

Ángela Coello Pulido

LOS MENORES DE EDAD EN EL Juego de la Mediación



Que un menor de edad juegue, no nos resulta extraño. Es algo normal. Ahora bien, ¿qué ocurriría si un menor juega al Juego de la Mediación? En otras palabras, si un menor se hallase involucrado en la solución y/o gestión de un conflicto por la vía de la mediación, en donde las partes juegan diferentes estrategias a fin de alcanzar un acuerdo, ¿qué pasaría?

Esta obra parte del entendimiento del escenario de la mediación civil y mercantil como un juego entendido desde la perspectiva de la Teoría de Juegos (que estudia la toma de decisiones por sujetos racionales e interdependientes) para, a partir de ahí, proceder al análisis de la problemática que podría plantear la existencia de algún menor de edad implicado en el procedimiento, ya sea como parte o como sujeto afectado por una mediación ajena. Así, teniendo en cuenta la falta de capacidad de obrar plena de estas personas, se examina el papel que pueden jugar en una mediación civil y mercantil.

ÁNGELA COELLO PULIDO

LOS MENORES DE EDAD EN EL JUEGO DE LA MEDIACIÓN

2017



BOSCH EDITOR

© ABRIL 2017 ÁNGELA COELLO PULIDO

© ABRIL 2017



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

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. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-946829-5-7

ISBN ebook: 978-84-946829-6-4

D.L.: B10516-2017

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Índice de figuras.....	13
Abreviaturas.....	15
Introducción. El Juego de la Mediación.....	19
CAPÍTULO 1	
Los menores y su especial protección	23
1. La concepción jurídica del menor	23
2. La minoría de edad en el Ordenamiento Jurídico español .	24
2.1. El estado civil minoría de edad.....	24
2.2. La capacidad del menor de edad.....	26
3. La protección jurídica del menor	30
3.1. Consideraciones generales	30
3.2. Instituciones de protección del menor: la patria po- testad y las instituciones de guarda	35
4. El interés superior del menor o <i>favor minoris</i>	40
CAPÍTULO 2	
El Juego de la Mediación	55
1. Consideraciones generales sobre la mediación civil y mer- cantil	55
1.1. Concepto y régimen jurídico	55

1.2.	Principios de la mediación.....	62
1.2.1.	Principio de voluntariedad.....	62
1.2.2.	Principios de neutralidad y de imparcialidad ..	63
1.2.3.	Principio de confidencialidad.....	66
1.3.	Los mediados	69
1.3.1.	Consideraciones generales	69
1.3.2.	Derechos, deberes y obligaciones de los mediados.....	71
1.4.	El mediador.....	76
1.4.1.	Condiciones para el ejercicio de la mediación.	76
1.4.2.	Formación del mediador	80
1.4.3.	Función del mediador	83
1.4.4.	Derechos, deberes y obligaciones del mediador.....	84
2.	El Juego de la Mediación.....	94

CAPÍTULO 3

	Los menores en la mediación.....	101
1.	La posición del menor de edad: afectado por la mediación o mediado	101
1.1.	El menor afectado por la mediación	103
1.2.	El menor mediado. Los representantes legales y los representantes voluntarios.....	104
2.	La individualización del interés superior del menor en el procedimiento de mediación civil y mercantil.....	108
2.1.	Entidades intervinientes en sede de mediación	110
2.1.1.	La intervención de los padres y tutores	110
2.1.2.	La intervención del mediador civil y mercantil	116
2.1.3.	La intervención del menor en la determinación de su propio interés. La audiencia al menor	121

2.2. Entidades intervinientes fuera de la sede de mediación.....	136
2.2.1. El control judicial.....	136
2.2.2. El control institucional por el Ministerio Fiscal.....	138
2.2.3. El control administrativo	139
CAPÍTULO 4	
Los menores en el procedimiento de mediación.....	143
1. Consideraciones generales.....	143
2. Intervención de los menores en las distintas fases del procedimiento	144
2.1. Fase de iniciación.....	146
2.2. Fase de premediación: la sesión informativa y la sesión constitutiva.....	148
2.2.1. La sesión informativa.....	148
2.2.2. La sesión constitutiva.....	151
2.3. Fase de negociación: el Dilema del Mediado.....	153
2.3.1. El menor afectado por la mediación	157
2.3.2. El menor mediado	164
2.4. Finalización del procedimiento	165
Bibliografía	173

