y procurar el cumplimiento de sus derechos.

En Escocia los jueces valoran la actitud cooperante para facilitar el contacto con el progenitor no custodio a la hora de decidir sobre la guarda (Hamilton,1995). En este sentido pueden encontrarse resoluciones en España, como la SAP Lleida de 4 de julio de 2001, que ante la igual capacidad para el cuidado del hijo, se atribuye la custodia al padre, por tener una actitud dialogante y conciliadora hacia la madre del niño y su predisposición para facilitar la relación madre- hijo.

- *Mantener la unidad de los hermanos.*

En España existe otro criterio importante: mantener la unidad de los hermanos, salvo que en las circunstancias concretas no sea tan desaconsejable porque concurren otros factores que permitan hacer excepciones a esta regla y la medida resulte más ventajosa para el niño (SAP Valladolid de 7 de julio de 1999; SAP Barcelona de 23 de septiembre de 1991; SAP Valencia de 19 de mayo de 1999; SAP Málaga de 18 de noviembre de 1993).

B) Guarda y custodia compartida.

Una de las soluciones más debatidas en nuestro país, en el empeño por encontrar fórmulas que satisfagan el interés de los niños, las niñas y los adolescentes, es la custodia compartida. La jurisprudencia española ha admitido que existe la posibilidad legal de establecerla, y las cautelas más frecuentes de los tribunales se centran en su adecuación práctica en cada caso concreto. En determinadas ocasiones los tribunales han establecido guardas y custodias llamadas compartidas, que en realidad se basan en un reparto del tiempo y una alternancia de la residencia de los niños (SAP Alicante 7 de julio de 1997, SAP Baleares de 19 de abril de 1999). Este sistema nada tiene que ver con la idea de corresponsabilidad parental, comunicación entre los progenitores para procurar al hijo el mayor contacto posible con cada uno de ellos, en un entorno seguro y saludable, que, en nuestra opinión, debería subyacer a la idea de guarda y custodia compartida. Los tribunales españoles, sin embargo, son bastante reacios a conceder estos regímenes y encontramos muchos ejemplos en los que no se han admitido (SAP Barcelona de 23 de septiembre de 1999; SAP Valencia de 2 de marzo de 1991; 17 de septiembre de 1992 y 10 d diciembre de 1993; SAP Almería de 11 de febrero de 1998; SAP Madrid de 17 de febrero de 1998; SAP Cuenca de 30 de septiembre de 1996).

Por otra parte, en ocasiones se conceden régimen de visitas tan amplios, que bien podría hablarse de una guarda y custodia compartida, aunque el niño pernocte siempre en el mismo domicilio. Un ejemplo nos lo proporciona la SAP Lleida de 4 de julio de 2001, en la que se decide que la madre tendrá consigo a su hijo todas las tardes desde que salga del colegio hasta las 20'30 -espacio de tiempo en el que, por otra parte, el padre se encuentra trabajando-, fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares. Sin embargo, otras resoluciones niegan medidas parecidas, como la SAP Álava de 7 de mayo de 1996, que se aparta de la petición de guarda y custodia compartida –realmente alternativa- de la

demanda y del criterio del informe pericial, que sugería que el niño viviese con su padre – lo que supondría cenar y pernoctar en el domicilio de éste- pero que pasase el día con su madre y abuelos maternos. La audiencia consideró que estos sistemas tenían un carácter “itinerante” para el pequeño. Sí suelen admitirse con más facilidad regímenes compartidos cuando las viviendas de los progenitores están muy cerca (SAP Barcelona de 16 de septiembre de 1998).

En Francia se admitió la posibilidad de la guarda y custodia compartida en 1987, registrándose desde ese momento un descenso de los litigios sobre la guarda y custodia. En Noruega, sin embargo, no se pueden establecer medidas de residencia conjunta, pero nada impide a los progenitores alcanzar acuerdos en este sentido. El ejercicio de la patria potestad –responsabilidad parental-, que normalmente va unida a la guarda y custodia –orden de residencia- puede otorgarse a uno sólo o a ambos, siempre que estén de acuerdo en compartirla o sólo uno esté en desacuerdo. Cuando sólo uno tenga la responsabilidad parental, tendrá también la custodia. El progenitor no custodio tiene derecho a solicitar va los tribunales una medida que le garantice el contacto con el niño.

