

Nº 25  
Primer trimestre 2021

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**Número 25. Marzo 2021**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 24

Diciembre 2020

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.  
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.  
Funcionario de carrera en excedencia.

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## COMITÉ CIENTÍFICO



**D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

**D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

**CONSEJO EVALUADOR EXTERNO**

**D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

**D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

**D. Jordi Gimeno Bevia**

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.  
Facultad de Derecho de la UNED.

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y  
Justicia. Gobierno de Cantabria.  
Cuerpo de Letrados.

**D. David Larios Risco**

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La  
Mancha.

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior  
de Administración General de la Comunidad de Madrid

**D. Javier Mendoza Jiménez**

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de  
la Universidad de La Laguna.





## SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción .....	11

## **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

### **SECCIÓN NACIONAL**

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	
D. Alfonso Sánchez García .....	15
ACERCA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA EN MATERIA DE TRÁFICO	
D. Francisco Negro Roldán .....	93
RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE GOBIERNO	
D. José Joaquín Jiménez Vacas.....	149
ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL: CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROCESALES. EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6/2019	
D. Cecilia Alvarez Losa y D. Juan José González López .....	183



LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: LA ADJUDICACIÓN  
DIRECTA COMO ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL  
D<sup>a</sup> Arantza Martín Egaña ..... 250

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR  
EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN  
D<sup>a</sup> María Maldonado Araque.....353

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA:  
IMPUNIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL  
D<sup>a</sup> María del Mar Imaz Montes.....418

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR  
JAIME PINTOS SANTIAGO**

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESPACIO EUROPEO  
DE INVESTIGACIÓN  
D. Antonio Maniatis.....477

MECANISMOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE  
OBRAS PÚBLICAS  
D. Jans Erik Cavero Cárdenas..... 493

**BASES DE PUBLICACIÓN ..... 544**



## EDITORIAL

En el número 25 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Alfonso Sánchez García con el artículo que lleva por título "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica". El autor aborda con maestría como la interoperabilidad constituye un elemento de carácter "básico, estructural y esencial" de la administración electrónica y, en consecuencia, de la contratación pública electrónica.

A continuación, D. Francisco Negro Roldán analiza en un interesante y profuso trabajo la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. José Joaquín Jiménez Vacas que aborda el Régimen de los órganos colegiados de Gobierno.

Cecilia Alvarez Losa y Juan José González López en su artículo "Acoso laboral en el ámbito funcional: cuestiones procedimentales y procesales" analizan con brillantez las cuestiones procedimentales y procesales



más relevantes, que pueden plantearse en relación con el acoso laboral en el ámbito del empleo público.

D<sup>a</sup>. Arantza Martín Egaña analiza pormenorizadamente los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social.

D<sup>a</sup> María Maldonado Araque profundiza en un gran trabajo sobre la protección del interés superior del menor en los procesos de mediación.

D<sup>a</sup> María del Mar Imaz Montes cierra la sección nacional con el artículo Crímenes de lesa humanidad en España: Impunidad y Derecho Internacional.

Por último, la sección nacional se cierra con dos trabajos, uno, de D. Antonio Maniatis que hace una reflexión sobre la contratación pública en el Espacio Europeo de Investigación y otro, de D. Jans Erik Cavero Cárdenas con el trabajo titulado "Mecanismos de control en la ejecución de obras públicas", un interesante artículo en el que aborda la contratación pública de obra, centrándose el autor específicamente en la fase de ejecución contractual

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**





## LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

**D. María Maldonado Araque**

Letrada del Servicio Andaluz. Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

**Resumen:** A raíz de las reformas efectuadas por las dos leyes de protección del menor, la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la infancia y a la Adolescencia, el interés del menor se configura como un principio rector del sistema de protección a la infancia, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento.

Si bien jurisprudencialmente podemos observar un cambio en las sentencias que pasan a considerar que es necesario oír a los menores, no hemos encontrado, en el ámbito de la mediación en España, protocolos que garanticen la inclusión del menor en la misma, suponemos que debido a las dificultades que plantea la propia idiosincrasia del proceso de mediación.

Entendemos que, para cumplir con el espíritu de la reforma, inspirada en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe articular un programa que permita determinar el procedimiento de mediación inclusivo y las formas en que los menores



pueden participar en el mismo atendiendo a la capacidad de expresar sus necesidades e intereses.

**Abstract:** As a result of the two recent child protection laws' reforms - Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la infancia y a la Adolescencia - the interest of the child is configured as a guiding principle of the child protection system, a substantive right and a rule of procedure.

Although we can observe a change in the judgements that now happen to consider necessary to hear the minors, we have not found, in the field of mediation in Spain, protocols that make certain the inclusion of the child in it, probably due to the difficulties raised by the idiosyncrasy of the mediation process.

We consider that, in order to comply with the spirit of the reform, inspired by the principles of the Convention on the Rights of the Child, is basic to articulate a child inclusive mediation procedure and the ways in which minors can participate in it, attending to their the capacity of expressing their needs and interests.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Objetivos y metodología. 3. El interés superior del menor: marco normativo. 3.1 Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño Normativa. 3.2 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor 4. Análisis jurisprudencial. 5 La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación. 6 La protección del interés superior del menor en los conflictos de intereses que puedan surgir en procesos de mediación. 7. Conclusiones 8. Referencias bibliográficas. 9. Anexo I: HELLO, I'M A VOICE, LET ME TALK. CHILD-INCLUSIVE MEDIATION IN FAMILY SEPARATION



## **Listado de abreviaturas**

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

Art: Artículo

## **1. Introducción**

La mediación es un proceso en el que se ven involucrados menores de edad, ya como "beneficiarios" de la misma o como sujetos que intervienen directamente en ella.

En dichas mediaciones se ha de velar, en todo momento, por la protección del interés superior del menor, pero ¿qué entendemos por interés superior del menor?

La reciente reforma operada sobre la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario.

Mediante dicha reforma, se ha incorporado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre la materia, como los criterios de la Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de modo que el interés superior del menor, antes concepto jurídico indeterminado, pasa a definirse desde un contenido triple, tal y como indica la exposición de motivos de la Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia:

"Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición



jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento”

Esta mayor concreción del concepto, así como el hecho de que se trate de un derecho invocable ante los tribunales, ha de tener su reflejo en todos los procedimientos en los que los menores se vean involucrados, y, por ende, en los procesos de mediación.

## 2. Objetivos

Pretendemos analizar el modo en que esta reforma influye sobre la protección del interés superior del menor en aquellos procesos de mediación donde el mismo pueda estar involucrado.

En primer lugar, estableceremos el marco normativo de referencia y compararemos la anterior regulación del mismo con la posterior a la reforma efectuada.

Estudiaremos cómo se pueden mantener los principios que han de regir la mediación y, a la vez, proteger el interés del menor en su regulación actual y los conflictos de intereses que esto puede plantear.

En especial queremos poner el acento sobre los conflictos de intereses que se pueden dar, cómo se han venido resolviendo y cómo se habrían de solucionar a la luz del párrafo segundo, apartado 4, artículo 2 de la Ley 8/2015 de 22 de julio que reza así:

“4. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”



En cuanto a la metodología, el primer paso será realizar una revisión bibliográfica y jurisprudencial para definir el interés superior del menor.

Analizaremos los principios de la mediación y cómo estos pueden entrar en conflicto con los intereses del menor, así como los conflictos de intereses que pudieran darse entre los intereses del menor y resto de personas involucradas en la mediación.

Con los datos que arroje este estudio, a modo de conclusión realizaremos una comparativa que nos permita encontrar, si los hubiera, los cambios de parámetro que se han realizado en los procesos de mediación a raíz de estas reformas.

En caso de no haberlos, intentaremos determinar las medidas, que, a nuestro juicio, se deberían implantar.

### **3. El interés superior del menor: marco normativo**

#### **3.1. Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Normativa.**

La atención a los niños y la protección a la infancia es un fenómeno relativamente reciente si consideramos que no es hasta el S.XVIII y a través de las obras de Rousseau, así como de los poemas que Blake dedica a los niños trabajadores, cuando se empieza a tomar conciencia de este periodo y de la necesidad de protección de los menores.

En el S.XIX, y como reacción a la explotación infantil que caracteriza a la revolución industrial se empieza a poner el acento sobre la infancia maltratada que tan bien



reflejan las obras de Dickens, pero es en el S.XX *El siglo de los niños* según la obra de la escritora Ellen Key, cuando se produce su revalorización social y jurídica. La primera declaración de los derechos de los niños de Naciones Unidas se realizó el 26 de diciembre de 1924 en la ciudad de Ginebra.

En 1948 se promulga la Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto que se consideraba suficiente para garantizar los derechos de los niños, en tanto personas.

En 1959, Naciones Unidas aprobó una Declaración de los Derechos del Niño que incluía 10 principios. Pero no era suficiente para proteger los derechos de la infancia porque, legalmente, esta Declaración no tenía carácter obligatorio. Por eso en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.

Tras 10 años se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.

La Convención sobre los Derechos del Niño se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España. Hoy, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos.