Índice de figuras

CAPÍTULO 1. Los menores y su especial protección

Figura 1. Instrumentos de ámbito internacional en materia de protección de menores	32
--	----

CAPÍTULO 2. El Juego de la Mediación

Figura 1. Dilema del Mediado.....	98
-----------------------------------	----

CAPÍTULO 3. Los menores en la mediación

Figura 1. Determinación del interés del menor en el procedimiento de mediación civil y mercantil	108
--	-----

Figura 2. Entidades encargadas de la individualización del interés del menor en el ámbito de la mediación civil y mercantil.....	109
--	-----

Figura 3. Intervención de las entidades encargadas de la individualización del interés del menor en el ámbito de la mediación civil y mercantil	110
---	-----

Figura 4. Etapas de audiencia al menor	125
--	-----

CAPÍTULO 4. Los menores en el procedimiento de mediación

Figura 1. Procedimiento de mediación civil y mercantil	144
--	-----

Figura 2. Dilema del Mediado.....	160
-----------------------------------	-----

Introducción

El Juego de la Mediación

Los menores de edad juegan a diario, solos o con otros menores, a los juegos más diversos. En principio el panorama parece sencillo, poco problemático, en un ambiente inocente. Ahora bien, ¿qué ocurriría si un menor juega al Juego de la Mediación? Si esto sucede, tal vez no juegue con otros menores sino con adultos y, quizá, la sencillez y la inocencia sean sustituidas por la complejidad y la picardía.

El Juego de la Mediación ha sido descrito en la obra *El Juego de la Mediación. El espacio cooperativo en la negociación asistida civil y mercantil*, publicada en el año 2016. En este trabajo se pretendía diseñar un modelo de mediación partiendo del entendimiento de la tendencia del ser humano, por propia naturaleza, a abordar el tratamiento de sus conflictos procurando obtener el mejor resultado posible a sus propios intereses. Así, el Juego de la Mediación se definió por la combinación de la mediación, entendida como negociación asistida, con la Teoría de Juegos, como teoría que estudia la toma de decisiones por sujetos racionales e interdependientes.

De esta manera, se presentó la estructura denominada Dilema del Mediado que, desde la perspectiva de la Teoría de Juegos, representa la disyuntiva ante la que se encuentran los mediados-negociadores, entre adoptar una estrategia competitiva o, por el contrario, una estrategia cooperativa cuando tratan de solucionar sus conflictos. Si ambos optan por la colaboración, podrán llegar al resultado satisfactorio para los intereses de los dos, que es precisamente el tipo de acuerdo que se busca en mediación. Sin embargo, se observa una tendencia hacia la selección de una estrategia

competitiva por lo que, si todas las partes actúan de esta manera, acabarán por concluir con un convenio peor del que hubiesen podido conseguir cooperando.

Así las cosas, es claro que los sujetos que intervienen en este proceso han de actuar con un alto rendimiento si quieren alcanzar un acuerdo que satisfaga sus intereses. El problema surgirá si en este escenario aparece un menor de edad puesto que quien ostenta el estado civil de minoría de edad, carece de capacidad de obrar plena, lo cual le coloca en una situación de desventaja en la mediación respecto a las demás partes, en una situación de desequilibrio.

Todos sabemos que el menor de edad es una persona vulnerable, inmadura, con poca experiencia, etc. Pero también sabemos que es un individuo en constante evolución por lo que, a medida que avanza su edad y su madurez, irá adquiriendo capacidades que lo irán colocando en una posición más fuerte en el entorno que le rodea. Y lo mismo sucede en la esfera jurídica ya que, aunque el menor tiene capacidad jurídica (ello es indiscutible), su capacidad de obrar, es decir, de ejercer derechos y obligaciones con eficacia jurídica, es algo que adquirirá de una manera gradual. Por todo ello, más correcto sería hablar de *menores de edad* que de *menor de edad* en tanto en cuanto cada caso habrá de examinarse de manera individualizada.

