

A vibrant stained glass artwork depicting a child's face, rendered in a mosaic style with various colors like blue, green, orange, and purple. The child's eyes are prominent, and the overall composition is framed by a grid of black lines, characteristic of stained glass windows.

Juan Rafael Perdomo
Magistrado de la Sala de Casación Social

V FORO DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
Serie Eventos N° 36
Caracas / Venezuela / 2011

KHW535

F6926
2011

V Foro. Derecho de la Infancia y de la Adolescencia
Juan Rafael Perdomo, Coordinador
Caracas: Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense, 2011.

388 p. -- (Serie Eventos; n° 36)

ISBN: 978-980-6074-70-5

1. Niños y adolescentes - Venezuela.
2. Derechos del niño y adolescente - Venezuela.
3. Tribunal Supremo de Justicia - Venezuela.

Juan Rafael Perdomo
Magistrado Vicepresidente de la Sala de Casación Social
Coordinador

V Foro Derecho de la Infancia y de la Adolescencia

N° 36

Serie Eventos
Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense
Caracas / Venezuela
2011

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por las ideas emitidas por los autores

BARTOLOMÉ ROMERO T.
Editor

© República Bolivariana de Venezuela
Fundación Gaceta Forense
Tribunal Supremo de Justicia

Serie Eventos N° 36

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luis Estella Morales Lamuño
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales
Dr. Juan José Mendoza Jover
Dra. Gladys María Gutiérrez Alvarado

SALA ELECTORAL

Dra. Jhannett María Madriz Sotillo
Dr. Malaquías Gil Rodríguez
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Végas Torrealba
Dr. Oscar Jesús León Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dr. Juan Rafael Perdomo
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dra. Carmen Elvigia Pornas de Roa

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Dr. Levis Ignacio Zepa
Dr. Emiro Antonio García Rosas
Dra. Trina Omaira Zurita

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dra. Ninoska Beatriz Queipo Briccño
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Dra. Blanca Rosa Marmol de León
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores



Palabras Preliminares

El N° 52 de la *Colección Doctrina Judicial* difunde la gestión jurisdiccional de la Sala de Casación Civil durante los últimos 6 años. La compilación preparada por la Presidenta de la Sala, Magistrada Yris Peña Espinoza, procura divulgar los criterios sostenidos por dicho órgano colegiado.

Este texto brinda una oportunidad indiscutible para recordar a Piero Calamandrei, sin duda un maestro del derecho Procesal, quien, mostrando un sello diferente expresa en su obra *Il ponte*, la delicadeza de su espíritu: La balanza la presenta no en el fiel, sino absolutamente desequilibrada, en uno de los platillos están los códigos; en el otro, una flor que liviana y hermosa, hace inclinar la balanza a su favor.

Es que desde 1900 Calamandrei vislumbró la necesidad de equilibrar la balanza de la justicia con eso intangible, trascendente y aún de más peso que el positivismo extremo, el normativismo vacío; como es la ética, los valores y los principios.

Es aquí, cuando la evolución jurisprudencial va transformando las disciplinas al encontrar en la racionalidad de nuestro texto constitucional —que halla en la voluntad popular, una fuente de Derecho— la conceptualización de los avances del sistema político como fuente de derecho; siendo necesario definir la ciencia política, para entender la ciencia jurídica, pues se trata de un pacto social, al que tiene que adaptarse necesariamente todo el desarrollo jurídico.

La competencia civil no escapa de esta necesaria evolución, no obstante, ha sido quizás uno de los ejemplos más extremos, porque las ramas del derecho privado, tienden a mantener algunos conceptos autárquicos que van por un camino distinto a lo que es el pacto social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el Derecho civil, persisten instituciones, como la propiedad privada, en términos que rigió en otros países años atrás, siglos atrás, ideologías diferentes, culturas diferentes; y que deben evolucionar pues hoy día, no se puede entender lo individual autárquicamente, lo individual no puede existir si no existe lo colectivo.

Por eso, recibimos con beneplácito este nuevo libro, que procura avanzar en una disciplina tan rígida, hacia una nueva visión del derecho civil, pretendiendo crear o al menos proponer, en un momento coyuntural, un derecho diferente, una estructura jurídica diferente.

Indudablemente que ni el concepto de Estado Social de Derecho ni el mismo principio han sido o son pétreos, es decir carentes de evolución, ante lo cual los jueces tienen que ajustar el eje de toda una maquinaria social, y allí se inserta el desarrollo jurisprudencial como un elemento fundamental para que, siendo la justicia la esencia del derecho y en la procura de la reconversión del derecho en justicia, el Poder Judicial desarrolle ese pacto a través de las sentencias, de criterios importantes, revolucionando pero manteniendo de frente al justiciable la confianza en el Sistema Judicial.

Sabiendo que la seguridad y la confianza en el Sistema Judicial se generan cuando el justiciable sabe que frente a una determinada situación el criterio del Poder Judicial es unánime en el sentido de la interpretación sana, debe desarrollarse exhaustivamente una jurisprudencia que genere confianza y seguridad jurídica, que cuando exista un cambio de criterio se pueda observar y argumentar dentro del mismo texto de la sentencia las razones por las que el Juez abandona un criterio y camina hacia otro tal vez más perfecto, mas desarrollado, que el justiciable comprenda que existe un trabajo de juzgamiento ecuánime, transparente... He aquí el valor de obras como las que se presentan, dar a conocer los criterios, que para su autora, tiene relevancia en ámbito jurídico y marcan una pauta jurisprudencial que abre camino a un proceso de evolución del Derecho civil venezolano.

El Tribunal Supremo de Justicia que presido espera que esta nueva publicación no sólo sea recibida con beneplácito por su destinataria, la comunidad jurídica nacional, sino que sirva de ejemplo y estímulo para la preparación de otras semejantes.

Caracas, mayo de 2011

Luisa Estella Morales Lamuño
Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia

Tabla de contenido

Palabras Preliminares	5
Presentación	11
1. Evolución de la Reforma de la Lopna. Magistrado Juan Rafael Perdomo	13
2. Derecho y literatura. Carlos Pérez Vázquez	35
3. La competencia en materia de niños, niñas y adolescentes. Rosa Isabel Reyes Rebolledo	55
4. Administración de bienes de niños, niñas y adolescentes. Verónica Salas	135
5. Alcance del acogimiento familiar en el derecho español. G. Esteban de la Rosa	139

6. Estudio mundial sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Amanda Martín Rivas	173
7. Familias cuidadoras, familias solidarias y acogimiento familiar en el derecho argentino. Marisa Herrera (Argentina).....	193
8. Modificación al sistema de registro civil en Venezuela. Sandra Oblitas.	249
9. Partidas de nacimiento. Yanitza M. Hernández Chirinos	269
10. Aspectos prácticos de la colocación familiar o en entidad de atención. Haydée Barrios	301
11. Custodia compartida - Aspectos jurídicos. Tanya María Picón Guédez	325
12. Formas de ejercicio compartido de la responsabilidad de crianza y de la custodia. Lic. Erna Perfetti Holzhauser	335
13. Autorizaciones para residir y viajar fuera del territorio nacional de niños, niñas y adolescentes (medidas preventivas). Abg. Alberto Herrera Coronel.....	345
14. Autorizaciones para viajar dentro y fuera del territorio nacional. Carlos Luis Morales García	361
Anexo	375

Presentación

En diciembre de 2008 se llevó a cabo, en la sede del Tribunal Supremo de Justicia, el V Foro "Derecho de la Infancia y de la Adolescencia", organizado por la Sala de Casación Social, con la participación de catorce ponentes en representación de cuatro países: Argentina, España, México y Venezuela.

Esta obra recoge las ponencias presentadas, relativas a aspectos sustantivos y adjetivos de la Nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Lopnna), así como las vinculadas con problemas o instituciones familiares comunes a nuestros países y un interesante trabajo sobre derecho y literatura. Dichas ponencias analizaron los distintos temas, enfocados desde diversas perspectivas y realidades.

Ha sido propósito de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia convocar a distinguidas personalidades para que expresen sus puntos de vistas en materia de familia, concretamente en lo relacionado con el contenido de las normas que regulan los derechos y garantías derivados de la Lopnna. Especialmente se ha estimado que la familia y sus componentes tienen una fuerza muy importante en el

texto constitucional. En efecto, las normas esenciales de la Constitución de la República de Venezuela promueven el desarrollo de los derechos humanos en materia de familia. Por lo tanto, es indispensable estudiar y organizar los contenidos de la ley, hoy reforzada por los derechos humanos.

Esperamos que este libro sea recibido por la comunidad jurídica a quien se dirige con la misma aceptación con que han sido acogidas las anteriores publicaciones de nuestra Fundación Gaceta Forense, y que contribuya a mejorar la formación en esta área. Aprovechamos la oportunidad para reiterar el agradecimiento de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de la cual soy vicepresidente, a los participantes en el evento citado.

Caracas, 8 de febrero de 2011

Juan Rafael Perdomo

Evolución de la reforma de la Lopna. Evolución del proceso: de la Lopna a la Lopnna

Magistrado Juan Rafael Perdomo

Sumario:

1. En el pasado. 2. En el presente. 3. Uniformidad de procedimiento. 4. Supletoriedad. 5. La oralidad. 6. Fuentes. 7. Proceso por audiencia. Ni formalismos, ni rigidez. La audiencia preliminar. La mediación. Incomparecencia. Trámite de la sustanciación. Pruebas. Contestación de la demanda. Preparación de las pruebas. Efectos de la incomparecencia en la fase de sustanciación. Audiencia de juicio. La sentencia. 8. El futuro –redefinición de las funciones judiciales. 9. Modernización de la organización del tribunal, creando circuitos judiciales y dando prioridad a la función del juez o jueza.

1. En el pasado

El cambio de paradigma de la infancia considerada como objeto de tutela, en el cual se basaba la doctrina de la situación irregular, se fundamentó en la Ley Tutelar de Menores.

A. La Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescentes estableció en el artículo 450 los principios rectores que caracterizaron el proceso. Según la Ley derogada, estos principios fueron consignados así:

- a) "Ampliación de los poderes del Juez en la conducción del proceso".
- b) "Ausencia de ritualismo".
- c) "Instancia de parte para iniciar el proceso".
- d) "Gratuidad".
- e) Defensa y asistencia técnica gratuita.
- f) Oralidad.
- g) Inmediatez, concentración y celeridad procesal.
- h) identidad física del juzgador.
- i) Igualdad de las partes.
- j) Búsqueda de la verdad real.
- k) Amplitud de los medios probatorios.
- l) Preclusión.
- m) Moralidad y probidad procesal.

B. Se creó un procedimiento desarrollado en cinco etapas:

- a) Iniciación, contestación, reconvención y réplica.
- b) Fase probatoria.
- c) Sentencia.
- d) Impugnación.
- e) Ejecución (Art. 454).

Se agregó la corrección de la demanda (Art. 459) para ser subsanado el defecto. Se incluyeron las cuestiones previas como lo dispone el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, sometidas a una fase de juicio similar al contenido en el Código de Procedimiento Civil. En el artículo 466 se establecieron las medidas cautelares. En el artículo 468 se consignó que contestada la demanda o la reconvención y resuelta las cuestiones previas, si las hubiere, el juez señalará la oportunidad para el acto oral de evacuación de pruebas, tanto en su inicio, la prueba documental (Art. 471), la prueba pericial (Art. 472), la prueba de confesión (Art. 473), que permite un interrogatorio cruzado sobre los hechos de la demanda; la contestación y la reconvención y réplica. En el artículo 474 se establecen poderes del juez y se califica a éste como director del debate en materia probatoria.

En cuanto al artículo 481, la Ley estableció que, concluido el acto oral de la evacuación de pruebas, el Juez podía otorgar la palabra a las partes o a sus abogados para que elaboraran sus conclusiones en un plazo no mayor de quince minutos para cada parte; y finalmente se estableció el tema de la sentencia para cuyo evento el Juez apreciará las pruebas de acuerdo con los criterios de la libre convicción razonada y sin sujeción a las normas del derecho común, sostenerse en principios de equidad y de derecho, decidiendo sobre el objeto planteado por las partes; después se conceden los recursos de apelación y de casación contra la sentencia de la Corte Superior del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que se tramitará conforme al Código de Procedimiento Civil.