Por tanto, no es un texto declarativo de principios sino directamente vinculante una vez ratificado por los Estados que los suscriben.

También es importante su contenido pues, si bien los trabajos iniciales de redacción de la misma, se centraron en la protección de los factores de supervivencia,



también se incluyen derechos de carácter activo que permiten la participación de los niños en sus propias vidas poniendo el énfasis en derechos civiles y políticos de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, adapta los derechos humanos a las necesidades de los niños como titulares de los mismos pero, a la vez, declara las obligaciones de los Estados, agentes sociales, profesores, profesionales de la sanidad y padres de garantizar la efectividad de los mismos.

Los Estados firmantes habrán de rendir cuentas del cumplimiento y de la aplicación de la CDN ante un comité de 18 expertos de diversas procedencias: el *Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas*.

Fruto del trabajo de este *Comité* es la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Dispone el Artículo 3.1:

“ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

Como aclara la Observación general nº14 en su introducción:

1.“El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el



artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

2.El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, (párr. 1 d), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

3.La CDN también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).



4.El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado 3 que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013 1. Observación General Nº 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; y Observación General Nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 2. 2. El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (Observación General Nº 5, párr. 12). 3. Observación General Nº 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 61. 260 261 Observación General No. 14 superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

4.La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

5.El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a.Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses



para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b.Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c.Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

7. En la presente Observación General, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas."

### **3.2. Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.**



Tras la ratificación en España de la CDN el 30 de noviembre de 1990 se dictan una serie de leyes que pretenden dar mayor protagonismo y participación a los niños siendo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LOPJM, la que pretendía una reforma profunda de las instituciones de protección del menor.

Partía dicha ley de la consideración de los menores de edad "como sujetos activos, participativos, creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás"

La LOPJM es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado pero, transcurridos casi veinte años desde su aprobación, los importantes cambios sociales motivaron su reciente reforma.

Dos han sido las normas que han modificado la protección de menores: la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

En lo que a interés del menor respecta, ha sido la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia la que ha propuesto desarrollar y reforzar el derecho del mismo a que su interés superior sea prioritario.

Para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la LOPJM de modo que se



incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, así como los criterios mencionados supra y recogidos en la Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño.

Dispone el actual artículo 2 que:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”

Por tanto, el interés del menor se define desde un contenido triple: como derecho sustantivo y subjetivo del menor, directamente invocable antes los Tribunales, como principio general interpretativo e informador que obliga a que, ante varias posibles interpretaciones se elija siempre la que corresponda al interés superior del menor y como norma de procedimiento con todas las garantías, puesto que, si no se sigue el procedimiento, el derecho es vulnerado y se puede acudir a los tribunales.

A continuación, recoge dicho artículo 2 una serie de criterios de aplicación e interpretación, elementos de ponderación y garantías del proceso:



“ Art 2.2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su



orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario,



estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”

Por tanto, para determinar cuál sea el interés superior tendremos que atender a los siguientes criterios de aplicación e interpretación:

1. Derecho a la vida, necesidades básicas, tanto materiales como físicas, educativas, emocionales y afectivas.
2. Deseos, sentimientos y opiniones.
3. Derecho a su familia de origen.
4. Identidad, cultura, religión y atención a la discapacidad.

Elementos de ponderación:

1. Edad y madurez del menor.



2. Igualdad y no discriminación.
3. Efecto del transcurso del tiempo.
4. Estabilidad de las soluciones
5. Tránsito a la edad adulta.

Garantías del proceso:

1. Derecho del menor a ser informado, oído, y a participar.
2. Intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos
3. Participación de progenitores, tutores o representantes, defensor judicial, Ministerio Fiscal.
4. Que la decisión incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas.
5. Recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor.

El artículo 2 de la LOPJM asume, para determinar los criterios de aplicación e interpretación, los recogidos en la Observación general nº14, esto es:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño.
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño.
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud.
- g) El derecho del niño a la educación.



#### **4. Análisis jurisprudencial.**

Con anterioridad a la reforma de la LOPJM vemos que el criterio de los tribunales es variable.

Hay sentencias que no sólo han concretado el concepto de interés superior del menor, sino que, además, lo han hecho prevalecer sobre otros intereses en pugna en el proceso.

Así la Sentencia 565/2009 de 31 de julio de 2009 de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que el juez debe tomar en consideración si han cambiado las circunstancias con posterioridad al momento en que se dictó la sentencia recurrida de la que esta trae causa, de manera que pueda determinarse si los padres pueden o no asumir de nuevo la patria potestad, pero también el interés del menor en relación con este posible cambio de circunstancias.

“En el segundo punto, es decir, cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos, la citada sentencia sentó la siguiente doctrina: “[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la



familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico". La recurrente olvida la doctrina de esta sentencia y pide que se unifique la de las Audiencias Provinciales, que cita, por lo que no concurre el interés casacional que alega. La doctrina reproducida debe aplicarse al presente recurso de casación, ya que, 1º A pesar de lo afirmado en el recurso, ha quedado probado que la administración tutelar ha tomado las medidas correspondientes para procurar la integración de la madre recurrente y que ésta ha rechazado cualquier tipo de plan que se ha puesto a su disposición. 2º Tal como se afirma en la doctrina sentada en la sentencia 565/2009 (RJ 2009, 4581), seguida por las SSTs 397/2011, de 13 junio (RJ 2011, 4526) y 84/2011, de 21 febrero (RJ 2011, 2362) , el interés del menor es preferente en estos casos. 3º No puede considerarse que la administración tutelar haya actuado de una forma extralimitada, ya que ha puesto todos los medios al alcance de la recurrente para procurar la reunificación de la familia, tal como aparece en la abundante prueba practicada. Los medios aplicados no han dado el resultado apetecido, por lo que la protección de la menor requiere que se mantenga la medida acordada"

De nuevo el Tribunal Supremo, en sentencia 413/2014 de 20 de octubre de 2014, declara, de oficio, una nulidad de actuaciones, al no haberse oído al menor, en el procedimiento en que se decidía su guarda y custodia.

Sin embargo, la indeterminación del concepto de interés del menor previo a la reforma permite que se dicten sentencias como la 184/2015 de 24 de febrero de la Audiencia Provincial de Madrid que deniega al actor la



guarda y custodia compartida de su hijo menor sin tomar en consideración el interés de este:

“Se refiere que el menor ya ha cumplido años desde que se dictó la anterior sentencia, existiendo acuerdos de los progenitores sobre los distintos aspectos de la vida y el desarrollo integral del menor, habiendo cambiado las circunstancias laborales de la madre, quien no puede hacerse cargo del menor por las tardes, lo que ha motivado la ampliación del horario escolar del menor, hasta las 18,15 horas, acudiendo familiares de la misma para recoger a dicho menor, se hace mención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se reitera la conveniencia de acordar la guarda y custodia compartida.

La parte apelada, por vía de impugnación, ha solicitado la revocación de la sentencia suplicando que se mantenga íntegramente el régimen de visitas fijado en su momento en la sentencia de divorcio de fecha 2 de marzo de 2010 , advirtiendo que nada ha cambiado desde entonces, y señalándose que actualmente ya no se mantiene el horario ampliado, escolar, del menor, desde enero del 2014 y advierte que no son buenas las relaciones entre los progenitores, señalando que no existe motivo alguno para ampliar el régimen de visitas.

La parte apelante ha planteado oposición a la impugnación formulada de contrario.

**SEGUNDO:** La naturaleza y el objeto del procedimiento de modificación de efectos exige delimitar las pretensiones que puede ser traídas a esta clase de procedimientos y que deben de estar basadas en circunstancias que aconsejen la modificación pretendida, pues si se pretende la alteración de aquellas referidas a los aspectos personales, sobre guarda y custodia, régimen de visitas, es necesario acreditar que la



propuesta que ahora se formula en este cauce procesal es beneficiosa para los hijos menores, siendo de tener en consideración lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y los artículos 1 y 2 y 11,2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor , de fecha 15 de enero de 1996, y la Normativa Internacional, Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, pues en todos los casos en los procedimientos judiciales, o administrativos, que versen sobre los menores se deberá tener en consideración cordialmente el interés de los mismos.

En este sentido, no es posible atender a rigorismos formales en orden a impedir la modificación de dichas medidas personales y por ende, posibilitar, en un futuro proceso de modificación de efectos, la relación entre el progenitor no custodio, hasta este momento, y los hijos menores, una vez que se acredita al día de hoy que la situación personal, laboral y material del progenitor que reclama la alteración de la medida personal en cuestión es acorde con las obligaciones que se pretenden asumir actualmente con el menor, por lo que conlleva la ampliación de las visitas de un modo notable, en favor de uno de los progenitores, y por cuanto que en los términos que la sentencia ha definido las comunicaciones y relaciones personales y directas entre ambos progenitores suponen una convivencia alterna de aquellos con el menor.

**TERCERO:** Ciertamente es que en su momento se dictó sentencia de divorcio de fecha 2 de marzo de 2010, de mutuo acuerdo, estableciéndose la guarda y custodia en favor de la madre, un régimen de visitas en favor del padre, de viernes a lunes en fines de semana, más los periodos escolares, así como puentes y festivos, cumpleaños, tarde del miércoles.