En Inglaterra y Gales varias personas pueden obtener una *residence order*¹⁹, incluso más de dos, aunque en opinión de algunos autores no sería aconsejable (Freeman, 1992). Cuando esas personas no viven juntas, la medida tendrá que especificar los periodos durante los cuales el niño va a residir en cada uno de los domicilios. Estas mismas medidas pueden acordarse también mediante una *residence order* a favor de uno de los progenitores y una *contact order* que regule las estancias con el otro. A pesar de la disposición de la Children Act 1989, los tribunales no tienden a acordar muchas *joint residence* o custodias compartidas, en aras a la estabilidad del niño. Por otro lado, consideran que cuando se comparte adecuadamente el cuidado de los hijos, las medidas judiciales no son necesarias (Freeman, 1992).

Derecho del niño a mantener relación con parientes y allegados. El vínculo con los abuelos.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce, en su artículo 5, el papel que de la “familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local” en la orientación del niño en consonancia con la evolución de sus capacidades. Asimismo, el artículo 16.2 CC establece que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones

¹⁹ Las medidas que se pueden adoptar, en virtud de la *Children Act*, son cuatro: *Residence order*, que determina con quién va a vivir el niño. La pueden pedir los progenitores y cualquier familiar o persona interesada. Toda persona que obtiene una *residence order* tiene automáticamente responsabilidad parental mientras dure tal medida. Cada persona con responsabilidad parental la ejerce por separado, sin que sea necesario el consentimiento de los demás. Si surgen problemas, se acude al juez para que emita una *Prohibited steps order*, que impide tomar decisiones sobre un determinado tema sin consultar al tribunal. El régimen de vistas y comunicación se fija a través de las *Contact orders* y para establecer medidas sobre aspectos concretos cuentan con las *Specific issue orders*

personales entre el hijo y otros parientes y allegados". El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto en relación con la incidencia favorable que las relaciones con los abuelos tienen, en principio, sobre el niño. Así en su sentencia de 23 de noviembre de 1999, señala que *"este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar complejo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco"*. También el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reconoció en su sentencia de 19 de febrero de 2001, la importancia que para los más jóvenes tiene la *relación afectiva, el vínculo de sangre, el trasvase de una experiencia vivida y la transmisión de ideas y creencias*, que pueden obtener de la relación con sus abuelos, ya que constituyen un acervo personal y cultural de alto valor.

En el ámbito europeo, Francia fue el primer país que reconoció a los niños el derecho de relacionarse con sus abuelos, en un principio por vía jurisprudencial, pero pronto legalmente, recogéndolo en el Código Civil mediante la Ley de 4 de junio de 1970. El artículo 371.4 de dicho código establece que *"el padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, impedir las relaciones del hijo con sus abuelos. A falta de acuerdo entre los padres, las modalidades de esas relaciones son reguladas por el juez de asuntos familiares"* (Villagrasa, 2001).

La *Chidren Act*, 1989, vigente en Inglaterra y Gales, establece que los abuelos, así como cualquier otro pariente o amigo, puede solicitar al juez una *Contact order*, que permite la comunicación con el niño a través de vistas personales, teléfono, correo o cualquier otro medio (Hamilton, 1995). La demanda de los abuelos podrá ser desestimada cuando se piense que puede causar problemas innecesarios, teniendo en cuenta que hay que distinguir entre los casos en que existe un vínculo estrecho entre los abuelos y el nieto y aquellos en los que el papel de los abuelos, aunque bienintencionado, pueda ser menos necesario (Freeman, 1992).

En Italia este derecho no se ha recogido legalmente, pero sí por la jurisprudencia, mientras que los tribunales alemanes son reacios a reconocer un derecho propio del niño a relacionarse con los abuelos y otros parientes y allegados, aunque esta postura está siendo criticada por parte de la doctrina (Villagrasa, 2001).

La mediación como instrumento para favorecer la adopción de medidas que satisfagan el interés superior del niño.