2. En el presente

Sin embargo, la Ley reformada fortaleció el artículo 450, por cuyo motivo, en éste, la enumeración de los principios aparece ampliada hasta el punto de explicar en qué consiste cada principio y cómo deben servir de fundamento para la interpretación y aplicación de la Ley. En ese listado se mezclan principios constitucionales (como la uniformidad, los medios alternativos de solución de conflictos, la publicidad, la simplificación, la primacía de la realidad, la gratuidad y la notificación única) con procedimentales (como es el caso de la oralidad, intermediación, concentración, iniciativa y límites de la decisión, dirección e impulso del proceso por el juez o jueza, desde oficio hasta su conclusión) y con procesales (como es la libertad probatoria, la lealtad y probidad procesal).

En lo atinente a los principios, la Ley vigente ha fortalecido el diseño de la Ley derogada; por esta razón el procedimiento tiene diferencias que pretendemos remarcar en el presente trabajo con el fin de robustecer el proceso contenido en dicha Ley. La diferencia entre la Ley derogada y la vigente surge por la necesidad de adecuar los principios constitucionales en materia de derecho de familia y derecho procesal. Fue un trabajo de equipo integrado por eminentes profesores

universitarios que contribuyeron a la promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente¹, pero además, participaron los integrantes del Sistema de Justicia: la Comisión Permanente de la Familia, Mujer y Juventud de la Asamblea Nacional que recibió el Proyecto aprobado por la Sala Plena del Máximo Tribunal, lo que produjo un desarrollo de algunos aspectos que ya contemplaba la Ley derogada, así como la modificación de los órganos administrativos del Sistema de Protección. Se consideró que el aporte del texto constitucional, en el que se destacan el artículo 78, el 26, el 257 y 258, constituía elementos indispensables para optimizar el texto y actualizar sus instituciones procesales. Éste es el cambio que se ha incorporado a la Ley vigente, que se mantiene en la línea establecida por la Ley derogada, con la finalidad de poner al servicio de los niños, niñas y adolescentes.

Además, en el Título I, relativo a las Disposiciones Directivas, se ha conservado el artículo 8 como columna vertebral de la Ley, que se refiere al "interés superior del niño", principio de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes, que está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías².

¹ Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario del 2 de octubre 1998. (Lopna)

² Artículo 8 (Lopna)

"...Parágrafo primero:

Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños y adolescentes;
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes;
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente; d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; e) La condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.

que debe ser respetado por todas las instituciones judiciales, incluida la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En la Ley vigente desde el 10 de diciembre de 2007, se adicionó la equidad de género como elemento distintivo, por cuya razón la Ley vigente se denomina "Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes".

3. Uniformidad de procedimiento

La uniformidad del proceso conlleva a la existencia de tres procedimientos: el procedimiento ordinario, lo no contencioso y el procedimiento de adopción, para tramitar toda controversia que se suscite entre partes en reclamación de algún derecho y que conduce a la simplificación de los actos procesales, que son breves y sencillos, sin ritualismos ni formalismos innecesarios. Los procedimientos enunciados se tramitan bajo el signo de la oralidad de los medios alternativos de solución de conflictos, con el refuerzo que significa el aporte constitucional a dicho proceso, que se ha simplificado para producir la celeridad necesaria y recabar el acto judicial como un derecho fundamental destinado a satisfacer el acceso a la justicia. Esta norma constituye un instrumento que posibilita la accesibilidad a la justicia, contraria a la multiplicidad de procedimientos derivados de la no existencia de un principio como el insertado en este nuevo proceso; significa derribar una concepción ritualista, en la que la forma es la reina, mientras la justicia es la súbdita.

Esta solución redunda en beneficio de los jueces, juezas, funcionarios, funcionarias, abogados, abogadas, partes en general, porque es una economía en cada trámite que permite promover soluciones sencillas y rápidas en el menor tiempo. Es remarcable el significado de la tecnología que se maneja en estos tribunales.

Parágrafo segundo:

"En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Estamos verificando cuánto tiempo dura una persona en el tribunal para ser atendida eficazmente, de manera que regrese con una solución o con un trámite que conduce a una solución; por este motivo, reseñamos el modelo organizacional, el Juris 2000 y el Sistema de Gestión Procesal.

4. Supletoriedad

Ayer se dijo que

...se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, en los asuntos laborales se aplicarán supletoriamente la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento de Trabajo.

Hoy, el artículo 452 de la Ley vigente expresa que en el procedimiento ordinario se aplicará también, para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de la Ley³, salvo las excepciones previstas en ésta, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; se eliminan la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo; continúa la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil. Esto se explica por la pertinencia de algunas instituciones procesales de indudable apoyo para los actos judiciales provenientes del derecho común. El punto de distinción lo sitúa la

³ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Artículo 177. Competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: Parágrafo primero: comprende asuntos de familia de naturaleza contenciosa. Parágrafo segundo: asuntos de familia de jurisdicción voluntaria. Parágrafo Tercero: asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas o Adolescentes, o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas o Adolescentes. Parágrafo cuarto: asuntos patrimoniales del Trabajo y otros asuntos. Y finalmente Parágrafo quinto: acción judicial de protección de niños, niñas y adolescentes contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de niños, niñas o adolescentes.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ofrece un abanico de posibilidades para la interpretación y aplicación de la Ley Orgánica comentada. En efecto, se ha instituido el principio finalista por medio del cual es preferible atender el fondo sobre la forma; que independientemente de ser defectuosa la sentencia recurrida, si ha resuelto el problema, no son relevantes las deficiencias formales; es decir, que la sentencia no sea contradictoria, que produzca cosa juzgada y que pueda ejecutarse. Por este motivo, es un deber del juez y jueza erradicar las dilaciones indebidas, descartar el formalismo o las reposiciones inútiles, e insistir en la simplificación de los trámites para que la celeridad, brevedad de los procesos sean conformes al texto constitucional vigente⁴.

Lo señalado anteriormente se reafirma cuando ese texto constitucional dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta de conformidad con la ley. La adopción tendrá efectos similares a la filiación, y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional (Art. 75). En la siguiente norma (Art. 76) se expresa que el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas y éstos o éstas tienen el deber de asistirlo o asistirle cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas, y finalmente, tomado de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 78 establece que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.

⁴ Artículo 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Estamos verificando cuánto tiempo dura una persona en el tribunal para ser atendida eficazmente, de manera que regrese con una solución o con un trámite que conduce a una solución; por este motivo, reseñamos el modelo organizacional, el Juris 2000 y el Sistema de Gestión Procesal.

4. Supletoriedad

Ayer se dijo que

...se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, en los asuntos laborales se aplicarán supletoriamente la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento de Trabajo.

Hoy, el artículo 452 de la Ley vigente expresa que en el procedimiento ordinario se aplicará también, para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de la Ley³, salvo las excepciones previstas en ésta, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; se eliminan la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo; continúa la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil. Esto se explica por la pertinencia de algunas instituciones procesales de indudable apoyo para los actos judiciales provenientes del derecho común. El punto de distinción lo sitúa la

³ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Artículo 177. Competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: Parágrafo primero: comprende asuntos de familia de naturaleza contenciosa. Parágrafo segundo: asuntos de familia de jurisdicción voluntaria. Parágrafo Tercero: asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas o Adolescentes, o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas o Adolescentes. Parágrafo cuarto: asuntos patrimoniales del Trabajo y otros asuntos. Y finalmente Parágrafo quinto: acción judicial de protección de niños, niñas y adolescentes contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de niños, niñas o adolescentes.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ofrece un abanico de posibilidades para la interpretación y aplicación de la Ley Orgánica comentada. En efecto, se ha instituido el principio finalista por medio del cual es preferible atender el fondo sobre la forma; que independientemente de ser defectuosa la sentencia recurrida, si ha resuelto el problema, no son relevantes las deficiencias formales; es decir, que la sentencia no sea contradictoria, que produzca cosa juzgada y que pueda ejecutarse. Por este motivo, es un deber del juez y jueza erradicar las dilaciones indebidas, descartar el formalismo o las reposiciones inútiles, e insistir en la simplificación de los trámites para que la celeridad, brevedad de los procesos sean conformes al texto constitucional vigente⁴.

Lo señalado anteriormente se reafirma cuando ese texto constitucional dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta de conformidad con la ley. La adopción tendrá efectos similares a la filiación, y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional (Art. 75). En la siguiente norma (Art. 76) se expresa que el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas y éstos o éstas tienen el deber de asistirlo o asistirle cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas, y finalmente, tomado de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 78 establece que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.

⁴ Artículo 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De manera que con el soporte constitucional transcrito, el proceso tiene un amplio escenario para la protección de los niños, niñas y adolescentes; corresponde a los jueces y juezas el manejo de estas disposiciones constitucionales para impartir la justicia que se les demanda con base en esas disposiciones constitucionales que destacan el Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes. El proceso se ha constitucionalizado, con lo cual el regido por el derecho común está desfasado y requiere una corrección a la brevedad posible.

No obstante lo afirmado, se considera que la Ley se basta por sí misma. Conviene analizar sus normas para comprender que un proceso como el diseñado se sirve de los principios constitucionales para resolver los conflictos familiares. Se trata de un fundamento constitucional que, al reforzar el proceso descrito en la Ley, sirve a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

5. La oralidad

La oralidad establecida en la Ley derogada, artículo 456 (oralidad de la demanda), artículo 462 (pronunciamiento del juez sobre las cuestiones previas), artículo 468 (oportunidad del acto oral de evacuación de pruebas), artículo 470 (inicio de la fase probatoria), artículo 472 (prueba pericial), artículo 475 (incorporación del demandado al debate oral), artículo 481 (conclusiones), es fortalecida por la oralidad del nuevo proceso que sumó a ésta, los medios alternativos de solución de conflictos familiares en las audiencias previstas en el artículo 454 de la Reforma⁵, al establecer que el procedimiento ordinario se desenvuelve en dos audiencias, la audiencia preliminar, compuesta de dos fases: mediación y sustanciación, y la audiencia de juicio. En ambas, la oralidad se combina con la escritura, la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio.

⁵ Artículo 454. Audiencias. El Procedimiento Ordinario se desarrolla en dos audiencias: la audiencia preliminar y la audiencia de juicio. La audiencia preliminar se desarrolla en dos fases: la fase de mediación y la fase de sustanciación.

En efecto, el proceso por audiencia se realiza mediante un diálogo activo al servicio de la solución del conflicto familiar, que el juez o jueza sigue y puede sugerir opciones para la resolución del caso, pues estima que la interlocución ha sido positiva, y existen elementos suficientes para el acuerdo.

6. Fuentes

En cuanto a la fuente que le dio origen al proceso oral, se cita al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. En efecto, cuando se escribió el Anteproyecto de ese Código, los autores se refirieron a los principios rectores entre los cuales señalaron la oralidad y expresaron que:

... la oralidad por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, no sin alguna discrepancia, es entendida en el sentido general aunque, en puridad se plantea un nuevo proceso mixto porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establecen los Derechos de fondo en el proceso planeado, son escritos, la etapa de proposición y la de recursos. Es así que es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de la contradicción, excepciones y defensas) y la reconvencción en su caso, la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios.

El principio citado origina un proceso por audiencia, ésta aparece como elemento fundamental. Vale destacar la importancia de la audiencia preliminar, que según la Ley reúne al juez o jueza, al demandante y al demandado para que discutan el problema motivo de su comparecencia al tribunal. Este triángulo procesal induce a un intercambio de opiniones sobre el problema, los hechos, las pruebas y las opciones presentes en el conflicto. Tanto la audiencia preliminar como la audiencia de juicio se aprovechan de la oralidad, pero en la Ley vigente la demanda es escrita y deben ser escritos los requisitos de identidad de los sujetos, del objeto y el derecho, como lo señala el

artículo 456 de la Ley, todo lo cual conduce a estimar que se trata de un proceso mixto, que mezcla la oralidad con la escritura. Así consta en el caso de los juicios por Obligación de Manutención, al exigir que se debe indicar la cantidad que se requiere, las necesidades del acreedor: niño, niña o adolescente; el lugar de trabajo, profesión e ingresos mensuales del demandado o demandada. En cuanto al Régimen de Convivencia Familiar, se debe señalar el que propone, cuya esencia se dirige a satisfacer el derecho del niño, niña o adolescente en todos los niveles.

Finalmente, cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre Responsabilidad de Crianza, Régimen de Convivencia Familiar u Obligación de Manutención, puede presentarse una nueva demanda, todo lo cual es por escrito. Asimismo, en el caso del procedimiento de adopción previsto en el artículo 493, también la escritura se combina con la oralidad para tomar una decisión como lo establece el artículo 500 de la Ley que se refiere al decreto de adopción. No obstante lo dicho, cuando la demanda se presenta oralmente deberá ser reducida a un acta sucinta que comprenda los elementos esenciales.