También es cierto que en aquella época el padre residía con sus padres, después se trasladó a una vivienda en régimen de alquiler, en la zona de Carabanchel, en Madrid, y actualmente reside en régimen de alquiler en una vivienda, en Madrid, que cuenta con espacios suficientes para alojar al menor con plena comodidad y de acuerdo con las necesidades del mismo.

Consta acreditado que el recurrente, en razón de su profesión, guardia civil, tiene horario solamente de mañana, hasta las 15 horas, y en estas circunstancias la sentencia se ha hecho eco de la actual situación para propiciar la convivencia del padre con el menor desde el jueves hasta el lunes, en semanas alternas, así como dos tardes entre semana, en aquella semana que aquél no tenga atribuido el periodo antes indicado, de jueves a lunes, y, además, se establece también, además de la tarde del miércoles, la tarde del jueves.

En estas circunstancias, carece de fundamento la formal pretensión relativa a la guarda y custodia compartida que plantea el padre, y, por ende, no hay motivos para denegar ahora a aquel este sistema de convivencia ahora fijado en la sentencia apelada, y por cuanto que se ha acreditado que las concretas circunstancias laborales y materiales que concurren en el recurrente permiten afrontar las obligaciones que se derivan de dicha convivencia de aquel con el menor, todo lo cual determina la desestimación del recurso y de la impugnación.

Por lo demás, no existe razón formal ni procesal alguna que determine la inconcreta pretensión planteada en el escrito de interposición del recurso, referida a la anulación de la sentencia, a menos que deba entenderse que lo que se ha pretendido es que se deje sin efecto el fallo de la misma, a fin de acordar las pretensiones formuladas en el escrito de interposición del recurso”



Esta sentencia fue posteriormente casada y anulada por sentencia 194/2016 de 29 de marzo del Tribunal Supremo, en los siguientes términos:

“La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. [...]. La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el art. 92 CC en tanto en cuando de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”

Con anterioridad a la reforma de 2015, la indeterminación del concepto del interés superior de menor daba lugar, asimismo, a que, una misma situación propiciara sentencias en las que al interés del menor se le da una interpretación completamente opuesta en las distintas instancias.



Así, la Sentencia 206/2010 de 20 de abril de 2011 del Juzgado de Primaria Instancia nº5 de Ciudad Real afirma que:

“La relación paterno filial ha de mantenerse, fundamentalmente, por el superior interés de las menores, al margen de que el padre biológico entienda que tiene derecho a ello. La medida tan gravosa que se adoptó por la Delegación de Bienestar Social, si bien estuvo justificada en el momento de los hechos, debió tener un marcado carácter temporal, sin que en todo este tiempo se haya acreditado la realización de alguna actuación administrativa tendente a reanudar las visitas”

Por el contrario, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, al revisar el asunto en sentencia de 27 de julio entiende que no han de reanudarse las visitas de las que se había privado al progenitor:

“Pues bien, esta Sala va a analizar el invocado error valorativo en cuanto al acierto o no de la exclusión del régimen de visitas acudiendo a los des expresados parámetros fijados por las Audiencias, esto es, tanto a la situación que presentaba en el instante en que se acordó la resolución administrativa de la que dimanaba la demanda y el recurso como a la existente en el momento actual y en el que se dicta la resolución impugnada.

En lo que concierne a la primera, basta con tener en cuenta que, tanto la sentencia impugnada, que la califica de justificada, como las manifestaciones de las menores (f.11 del tomo II de las actuaciones) avalaban la decisión adoptada, máxime cuando no obedecía a unos motivos artificiosos e infundados sino que se encontraba amparada en una conducta inadecuada del padre que no sólo había proferido unas expresiones soeces y vejatorias faltándoles al respeto sino que de modo continuado y no aislado propiciaba conflictos en las comunicaciones, sin que ante la suspensión acordada



ofreciese su colaboración y ayuda al órgano administrativo pese a que así se le interesó para tratar de solucionar la situación generada y reanudar las visitas. En definitiva, si nos situamos en ese momento temporal, la decisión no solo era razonada sino ajustada y justificada, atendiendo al interés de las menores, siendo responsable único de su prolongación el padre que no ofreció la cooperación necesaria para superarla”

Con posterioridad a la reforma, podemos observar que el concepto de “interés superior del menor” se vuelve más concreto y uniforme, así como comprobamos que ya se alude a la triple naturaleza del mismo, esto es, como derecho sustantivo y subjetivo del menor, directamente invocable antes los Tribunales, como principio general interpretativo e informador que obliga a que, ante varias posibles interpretaciones se elija siempre la que corresponda al interés superior del menor y como norma de procedimiento con todas las garantías.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real en su sentencia 250/2015 de 18 de noviembre se refiere ya a este derecho sustantivo del menor:

“SEGUNDO. - No por obvio podemos dejar de mencionar que en toda medida que se adopte en relación a un menor, el bienestar del mismo deberá ser la consideración primordial del Juez o Tribunal. Así lo resuelve tanto nuestra normativa interna como la internacional suscrita por España. Artículo 92 del Código Civil, Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de Enero de 1996 (modificada por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio) y la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un



ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación". El artículo 2 de la citada Ley de Protección Jurídica del Menor en su reciente redacción por Ley orgánica 8/2015 señala al respecto: "Artículo 2 Interés superior del menor 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Por tanto, nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" y que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro, decidiendo sobre la custodia. El interés del menor (dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Junio y 17 de Octubre de 2013) es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.



TERCERO. - Tal apelación al bienestar del menor sería suficiente para desestimar la demanda principal, por cuanto es criterio que no guía al recurso de apelación a la hora de articular los motivos de impugnación. Interés del menor que, a la vista de lo actuado, se satisface de forma adecuada manteniendo la custodia del mismo en el padre.

(i) Así lo entendieron los litigantes al momento del divorcio, conviniendo de mutuo acuerdo que la misma debía residenciarse en el padre pese a que el menor contaba con poco más de dos años de edad, lo que ya era significativo, y que ha generado una estrecha relación del menor con la figura paterna

(ii) Porque la propia actora ha reconocido durante el acto del juicio que el menor se encuentra debidamente atendido por su padre, encontrándose debidamente escolarizado (f 151).

(iii) Que aun cuando el padre se encontraba en situación de prisión, el menor no ha perdido el contacto con el mismo mediante visitas físicas y llamadas telefónicas. No consta acreditado que tal situación repercuta de forma negativa en el menor. El padre salió de prisión en agosto de 2015, debiendo actualizarse el debate a tal situación. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 2015 "el interés del menor se halla protegido en el momento en que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia".

(iv) Que, durante tal período, la madre (por razones que a esta Sala no corresponde valorar) no ha aprovechado para fomentar, incrementar o aumentar la relación con su hijo, limitándose al cumplimiento exacto de un régimen de visitas normalizado (fines de semana alternos), lo que no deja traslucir sino cierto desapego entre madre e hijo.



(v) Que el propio menor, pese a que su opinión pueda no ser determinante, ha manifestado su deseo de continuar viviendo con su padre dada la especial relación que ambos mantienen, calificando la mantenida con su madre como "regular". La opinión de los menores cobra cada vez más importancia tanto en nuestro derecho interno como en los instrumentos internacionales suscritos de forma tal que se incorpora como "derecho a ser oído y escuchado" en las decisiones que le afecten, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de su edad. En este sentido el modificado artículo 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (en redacción dada por Ley Orgánica 8/2015) se señala que "El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento". Igualmente en el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25



de enero de 1996, se establece como uno de los "derechos procesales del niño" el de "ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos" (artículo 3)

No se trata de primar al padre por el hecho de que sea el que ha tenido al menor en su compañía en los últimos dos años y se encuentre adaptado al entorno, sino que el menor se desenvuelva en un ambiente lo más adecuado posible a su edad y a sus necesidades afectivas, educacionales y sociales. La guarda y custodia al padre se percibe cómo la más segura y estable para el menor. Se trata, es necesario consignarlo, de un supuesto excepcional y que no puede suponer un aval a la conducta del padre -condenado por violencia de género- que no es, desde luego, ejemplo de comportamiento, no obstante lo cual se otorga la guarda y custodia con el solo pensamiento del bienestar del menor. Al fin, recuérdese que estamos en sede de modificación de medidas y no en el escenario de constitución de guarda y custodia, con lo que ello supone de valoración de cambio sustancial de circunstancias y un posible anormal funcionamiento de la guarda y custodia otorgada en su día al padre que, en el presente caso, no se ha producido.

CUARTO.- El interés supremo del menor, como faro y destino de esta resolución, conduce a la Sala a realizar un pronunciamiento que no realiza la Sentencia de instancia ni es objeto de apelación, cual es la necesaria fijación de alimentos a favor del menor y con cargo a la madre (progenitora no custodia), vulnerándose vulnera lo dispuesto en los artículo 39 de la Constitución Española y el artículo 39.3 CC y en los artículos 93y 142 del Código Civil , ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad ( Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Junio de 2015 )”



Las sentencias posteriores a la reforma vienen a recoger los criterios del artículo 2 LOPJM, dotando, como hemos dicho, de mayor concreción y uniformidad al concepto de interés del menor. Por todas citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo 172/2016, de 17 de marzo, en la que se estima el recurso de casación contra la sentencia de 27 de enero de 2015, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga:

“El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas, como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara””.