Consecuencia de esta realidad jurídica es que el menor de edad requiere una especial protección por el Ordenamiento Jurídico. Esta protección se traduce en nuestro sistema en una doble vertiente, de respeto y de cuidado, y gira en torno a un concepto que ya fue previsto por la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: el *interés superior del menor*. El principio del interés superior del menor se basa en el otorgamiento al mismo de un carácter primordial respecto a otros intereses concurrentes debiendo presidir allí donde exista un menor de edad.

En este contexto, aunque ninguna duda cabe de que la infancia, y por supuesto también la adolescencia, necesitan una protección jurídica especial, lo cierto es que con base en los postulados descritos, parece que el me-

nor es alejado de esa posición de debilidad y colocado en el polo opuesto bajo una posición de fortaleza.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo estudia el papel que desempeñan los menores de edad implicados en una mediación civil y mercantil, entendida en los términos planteados por el Juego de la Mediación, distinguiendo dos posibles situaciones: que ocupen la posición de mediados que someten su conflicto a este sistema autocompositivo o de meros sujetos afectados por una mediación ajena que, si bien no serían parte en la misma, sí podrían sufrir las consecuencias del posible acuerdo que llegase a adoptarse.

Cuando el individuo menor de edad somete su litigio a mediación se encontrará con el problema de su falta de capacidad de obrar plena para intervenir en el procedimiento por sí mismo. Por ejemplo, pensemos en la mediación celebrada para la partición de una herencia en que uno de los herederos es un niño de once años. En estos casos, un chequeo caso por caso, permite delimitar las cuestiones respecto a las cuales la capacidad del menor en concreto le permitiría intervenir por sí mismo y aquellas para las que habrá de actuar por medio de sus representantes legales. Además, en estos casos el interés del menor habrá de ser interpretado apropiadamente puesto que su ubicación en una posición jerárquicamente superior a la de los intereses de las demás partes podría otorgarle un poder negocial de tal calibre que podría llegar a hacer inviable la mediación.

Sin embargo, si el menor ocupa la posición de un sujeto afectado por el resultado de una mediación ajena, entonces su interés entra en juego en el devenir de la misma de tal modo que no será su propio conflicto el sometido a mediación sino un conflicto ajeno pero para cuya solución y/o gestión habrá de tenerse muy presente su interés. Por ejemplo, una mediación familiar puesta en marcha para la gestión de un divorcio hallándose implicados en el mismo varios hijos comunes menores de edad. En estos supuestos el tratamiento es distinto ya que el interés superior del menor sí prevalecería sobre los demás, orientando el decurso de la mediación.

El presente trabajo se estructura en cuatro Capítulos. El Capítulo 1 se centra en el estudio de los aspectos generales de la minoría de edad y del

estatuto de especial protección de estas personas en nuestro Ordenamiento Jurídico. El Capítulo 2, en cambio, analiza las características fundamentales de la mediación civil y mercantil al amparo de la normativa vigente y concluye con una breve exposición de los aspectos básicos del Juego de la Mediación que vendrá a constituir el escenario jurídico en el que se desarrollarán los asuntos objeto de análisis en el presente trabajo. A continuación, el Capítulo 3 se centra ya en el examen de los roles que el menor de edad podría ocupar en una mediación en función de si su intervención es en calidad de mediado o, por el contrario, de mero sujeto afectado, de un modo u otro por el resultado a que se pudiese llegar por esta vía e igualmente aborda la cuestión relativa a las entidades encargadas de individualizar su interés superior. Por último, el Capítulo 4 se dedica a la reflexión sobre la posible intervención del menor de edad, parte o afectado, en las distintas fases del procedimiento.

Orense, 30 de marzo de 2017