7. Proceso por audiencia

La Ley derogada se caracterizó por regular un proceso esencialmente escrito matizado por la oralidad, sin llegar al desarrollo que prescribe la nueva Ley. Su contenido normativo tuvo el apoyo de los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño que dan soporte a su estructura normativa para dar por extinguida la doctrina del niño como objeto de tutela y, en cambio, fue sustituido por el hecho de que los niños y adolescentes fuesen sujetos de derechos, lo cual representó un avance extraordinario, tal como consta en la normativa contenida en las disposiciones directivas y normas subsiguientes; se sostuvo sobre las del Código de Procedimiento Civil, que resalta el principio dispositivo (artículo 11), y el principio de legalidad consignada en el artículo 12 *ejusdem*.

En honor a la verdad, la Ley derogada matizó la rigidez del proceso civil al permitir la oralidad como una licencia, pero sin mucha fuerza. Es verdad que el artículo 474 de esa Ley le confirió poderes al juez como director del debate hasta el extremo de conducir la prueba en busca de la verdad real; se le dan poderes de conducción, corrección a las partes, admitir o rechazar las preguntas que estimen inconducentes o impertinentes; sin embargo, se nota que la realización del proceso se guía por el principio dispositivo atenuado y ello puede conceptuarse como positivo.

Además, admitió el principio dispositivo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que conforme a la norma indicada preceptúa cuatro orientaciones: 1) que a nadie se le puede obligar a sostener una pretensión, en sentido contrario; al demandado no se le puede conminar a proponer cuestiones previas ni ningún acto que obre contra su voluntad; 2) la carga de la prueba y la formulación o exposición de los alegatos se rigen por el principio contenido en el artículo 1.354 del Código Civil, según el cual, quien pida la ejecución de una obligación debe probarla y quien pretenda que ha sido liberada de ella debe, por su parte, probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación; 3) los jueces deben atenerse a lo alegado y probado en autos; en sus decisiones el juez debe atenerse a las normas de derecho, al menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad, y no puede extraer elementos de convicción fuera de los autos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados; sin embargo, el Código de Procedimiento Civil establece que el juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencias; y 4) a las partes les corresponde promover los recursos que la ley establece contra las resoluciones que lo perjudiquen. Estos principios son características del Proceso Civil conforme a la norma vigente, pero pueden reformarse para incorporar los medios alternativos de solución de conflictos, suavizando el papel de las partes en el proceso, estimulando el papel del juez para que tenga los poderes que han sido incorporados a la reforma.

Ni formalismos, ni rigidez

El nuevo proceso no asume el formalismo ni la rigidez del Código de Procedimiento Civil, sino que, por el contrario, le concede una absoluta libertad de actuación al juez o jueza. Es cierto que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el 2000, se marcó un hito histórico en nuestro país, pues representó una transformación trascendental en el paradigma de la niñez y los modelos jurídicos institucionales para su atención y protección. No sólo superó en forma definitiva lo concerniente a la doctrina de situación irregular, teoría en la cual se fundamentó nuestra legislación y el quehacer del Estado durante más de medio siglo, sino que avanzó conscientemente al asumir los contenidos fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ha representado una máxima realización del constitucionalismo contemporáneo.

Como la Ley se promulgó antes de la Constitución vigente, la reforma para el nuevo proceso concentró las líneas procesales del texto constitucional y por eso es que se le adecuó su contenido a las nuevas regulaciones constitucionales en materia de familia y de derecho procesal. De modo que, siendo la Ley derogada un texto de avanzada, era factible que el desarrollo de la normativa constitucional vertiera sobre ella las posibilidades de un proceso basado en el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, la prioridad absoluta y su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, como lo reseña el artículo 78 del texto constitucional.

Cinco años de tropiezos y obstáculos demoró su aprobación definitiva, y ahora un difícil camino hay que emprender para implementarla. Pero ahí está el texto aprobado, en él se encuentra todo un mundo procesal novedoso, y se destacan algunas instituciones emblemáticas en materia de protección del niño, niña y del adolescente. La infancia y adolescencia venezolana esperan del sistema judicial una respuesta para el establecimiento de las sedes y que la infraestructura

marche al compás de la realización intelectual de la Ley para cumplimiento del artículo 26 del texto constitucional.

La oralidad ha originado un proceso social humanizado por audiencia; por esta razón, el mejor aporte que hemos encontrado ha sido el de fortalecer las instituciones procesales para adecuarlas a los principios constitucionales existentes, lo que nos permite tener un proceso flexible, no solemne, no rígido y antes, por el contrario, un aporte al acceso a la justicia en todos los planos. Conceptualmente es así.

Ahora bien, el proceso por audiencia, al cual hemos aludido, implica adoptar todos los aportes que la doctrina, la jurisprudencia y la ley nos permiten. No se podía desaprovechar la mediación, inmediatez, concentración, publicidad, dirección e impulso del proceso por el juez o jueza, quien puede impulsarlo de oficio hasta su conclusión, y la orientación de que el proceso puede iniciarlo a solicitud de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice y en sus decisiones debe atenerse a lo alegado y probado en autos, como principios inherentes a la oralidad, sin la sujeción del proceso civil, que luce desfasado frente a la realidad constitucional. Es decir, el juez o jueza interviene activamente, deja la neutralidad por un activismo militante; tiene facultades para dictar medidas preventivas (Art. 466), recabar pruebas, dirigir el juicio.

La audiencia preliminar

La Ley señala que la audiencia preliminar ocurre una vez que el secretario o secretaria ha dejado constancia en el expediente de que el demandado ha sido notificado, y a partir del día siguiente corren los días dentro de los cuales el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes fijará un día y hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, dentro de un lapso no menor de cinco días ni mayor de diez días. La comparecencia a este acto es obligatoria, no así la mediación propiamente dicha. Ella se produce una vez que la demanda ha sido admitida y el juez ha practicado el despacho saneador, cuya

misión consiste en limpiar las impurezas de la pretensión en búsqueda de la transparencia.

El trámite es sumamente simple y se fija un lapso de un mes para que tenga lugar, sin que las partes queden afectadas por lo afirmado en el acto de esa mediación, aunque lo ideal es que sea exitosa; las partes, orientadas por el juez o jueza, pueden concluir esta fase con una solución que se dan ellas mismas. Del acuerdo total o parcial se deja constancia en un acta y el juez o jueza podrán solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario para el mejor desarrollo de la mediación. Este acto tiene el carácter de una sentencia. Habrá casos delicados en que el juez, para protección de los derechos del niño, niña o adolescente, puede decidir no homologar el acuerdo. Existen casos emblemáticos en los que no es posible la mediación, como es el referido a la Adopción, a la Colocación Familiar o en entidad de atención e infracción a la protección debida.

La mediación

La mediación ha sido esencial dada sus características. En el artículo 469 de la Ley vigente se establece que la fase de mediación es privada con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderadas o apoderados, que en los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar será obligatoria la presencia personal de las partes. Para su tramitación, la Ley expresa que el juez o jueza deben explicar a las partes en qué consiste la mediación, su finalidad y conveniencia. El juez o jueza tiene la mayor autonomía en la dirección o desarrollo de la mediación, debiendo actuar con imparcialidad y confidencialidad, que en tal sentido podrá entrevistarse en forma conjunta o separada con las partes o sus apoderados o apoderadas, con o sin la presencia de sus abogados o abogadas. Asimismo, podrá solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación⁶.

⁶ Artículo 470 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Según los profesores John M. Haynes y Gretchen L. Haynes, en la obra *La mediación en el divorcio*⁷, la aplicación de la mediación tiene premisas básicas en el conflicto familiar. La primera es que el conflicto es sano, pero el conflicto no resuelto es peligroso, que es casi como una réplica de lo que ocurre en nuestro medio, en materia de divorcio; segundo, el conflicto, por cuestiones específicas, se puede resolver a través de la mediación, el conflicto por razones de conducta se puede resolver con terapia. La mediación interviene exitosamente en este deslinde de situaciones y como lo señalan los mismos autores; tercero, casi todas las personas quieren llegar a un acuerdo; cuarto, es más probable una negociación exitosa cuando las partes en disputa necesitan mantener una relación que cuando no avizoran una futura relación; quinto, el resultado es responsabilidad de las partes; sexto, el mediador es responsable del proceso, séptimo, en toda la gente hay algo de Dios; y octavo, la conducta del mediador se da de acuerdo con la situación.

Hemos tomado estas premisas porque calzan perfectamente en la conflictividad familiar existente en Venezuela; ha sido un acierto el uso de la mediación como medio alternativo para la solución de los conflictos familiares dispuestos en la Ley. El cambio originado por la presencia de este elemento podrá verse en la praxis diaria al lograr la solución de conflictos familiares con la capacidad que tienen los jueces y juezas venezolanos para afrontar este reto.

Respecto de los medios alternativos de solución de conflictos, afines a la oralidad, coadyuvan en la solución de la conflictividad familiar en el ámbito administrativo y jurisdiccional. La fuente de ellos está en el artículo 258 de nuestra Carta Magna⁸ y reproducida en el literal e

⁷ Haynes, John M. y Haynes, Gretchen L. (1997). *La mediación en el divorcio*. Barcelona: Granica; p. 25-26.

⁸ Artículo 258.

La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

del artículo 450 ya citado. Serán utilizados estos principios en la audiencia preliminar, de juicio, en el tribunal superior y en la Sala de Casación Social.

Incomparecencia

En caso de que no compareciere el demandante personalmente o mediante apoderado o apoderada, sin justa causa, a la fase de mediación de la audiencia preliminar, se considera desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta y debe publicarse el mismo día; sin embargo, la parte demandante puede volver a presentar su demanda antes de que transcurra un mes. Si la parte demandada es la incompareciente, se van a presumir como ciertos, hasta prueba en contrario, los hechos alegados por la parte demandante, excepto en aquellas materias en la cual no procede la confesión ficta por su naturaleza o por prohibición de la Ley (Art. 472).

Trámite de la sustanciación

Otra novedad incorporada al nuevo texto es que se refiere a la audiencia preliminar como un espacio necesario para la resolución del conflicto familiar, que se divide en dos fases: fase de mediación y fase de sustanciación. La fase de mediación, ya descrita, permite que las partes asuman los hechos, el problema para la búsqueda de la solución bajo la conducción del juez o jueza, mientras que la fase de sustanciación (Art. 473) tiene por objeto lo relativo a las pruebas y a la contestación de la demanda.

Pruebas

La oportunidad que brinda la fase de sustanciación es que el demandante debe consignar su escrito de pruebas. Dentro de este mismo

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

lapso, la parte demandada debe consignar la contestación a la demanda junto con su escrito de pruebas. Los escritos de pruebas deben indicar todos los medios probatorios con los que se cuenten y aquellos que se quieran materializar para demostrar la procedencia de los respectivos alegatos.

Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, dice la Ley en el artículo 474, se puede reconvenir a la parte demandante y este acto sufre el mismo trámite que la demanda, pudiendo ser oral o escrita; y se ofrece a los interesados el despacho saneador, tal como ocurre en el artículo 457 de esa Ley.

Una vez finalizado el acto de contestación de la demanda, y su reconvencción, se abre la fase de sustanciación de la audiencia preliminar presidida por el juez o jueza para que las partes intervinientes frente al juez o jueza inicien un debate que debe versar sobre las cuestiones formales que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, para evitar el quebrantamiento del orden público y de las garantías constitucionales. Este trámite origina la intervención del juez o jueza para que en la misma audiencia decida sobre las objeciones, y posteriormente se procederá a las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios, los cuales deben ser realizados con la mayor diligencia y prontitud (Art. 475).

Preparación de las pruebas

En cuanto a la preparación de las pruebas, previstas en el artículo 476, la fase de sustanciación ha organizado que el juez o jueza y las partes deben revisar los medios de prueba consignados y le corresponde al juez o jueza decidir cuáles medios requieren ser materializados para demostrar sus alegatos. En esta fase, también el juez ordena la preparación de los medios de prueba que requieren materialización previa a la audiencia de juicio, solicitando las experticias correspondientes u oficiando a las oficinas públicas o privadas

o a terceros extraños a la causa. Terminada la fase de sustanciación, debe remitirse el expediente al juez o jueza de juicio (Art. 477).