## **5. La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación**

Para entender el concepto de interés superior del menor, es necesario primero analizar cuál es su naturaleza jurídica. Es, en primer lugar, un estándar jurídico, pero un estándar muy relativo puesto que varía con el transcurso del tiempo y con las propias circunstancias del sujeto.



Se trata también de un concepto jurídico indeterminado puesto que constituye una realidad que, a priori, no podemos precisar pero que se determinará al trasladarse a una situación concreta. El hecho de configurarlo así plantea una destacada ventaja, la posibilidad de acomodarlo a cada caso concreto puesto que lo más beneficioso para un menor no ha de serlo para otro, sin embargo, la indeterminación del principio tenía una serie de inconvenientes, como la discrecionalidad que esto otorgaba a los jueces con el riesgo que esto conlleva de arbitrariedad (como ya hemos podido observar en la jurisprudencia analizada en el apartado anterior)

Con anterioridad a la reforma de 2015, este traslado se llevaba a cabo a través de juicios de valor o reglas de experiencia, pero, con posterioridad a la reforma, el traslado se realizará a través de las normas contenidas en el artículo 2 de la LOPJM, con lo que se pretende evitar la arbitrariedad.

A pesar de lo dicho, los criterios que menciona el artículo 2 LOPJM son muy generales por lo que dudamos si resultarán suficientes.

El interés del menor es también un criterio hermenéutico como criterio de solución de conflictos de intereses en juego, ordenando la ley su prevalencia frente a otros intereses en juego.

Por último, es un principio general del derecho y así lo considera la Constitución Española en su artículo 39 que menciona la protección integral de los hijos menores de edad y de la infancia como uno de los principios rectores de la acción de los poderes públicos.

Cillero (citado en Calleja, 2014) sostiene que el interés superior del niño es "la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios



derechos: interés y derechos, en este caso, se identifican" (p.36)

Rivero (*ibidem*) entiende que este interés consistiría en "salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad". (p.36)

Tras la reforma operada y, como ya hemos indicado supra, el interés del menor está conformado por un triple contenido. Como derecho sustantivo, como principio general informador e interpretativo y como norma de procedimiento.

El cambio de perspectiva operado supone, según el artículo 9.1 que "El menor tiene el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social"

Así lo señala la CDN en su artículo 12:

"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"

La Observación general 12 dictada por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU el 1 de julio de 2007 aclara que, además de ser uno de los cuatro principios fundamentales, cuando el artículo dice "en condiciones



de formarse un juicio propio” no implica una limitación porque no se puede partir de la premisa de que el niño es incapaz.

El Comité marca las pautas para la interpretación de dicho artículo:

-Para que pueda expresar su opinión libremente, los responsables de escucharla deben informar al niño de las opciones, decisiones y consecuencias y sobre las condiciones en que se le va a pedir que se exprese.

-No hay límite de edad. Incluso se deben respetar las formas no verbales de comunicación.

-El entorno ha de ser adecuado.

-El niño tiene derecho a no ejercer su derecho.

-Se recomienda que, siempre que sea posible, el niño sea escuchado directamente en todo procedimiento y si ha de hacerlo mediante representante, que éste sea consciente de que los intereses que representa son exclusivamente los del niño y no los de otras personas parte en el asunto, como podrían ser los progenitores o determinadas instituciones.

-Se debe informar al niño del resultado del proceso, la razón de este resultado y cómo se tuvieron en consideración sus opiniones a la hora de alcanzar este resultado.

La Observación general nº12 menciona expresamente que el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte “puede abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje” y en cuanto al divorcio y la separación indica:



“Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño”

Alarcón (2015) en esta misma línea, entiende que “los niños, por muy pequeños que sean en cuanto a su edad, siempre tienen percepción concreta de lo que sucede a su alrededor y son capaces de manifestar de múltiples formas sus necesidades” (p.37)

La LOPJM, en su artículo 9.1 recoge también el derecho a ser escuchado del menor: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social”

Expuesto lo anterior, parece claro que el menor es un sujeto de derechos y que debe participar en la mediación como tal, no sólo como objeto de protección, pero ¿cómo se armoniza esto con las especiales características del proceso de mediación?

El mediador ha de vigilar que los acuerdos que adopten las partes respeten las normas y podrá ayudar a la elaboración de un plan de parentalidad que prevea el mejor sistema según la edad de los hijos.

Por sus propias características, la mediación permite la mejor protección del interés del menor y así lo considera la jurisprudencia.



En sentencia 726/2011 de 14 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma:

“TERCERO. – La decisión de estimar el recurso y establecer el ejercicio conjunto de la custodia implica la necesidad de que las responsabilidades sean distribuidas entre los progenitores. En este aspecto la organización de los espacios de convivencia del menor, el seguimiento de su proceso escolar y de las necesidades médico-sanitarias, deben ser consensuadas por el padre y la madre del menor, que también deben acordar el resto de los capítulos que engloba la prestación alimenticia. El tribunal no puede contemplar todas las circunstancias que concurren en la actualidad (ni prever las que de forma cambiante se han de producir en el futuro) y, sin embargo, ha quedado acreditado que los litigantes tienen capacidad suficiente para establecer la comunicación adecuada entre ellos en beneficio del hijo menor, porque lo han demostrado en épocas anteriores. Es cierto que las tensiones derivadas del presente litigio han deteriorado el sistema de comunicación que, basado en el respeto y la colaboración, estuvo presente en los primeros años de la separación de los litigantes, por lo que se ha de requerir a ambos progenitores para que se sometan a un proceso de mediación con el objeto de que el ejercicio de las responsabilidades parentales responda a las necesidades actuales del hijo, máxime cuando el mismo presenta problemática conductual en la relación con la madre y en el desenvolvimiento escolar, y se hace necesario que los dos progenitores obren de consuno tras recibir la orientación y las pautas educativas de los especialistas en educación infantil.”

Sin embargo, esas mismas características plantean una serie de dificultades.



Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece como principio de esta, en su artículo 6, la voluntariedad.

En cuanto al mediador y según los artículos 8 y 13, este no tiene el poder ni la responsabilidad de tomar decisiones. Así, dispone el artículo 8 que "Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13". Y a su vez el artículo 13 precisa que "1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley."

Por tanto ¿es obligación del mediador oír al hijo? Curi y Gianella (2003) afirman:

Si consideramos que la participación en la mediación es de carácter voluntario y que las decisiones que ponen fin a la contienda son tomadas directamente por las partes, en nuestro caso los padres, no vemos que pueda disponerse *a priori* la obligatoriedad para estos y en todos los casos, de escuchar a los chicos en la mediación (p.25)

Felibert (2016) comparte que:

No existe (y no podría existir) obligación alguna para el mediador de escuchar a los niños en el proceso que dirige; es, sin lugar a dudas, una pauta ética ineludible que aquel traiga a la mesa de mediación la consideración de sus intereses; puede resultar incluso necesario dar por concluida su tarea en caso de no poder hacerlo (p.2)



Sin embargo, estas limitaciones están dando lugar al surgimiento de una nueva figura, el coordinador de parentalidad, que vendría a solucionar el problema de la voluntariedad de la intervención de mediación puesto que en la coordinación de parentalidad el grado de voluntariedad no es absoluto, ya que la falta de colaboración sí puede tener trascendencia en la decisión judicial y el no acudir a esta intervención, cuando sea ordenada por el propio juez podría incluso constituir delito de desobediencia.

No solo puede ser impuesto por resolución judicial, sino que también puede ser pactado en convenio regulador.

A pesar de esto, entendemos que la figura de la coordinación de parentalidad no sustituye ni ocupa en ámbito de la mediación y que, dentro del ámbito de la mediación, es posible atender al interés superior del menor de un modo real.

En primer lugar, porque el menor puede ser traído a la mediación por los propios padres.

Puesto que los padres sí pueden tomar decisiones que afecten a los hijos, ¿han de escucharlos en la mediación?

Si la Observación general nº12 menciona expresamente que el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte "puede abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje" y en cuanto al divorcio y la separación indica "Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación.



Y la LOPJM en su artículo 9.1 que “El menor tiene el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social” y teniendo en cuenta que el artículo 2 LOPJM, para los supuestos de conflicto de intereses dispone que “en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” parece claro que el derecho del menor a ser oído (en las formas a las que luego nos referiremos) debe primar sobre el resto de intereses en conflicto, a pesar del criterio expresado por Curi, Gianella y Filibert.

Couso (2006) afirma que:

La adopción de una medida que afecta al niño, tras haberse considerado debidamente su opinión, es en un sentido sustancial una decisión distinta, de mucha mayor calidad, que la “misma” decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión. Dicho en forma negativa, una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño, que se adopte sin permitir la participación del niño en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa. Esa dramática diferencia de “calidad” en la decisión (aun si resulta ser la misma), dada por el respeto o no de la dignidad y autonomía del niño, justifica los mayores esfuerzos que en cierto sentido implica para la política de la justicia de familia contar con el tiempo y las capacidades profesionales necesarios para dar efectiva



participación al niño en la construcción del caso y la toma de decisiones.