Las decisiones que afectan a la organización de la vida familiar tras la ruptura de la pareja, entrañan una gran complejidad y lograr la mayor adecuación posible es crucial para garantizar el interés superior del niño, en el cumplimiento de los derechos que le son propios y que pueden verse afectados en estas circunstancias. Cuando un juez tiene que establecer dónde va a vivir el niño y cómo se va a asegurar un contacto adecuado con ambos progenitores –y, en su caso, con otras personas de la familia extensa y allegados–, puede

pensarse que éstos han fracasado en el ejercicio de sus funciones parentales, tal y como señala la SAP Badajoz de 2 de marzo de 1999: *“La sola dejación de esta regulación en la autoridad judicial, viene en significar el fracaso previo de aquellos a quienes, primeramente, y en beneficio de sus hijos, incumbía por consenso tomar tal decisión”*. Pero también es cierto que los procesos de separación y divorcio suponen una gran crisis en todos los órdenes –afectivo, familiar, social y económico– que afecta a los miembros de la pareja negativamente, mermando en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de una manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos. Podríamos pensar entonces que es un fracaso, en cierta medida, comprensible. Si esto es así, la mediación debería ser un recurso que ayude a los progenitores a separar su conflicto de pareja del ejercicio responsable de la patria potestad en beneficio de los hijos. Pero, probablemente, no debería ser el único recurso, porque lo que es evidente es que las personas que atraviesan una crisis familiar necesitan ayuda y el sistema judicial no es el escenario más indicado para proporcionársela. Por tanto consideramos que se debería poner a disposición de estas familias servicios de orientación, de asistencia psicológica y de asesoramiento, así como fomentar el conocimiento y empleo de los mismos.

La mediación ha demostrado ser un instrumento útil para crear un espacio de diálogo en el que los progenitores no pasen por alto sus necesidades, deseos e intereses con ánimo de salir del proceso judicial cuanto antes (Farinha, 1998 en Consejo de Europa, 1998) o como resultado de dejarse llevar por los sentimientos negativos que la confrontación con su pareja le produce. Sentimientos que, con demasiada frecuencia, les conducen a utilizar a sus propios hijos –aun cuando su intención no sea tal– en lugar de velar por su bienestar.

La relación entre una solución dialogada a los conflictos entre los progenitores y la salvaguarda del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes de las familias que pasan por estas situaciones, está hoy en día suficientemente acreditada. Se trata de que ambos progenitores sigan comunicando cariño y seguridad a sus hijos, a pesar de la crisis. Y para ello es fundamental que continúen ejerciendo de manera conjunta –lo que implica la colaboración que presumiblemente existía antes de la ruptura– sus responsabilidades parentales, así como una actitud de escucha y comprensión hacia los hijos que les permita, por un lado transmitirles tranquilidad, y por otro tener en cuenta sus deseos, opiniones, sentimientos e intereses en las decisiones que adopten. Parece lógico pensar y así ha sido señalado, que las salidas amistosas darán lugar a acuerdos más duraderos y estables por cuanto que parten de los propios afectados, desjudicializando así la vida familiar, cuestión que redundaría en beneficio de los niños, de los progenitores y del Estado.

Pues bien, estas son las razones que han llevado a que el interés por la mediación familiar se incremente de lo cual da cuenta, en el ámbito europeo, la Recomendación nº R (98) del Comité de ministros del Consejo de Europa. En España, lo reflejan el “Libro banco de la Justicia” de 1997 (Consejo general del Poder Judicial, 1997), y la práctica de algunos jueces de enviar a las parejas a un servicio de mediación, en virtud de las amplias facultades que el artículo 158.3 concede al juez para atender al interés superior del niño. Y en el ámbito

autonómico las nuevas leyes²⁰ y los servicios de mediación puestos en marcha en algunas Comunidades²¹ (García, 2002). Las preguntas ahora se refieren más bien a cómo organizar estos servicios de manera que beneficien sin que surjan otros problemas, así como a las formas más adecuadas de fomentar su uso por la población. Hagamos un repaso de las opciones que han tomado en diferentes países de la Unión Europea.