Efectos de la incomparecencia en la fase de sustanciación

La incomparecencia produce efectos diferentes, sea el demandante o el demandado, porque la causa continúa hasta cumplir su finalidad; en cambio si no comparecen ambas partes se termina el proceso mediante sentencia oral, reducida a un acta que se publicará el mismo día. Toda esta tramitación consta en la reproducción audiovisual y será el soporte para el examen ante el juez o jueza superior o ante la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia.

Audiencia de juicio

Luego tenemos la audiencia de juicio (Art. 483). Esta audiencia es pública, presidida por el juez. En el caso de la Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, es obligatoria la presencia personal de las partes.

En esta audiencia las partes deben intervenir oralmente para defender los presupuestos de validez de sus pretensiones y de las pruebas pertinentes. No se indicó en el artículo 484 la duración de la intervención de las partes; sólo se habla de un tiempo breve y en esa misma audiencia tiene lugar la evacuación de las pruebas, comenzando con las del demandante y se concede, a la parte contraria, la oportunidad de hacer oralmente las observaciones que consideren.

En esta audiencia se incorpora la declaración de parte como prueba. Ellas pueden ser repreguntadas por el juez y las respuestas se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se le interroga, en el entendido de que responden directamente al juez o jueza, y la falsedad de las declaraciones se considera como irrespeto a la administración de justicia, pudiendo castigarse a los infractores. Esta declaración es reproducida en forma audiovisual.

La prueba testimonial admite la presencia de las personas mayores de 12 años de edad, igualmente a los parientes consanguíneos y afines de las partes, las personas que integren una unión estable de hecho, el amigo íntimo, la amiga íntima; en el caso de trabajador doméstico, no procede la tacha de testigo y puede testificar un niño o una niña sin juramento. Igualmente, esta declaración se reserva a espacios privados. Además, tenemos los informes del equipo multidisciplinario como una experticia útil para el proceso. Aparte de ello, existen pruebas científicas admitidas por la práctica judicial en materia de protección. El juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a las conductas que éstas asuman en el proceso, especialmente como no cooperadores.

La sentencia

En el artículo 485 la Ley establece que la sentencia es oral, una vez finalizada la audiencia, quedando consignada en un acta que expresa el dispositivo del fallo y una sentencia precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho que el juez considere procedentes. Puede diferirse por una sola vez la oportunidad para dictar sentencia por un lapso no mayor de cinco días después de evacuadas las pruebas. Se establece que los niños, niñas o adolescentes no serán condenados en costas. En caso de no comparecer el demandante y el demandado, el juez o jueza debe fijar una nueva oportunidad para celebrar la audiencia de juicio, con el fin de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

8. El futuro - Redefinición de las funciones judiciales

El juez o jueza, según la Ley, sólo se ocupa de sentenciar y no interviene en lo administrativo. Dispone de un *pool* de asistentes, un *pool* de secretarios que contribuyen con la labor judicial. Existe la necesidad de la rotación de los secretarios, con la finalidad de evitarle al proceso usos y costumbres ancestrales inherentes al proceso escrito. Con este mecanismo sólo se persigue darle al secretario un perfil de

transparencia necesario para la ética. Por lo demás, los recursos de personal con que cuenta el juez o jueza son indispensables para cubrir las exigencias de la actividad jurisdiccional.

9. Modernización de la organización del tribunal, creando Circuitos Judiciales y dando prioridad a la función del juez o jueza

La modernización de los Tribunales de Protección se inicia con la creación de un modelo organizacional y la implementación del sistema de gestión procesal Juris 2000, acompañados de unas sedes dignas para los justiciables; además, se han creado hasta la fecha y funcionan sólo en los estados Cojedes, Falcón, Aragua, Nueva Esparta, Guárico, Lara, y para este mes la Dirección ejecutiva de la Magistratura, responsable de la construcción de sedes, ha ofrecido la inauguración de las de Tucupita, El Tigre, Guasualito, San Felipe y Guanare, solamente; y se espera la construcción de las demás.

Para el funcionamiento de estos Circuitos, se designarán en la oportunidad en que sean inaugurados, el personal de jueces, jueces y demás funcionarios y funcionarias. Por tratarse de un trabajo en equipo, debe existir un coordinador o coordinadora judicial encargado de dirigir, supervisar y controlar las actividades inherentes a las unidades que conforman las oficinas de apoyo directo a la actividad jurisdiccional. Es importante decir que se trata de un modelo que funciona como un engranaje, caracterizado porque cada unidad tiene un coordinador de los funcionarios actuantes en ella. El acceso a estos Circuitos se inicia por la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD); existe también la Oficina de Atención al Público (OAP), la Oficina de Control de Consignaciones (OCC), el Archivo de la Sede (AS) y el Servicio de Alguacilazgo, integrado por la Unidad de Correo Interno (UCI), la Unidad de Actos de Comunicación (UAC) y la Unidad de Seguridad y Orden (USO), de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Resolución N° 69 de fecha 27 de agosto de 2004, publicada en Gaceta Oficial N° 38.011, de fecha 30 de agosto de 2004.

Existe un área dedicada a los equipos multidisciplinarios, encargados de las experticias judiciales, para auxiliar al juez o jueza en la actividad de mediación, así como en las sentencias, integrada por psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y un abogado, para atender el comportamiento psicosocial de los interesados.

Vinculada a los jueces y juezas, y a los equipos multidisciplinarios, existe una Sala de Niños que se encarga de atender a los niños y niñas mientras sus padres o responsables están en la sala de Audiencia.

La modernización de nuestro sistema pone de relieve el uso de la Cámara de Gessell, que tiene por finalidad la observación de los sujetos, niños, niñas y adolescentes, mientras se procesa un esquema probatorio, destinado a comprobar su comportamiento psico-social, evaluado por el personal técnico que opera en dicha cámara, así como los jueces y juezas.

Nos hemos detenido en este aspecto por considerar que el personal de jueces, juezas y demás funcionarios y funcionarias están en el deber de asimilar sus atribuciones y cumplir con las responsabilidades de cada cargo en específico, conforme al perfil elaborado por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, que pretende optimizar el modelo organizacional, el Juris 2000, bajo el control del personal judicial, con la finalidad de atender eficientemente a los usuarios del servicio, dar respuestas prontas y eficientes para estar a tono con el principio de acceso a la justicia, del debido proceso, de la justicia gratuita, y demás características ya mencionadas.

Para un futuro, este sistema judicial dará frutos óptimos, y es posible que tanto la calidad como la cualidad sean productos equivalentes del quehacer de nuestros circuitos judiciales, que son evaluados continuamente por la Sala de Casación Social.

Derecho y literatura

Carlos Pérez Vázquez

Sumario:

1. Definición en el lenguaje común. 2. Antecedentes históricos de la relación entre el Derecho y la Literatura. 3. Desarrollo de la institución jurídica. 3.1. La dimensión artística o literaria. 3.2. La dimensión interpretativa. 3.3. La dimensión escrita. 3.4. Escritura del derecho y derechos humanos. 3.5. Un caso especial de la relación entre el derecho y la literatura. 3.6. El derecho como oralidad.

1. Definición en el lenguaje común

Algunas de las acepciones establecidas por el Diccionario de la Real Academia Española para las palabras *derecho* y *literatura* pueden ayudar a generar un mejor entendimiento de la relación que existe entre las dos disciplinas. Por una parte, de acuerdo con la Academia de la Lengua, una de las acepciones de la palabra *derecho* es la de "conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva"⁹.

⁹ Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. (2005). Disponible en: <http://www.rae.es>

Por su parte, el mismo diccionario nos dice que podemos entender por *literatura* al "arte que emplea como medio de expresión una lengua"¹⁰. La relación entre derecho y literatura puede, y debe entenderse entonces, a partir de la naturaleza expresiva de ambas disciplinas. El derecho y la literatura son fenómenos que se desarrollan y se realizan en la expresión de la lengua de una comunidad. Tal como veremos en lo que sigue, la naturaleza lingüística de ambas disciplinas condiciona por completo su relación.

Existe una larga tradición teórica respecto a la naturaleza lingüística del derecho. Sin embargo, en esta disciplina, como en otras, el interés de los estudios jurídicos por los puentes teóricos y metodológicos que la naturaleza del derecho puede tender con otras disciplinas es un fenómeno relativamente reciente.

De acuerdo con George Steiner, "el poeta, el 'creador de literatura', elige sus materiales de la totalidad de los medios expresivos disponibles. Naturalmente, eso le sucede a cualquiera que pronuncie una frase o emita un monosílabo". La relación expresiva entre el derecho y la literatura queda bastante clara con estas palabras de Steiner. Puede decirse que, en momento inicial, la prerrogativa del poeta en particular, representando a cualquiera de los escritores profesionales de la lengua, es la misma que la que tiene el abogado como agente susceptible de ejercer el lenguaje¹¹.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Steiner, George. (2002). *Lingüística y poética*. En *Extraterritorial*. Madrid: Síruela; p. 138. Es necesario aclarar que para Steiner, la identificación de arranque entre todos los usuarios del lenguaje no puede mantenerse en forma indefinida. La diferencia entre el poeta y el resto de nosotros es que, de acuerdo con el reconocido crítico literario francés, "cuando sentimos una necesidad brutal por comunicarnos no buscamos una expresión literaria; existen formas más sencillas de decir las cosas que las que utiliza el poeta. Quizás se trate de una cuestión de velocidad: la literatura goza de más tiempo que las frases improvisadas". *Idem*.

Asimismo, es preciso señalar que tanto el derecho como la literatura son disciplinas textuales. Esta afirmación se sostiene al considerar que ambas cumplen con los siete criterios de textualidad que algunos lingüistas como Jan Renkema han establecido: cohesión, coherencia, intencionalidad, aceptabilidad, informatividad, situacionalidad e intertextualidad¹². De esta manera, tanto el derecho como la literatura son disciplinas textuales a través de las cuales se expresa el lenguaje de una comunidad.

2. Antecedentes históricos de la relación entre el derecho y la literatura

Las relaciones entre derecho y literatura han sido siempre estrechas. Muchas de las grandes obras de la literatura, es decir, obras que pueden considerarse parte del llamado "canon occidental", han tratado el tema del derecho y en particular el de la impartición de justicia. La aproximación preferida por los autores de estas obras de arte se enfoca en el tratamiento de fenómenos propios del derecho penal (el cautiverio, la aplicación de la pena corporal, la espera de la aplicación de la condena a muerte). Muchos de los más grandes nombres de la literatura universal han tratado el tema: Balzac, Melville, Hawthorne, Víctor Hugo, Zola, Dostoievski, Stendhal, Kafka, etc. Los críticos literarios han analizado el valor de estas obras desde un punto de vista estético.

Sin embargo, ha sido sólo en años recientes cuando los especialistas en derecho han volteado a ver a la literatura. Es como consecuencia del artículo de Ronald Dworkin "How Law is like Literature", que los estudiosos del derecho se comenzaron a interesar en las metodologías

¹² Renkema, Jan. (2004) *Introducción a los estudios sobre el discurso*. México: Gedisa; p. 52-55. La informatividad, criterio según el cual el lector debe poder comprender lo que está en el texto, adquiere, como veremos hacia el final de este artículo, una importancia especial en los textos jurídicos, los cuales frecuentemente son tachados de ilegibles y han originado el movimiento por el *plain language* que veremos adelante.

literarias y empezaron a preguntarse por la aplicación de éstas en el campo del derecho¹³.

Respecto a la breve historia de la relación entre derecho y literatura, vale la pena enfatizar dos hechos. Por un lado, es importante señalar que el interés que ha generado entre abogados y académicos del derecho no ha sido correspondido con un interés similar por parte de los críticos literarios. Por el otro, un contraste inevitable se deriva entre el interés que el tema ha producido en las escuelas de derecho anglosajonas, donde la nueva disciplina ha tenido una gran recepción académica, con lo que ha sucedido en el ámbito de los estudios jurídicos de nuestra lengua, donde, aun con las importantes contribuciones de José Calvo González¹⁴ ha pasado casi desapercibida.

La relación entre el derecho y la literatura ha tratado de ser abordada desde diferentes perspectivas. Por ejemplo, Charles Fried propone

¹³ De acuerdo con Richard A. Posner, fue en la década de los setenta cuando el tema comenzó a tener interés para los abogados norteamericanos. Posner señala que en realidad es hasta la publicación del libro *The Legal Imagination* de James Boyd White, que puede considerarse que "derecho y literatura" existe como disciplina autónoma. Véase Posner, Richard A. (2000). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press; p. 4. En la opinión de Posner, en realidad la disciplina se mantuvo reducida hasta bien entrada la década de los ochenta.