[...] Un primer estándar impuesto por este principio a las decisiones de los tribunales de familia que afecten a un niño es de derecho sustantivo. "Tomar debidamente en cuenta" la opinión del niño impone, en mi opinión, conferir un "especial peso" a esa opinión y a las preferencias expresadas por él, en su caso.

No debe entenderse esto en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él. Así, si en un determinado caso resulta que "antes" de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un "especial peso" que termina por inclinar la balanza, definitivamente, en favor de esa preferencia. "(p.154,155)

Para que el niño pueda participar en la construcción del caso entiende Couso (2006) como imprescindible:

Que el niño tenga la posibilidad efectiva de participar [...] desde sus inicios hasta la sentencia. Como ya se dijo, el derecho del niño a opinar y a participar de ese modo en la decisión de "todos los asuntos que afectan al niño" no se puede reducir a que se le consulte su opinión una o dos veces en el proceso sobre cuál de dos opciones cerradas prefiere. Pues en tal caso el niño no ha podido participar en el conjunto de decisiones que hicieron de



esas dos alternativas las únicas opciones posibles” (p.156)

Critica Couso (2006) también la figura del “curador ad litem” por entenderla:

defectuosa como instrumento para asegurar la participación del niño en la decisión del caso, pues ese actor introduce un filtro que distorsiona la representación del interés manifiesto del niño (los deseos y los intereses del niño) en el proceso, introduciendo en su lugar la lectura que el curador “ad litem” hace de lo que más conviene al niño (p.159)

Pero es que además la propia normativa permite al menor instar la mediación:

La Ley de Mediación de Cataluña, en su artículo 4.2 prevé que los menores puedan instar la mediación en asuntos dispositivos en materia de filiación, adopción y acogida, en conflictos relacionados con el ejercicio de la potestad parental y custodia de los hijos y en conflictos intergeneracionales.

La Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana lo contempla en su artículo 22.2:

“Las personas menores de edad y las personas con capacidad modificada judicialmente podrán intervenir en los procedimientos de mediación en la medida en que según la normativa vigente tengan capacidad para disponer del objeto del conflicto. En su defecto, podrán intervenir a través de sus legales representantes”

En las Comunidades Autónomas en las que aun no exista esta previsión legal, los menores pueden instar directamente la mediación en virtud de los mencionados artículos 9 y 10 de la LOPJM



Por tanto, la reforma de la LOPJM no puede traducirse, en el proceso de mediación, en un simple cambio retórico, sino que debe acompañarse en verdaderas transformaciones prácticas.

Así lo ha entendido el gobierno neozelandés que emprendió un proyecto piloto (2005-2007) que ha arrojado luz sobre muchos aspectos de la inclusión de los menores en el proceso de la mediación.

Sin duda, la incorporación de los niños a la mediación reduce el conflicto familiar. Genera individuos autónomos que son capaces de tomar sus propias decisiones y cuya participación en el proceso da lugar a decisiones más rápidas y consensuadas, atenuando las consecuencias.

Según Valero (2010) "un 40% de los niños colaboradores en el proyecto piloto se convirtieron en piezas singulares en la resolución satisfactoria del conflicto parental" (p.95)

La figura utilizada fue la denominada "amigo especial", que, inicialmente, fue rechazada por gran parte de los niños que no aceptaban a un mediador ajeno a su contexto socio familiar, ante el que habían de ventilar asuntos íntimos de la familia. Los niños desean ser escuchados en el seno familiar.

Esto se solucionó mediante una campaña de familiarización de los niños con la figura del amigo especial que tuvo como resultado la colaboración de la mayoría de los niños.

Moloney y McIntosh (2004) explican que los niños, en situaciones de crisis parental, refieren como lo más preocupante, no poder entablar conversaciones con los padres, actitud que perciben como un pseudoabandono.



El proyecto ha puesto de manifiesto que una de las principales demandas de los menores es la necesidad de recibir información de sus padres o tutores. No entienden por qué se les aísla del conflicto parental. Por mucho que los padres antes de la separación traten de proteger a sus hijos, la realidad es que los niños no permanecen ajenos al conflicto y la falta de comunicación produce un sentimiento de culpabilidad e impotencia. Es por ello, que la interacción comunicativa va a aportar muchas soluciones a la disputa, pero no solo en lo referente a los menores sino también a los adultos.

Valero (2010) indica que "solamente un 10% de los casos tratados retornó al Tribunal de Familia" (p.96) lo cual es un claro indicador del éxito del proceso.

Los principios en los que se basa la mediación inclusiva son los siguientes, según el Final Report of the Voice of the Child Dispute Resolution Advisory Group:

- Los niños y jóvenes de diez años en adelante deben recibir información apropiada a su edad sobre la mediación y otros medios de resolución de disputas.
- Todos los niños mayores de diez años deben recibir una invitación directa y personal para participar, si así lo desean, salvo que concurran circunstancias excepcionales por las que esto no sea apropiado o seguro, en el proceso de mediación.
- Su participación siempre debe ser voluntaria.
- Las conversaciones con niños y jóvenes siempre deben ser conducidas por mediadores especializados y en un modo apropiado.



- Estas conversaciones deben conseguir que el niño no se vea con la carga de tomar ninguna decisión.
- Las experiencias de los niños deben ser respetadas, validadas y comprendidas dentro de un proceso de desarrollo.
- Se ha de apoyar a los padres para escuchar, entender valorar y reflexionar sobre las necesidades de sus hijos y toarlas en cuenta cuando toman decisiones que afectan al futuro de los niños.
- La mediación o el método de resolución de controversias debe garantizar que las decisiones alcanzadas lo hayan sido tomando en consideración las conversaciones con los niños y los mensajes compartidos con los padres.
- Las conversaciones que se mantengan con los niños y jóvenes son confidenciales y requieren de la autorización de estos para transmitir información a los padres.
- Se debe ofrecer ayuda adicional a los niños si se considera necesario.
- Los niños deben ser informados del proceso de resolución de disputas y los resultados de este les han de ser explicados.
- Todos los métodos de resolución de disputas deben poner al niño y a su familia en el centro del proceso.

Las fases de a mediación inclusiva son las siguientes, según el citado informe:

1. Toma de contacto, en la que participarán el mediador y cada progenitor individualmente.



2. Sesión conjunta de ambos progenitores con el mediador.
3. Conversaciones con niños y adultos. Si bien en el programa se menciona a los niños menores de diez años, lo cierto es que se indica que los menores de diez pueden ser incluidos si así lo desean, respetando la no discriminación por razón de edad que contiene la CDN.
4. Sesión conjunta de padres, mediador y comediador e hijos.
5. Sesiones con los progenitores a fin de explorar los temas en conflicto e intentar llegar a un acuerdo.
6. Información sobre el proceso a los niños y jóvenes, bien mediante una sesión familiar, bien el mediador con los hijos o por teléfono o carta según se haya acordado con los menores.
7. Sesiones con niños y jóvenes para proporcionar información y apoyo.
8. Acuerdo final en el que estarán presentes el mediador, los progenitores y el mediador o comediador con niños y jóvenes. La finalidad es asegurarse de que los menores comprenden el acuerdo alcanzado.

McIntosh, Wells, Smyth y Long (2008) realizaron un estudio comparativo entre la denominada mediación "child-focused", esto es, la mediación en la que se vela por el interés superior del niño sin que este participe y la mediación inclusiva o "child inclusive" y sus efectos en la postseparación.

Si bien ambos métodos conducen a una reducción del conflicto parental, los hallazgos del estudio sugieren un



nivel duradero de reparación de la relación únicamente en la aproximación inclusiva. Los datos apuntan al potencial de la intervención inclusiva para abordar el problema crucial de salud pública del bienestar emocional de los niños después de la separación, a través de la mejora consecuente en las relaciones y la capacidad de respuesta de los padres.

En toda esta investigación se proporciona evidencia para apoyar el desarrollo y la aplicación del modelo inclusivo de mediación terapéuticamente orientada. El método ofreció a los niños una vía segura y especializada para sus puntos de vista e impactó significativamente en la forma en que sus padres pudieron resolver sus disputas sobre crianza. Más allá de cumplir con los derechos del niño, la inclusión de estos en esta forma de mediación de divorcio se asoció con un nivel significativo de reparación de la relación con los padres y una mayor disponibilidad emocional de los padres a los hijos, y dio lugar a acuerdos más sensible al desarrollo y maduración de los hijos y por tanto a una mayor satisfacción tanto de padres como de hijos niños al año de la separación.

Otro modelo de inclusión del menor es el holandés con la figura del "Guardiam ad Litem". Se trata de una figura al servicio de la autoridad judicial, encargada de elaborar un informe pericial. Ha de ser experto forense y utiliza la técnica de la mediación, tratando de propiciar un divorcio colaborativo.