Podemos partir de un consenso mayoritario sobre los presupuestos de la mediación, en virtud del cual se considera que no es acertado obligar o presionar a las partes para que acudan a mediación, siendo sin embargo aconsejable obligar a un encuentro, juntos o separados, con mediadores profesionales, a modo de sesión informativa, y con el objetivo de explorar las posibilidades de llevar a cabo la mediación (Walker, 1998 en Consejo de Europa, 1998).

En el ámbito de la Unión Europea, el único país que obliga a mantener un encuentro de este tipo es Noruega²², como ya tuvimos ocasión de señalar. Los progenitores necesitan un Certificado de Mediación que acredite que, al menos uno, ha acudido al encuentro para poder iniciar un proceso judicial o administrativo. Si finalmente los progenitores llegan a un acuerdo, el papel de las autoridades se limita a revisar si garantiza el interés superior del niño. La mediación alcanza sólo a temas referidos a los hijos.

En Inglaterra y Gales, es obligatorio para aquellos que soliciten asistencia jurídica gratuita (*Family Law Act*, 1996). Esta misma normativa introduce otra serie de medidas para favorecer la mediación: todo aquel que quiera iniciar un proceso de separación o de divorcio debe recibir, con carácter obligatorio, información sobre distintos aspectos, entre los cuales se encuentra la mediación; se requiere a los abogados para que informen a sus clientes sobre la posibilidad de acudir a mediación; el tribunal tiene capacidad para ordenar un encuentro con un mediador para considerar la posibilidad de la mediación; creación de fondos públicos para ayudar a quienes no puedan pagar los servicios de mediación (Winter, 1998 en Consejo de Europa, 1998). Los acuerdos no son ejecutables si no los refrenda un juez, pero no es la práctica habitual solicitar tal confirmación, porque se tiende a considerar la mediación como algo ajeno a los tribunales (Lloyd, 1998 en Consejo de Europa, 1998).

Portugal puso en marcha, en 1997, un proyecto para la creación de un servicio público de mediación en los casos de separación, divorcio y disputas parentales en el ejercicio de la patria potestad. Este servicio es gratuito y voluntario. Se intenta difundir entre la población a través de publicidad. Incluye información general, derivación a servicios de

²⁰ Ley 1/2000 de 15 de marzo de Mediación Familiar, en Cataluña; Ley 4/ 2000 de 31 de mayo reguladora de la Mediación Familiar, en Galicia; y ley 7/ 2001 de 26 de noviembre de Mediación Familiar, en la Comunidad Valenciana.

²¹ Servicio de Mediación Familiar del País Vasco.

²² En Nueva Zelanda y Australia sí es obligatorio mantener estos encuentros (Consejo de Europa, 1998).

asistencia psicológica, fomento del uso de la mediación y dirección de la misma (Fariha, 1998 en Consejo de Europa, 1998).

Irlanda cuenta con un servicio de mediación familiar estatal desde 1986, que fue creado por el gobierno. Se trata de un servicio gratuito para parejas, casadas o de hecho, que incluye seis sesiones de una hora cada una. El juez revisa los acuerdos y puede variarlos en aras al principio del interés superior del niño. Una vez formalizado, las medidas son ejecutables. Las parejas de hecho sólo pueden formalizar las medidas relativas a los hijos. El juez, además, puede suspender el procedimiento y enviar a las partes al servicio de mediación para que intenten resolver el conflicto de esta manera. Junto con el servicio estatal, existen organizaciones privadas que practican la mediación (Loyd, 1998 en Consejo de Europa, 1998).

Austria ha optado por ofrecer servicios de orientación y apoyo familiar desde los tribunales. Éstos proveen consejo legal y psicológico antes de iniciar el procedimiento, así como orientación sobre las “normas del juego” de la separación y de la mediación. Además, hay un servicio de asistencia psicológica para los hijos. Por su parte, en Bélgica se considera que el sector privado es el más idóneo para llevar a cabo la mediación familiar. De este modo, los agentes mediadores son consultores, abogados con formación específica, o profesionales de servicios sociales privados subvencionados por el Estado (Winter, 1998 en Consejo de Europa, 1998).