¹⁴ *Derecho y narración* de José Calvo González es, quizás, la contribución más importante en español orientada a explorar la naturaleza de la profesión judicial, entendida como una que se realiza a partir y con motivos de textos escritos. El libro de Calvo González intenta enfocar a las resoluciones judiciales y a varios de los problemas que éstas generan, como el respeto al precedente, desde una perspectiva narrativista. Sin embargo, en su visión, entender el derecho como narración es una herramienta más para llevar a cabo las labores interpretativas asociadas a la profesión. Como ejemplo, esta cita: "Tanto la prueba por concurso de indicios [...] como el apartamiento del precedente [...] nos pueden proveer de útiles respuestas a través de una interpretación narrativista del derecho, cuyas distintas funciones (narrativización y narratividad) y expedientes o procedimientos (test de consistencia y coherencia narrativa) apenas si han comenzado a recibir la necesaria atención que merecen". Ver Calvo González, José. (1996). *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*. Barcelona: Ariel; p. 13.

identificar a la Constitución de Estados Unidos de América con el soneto LXV de William Shakespeare y señala que el poema, al igual que la Constitución escrita comparte un milagro postulado por el poeta inglés en el poema mismo:

"Probamos la afirmación de Shakespeare en el sentido de que la tinta negra puede engendrar el milagro de que el significado brille intensamente entre personas diferentes a través del tiempo. De igual forma, el trabajo de discutir acerca de la Constitución, y acerca de la posibilidad de entenderla, prueba que tal discurso es posible y, por extensión, sugiere que también es posible entender el sujeto del discurso —el mismo texto constitucional".¹⁵

La idea de Fried es, por una parte, la de la permanencia de la tinta como una forma de vencer el paso del tiempo. Sin embargo, la afirmación tiene una profundidad que no es evidente, pero que me parece más relevante: la tinta negra es una forma permanente de expresar la inteligencia humana y, por lo mismo, es una herramienta para que la gente se entienda no sólo con sus contemporáneos, sino también con personas de otro tiempo. El argumento de Fried coloca a la relación entre el derecho y la literatura como una relación de equivalencia: ambas disciplinas son expresiones inteligibles de la inteligencia humana.

3. Desarrollo de la institución jurídica

Existen tres dimensiones que explican la relación entre el derecho y la literatura. La dimensión artística o literaria, la dimensión interpretativa y la dimensión escrita. En lo que sigue, intentaré explicar cada una de ellas.

¹⁵ Fried, Charles. (1991). "Sonnet LXV and the "Black Ink" of the Framers' Intention". En: Levinson, Sanford y Mailloux, Steven (comps.). (1991). *Interpreting Law and Literature. A hermeneutic reader*. Evanston: Northwestern University Press; p. 49.

3.1. La dimensión artística o literaria

Me he referido antes a la dimensión artística de la relación entre el derecho y la literatura. Esta dimensión se manifiesta en el trabajo de muchos de los más grandes escritores de la literatura universal quienes han sentido un profundo interés por el tema del derecho, por las instituciones jurídicas, por el papel de la ley en la sociedad, por la experiencia del presidio y de la pena de muerte. Las instituciones jurídicas han sido tratadas en diversas obras pertenecientes a diversos géneros literarios. Así, el tema del derecho ha sido tratado por poetas, dramaturgos, narradores, ensayistas y, desde el origen de la cinematografía, por guionistas.

De acuerdo con Richard Posner, el interés de los escritores por el derecho tiene una explicación clara: la ley es una institución humana tan invariable, tan permanente, como la muerte, el amor, la traición, etc.¹⁶. Muchas obras capitales, en diferentes idiomas, han tratado el tema de la ley, de su violación, de sus contradicciones morales, de los problemas generados por su aplicación. Entre algunas que vale la pena recordar, están *Prometeo encadenado* de Esquilo, *El paraíso perdido* de John Milton, *Rojo y negro* de Stendhal, *Prometeo liberado* de Percy Shelley, *El extranjero* de Camus, *El proceso* y *El castillo* de Kafka, *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, *Los viajes de Gulliver* de Jonathan Swift. En varios de los dramas de Shakespeare la prisión o el cautiverio están presentes, como algunos pasajes de *Ricardo III* y de *El rey Lear*. Asimismo, en muchos de los cuentos de *Las mil y una noches*, el tema del cautiverio, la aplicación de la ley y, como en el caso de Scherezada misma, la amenaza de la ejecución son evidentes.

¹⁶ De acuerdo con Posner, el derecho ha generado este interés entre los escritores porque la ley, a pesar de cambiar de país en país y de momento histórico en momento histórico, representa un tema universal como la muerte, el amor, la traición, etc. Posner lo escribe así:

Tal como el amor, la madurez, los accidentes, la aventura, la religión, la amistad, la alienación, la muerte, la guerra y el arte mismo, la ley es una característica permanente de la experiencia humana". *Ibid.*, p. 19.

En la literatura escrita en español, y en especial en la mexicana, existen varios ejemplos de esta dimensión, que van desde la falta de respeto a la ley severa que es la muerte en el soneto magistral *Amor constante más allá de la muerte* de Francisco de Quevedo, hasta *El apando* de José Revueltas¹⁷.

En la poesía mexicana, en particular, existen muchas referencias a la experiencia del cautiverio.

A pesar de la enorme tradición que, dentro de la dimensión artística o literaria, une al derecho con la literatura, puede afirmarse que ésta no concentra ni debe concentrar el interés de los profesionales del derecho en general o de los académicos del derecho en particular.

Parecería que las relaciones entre el derecho y la literatura pueden enfocarse con mayor detenimiento a partir de considerar que hay ciertos géneros literarios que le vienen mejor o que son más adecuados para incorporar asuntos jurídicos o para tratar temas propios del derecho. En realidad, parece que este argumento se solidifica al pensar que muchas de las obras clásicas que han tocado el tema son propiamente narrativas. Es decir, parecería que las novelas, los relatos breves, los guiones cinematográficos e incluso la dramaturgia son

¹⁷ En la poesía mexicana existen varias referencias al cautiverio. Pienso, por ejemplo, en el que quizás sea el primer verso más célebre de poesía mexicana contemporánea, que le debemos a la "Muerte sin fin" de José Gorostiza: "Lleno de mí, sitiado en mi epidermis". Véase Gorostiza, José (1983). *Muerte sin fin y otros poemas*. México: Fondo de Cultura Económica Colección Lecturas Mexicanas 13; p. 107. Sin embargo, la referencia a las experiencias casi carcelarias, a la privación de la voluntad (o libertad individual) no empiezan en los versos metafísicos de Gorostiza. Muchos de los versos de Sor Juana, por ejemplo, hablan de lo que en inglés podríamos llamar *restraint*. Por ejemplo, cómo no recordar los dos últimos tercetos del soneto amoroso "Que contiene una fantasía contenta con amor decente": "Más blasonar no puedes, satisfecho, / de que triunfa de mí tu tiranía: / que aunque dejas burlado el lazo estrecho / que tu forma fantástica cedia, / poco importa burlar brazos y pecho / si te labra prisión mi fantasía". Véase Cruz, Sor Juana Inés de. (1993). *Poesía lírica*. México: Rej; p. 113.

campos propicios de la literatura para tratar temas jurídicos. Sin embargo, como veremos más adelante, los poetas también han tratado el tema de la impartición de justicia en muchas ocasiones.

3.2. La dimensión interpretativa

La dimensión interpretativa de la relación es, quizá, la más desarrollada de las tres. A partir de la década de los setenta, ha despertado un interés notable en escuelas de derecho norteamericanas. De acuerdo con Levinson y Mailloux, el debate fundamental ha sido generado por el inmenso desarrollo que las técnicas hermenéuticas han tenido en el campo de los estudios literarios, las cuales no han pasado desapercibidas por muchos de los más prestigiados pensadores jurídicos contemporáneos¹⁸.

En efecto, gracias al arsenal teórico desarrollado en los estudios hermenéuticos a lo largo del siglo XX por pensadores como Gadamer o Ricoeur, el interés de otras disciplinas por el "arte de interpretar", se ha hecho más y más patente. H. G. Gadamer nos recuerda que la interpretación es un proceso permanente y dinámico propio para ejercer el derecho, disciplina humana que se expresa por escrito:

La comprensión encuentra su campo originario de aplicación en las ciencias humanas... en las que la ciencia tiene que ver con la experiencia de otros sujetos u otras mentes semejantes a las nuestras.

...La interpretación es un caso particular de comprensión. Es la comprensión aplicada a las expresiones escritas de la vida.

...[La interpretación] no se define por un tipo de objeto —signos 'inscritos' en el sentido más general del término— sino por un tipo de proceso: la dinámica de la lectura interpretativa¹⁹.

¹⁸ Levinson, Sanford y Mailloux, Steven. (comps.). *Op. cit.*; p. IX-XIII.

¹⁹ Ricoeur, Paul. (1998). La metáfora y el símbolo. En: *Teoría de la interpretación*. México: Siglo XXI Editores; p. 64-65.

Por su parte, Joseph Raz también propone una explicación del acto de interpretar que puede ayudar a mi intento por relacionar el derecho y la literatura desde esta dimensión. En efecto, el profesor Raz señala que:

La interpretación consiste en señalar conexiones y analogías. La evaluación acerca de lo acertado o desacertado de la interpretación depende de que dichas correcciones e interrelaciones sean significativas en términos de, o con referencia a, alguna teoría general de la verdad acerca de las personas, la sociedad o lo que sea²⁰.

Dentro de esta dimensión de la relación entre derecho y literatura, puede verse que uno de los debates más interesante para los estudios jurídicos es el que se deriva del intento por determinar en dónde o en quién radica la autoridad interpretativa para enfrentar un texto. En relación con este tema, las ideas de Ronald Dworkin (la autoridad final debe adscribirse al texto o, en otras palabras, el texto debe ser leído en su mejor luz)²¹, han polemizado con las de Stanley Fish (la determinación del significado de un texto radica en la comunidad interpretativa que tiene el poder de hacer tal determinación en un momento y en un lugar determinados)²². En realidad, el intercambio entre Dworkin y Fish puede considerarse como centrado en la idea de objetividad o, en otras palabras, como centrado en contestar la siguiente pregunta: ¿Es posible o no encontrar lecturas finales, universales y válidas, es decir, interpretaciones objetivas de los textos literarios y de los textos legales?

²⁰ Raz, Joseph. (1998). Interpretation Without Retrieval. En: Marmor A. (comp.). *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press; p. 167.

²¹ Dworkin, Ronald. (1985). How is Law like Literature. En: *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press; p. 146-166.

²² Fish, Stanley. (1995). Is there a text in this class? En: *Is there a text in this class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge: Harvard University Press; p. 303-321.

La dimensión interpretativa de la relación entre derecho y literatura también ocasiona la discusión acerca del papel que esta última puede desempeñar en el mundo de los abogados. En particular, existe una corriente académica que sostiene que la lectura de textos literarios puede ayudar a los abogados y a los jueces para desempeñar de mejor manera su trabajo, en razón de la naturaleza propiamente moral que debe derivarse de dichos textos. La idea es que la buena literatura produce, necesariamente, cambios morales en los lectores o, en otras palabras, que la narrativa de un texto literario produce cambios en el lector entendido como agente moral²³.

Sin embargo, esta postura ha sido criticada por Richard A. Posner, al considerar que cualquier aproximación a la literatura desde esa perspectiva es una apuesta vacía, de la cual la profesión jurídica no puede esperar beneficio alguno en realidad²⁴.

Hay dos hechos adicionales que vale la pena recordar a partir de la dimensión interpretativa de la relación entre el derecho y la literatura. Por una parte, al interpretar textos literarios es posible utilizar recursos interpretativos propios del derecho²⁵.

²³ Martha Nussbaum ha expresado con toda claridad esta posición. Véase Nussbaum, Martha. (1995). *Poetic Justice: Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon Press. En México, Gabriel Zaid ha señalado:

¿Qué demonios importa si uno es culto, está al día o ha leído todos los libros? Lo que importa es cómo se anda, cómo se ve, cómo se actúa, después de leer. Si las calles, las nubes, la existencia de los otros tienen algo que decirnos. Si leer nos hace físicamente más reales. Véase Zaid, Gabriel. (1999). *Los demasiados libros*. En: *Crítica del mundo cultural*, México: El Colegio Nacional; p. 21.

Cabe señalar que George Steiner, al contrario del argumento de Nussbaum y Zaid, sugiere que "la supuesta 'utilidad' moral y psicológica de la literatura es un lugar común" que conviene revisar. *Idem*,

²⁴ *Op. cit.*, p. 303-344.