Desde el año 2009, la ley holandesa obliga a los padres a tener en cuenta los intereses de los menores y que éstos puedan ser informados por el abogado o por el mediador. También a partir de ese año, en los casos de sustracción internacional parental de menores era práctica común que los jueces hablaran con niños de seis años y de tres años a partir de 2013.



Desde el año 2010 los menores tienen derecho a ser oídos en divorcios y los jueces siempre escuchan a los mayores de doce años.

La ley holandesa desde 2009 exige "que se indique la manera en que ha estado el niño involucrado en el plan parental".

Los psicólogos han observado el efecto positivo de que los menores puedan expresar sus necesidades y preocupaciones a un tercero. El "guardiam ad litem" auxilia al menor indicando sus intereses en el encuentro con los padres, indicando el interés del menor en el encuentro con el Juzgado y preparando al menor y acompañándolo durante el encuentro con el juez.

No necesita del permiso de los progenitores y se encuentra con el menor dos veces, los mediadores en Holanda se encuentran con el menor, habitualmente, una vez y previo permiso de los progenitores.

Si bien la legislación holandesa ofrece garantías suficientes al menor para que su interés superior sea escuchado y respetado, lo cierto es que hallamos grandes diferencias con el modelo neozelandés pues en Holanda el menor no expresa de un modo tan directo ni participa de forma tan activa en el proceso de lograr un acuerdo, sino que existe una figura, el "guardiam ad litem", que se convierte en el garante de su interés y habla por el menor.

Así lo expresan varios niños entrevistados (Kinderombudsman, 2012)

I am 14 years old. My parents were divorced years ago. After their divorce I lived with my father for a few years



and I stayed with my mother for a weekend every other week. At some moment, I wanted to know what it would be like to stay with my mother more often. My father resisted this and got angry as soon as I started talking about this. We had a family guardian, but I could neither really discuss this with him. Or he would take it up with my father who would become angry again. I had the feeling that nobody listened to me or to what I wanted. At last I wrote a letter to the court on this matter, at the Kinder- en Jongerenrechtswinkel (legal advisory agency for children and adolescents), early in 2011. The judge arranged a meeting at his office.. We had a pleasant talk. After that meeting the court decided that I would stay alternating weeks with my mother and my father for a six-month period to see how things would work out. The court also appointed a guardian ad litem. I did not understand very well why this was done, but later on the guardian ad litem explained this to me: she was a lawyer and would advise the court after these six months on what I wanted and what would be in my best interest.

In the beginning I talked with the guardian ad litem every month, later on we talked less often. I regretted this, because I had the feeling that she did not really know how things were going with me, as a result of this. I did manage to tell to her precisely what I wanted and she explained this to the court after those six months. She did not repeat exactly what I had told her, but she made clear what I wanted. That made me feel good because mom and dad could not get angry with me, this way. In the end the judge decided that the arrangement would stay as it had been during those six months, one week with my father, the other week with my mother. I was very happy about this. I want to grade my guardian ad litem with a 7 (B plus). She did listen to me, but things did not really change because of this guardian ad litem. I had expected before that she would be just like a good



family guardian who would listen to me and would not just do whatever my parents wanted. But in the end, the guardian ad litem is someone who can express the things I want at hearings of the court and that really is something special. Since the court hearing I have only talked to her one, on the phone. She told me that I could always call her, but I do not think that I will do this easily. She still is a bit of a stranger to me, someone just passing by.

**It would be better if the family guardian and also the parents would listen more closely to the child; I am the only one knowing how I feel and what I want. It has nothing to do really with who is right and I do not have to get what I want all the time, as long as people are listening to me and not just to my parents.** It would also be nice if it would not be necessary to go to court in order to let know what you want; it would be a good idea if there were someone for a child who can tell the parents what their child wants, without having to see a judge. Someone standing between a family guardian and a judge. (p.8) <sup>i</sup>

I am 13 years old. I live with my grandparents because things did not work out at home. I would like to stay with my grandparents, but my family guardian did not agree. Last year my grandparents called the Ombudsman for Children and asked what I could do. He told them that I could write a letter to the court (judge) to let the court know what I want. And I did. I was invited to see the judge to tell my story. I was alone with the judge and the guy who writes everything down. The judge listened very well to my story. Later on, my grandparents told me that the court had appointed a guardian ad litem for my case. The guardian ad litem was a lawyer.



I did not like this guardian ad litem one bit and I was quite unhappy with him. He was a very posh guy and was wearing very smart clothes. I visited him at his office. I did not like him and I did not trust him at all. If he had liked soccer, we at least could have had something to talk about. I only spoke to him twice. The first time he explained to me what would happen. He asked me all kinds of things and he let me tell my story. **The second time he had already spoken to my grandparents and my parents, and he was totally on my parents' side. He had already thought out what should be done. The guardian ad litem told me that he would be there for me, but it did not feel that way. I thought it annoying that he had talked with others about me. He did listen, but then he twisted everything I told him.** In spite of this, he did tell the court that I could best stay with my grandparents. And that was what I hoped for. He did not tell me beforehand that this would be his recommendation to the court and I did not read his report. My grandparents told me what the report was about and they only received this report 20 minutes prior to the court hearing. I was not present at the hearing: I could but the guardian ad litem told me that I did not have to come and then I told him that I would not go to the hearing with him.

Since the court session I have not seen the guardian ad litem again. I did not really mind. I did not like him after all and I was glad that he left. That's why I would give the guardian ad litem a very low grade, an F. A good guardian ad litem really listens to a child and makes sure that the child can be him or herself. My guardian ad litem is similar to my family guardian and all other social workers or therapists. (p.16)<sup>ii</sup>



I had a guardian ad litem when I was 13 years old. My mother wished to have a (legal) determination of fatherhood or parentage. I had never seen that guy before.

The guardian ad litem was requested by the lawyer of my mother. The guardian ad litem was a lawyer. The whole thing was rather upsetting. My mother told me that I should talk to this lady and that was it. I found it very difficult to answer all questions of the guardian ad litem and I did not really understand all that was going on. The guardian ad litem managed to win my trust and knew how to comfort me. That was really nice.

The guardian ad litem had written a report for the court. And she spoke during the hearing as my representative. I appreciated that a lot, because I did not have to say anything myself. It was already quite tough to see my father after all these years. I agreed with what was said by the guardian ad litem and I recognised my own words in her story.

Finally fatherhood was determined. After the decision I did not talk to the guardian ad litem again. She did not explain the decision to me and did not ask me how I felt about the whole thing. It was all a bit quick and impersonal. I experienced a certain distance. I would do that differently myself. A good guardian ad litem should show some concern, warmth, is doing the job with enough passion. And a good guardian ad litem should be a good listener and be able to discover whatever the child really wants: do I hear the voice of the child or rather the voice of the mother? The guardian ad litem must be able to determine what will be in the best interest of the child. And he or she does not use legal terminology.



With all this, the preparation for the guardian ad litem could have been better and the aftercare by the guardian ad litem could have been a little more personal. I would like to grade the guardian ad litem with a B, because I did find it very special that I had the chance to give my opinion through the guardian ad litem and this was done very well by the guardian ad litem.(p.24)<sup>iii</sup>

My parents were divorced when I was 4 years old. Afterwards, I lived with my mother for several years. A few years ago the court decided that I should go and live with my father. I did not agree with this. I wanted my own lawyer. Through my mother's lawyer I heard of the guardian ad litem. I had not heard about this before. The lawyer of my mother requested a guardian ad litem for me and the court arranged an appointment. This was a year and a half ago. I was fifteen then.

The guardian ad litem did not repeat and argue exactly what I wanted. Therefore I asked her why I could not have my own lawyer. She did not object to this, also because she represented my interests and a lawyer my views. She gave me a few names. I then contacted someone I found sympathetic. And this lawyer agreed to do my case.

It was rather pleasant to have both of them. **The guardian ad litem has to keep an eye on the interests of the child and may disagree with the child. You have to be more careful when expressing your opinion.** The guardian ad litem is more neutral. This guardian ad litem supported mediation and stressed the need for contact with my father, but I did not want this. But I did manage to tell her my entire story. She was kind, open, and explained all the options and the proceedings very well, while we were having a cup of hot chocolate. A lawyer will express



the opinion of the child and say what the child wants. A good lawyer will only argue in favour of the child. With this lawyer I could talk more freely and think out a strategy together, such as the options we were having and their consequences regarding the goals to be attained, strategic remarks to make. It is better not to say: "I do not want to see my father ever again", but rather "At this moment I do not feel the need to see my father. I do not know things will be in the future." The guardian ad litem also spoke to the family guardian, the Council for Child Protection and at times with my parents as well. I did not always like this. The lawyer did not do this and when she planned to talk to someone, she would always inform me beforehand. On top of that, you can choose your own lawyer and change lawyers if your lawyer is not good enough, but a guardian ad litem is someone you simply get and you are stuck with him or her. It was nice to have both a lawyer and a guardian ad litem. Each had their own duties and responsibilities. And I could always call someone whenever I had any questions.