En Francia, la Ley de 8 de febrero de 1995 reconoce la mediación civil, pero no especifica el papel de la mediación familiar ni establece sistemas públicos de mediación ya que se considera que el sector privado no lucrativo es el más idóneo para desempeñar esta tarea (Consejo de Europa, 1998).

Conclusiones

De todo lo dicho hasta ahora, podemos concluir en primer lugar, que España debe afrontar la búsqueda de soluciones, jurídicas y sociales, que procuren una mejor satisfacción de las necesidades infantiles y adolescentes, garantizando, en mayor medida, los derechos de los más jóvenes en las situaciones a las que nos venimos refiriendo. Algunas de las dificultades con las que nos encontramos en nuestro país están presentes también en otros de nuestro entorno. Podríamos decir que, en el ámbito de la Unión Europea, nos hallamos en cierta paridad con Francia y con Italia, y relativamente por detrás de la realidad del Reino Unido. Noruega parece llevar –en ésta, como en otras cuestiones sociales- mayor trecho recorrido. Sin embargo, y especialmente en el terreno de la mediación familiar, podríamos aprovechar las soluciones dadas por otros países, al menos, para fomentar el debate y la reflexión en el nuestro, de manera que pudiéramos seguir mejorando.

En la génesis de algunos de estos problemas comunes, podemos identificar, entre otros factores, sin duda, la indeterminación del principio del interés superior del niño. Así,

observamos que, independientemente de la técnica legislativa que se emplee, la dificultad para dar con un contenido objetivo de lo que es el interés superior del niño, en las crisis familiares derivadas de la ruptura de la pareja, conlleva altas dosis de subjetividad en la toma de decisiones, al tiempo que deja la puerta abierta a la presencia de estereotipos y prejuicios sociales.

Como consecuencia, las medidas adoptadas por jueces y tribunales, en ocasiones no responden adecuadamente a la satisfacción de las necesidades infantiles y adolescentes en cumplimiento de sus derechos. Cuando esto sucede, la situación se ve agravada por el hecho de que las decisiones las han tomado personas ajenas por completo al sistema familiar. Ello viene a sumar un criterio externo a las posiciones enfrentadas de los progenitores, que puede reforzar a uno en perjuicio de otro o no satisfacer a ninguno de los dos. La diferencia del criterio judicial reside en su imposición coactiva, justificada por la necesidad de proteger el interés superior del niño, considerado un interés público. Por tanto deberíamos preguntarnos si este *modus operandi* es el que mejor satisface efectivamente el interés de los niños, las niñas y los adolescentes, y el idóneo para que éstos puedan ejercer y/o ver cumplidos sus derechos, cuando sus progenitores deciden dar por finalizada su relación como pareja.

En mi opinión, para contestar a esta pregunta, deberíamos tener en cuenta varios aspectos, algunos de los cuales han sido apuntados a lo largo del presente artículo. Por una parte, los peligros que se derivan de la judicialización de las relaciones familiares: falta de apropiación de las medidas –lo que provoca un alto grado de incumplimientos que dan lugar a nuevos conflictos sobre los anteriores no resueltos-; puesta a disposición de las familias de un recurso, no adecuado para todas las situaciones, que pueden emplear indiscriminadamente en perjuicio de otras vías más constructivas; confusión para los niños, niñas y adolescentes, derivada de la sustitución de la autoridad parental por la judicial; y posibilidad de someter a los mismos a situaciones estresantes que puedan intensificar, en algunos casos, las tensiones que estén atravesando.

Por otra, la necesidad de lograr un consenso sobre el contenido objetivo del concepto del interés superior del niño. Éste habría de ser dinámico y flexible de modo que posibilite la toma de decisiones particularizada, a la par que suficiente para reducir el casuismo que reina en la jurisprudencia española, en aquello que es fruto de la intervención de creencias personales y de estereotipos sociales.