²⁵ Véase Pérez Vázquez, Carlos. *Poetry and the Law: An interpretive relation* [Tesis Doctoral]; 2005. La idea es que al analizar un texto literario como un poema,

Asimismo, la reflexión acerca de la naturaleza textual del trabajo de los abogados y de los jueces resalta la naturaleza de dichos textos, no sólo como textos que se leen, sino también, como veremos a continuación, como textos que se escriben.

3.3. La dimensión escrita

El derecho y la literatura también comparten una naturaleza en común que da lugar a la tercera dimensión de la relación. Ésta es la dimensión escrita, de acuerdo con la cual es necesario entender que ambas disciplinas suceden en la escritura, se realizan escribiéndose. En otras palabras, tanto los escritores de textos literarios como los profesionales del derecho, sean estos abogados, funcionarios públicos, legisladores o jueces, son escritores. Un problema se hace evidente de inmediato: al menos en México, los abogados no han acabado de asumirse como escritores. Este problema genera otros que resulta necesario abordar a partir de una revalorización, por parte de los abogados y profesionales del derecho, de una tercera disciplina que ha sido rescatada a partir de la segunda mitad del siglo XX por algunos críticos literarios: la retórica.

Algunos de los problemas derivados de la dimensión escrita de la relación entre derecho y literatura pueden formularse mediante las siguientes preguntas: ¿Tiene sentido hablar de la escritura del derecho? ¿Qué significa escribir bien el derecho? ¿Cuál es el papel que juegan las herramientas retóricas en el derecho? ¿Es importante que los abogados escriban mejor? ¿Por qué es importante que los jueces escriban bien? ¿Existe alguna relación entre la forma en la cual un texto está escrito y valores como la democracia o el acceso a la justicia?

por ejemplo, pueden utilizarse técnicas de interpretación jurídicas como el razonamiento por analogía. De hecho, el razonamiento analógico se encuentra en la base del análisis estructural de un poema, desde el nivel fónico (nivel de dicción), hasta la construcción y descubrimiento de figuras del pensamiento (nivel de tropos o nivel del pensamiento) como las metáforas, las paradojas o las contradicciones.

¿Existe alguna relación entre la escritura del derecho y el respeto a los derechos?

Dentro de la dimensión escrita de la relación entre derecho y literatura, además, pueden insertarse nuevos fenómenos que afectan a diversos campos de estudio como la administración pública, la ciencia política y la comunicación. Me refiero al llamado *plain language* o lenguaje llano, que ya ha sido adoptado por varios países, fundamentalmente anglosajones, como una política pública. La idea detrás de este movimiento es que el lenguaje usado por los funcionarios de la administración pública, parte del cual lo constituyen, por supuesto, los escritos elaborados por ellos, sea claro, efectivo, eficiente y directo, bajo la idea de que esto, desde una perspectiva democrática de apertura y transparencia, alienta un mayor acercamiento entre los órganos de gobierno y los ciudadanos.

La potencialidad de la aplicación de los postulados del *plain language* al mundo del derecho, en especial, al mundo de los tribunales, es enorme. La idea es que las sentencias, las opiniones judiciales, "la escritura de los jueces", sea realizada de forma clara, precisa, sucinta y efectiva, bajo el argumento de que las decisiones judiciales deben estar al alcance de la comprensión de aquellos a quienes van dirigidas²⁶.

La importancia del *plain language* en el derecho se sostiene en la clara distinción entre el lenguaje de la ley y el lenguaje de los abogados. El argumento considera que aunque el lenguaje de la ley es especializado, se encuentra en los textos legales. Palabras como *sentencia*,

²⁶ En Estados Unidos, una de las acepciones de *plain language*, tiene un giro propiamente interpretativo. Tal como se desprende de la explicación de Lawrence M. Solan, la interpretación judicial *plain language* puede identificarse con lo que los abogados mexicanos conocen como "interpretación literal". La propuesta de aplicar el lenguaje llano, sin embargo, no se limita sólo a interpretación de textos legales, sino, lo que es más amplio, a su escritura. Véase Solan, Lawrence M. (1993). *The Language of Judges*. Chicago: The University of Chicago Press; p. 93-117.

instancia, *competencia*, *facultad*, *apelación*, etc., son palabras del derecho, palabras de la ley. Los abogados, al ejercer su profesión, utilizan el lenguaje de la ley. Sin embargo, en muchas ocasiones, los profesionales del derecho no hablan el lenguaje de la ley, sino el lenguaje de los abogados o, lo que es lo mismo, el lenguaje del gremio, el cual, en muchas ocasiones, es farragoso, abigarrado, oscuro e impenetrable.

El que los abogados se asuman como escritores, particularmente en el caso de México, tiene consecuencias inevitables pero de enorme interés. Apunto algunas. Por ejemplo, si el derecho se entiende como escritura, su contribución como fenómeno cultural al desarrollo y defensa del idioma son innegables. México es el país del mundo en donde más personas hablan y escriben español. El gremio de los abogados en México es, de alguna manera, uno de los pilares en el uso y la escritura de la lengua. La responsabilidad del buen uso del lenguaje por parte de los profesionales del derecho es, por ello, inmensa. Si los abogados, legisladores, jueces, académicos y en general todos los profesionales del derecho se asumen a sí mismos como escritores, entonces deben estar al tanto de las responsabilidades que el oficio de escribir trae consigo: el desafío de la creatividad, la posibilidad de cambiar las prácticas profesionales a través de la práctica del lenguaje, los límites de la tradición. Escribir el derecho en buen español no es sólo una cuestión jurídica relevante, sino también es un asunto cultural de primer orden.

En la opinión de Richard A. Posner, la opinión judicial más relevante de los últimos cien años en Estados Unidos es el voto particular que el juez Oliver Wendell Holmes escribió en 1905 respecto del asunto *Lochner v. New York*. El voto minoritario de Holmes tiene una extensión de tres hojas, lo cual a los ojos de un abogado formado en el sistema de derecho escrito mexicano contemporáneo y acostumbrado (si es que acostumbrarse es posible) a la extensión de los documentos judiciales, en particular las sentencias, es ya un exotismo en sí mismo. Posner explica con acierto algunas de las razones que sostienen la brevedad de la resolución desde el punto de vista del estilo:

La brevedad implica un riesgo en el discurso persuasivo [...], pero también una oportunidad. La brevedad del disenso de Holmes enfoca y exige la atención del lector. La variación en la longitud de las oraciones y el agradable ritmo de las oraciones más largas, resalta el encanto de la opinión, mientras que el poder concentrado de los aforismos —no sólo el que se refiere a Spencer, sino también ‘proposiciones generales no deciden casos concretos’ y ‘cada opinión tiende a convertirse en ley’— le da a la opinión una fuerza que le faltaría si fuera más larga y más difusa, enterrando aforismos bajo calificativos, citas, notas, repeticiones y el resto de las tradicionales de las opiniones judiciales²⁷.

Si Posner tiene razón, es importante volver a evaluar la importancia del estilo en la escritura del derecho en general y en la escritura de los jueces en particular. Carlos Pereda ha señalado lo importante que es no pensar que la retórica es siempre una forma de construir argumentos engañosos y falsos para convencer a la audiencia²⁸. De hecho,

²⁷ Posner es muy claro al señalar que la opinión de Holmes “no es un ejemplo de una buena decisión judicial. Es tan solo la opinión judicial más grande de los últimos cien años”. La idea de Posner es, me parece, reflexionar acerca del valor que la forma en la cual está escrita la Constitución tiene por sí misma. De hecho, Posner aclara que

... juzgar la opinión de Holmes en términos ‘científicos’ es un error. Es una obra maestra de la retórica y la retórica tiene una gran importancia en el derecho porque muchas cuestiones legales no pueden ser resueltas por medio de la demostración lógica o la demostración empírica”. *Ibidem*, p. 270-271.

Cabe señalar que en la tradición judicial mexicana también existen ejemplos de concisión y brevedad, pues basta recordar el caso de la sentencia del amparo Morelos. La idea de que los escritos judiciales en México no pueden ser breves no tiene, necesariamente, un sustento histórico.

²⁸ Carlos Pereda hace una distinción entre tres acepciones de la palabra *retórica*: “1. La retórica es el arte de presentar los argumentos de manera tal que, convenciendo, produzcan asentimiento”; “2. La retórica es el arte del adorno verbal”; “3. La retórica es el método de producir asentimiento, seduciendo y, como tal, presupone un relativismo o incluso un escepticismo epistémico y/o práctico”.

Pereda nos recuerda la importancia que la retórica tiene para herramientas legales fundamentales como lo es el pensamiento por analogía. De acuerdo con este autor, el derecho se anquilosaría sin utilizar herramientas retóricas:

Sin duda la analogía, o como se suele decir en el derecho, el *argumentum a simili* o *a pari*, es uno de los medios para resolver uno de los problemas más decisivos del derecho: mediante el recurso a la analogía se adecua un sistema de normas fijas a un medio social impredecible y en constante transformación. En el párrafo anterior, el verbo “adecuar” creo que no es lo suficientemente abarcador: un *argumentum a simili* puede también extender el ámbito de vigencia de una norma jurídica a casos no previstos en ella y hasta puede reinterpretarla a la luz de observaciones en torno a lo analogado²⁹.

El uso de herramientas retóricas en el derecho me parece importante para entender la doble naturaleza de los profesionales del derecho, quienes al mismo tiempo son lectores —es decir, intérpretes de textos— y escritores —es decir, creadores de textos— la cual, en mi opinión, acerca a los abogados practicantes, a los jueces y a los legisladores a los

Pereda defiende la posibilidad de la primera de las tres acepciones e, incluso, la específica en dos formulaciones más: “1.1. La retórica es el arte de la eficacia argumental práctica en relación con cierto auditorio”; “1.2. La retórica es el arte de la eficacia argumental teórica, epistémica”. Véase Pereda, Carlos. *Sobre la retórica*. En: Herrera L., María *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, México: FFyL-Unam/Conacyt; p. 103-105, 112, 117. De hecho, como conclusión Pereda afirma:

Hay que hacer de la retórica un arte de la sabiduría ilustrada, no un ‘vicio republicano’, sino un genuino ‘arte republicano’... o quizá, junto a una retórica, se necesita una ética de la argumentación, una ética que, entre otras funciones, oriente para examinar y juzgar el poder de las palabras en relación con la autonomía personal y social: cuándo la dimensión expresiva de nuestros argumentos convence con legitimidad, y cuándo, sólo seduce a juicio. *Op. cit.*, p. 123-124.

²⁹ *Ibidem*, p. 117. Para un tratamiento más a fondo de la analogía como vínculo entre la literatura y el derecho ver Pérez Vázquez, Carlos, *op. cit.*, p. 9-77.

escritores profesionales de textos literarios. El trabajo de taller (*workshop*) de los escritores no debe resultar por lo tanto extraño a los abogados que escriben el derecho, en particular el ciclo escritura-lectura-re-escritura tan común para los literatos³⁰.

3.4. Escritura del derecho y derechos humanos

Un asunto que me parece particularmente importante desde una perspectiva jurídica y que, por lo mismo, debe reflexionarse es el impacto que la escritura del derecho, en particular la mala escritura del derecho, tiene en la aplicación de las normas jurídicas en general y en el respeto y protección a los derechos humanos en general.

La intención fundamental que guía este apartado es sólo argumentar a favor de la idea de que de la poca calidad de los escritos jurídicos se desprenden consecuencias perjudiciales para la eficacia de los derechos de las personas.

La primera razón a favor de esta consideración se desprende del texto mismo de la Constitución mexicana que establece en su artículo XX que la justicia debe ser pronta y expedita. Cualquiera que haya participado en un procedimiento judicial mexicano sabrá que en muchas ocasiones el ideal establecido por dicho artículo constitucional está completamente alejado de la realidad. En mi opinión, entre todas las causas que provocan que los procedimientos judiciales en México sean tan engorrosos e ineficientes y la justicia, por lo mismo, tan lejana a la idea de prontitud, se encuentra el hecho de que los escritos judiciales, tanto de las partes como de la propia autoridad judicial sean, por lo regular,

³⁰ Uno de los mejores ejemplos del trabajo del poeta como escritor-lector-re-escritor de textos lo brindó Octavio Paz a lo largo de su vida. Por ejemplo, el poeta modificó y publicó hasta en tres versiones diferentes del famoso poema "Pasado en claro". La recreación (re-escritura) de un texto a partir de las lecturas hechas por su autor no debe ser algo exótico para los abogados en particular ni para cualquiera que en alguna ocasión haya escrito algo.

extensos, redundantes, incoherentes, sin cohesión interna, lo que provoca, como hemos dicho, que muchas veces no satisfagan el criterio de informatividad que todo texto debe cumplir³¹.