The guardian ad litem wrote a letter to the judge, advising the court. I did not read this letter. The guardian ad litem also accompanied me to the hearing to give advice and to respond to the statements made by others. The lawyer forwarded my letters to the court and made written pleadings. She involved me in the preparations of the oral pleadings and showed me the written version beforehand. At the last court hearing it was decided that I could live with my mother. This was what I wanted. Since that court hearing I have not had any contact with the guardian ad litem. Afterwards, we did discuss the hearing once by phone, to round things up. This was OK, more or less, but it would have been nice if we would have had another real meeting together.



I would grade the guardian ad litem with a B plus or A, the lawyer gets an A plus. A good guardian ad litem is someone you can trust right away and will represent your interests, but I rather have my own lawyer. (p.37)<sup>iv</sup>

## **6. La protección del interés superior del menor en los conflictos de intereses que puedan surgir en procesos de mediación.**

El artículo 2 de la LOPJM dispone que: " Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro tipo de interés legítimo que pudiera concurrir.

La determinación del interés superior debe atenerse, según la LOPJM, a los principios de proporcionalidad y de necesidad.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condensado estos principios en un "test de proporcionalidad" que exige al Estado probar en cada caso:

Que la medida adoptada persigue un fin legítimo.

Que existe una relación de conformidad o proporción entre los medios empleados y el fin pretendido.



Que no existe otra medida que dañe menos el derecho y consiga idéntico resultado (que no haya ninguna medida menos gravosa para el niño)

La norma del artículo 2 LOPJM es clara, siempre ha de primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, por tanto el mediador ha de velar por que los acuerdos adoptados por las partes respeten siempre este interés superior.

Consideramos que, en caso de duda, los criterios hermenéuticos fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son suficientemente claros como para que cualquier cuestión pueda ser resuelta satisfactoriamente.

## **7. Conclusiones**

En España, y en virtud de la reforma de la LOPJM y de la legislación citada, entendemos que no cabe sino considerar que los menores han de ser incluidos en el proceso de mediación.

No tiene sentido ya entrar a discutir si son mayores los beneficios o los perjuicios que se le pueden causar puesto que la legislación es suficientemente clara y permite al menor instar la mediación.

A pesar de esto, no parece ser la práctica habitual. Si bien jurisprudencialmente podemos observar un cambio en las sentencias que pasan a considerar que es necesario oír a los menores, no hemos encontrado, en el ámbito de la mediación, protocolos que garanticen la inclusión del menor en la misma, suponemos que debido a las dificultades a las que antes nos hemos referido por la propia idiosincrasia del proceso de mediación. Sin embargo, los niños forman parte del núcleo familiar y no permanecen ajenos a la separación o divorcio. El no



incluirlos en el proceso de mediación no les protege en absoluto del conflicto.

Solo manteniendo una visión retrógrada de la niñez y la adolescencia y no teniendo en cuenta la función que niños y niñas cumplen en nuestra sociedad se puede entender que se siga argumentando que puede tener consecuencias negativas para los menores participar en un procedimiento que tanto les afecta.

El criterio de la edad ya no es válido y nunca debió serlo. Como bien afirma Dolto (1998):

Se puede hablar a un niño de cualquier edad. [...] Siempre es posible hacerse oír de un niño. A condición de no hablarle como a un bebé, de no inventar historias para él, de decirle la verdad, en resumen, de respetar en él al futuro hombre o a la futura mujer. (p.110)

Probablemente la reticencia a su inclusión se deba, en parte, a que identifiquemos el escuchar al menor con hacer lo que este ha manifestado como más conveniente a su interés, pero no es este el sentido de la CDN.

Lo que se pretende es que el menor tenga su propia voz, no que sea él quien cargue con el peso de decidir en aquellos asuntos que le afecte.

Así, también Dolto (1991) defiende que el menor, en los procedimientos judiciales de separación y divorcio, debería ser escuchados siempre "lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide"

Por tanto, lo que se debe articular es un programa que permita determinar, al igual que el neozelandés, el procedimiento de mediación inclusivo y las formas en que los menores pueden participar en el mismo atendiendo a la capacidad de expresar sus necesidades e intereses.



Valero (2010) relaciona los diferentes procedimientos para incluir a los menores en los procesos de mediación familiar:

-Acción simbólica: el mediador, a lo largo del proceso y cuando así lo considere, preguntará a los padres sobre sus hijos para así ponerse en el lugar de ellos intentado exponer sus sentimientos y opiniones.

Puede apoyarse en una foto u objeto personal del niño.

Es una buena opción para niños muy pequeños, de uno a tres años que presentan grandes obstáculos para expresar sus opiniones.

-Informar a los menores de las decisiones de sus padres una vez alcanzado el acuerdo.

- Trabajar simultáneamente con padres e hijos: dos mediadores trabajan paralelamente con los padres y los hijos y transmiten las opiniones y demandas expuestas por ellos sin que esté cara a cara con sus padres.

- Inclusión parcial del niño.

Los menores son invitados al proceso cuando se están discutiendo asuntos o temas que están directamente relacionados con sus intereses. Tratados estos, los menores se retiran de la mediación.

-Inclusión desde el inicio del proceso.

Entendemos que sólo los procesos que sigan la máxima "child inclusive" al modo neozelandés cumplen con la normativa vigente.

Por tanto, consideramos que sería necesario implantar un programa como el que ya ha demostrado funcionar en Nueva Zelanda (*HELLO, I'M A VOICE, LET ME TALK. CHILD-INCLUSIVE MEDIATION IN FAMILY SEPARATION*, vid. Anexo I) para que pudiera ser incorporado a los servicios de mediación familiar de todas las Comunidades Autónomas.



## 8. Referencias bibliográficas

La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación

Abril Pérez del Campo, C., 2019. La coordinación de parentalidad. *Boletín de la Comisión de Violencia de Género*, pp.13-14

Alarcón Cañuta, M., 2015. Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, pp. 11-47.

Algaba Ros, S., 2017. El acuerdo de mediación familia: su singularidad. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, pp. 19-21.

Belloso Martín, N., 2017. La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La idoneidad? de la mediación familiar. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá X*, pp.31-35.

Calleja Sanz, M. B., 2014. La intervención de los menores en la mediación familiar. *Revista Internacional de Mediación*, pp. 35-36.

Couso, J., 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, pp. 145-165.

Curi, S. y. G. C., 2003. Mediación en divorcio y el derecho de los chicos a ser escuchados. *Causa Justa*, pp. 22-28.

Dolto, F., 1991. *Cuando los padres se separan*. Buenos Aires: Paidós SAICF.

Dolto, F., 1998. *El niño y la familia*. Barcelona: Paidós.



Felibert, M. P., 2016. Los niños en la mediación ¿tienen la palabra?. *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 1-4.

Kinderombudsman, D., 2012. The guardian ad litem, a lucky number?. pp. 8,16,24,37.

McIntosh, J. & Long, C. M. &., 2004. Child -focused and Child inclusive Mediation: A comparative study of outcomes. *Journal of Family Studies*, pp. 87-96.

McIntosh, J., Wells, Y. & Smyth, B. & L. C., 2008. Child -focused and child inclusive divorce mediation: comparative outcomes from a prospective study os postseparation adjustment. *Family Court Review*, pp. 105-124.

Valero Matas, J. A., 2010. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. *RIPS*, pp. 89-100.

### **Anexo:**

Tengo 14 años. Mis padres se divorciaron hace años. Después de su divorcio, viví con mi padre durante unos años y visitaba a mi madre un fin de semana de cada dos. Quería saber cómo sería estar con mi madre más a menudo. Mi padre se resistió a esto y se enfadó conmigo tan pronto como comencé a hablar de esto. Teníamos un tutor familiar, pero tampoco podía hablar de esto con él o se lo contaría a mi padre, que volvería a enojarse. Tenía la sensación de que nadie me escuchaba a mí ni lo que yo quería. Finalmente, escribí una carta al tribunal sobre este asunto, en el Kinder-en Jongerenrechtswinkel (agencia de asesoría legal para niños y adolescentes), a principios de 2011. El juez organizó una reunión en su oficina. Tuvimos una conversación agradable. Después de esa reunión, el tribunal decidió que me quedaría alternando semanas con mi madre y mi padre durante



un período de seis meses para ver cómo funcionaban las cosas. El tribunal también designó un *guardiam ad litem*. No entendí muy bien por qué se hizo esto, pero más tarde el *guardiam ad litem* me explicó que ella era abogada y, después de estos seis meses, aconsejaría al juzgado lo que quería y lo que sería lo mejor para mí.