Como consecuencia de los riesgos derivados de la excesiva judicialización de la vida familiar a los que hemos hecho referencia, creemos que el principio de mínima intervención judicial –con sus consecuencias bien definidas– debería formar parte del contenido del interés superior del niño. Pero para que esta medida fuera acertada y eficaz, debería ir acompañada de recursos que permitan la derivación de las familias a servicios más adecuados, entre los que podrían estar la mediación, el asesoramiento sobre las necesidades infantiles y adolescentes y el apoyo psicológico. El papel del juez se vería limitado al de garante de los derechos de las personas implicadas en el conflicto, especialmente de los niños, las niñas y los adolescentes. De esta forma sólo se impondrían soluciones una vez agotadas todas las

vías previas. Todo ello con el objetivo de promover la toma de conciencia por los progenitores sobre la continuidad de la coparentalidad a pesar de la ruptura de la pareja, y de fomentar, en última instancia, un cambio en la cultura del conflicto y en las actitudes y comportamientos de los ciudadanos ante estas situaciones.

Por último, debería prestarse atención a las fórmulas que permiten a los niños, a las niñas y a los adolescentes ejercer los derechos referidos: derecho a expresar su opinión libremente y conforme a sus capacidades en los asuntos que les afectan; derecho a recibir apoyo y asistencia de ambos progenitores; y derecho a mantener el contacto con parientes y allegados. Las medidas podrían situarse en dos planos: uno más general, referido a la necesidad de implementar políticas integrales de infancia y familia que fomenten la escucha de los niños en el ámbito familiar, así como la coparentalidad y el diálogo durante todo el proceso de crisis y ruptura, así como una vez reorganizada la familia; y otro más específico, relativo a la práctica del derecho de audiencia y a la toma de decisiones sobre custodia y régimen de visitas.

Se trata, en definitiva, de que la conjunción de ambos niveles de intervención consiga crear las condiciones adecuadas para que los más jóvenes puedan ejercer sus derechos sin que de ello se derive ningún perjuicio para su bienestar. De este modo, además de hacer efectivo lo consagrado por los textos legales nacionales e internacionales, estaremos ayudando a que quiénes algún día también serán padres y madres, interioricen un modelo de resolución de conflictos de pareja que satisfaga mejor el interés de los niños, las niñas y los adolescentes del mañana.

Referencias

- Bermúdez Beneitez, M.J. (1999). El derecho del niño a ser oído. En Calvo García, M. y Fernández Sola, N. (Coords.) (2000). *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Zaragoza: Mira Editores.
- Consejo de Europa (1998). IV Conferencia sobre Derecho de Familia. *La mediación familiar en Europa*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Díez- Picazo, L (1993). *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Freeman, M. (1992). *Children, their families and the law*. London: The Macmillan Press LTD.
- Freeman, M. (2000). Disputing Children. En Katz, S., Eekelaar, J., Maclean, M. (Eds.) *Cross Currents: Family Law and Policy in the US and England*. New York: Oxford University Press.
- García, L.(2002). En los conflictos familiares, por qué deberíamos acudir a la mediación?. La mediación como alternativa en la resolución de los conflictos familiares y matrimoniales. En *Revista de Derecho de Familia*, nº 14 y 15, enero y abril de 2002, pp.55-76 y 47-68.
- Goldstein, Freud y Solnit (1973, 1979). *Beyond the best interest of the child*. The Free Press.
- Goldstein, J. (2000). ¿En el interés superior de quién?. En Beloff, M. (2000) (comp.). *Derecho, infancia y familia*. Barcelona: Gedisa.

- Hamilton, C.y Skndley (1995), (Eds.). *Family Law in Europe*. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths.
- Montero Aroca, J.(2001). *Guarda y custodia de los hijos*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Raymond Guy (1995). *Droit de L'Enfance et de L'Adolescence. Le droit français est-il conforme a la Convention Internationale des Droits de L'Enfant?*. París: Litec.
- Rivero Hernández, F. (2000). *El interés superior del menor*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Prieto, A.Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1987. En *Revista La Ley*.
- Torrero Muñoz, M. (1999). *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familia*. Sedavi (Valencia): Editorial Práctica del Derecho.
- Villagrasa Alcaide, C. (2002). Derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados. En *Revista de Derecho de Familia* nº15, abril 2002, pp.39-46.