La idea fundamental es que si un escrito entendido como acto de autoridad, sea esta administrativa, judicial o legislativa, simplemente no puede entenderse, ese simple hecho es atentatorio de algunos de los principios que deben regir a un estado democrático de derecho.

3.5. Un caso especial de la relación entre el derecho y la literatura: El derecho como oralidad

El derecho y la literatura también pueden servir para enfocar desde una perspectiva más acabada, la discusión en torno a la conversión de los sistemas judiciales escritos, en sistemas orales. La idea que inspira a los juicios orales involucra fenómenos propiamente literarios sintetizados en herramientas más familiares a retóricos y dramaturgos. El estudio de los procesos judiciales como acontecimientos escénicos permite la utilización de otro enfoque literario para estudiar y practicar el derecho.

En otras palabras, la mera posibilidad de oralizar la práctica del derecho, hace más evidente la importancia que el empleo de herramientas retóricas puede tener en el trabajo de los abogados ante los jueces. Así, la división del discurso de acuerdo a la retórica clásica (*inventio, dispositio, elocutio y actio*), adquiere un valor actual y considerable para el trabajo de abogados litigantes, que es aún más evidente en los sistemas orales de impartición de justicia que en los sistemas en los cuales los juicios se sustancian en forma escrita.

³¹ De hecho, el adjetivo *expedito* es un sinónimo del sustantivo *prontitud*. Si hasta la Constitución se permite la redundancia, el panorama textual mexicano no puede ser muy alentador.

Bibliografía

Calvo González, José (1992). *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*. Barcelona: Ariel.

Cruz, Sor Juana Inés de (1993). *Poesía lírica*. México: Rei.

Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho (1996). Barcelona: Ariel.

Dworkin, Ronald (1985). How law is like literature. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press; p. 146-166.

Fish, Stanley (1989). *Doing what comes naturally. Change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*. Oxford: Clarendon Press.

Gorostiza, José (1983). Muerte sin fin. En: *Muerte sin fin y otros poemas*. México: Fondo de Cultura Económica. Colección Lecturas Mexicanas 13; p. 103-144.

Is there a text in this class? The authority of interpretive communities (1995). Cambridge: Harvard University Press,

Levinson, Sanford y Mailloux, Steven (1991). *Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader*. Evanston: Northwestern University Press.

Nassbaum, Martha (1995). *Poetic justice: Literary imagination and public life*. Boston: Beacon Press.

Pereda, Carlos. Sobre la retórica. En: Herrera L., María. *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*. México: FFyL/Unam/Conacyt; p.103-124.

Pérez Vázquez, Carlos. Poetry and the Law: An Interpretive Relation [Tesis Doctoral]; 2005.

Posner, Richard A. (2000). *Law and literature*. Cambridge: Harvard University Press.

Raz, Joseph (1998). Interpretation without retrieval. En: Marmor A. (comp.). *Law and interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. 2005; Disponible en: <http://www.rae.es>

Renkema, Jan (2004). *Introducción a los estudios sobre el discurso*. México: Gedisa.

Ricœur, Paul (1998). La metáfora y el símbolo. En: *Teoría de la interpretación*. México: Siglo XXI Editores.

Solan, Lawrence M. (1993). *The language of judges*. Chicago: The University of Chicago Press.

Steiner, George (2002). *Extraterritorial*. Madrid: Siruela.

La competencia en materia de niños, niñas y adolescentes ¿es un conflicto actual o un cambio de paradigma con vista al futuro?

Rosa Isabel Reyes Rebolledo

Sumario:

1. Hacia una definición del presupuesto procesal de la competencia. 1.1 *La jurisdicción y sus elementos.* 1.2 *Fundamento constitucional de la jurisdicción.* 1.3 *¿Cuál es la importancia de la competencia?* 1.4 *Definiciones y conceptos del presupuesto procesal de la competencia.* **2. Clasificación de la competencia.** 2.1 *Competencia objetiva.* 2.1.1 *Competencia por la materia.* 2.1.2 *Competencia por la cuantía.* 2.1.3 *Competencia por el territorio.* 2.2 *Competencia subjetiva.* 2.3. *Competencia funcional.* **3. Evolución histórica de la competencia en materia de niños, niñas y adolescentes.** 3.1. *Tribunales de Menores (Ámbito correccional).* 3.2. *El conocimiento de las Instituciones Familiares.* 3.3 *Los Tribunales de Familia y Menores.* 3.4. *La Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.* 3.5 *Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes.* 3.6 *Círculo Judicial de Protección del Niño y del Adolescente.* **4. Competencia atribuida al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente a la luz de la normativa constitucional y legal.** **5. Criterios jurisprudenciales**

sobre la determinación de la competencia en cuanto a: 5.1 la legitimación activa o pasiva de los niños y/o adolescentes involucrados. 5.2 a la materia de la pretensión discutida. 5.3 al Territorio. 6. Jurisprudencias de interés en relación con las pretensiones especiales que se ventilan en el Tribunal de Protección. 6. Conclusiones.

1. Hacia una definición del presupuesto procesal de la competencia

1.1 La jurisdicción y los elementos que la componen

La doctrina (patria y extranjera) ha desarrollado diferentes conceptos y definiciones en relación con el presupuesto procesal de la competencia, aunque si pretendiéramos comprender el sentido general que ella engloba, tendríamos que partir del significado de la palabra *jurisdicción*. El término jurisdicción, proveniente de la locución latina *jurisdictio*, que significa poder o autoridad sobre otro, personifica la potestad suprema que ostenta la figura del Estado, que, actuando en nombre de sus ciudadanos, es el único que tiene el poderío para "administrar justicia" en aras de resolver los conflictos de carácter jurídico y social, que se presenten entre sus conciudadanos, o como producto de la interacción del Estado con los ciudadanos.

En el marco de las consideraciones anteriores, y ahondando en los elementos que componen la jurisdicción, me permito citar la clasificación elaborada por el maestro Alsina (1963; p. 547), para quien la jurisdicción se compone de las siguientes potestades:

Notio: La facultad para conocer de una cuestión determinada;

Vocatio: La potestad de llamar a las partes a comparecer a juicio dentro del término de emplazamiento, en su defecto para que el juicio se siga en rebeldía;

Judicium: La facultad de dictar una sentencia que ponga fin al conflicto en forma definitiva;

Executio: La potestad para ejecutar la sentencia mediante el auxilio de la fuerza pública;

Coertio: La aptitud de emplear la fuerza para hacer cumplir las resoluciones dictadas en el proceso, y hacer posible su desenvolvimiento.

Si bien el maestro precitado elaboró un estudio sobre los elementos que componen la jurisdicción, el profesor Chioyenda (1977) nos la define de manera más sencilla, argumentando que ella

... es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente...

Y en este mismo orden de ideas, cito al dómine Couture (1985; p. 40), quien, concuerda con esa definición y la amplía, menciona que la jurisdicción

... es la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud de la cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución...

... concepto éste que no se encuentra muy lejos del profesado por el tratadista Rengel Romberg (1992; p. 105), para quien

... la jurisdicción es ante todo una función, un conjunto de facultades y deberes del órgano que la ejerce, cuya omisión está sancionada como denegación de justicia. La jurisdicción es una función estatal, vale

decir pública o del estado; manifestación de la soberanía en referencia a la justicia, la cual se administra en nombre de la República y por autoridad de la Ley, sustitutiva de la justicia privada o autodefensa... *Omissis...* hay falta de jurisdicción, cuando el asunto sometido a la consideración del juez no corresponde en absoluto a la esfera de poderes y deberes que idealmente están comprendidos en la función genérica de administrar justicia, atribuida a los órganos del Poder Judicial, sino a la esfera de atribuciones que asignan la Constitución y las leyes a otros órganos del Poder Público, como son los órganos administrativos o los órganos legislativos. En estos casos, no solamente el juez ante el cual se ha propuesto la demanda no puede conocer de ella, sino que ningún juez u órgano del Poder Judicial tiene poder para hacerlo, y se dice entonces que hay falta de jurisdicción...

Como podemos observar, amplios han sido los conceptos que se han elaborado en torno al postulado de la jurisdicción, aunque puedo resaltar que en algunas oportunidades, y motivado al uso impreciso de dicha terminología, se tiende a emplear el término *jurisdicción* como derivado de algunas acepciones de la competencia, por ejemplo: 1) Para hacer distinción entre las materias —jurisdicción civil, jurisdicción agraria entre otras—; 2) Como concepto o sinónimo del ámbito territorial —la jurisdicción argentina, la jurisdicción venezolana y así sucesivamente—; o 3) En cuanto a la determinación o especialidad de los procedimientos (jurisdicción voluntaria o jurisdicción contenciosa).

1.2. Fundamento constitucional de la jurisdicción

La base constitucional para la definición y el alcance de la palabra *jurisdicción* la conseguimos en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

Art. 253. "La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante procedimiento

que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias" (resaltado nuestro).

Efectuando un análisis extenso del precitado artículo constitucional, resalto algunas de las características que son inherentes al contenido del presupuesto de la jurisdicción, entre las cuales, acoto las siguientes:

- a) *La jurisdicción tiene un origen constitucional:* nace con la Constitución, y está instituida para garantizar el disfrute de otras garantías constitucionales, como el derecho al debido proceso y el derecho al juez natural.
- b) *La jurisdicción es una función pública:* sólo al Poder Público le corresponde su ejercicio, no a los particulares.
- c) *La jurisdicción es un concepto unitario:* la jurisdicción es una sola, independientemente del Tribunal que la ejerce.
- d) *La jurisdicción es indelegable:* ella sólo descansa en el Poder Público, mas no aún en su totalidad en el Poder Judicial, quien puede perder la jurisdicción cuando el asunto debe ser conocido por la administración pública o por un juez extranjero.
- e) *La jurisdicción es improrrogable.*

En virtud de lo precitado en el artículo anterior, podemos inferir acertadamente que sólo una autoridad ostenta la facultad de administrar justicia, aunque ello no quiere decir que esa potestad emane de ella propiamente, pues son los ciudadanos quienes en el ejercicio de una actividad democrática y participativa, conforman —instauran y organizan— (directamente o indirectamente) la personificación de los órganos del Poder Público y, en especial, la de una de sus ramas: el Poder Judicial. Aunado a ello, nótese que cuando hablamos de la interrelación de las diferentes ramas del Poder Público, el Poder Judicial es sumamente especial y nada común, tanto así que es el único

Poder que requiere tener "jurisdicción" para conocer de una controversia o litigio, mientras que los demás poderes públicos sólo manejan esferas o ámbitos de competencia; para ejemplo de ello, me permito citar el contenido del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil que reza:

La falta de jurisdicción del juez respecto de la administración pública se declarará aún de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso. La falta de jurisdicción del juez venezolano respecto del juez extranjero se declarará de oficio... (subrayado nuestro).

1.3. Definición del presupuesto procesal de la competencia

Ahora bien, en relación con la definición de la competencia, me permito citar algunos de los vastos conceptos definidos por los juristas del derecho; citando en un primer lugar al doctor Humberto Enrique III Bello Tabares, para quien la competencia

...es la facultad que ostenta cada órgano jurisdiccional, para administrar justicia o conocer de un determinado asunto, declarar y aplicar la voluntad de la ley en el caso concreto mediante la realización de la justicia, en consideración de encontrarse el mismo dentro de la esfera material, cuantitativa y territorial del tribunal, en ausencia de reglas que modifiquen deroguen o alteren dicha competencia (accesoriedad, conexión o continencia de causas) y de elementos que puedan influenciar el ánimo del operador de justicia (competencia subjetiva por causas de recusación o inhibición); en otras palabras es el alindamiento del poder de jurisdicción atribuido constitucionalmente a cada tribunal de la República...

De igual manera, considero prudente destacar los conceptos elaborados por la doctrina extranjera, en relación con el presupuesto procesal de la competencia. Así tenemos que el maestro Couture lo define como

...la medida de la jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efecto de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar...

mientras que el profesor Alsina la enfoca como "la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado"; y finalmente, el jurista Carnelutti, destaca que es "aquel poder propio del oficial de justicia para ejercer la jurisdicción del caso".