Al principio hablé con la *guardiam ad litem* todos los meses, luego hablamos con menos frecuencia. Me arrepentí de esto, porque tuve la sensación de que ella realmente no sabía cómo iban las cosas conmigo. Me las arreglé para decirle exactamente lo que quería y ella se lo explicó a la corte después de esos seis meses. Ella no repitió exactamente lo que le había dicho, pero dejó claro lo que quería. Eso me hizo sentir bien porque mamá y papá no podían enojarse conmigo de esta manera. Al final, el juez decidió que el acuerdo se mantendría como lo había estado durante esos seis meses, una semana con mi padre, la otra semana con mi madre. Estaba muy feliz por esto. Quiero calificar mi tutor *ad litem* con un 7 (B plus). Ella me escuchó, pero las cosas realmente no cambiaron debido a este tutor *ad litem*. Había esperado antes que ella fuera como un buen tutor familiar que me escuchara y no solo hiciera lo que mis padres quisieran. Pero al final, el tutor *ad litem* es alguien que puede expresar lo que quiero en las audiencias ante el juzgado y eso realmente es algo especial. Desde la audiencia en el juzgado, solo he hablado con ella por teléfono. Ella me dijo que siempre podría llamarla, pero no creo que lo haga con facilidad. Ella todavía es un poco extraña para mí, alguien que simplemente he conocido de pasada.

Sería mejor si el tutor de la familia y también los padres escucharan más de cerca al niño; Soy el único que sabe cómo me siento y qué quiero. Realmente no tiene nada que ver con quién tiene la razón y no tengo que obtener lo que quiero todo el tiempo, siempre y cuando la gente



me escuche y no solo a mis padres. También sería bueno si no fuera necesario ir a la corte para hacer saber lo que quieres; Sería una buena idea si hubiera alguien para un niño que pueda decirles a los padres lo que quiere su hijo, sin tener que ver a un juez. Alguien entre un tutor familiar y un juez. (Traducción propia).

Tengo 13 años. Vivo con mis abuelos porque las cosas no funcionaron en casa. Me gustaría quedarme con mis abuelos, pero el tutor de mi familia no estuvo de acuerdo. El año pasado, mis abuelos llamaron al Defensor de los Niños y me preguntaron qué podía hacer. Él les dijo que podía escribir una carta al tribunal (juez) para que el tribunal supiera lo que quiero. Y lo hice. Fui invitado a ver al juez para contar mi historia. Estaba solo con el juez y el tipo que escribe todo. El juez escuchó muy bien mi historia. Más tarde, mis abuelos me dijeron que el tribunal había designado un *guardiam ad litem* para mi caso. El *guardiam ad litem* era abogado. No me gustó este tutor *ad litem* ni un poco y estaba bastante descontento con él. Era un tipo muy elegante y vestía ropa muy elegante. Lo visité en su oficina. No me caía bien y no confiaba en él en absoluto. Si le hubiera gustado el fútbol, al menos podríamos haber tenido algo de qué hablar. Solo le hablé dos veces. La primera vez me explicó lo que sucedería. Me preguntó todo tipo de cosas y me dejó contar mi historia. La segunda vez ya había hablado con mis abuelos y mis padres, y estaba totalmente del lado de mis padres. Ya había pensado qué debería hacerse. El *guardiam ad litem* me dijo que él estaría allí para mí, pero no me pareció así. Me pareció molesto que hubiera hablado con otros sobre mí. Él escuchó, pero luego cambió todo lo que le dije. A pesar de esto, le dijo a la corte que podría quedarme con mis abuelos. Y eso era lo que esperaba. No me dijo de antemano que esta sería su recomendación al tribunal y no leí su informe. Mis abuelos me contaron de qué se trataba el informe y solo lo recibieron 20 minutos antes



de la audiencia en el juzgado. No estuve presente en la audiencia: podía ir pero el tutor ad litem me dijo que no tenía por qué y luego le dije que no iría a la audiencia con él.

Desde la sesión en el juzgado no he vuelto a ver al tutor ad litem. Realmente no me importó. Después de todo, no me caía bien y me alegré de que se fuera. Es por eso que le daría al tutor ad litem una calificación muy baja, una F. Un buen tutor ad litem realmente escucha a un niño y se asegura de que el niño pueda ser él mismo. Mi tutor ad litem es similar a mi tutor familiar y todos los demás trabajadores sociales o terapeutas. (Traducción propia).

Tuve un tutor ad litem cuando tenía 13 años. Mi madre deseaba tener una determinación (legal) de paternidad o paternidad. Nunca había visto a ese tipo antes.

El guardiam ad litem fue solicitado por el abogado de mi madre. La guardiam ad litem era abogado. Todo el asunto fue bastante molesto. Mi madre me dijo que debería hablar con esta señora y eso fue todo. Me resultó muy difícil responder todas las preguntas de la guardiam ad litem y realmente no entendí todo lo que estaba sucediendo. Ella logró ganarse mi confianza y sabía cómo consolarme. Eso estuvo muy bien.

Había escrito un informe para el tribunal y habló durante la audiencia como mi representante. Aprecié mucho eso, porque no tuve que decir nada yo mismo. Ya era bastante difícil ver a mi padre después de todos estos años. Estuve de acuerdo con lo que dijo el tutor ad litem y reconocí mis propias palabras en su historia.

Finalmente se determinó la paternidad. Después de la decisión, no volví a hablar con la guardiam ad litem. Ella no me explicó la decisión y no me preguntó cómo me sentía al respecto. Todo fue un poco rápido e impersonal. Experimenté una cierta distancia. Yo haría eso de manera diferente. Un buen tutor ad litem debe mostrar cierta preocupación, calidez, es hacer el trabajo con



suficiente pasión. Y un buen tutor ad litem debería ser un buen oyente y ser capaz de descubrir lo que el niño realmente quiera: ¿escucho la voz del niño o más bien la voz de la madre? El tutor ad litem debe poder determinar qué será lo mejor para el niño. Y él o ella no debería usar terminología legal.

Con todo esto, la preparación para el tutor ad litem podría haber sido mejor y el cuidado posterior del tutor ad litem podría haber sido un poco más personal. Me gustaría calificar al tutor ad litem con una B, porque me pareció muy especial que tuviera la oportunidad de dar mi opinión a través del tutor ad litem y esto lo hizo muy bien. (Traducción propia)

Mis padres se divorciaron cuando yo tenía 4 años. Después, viví con mi madre durante varios años. Hace unos años, el tribunal decidió que debía ir a vivir con mi padre. No estaba de acuerdo con esto ...

Quería mi propio abogado. A través del abogado de mi madre me enteré del guardiam ad litem. No había escuchado sobre esto antes. El abogado de mi madre solicitó un guardiam ad litem para mí y el tribunal concertó una cita. Esto fue hace un año y medio. Tenía quince años entonces.

El tutor ad litem no repitió exactamente lo que quería. Por eso le pregunté por qué no podía tener mi propio abogado. Ella no se opuso a esto, también porque representaba mis intereses y un abogado mis puntos de vista. Ella me dio algunos nombres. Luego contacté a alguien que me pareció comprensivo. Y este abogado acordó hacer mi caso.

Fue bastante agradable tenerlos a ambos. El tutor ad litem debe vigilar los intereses del niño y puede estar en desacuerdo con el niño. Tienes que tener más cuidado al expresar tu opinión. El tutor ad litem es más neutral. Este tutor ad litem apoyó la mediación y enfatizó la necesidad de contacto con mi padre, pero yo no quería



esto. Pero logré contarle toda mi historia. Ella fue amable, abierta y explicó muy bien todas las opciones y los procedimientos, mientras tomábamos una taza de chocolate caliente. Un abogado expresará la opinión del niño y dirá lo que el niño quiere. Un buen abogado solo argumentará a favor del niño. Con este abogado podía hablar más libremente y pensar juntos en una estrategia, así como las opciones que teníamos y sus consecuencias con respecto a los objetivos a alcanzar, los comentarios estratégicos que hacer. Es mejor no decir: "No quiero ver a mi padre nunca más ", sino más bien" en este momento no siento la necesidad de ver a mi padre. No sé cómo serán las cosas en un futuro". El tutor ad litem también habló con el tutor de la familia, el Consejo para la Protección de la Infancia y, en ocasiones, también con mis padres. No siempre me gustó esto. El abogado no hizo esto y cuando planeaba hablar con alguien, siempre me informaba de antemano. Además de eso, puedes elegir tu propio abogado y cambiar de abogado si s no es lo suficientemente bueno, pero un tutor ad litem es alguien que simplemente te asignan. Fue agradable tener un abogado y un tutor ad litem. Cada uno tenía sus propios deberes y responsabilidades. Y siempre podía llamar a alguien cuando tenía alguna pregunta.

La guardiam ad litem escribió una carta al juez, asesorando al tribunal. No leí esta carta. También me acompañó a la audiencia para dar consejos y responder a las declaraciones hechas por otros. El abogado remitió mis cartas al tribunal e hizo alegatos escritos. Ella me involucró en los preparativos de los alegatos orales y me mostró la versión escrita de antemano. En la última audiencia ante el juzgado se decidió que podía vivir con mi madre. Esto era lo que quería. Desde esa audiencia en el juzgado no he tenido ningún contacto con la guardiam ad litem. Luego, discutimos la audiencia una vez por teléfono, para aclarar las cosas. Esto estuvo



bien, más o menos, pero hubiera sido agradable si hubiéramos tenido otra reunión real juntos. Calificaría al tutor ad litem con un B plus o A, el abogado obtiene un A plus. Un buen tutor ad litem es alguien en quien puedes confiar de inmediato y que representará tus intereses, pero prefiero tener mi propio abogado. (Traducción propia)

---