Añomando un criterio personal sobre el concepto de la competencia, me permito considerar que ésta es un presupuesto procesal derivado de la jurisdicción, que permite y faculta a un determinado órgano jurisdiccional, y no a otro, el ser apto para conocer de determinada controversia y asegurar el dictamen válido de una sentencia definitiva que resuelva el fondo de la causa; aunado a ello este presupuesto viene determinado por la ley, la cual es la única que puede indicar la forma de su atribución, o plantear reglas sencillas para su modificación y derogación.

Dentro de este contexto sería prudente acotar que la definición de la palabra *competencia*, aunque quizás con su mera pronunciación refiere a la parte jurisdiccional, ello tampoco puede ser interpretado restrictivamente, pues en algunas ocasiones —y más aún con los avances y desarrollos contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente— la misma ley puede señalar o determinar el conocimiento de un asunto, tanto a un órgano jurisdiccional como a uno administrativo. Entonces, vemos como hay que prestar especial atención cuando la misma ley nos señale o refiera a la "autoridad competente" pues, en muchas oportunidades y dependiendo del contexto, puede resultar que la competencia esté atribuida a un órgano jurisdiccional o un órgano administrativo —en virtud de la desjudicialización del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente— y de ello no sólo dependerá el proceso a seguir (pues nótese que en ambas vías existen notorios principios fundamentales y procesales totalmente diferentes entre sí) sino también, la validez o no de las actuaciones efectuadas por el funcionario público actuante.

1.4. ¿Cuál es la importancia de la competencia?

Para destacar la importancia de la competencia, debo partir del concepto técnico-jurídico, estableciendo que, si la jurisdicción viene a ser la potestad de administrar justicia, la competencia es la medida de su aptitud; aunque para ello no sería prudente y acertado concentrar esa facultad en un órgano inanimado, pues más allá de comprender lo que significa la acepción de administrar justicia, debe advertirse que ésta se impartirá en el modo y/o forma que corresponda según la ley, y tomando especial consideración de varios factores. Para disponer e impartir la justicia, el Poder Judicial requiere gozar de una conformación idónea para garantizar la resolución adecuada y expedita de los asuntos, lo cual requiere un análisis comprensivo de una multiplicidad de factores que pudieren influir en su estructura, a saber estos factores —señalados anteriormente— son: 1) El lugar donde se desarrolla el litigio, se afecte un derecho, o se encuentre determinado el domicilio o residencia de un individuo; 2) La especialización del objeto de la pretensión deducida; 3) El nivel y estimación moral del asunto sometido a discusión; 4) Los conocimientos especiales y necesarios que debe ostentar el juez para la resolución de un determinado asunto, que no pueda ser resuelto por otro ordinario; 5) La norma jurídica aplicable; y 6) Los intereses colectivos y/o difusos afectados.

Pero ¿para qué sirve la competencia? Pues es un factor procesal creado para lograr una repartición favorable en la administración de justicia, en atención a una conjunción de factores relevantes para la discusión del litigio; observemos bien que si tomamos en cuenta el carácter sedentario de los Tribunales —salvo el avance de los Tribunales Móviles que adelanta el Tribunal Supremo de Justicia, así como de los jueces itinerantes en la rama penal— éstos tienen su localización en un espacio físico determinado; a modo de explicación lógica, analicemos la siguiente interrogante: Si una persona está domiciliada en Maracaibo y necesita demandar a una persona que se encuentra residente en Amazonas, ¿en dónde debe interponerse la demanda y qué Tribunal será competente para conocer de ésta? En el supuesto

de hecho presentado, la competencia juega un papel determinante; imaginemos por un momento que el Tribunal competente para conocer fuera el de Carabobo, preguntémosnos: ¿Se le dificultaría o facilitaría la gestión del juicio a ambas partes? Pues evidentemente se les dificultaría a ambas, porque ninguna de ellas reside o tiene su domicilio en el estado Carabobo. Es allí donde la competencia encuentra su utilidad, el para qué y por qué es una institución —para conservar un orden y asegurar el conocimiento adecuado, y especializado, de las pretensiones planteadas al Poder Judicial— y precisamente la Ley recoge los supuestos de hecho que norman la aptitud de los tribunales; por lo tanto, todos los tribunales tienen jurisdicción, pero su competencia está limitada a lo que la Ley les diga para qué son aptos. Y ello conlleva a preservar la seguridad jurídica, como parte fundamental del derecho a la defensa.

Veamos ahora, otra arista que se asoma para estudiar la relevancia del presupuesto procesal de la competencia, —frente a la sentencia y el transcurso del litigio— para ello me permito traer a colación un extracto de la consistente jurisprudencia emanada de nuestro Máximo Tribunal de la República:

Reiteradamente la Sala de Casación Civil ha sostenido que la competencia es un requisito de validez de la sentencia, por lo que, es posible que un procedimiento sea tramitado ante un juez incompetente con tal que éste no se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Así, diversas son las normas atributivas de competencia que aparecen dentro de nuestra legislación, destacándose particularmente, las relativas a la cuantía, materia y territorio reguladas en el Código de Procedimiento Civil... (subrayado nuestro). Sentencia N° 283 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° 99-714, de fecha 10/08/2000.

Tan relevante es este presupuesto procesal que, sin su debida observancia, las sentencias proferidas por jueces incompetentes se tienen como inexistentes en el derecho, y así lo ha expresado la reiterada jurisprudencia venezolana:

... En este orden de ideas, ha sostenido la Sala que, cuando un Tribunal de Alzada conoce indebidamente de un proceso que no le corresponde, en atención al grado de jurisdicción, la decisión que pronuncie se considera procesalmente inexistente, en cuyo caso no existe sentencia válida que pueda ser examinada bajo el alcance del recurso de casación ejercido... (subrayado nuestro). Sentencia N° 284 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° 01-385, de fecha 06/06/2002.

2. Clasificación de la competencia

Con el desarrollo de los párrafos antecedentes, podemos afirmar que la competencia, además de ser la medida de una aptitud, es un presupuesto procesal netamente esencial para la constitución de un proceso jurídicamente válido, pues cada juez podrá conocer de la pretensión invocada siempre y cuando la ley lo faculte para ello; profundizando más aún sobre este presupuesto procesal, notamos que la competencia sí es divisible —como contrariamente no lo es la jurisdicción— en atención a un conjunto de factores que se explicarán a continuación:

2.1. La competencia objetiva

Va referida a la comunión existente entre el objetivo de la pretensión (naturaleza de la causa invocada y su *petitum*) con el derecho sustancial tutelado. Es menester aclarar que la ley en sí misma es quien define al órgano competente para conocer de determinadas controversias, y estipula la procedencia o no de la aplicación supletoria de aquellas normas inmediatas al derecho tutelado, o de normas supletorias de otros derechos (ejemplo: la aplicación de normas del Código de Procedimiento Civil en una pretensión de cobro de prestaciones sociales de índole laboral). Dentro de esta competencia se desprende que los tribunales serán competentes en atención a tres elementos: la materia, la cuantía y el territorio.

2.1.1. La competencia por la materia

El artículo 28 del Código de Procedimiento Civil establece que “la competencia por la materia, se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute y por las disposiciones legales que la regulan”; esto es importante pues si hacemos un breve análisis del articulado *in comento*, observamos que esta norma fundamental es de estricto orden público, lo que bastamente alcanzaría para afirmar que las partes no podrán, bajo su voluntad, relajar las disposiciones legales que atribuyen la competencia a un determinado juez para conocer de determinadas controversias. Con referencia a lo expuesto en las líneas precedentes, vemos como en materia de tránsito terrestre, de inquilinato, de hacienda (así como entre otras) las leyes respectivas, a saber: la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, La Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, La Ley de Impuesto Sobre La Renta, así como la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes, establecen en todas ellas cuál es el juez competente para conocer de estas materias.

2.1.2. La competencia por la cuantía

En la determinación de la competencia por la cuantía, se toma en especial consideración el valor económico de la demanda —siempre que la cosa objeto del litigio sea estimable o no—, así como la “jerarquía” de los valores morales y económicos que se ventilan, pues a mayor nivel económico o moral del asunto, mayores deben ser los compromisos y los conocimientos de los jueces especializados acordes con el nivel de exigencia que debe emplearse para la satisfactoria conclusión del proceso. Quizá tienda a verse como discriminatoria esta posición de la cuantía, porque aunque pudiera entenderse que aquella pretensión estipulada o cuantificada en una alta suma de dinero tenga mayores preferencias de trámite y goce con la preferencia de contar con jueces especializados, pues tal concepción resulta errada, dado que por mandato constitucional (Art. 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) la justicia debe ser gratuita y administrada sin discriminaciones de cualquier índole.

Lo que se quiere con esta institución es salvaguardar al máximo la consecución de estas pretensiones; se quiere que los jueces que estén llamados a conocer de dichas pretensiones tengan conocimientos sólidos y muy especiales sobre esos tipos de controversias. Me permito aludir el procedimiento para el antejuicio de mérito del Presidente de la República o Altos Funcionarios del Gobierno, pues al ser esta pretensión de tanta trascendencia moral, la ley convoca al Tribunal Supremo de Justicia, como máximo órgano especializado de la administración de justicia, para proceder a la tramitación de este procedimiento especial, sin que ello jamás signifique alguna discriminación o carácter preferencial; igual ocurre en cuanto a la legitimidad de las partes para la interposición de los recursos de impugnación, donde podemos ver que algunas leyes consagran la cantidad necesaria de unidades tributarias para que éstas puedan hacer uso de los mismos.

2.1.3. *La competencia por el territorio*

Como se expresó en la anterioridad, y a tenor de lo previsto en el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil que reza: "Los jueces no podrán despachar los asuntos de su competencia, sino en el lugar destinado para sede del Tribunal...", los tribunales están regidos por la instauración de un principio sedentario que los obliga a estar localizados en un lugar exacto de la identificación geográfica. Claro está que la ubicación geográfica de los tribunales debe ser estratégica para facilitar el acceso de los justiciables a éstos, lo cual siempre se traducirá en un mayor beneficio. (Tanto en la optimización para la ejecución inmediata de las decisiones dictadas por los tribunales, la reducción de lapsos procesales y la disminución de los gastos por transportes y estadías que pudieran ser ocasionados para la prosecución del litigio). Esta determinación de la competencia, a diferencia de sus iguales, (cuantía y la materia) puede ser relajada por las partes intervinientes, dado que por derecho constitucional todas las personas, naturales o jurídicas, tienen el libre derecho de elegir el lugar de su domicilio o residencia, pero aún así, existen normas atinentes a ella (como los principios de la *perpetuatio jurisdictionis* o la *perpetuatio a fori*) para

evitar que los ciudadanos manipulen el sistema de justicia a su antojo, y entonces proceder a cambiar de domicilio cuantas veces ellas quieran, con la intención de buscar que algún tribunal se pronuncie favorablemente a su pretensión, y dilatar el transcurso del proceso.

2.2. *Para la determinación de la competencia subjetiva*

Ya no reviste un carácter vinculante el motivo o el tipo de pretensión que se quiere invocar, pues en sí esta determinación se relaciona con la psique y el buen ánimo que debe concebirse en la mente de los juzgadores que conocerán de las controversias planteadas por las partes. Quizá para su comprensión no deben esbozarse grandes criterios jurídicos, pues intrínsecamente esta competencia está relacionada con el derecho constitucional que tienen los sujetos a ser juzgados por un tribunal imparcial; para ser imparcial, no basta tener probidad, pero sí es necesario que la conciencia y el estado de ánimo del juez decisor se encuentren en una paz natural sin pasiones exacerbadas, a favor o en contra, que pudieran afectar directamente a una parte o a todas. Tal previsión es importante destacarla puesto que el mismo Legislador Patrio, en el Código de Procedimiento Civil, señala una serie de conductas e inhabilidades que influyen directamente y negativamente en el ánimo imparcial que debe existir en los ciudadanos jueces; de esta manera, la misma ley adjetiva civil reconoce que los juzgadores son humanos (susceptibles a vivir circunstancias afectivas y emotivas) y que como seres sociales que son, mantienen contacto, intereses o afinidad por un grupo determinable de sujetos o individuos.

2.3. *En cambio la competencia funcional*

Es aquella atribuida por la ley al Órgano Jurisdiccional, para la ejecución de ciertas actuaciones que son intrínsecas a la jerarquía del Tribunal y la medida de su aptitud. Sin embargo, puede notarse que esta competencia podría también denominarse como una medida o porción de la jurisdicción, pues lo que ella expresa es el otorgamiento de una potestad para conocer de determinados juicios, en atención

a la función que le toca desempeñar a cada juez; por ejemplo, podemos ver como en la materia penal se distinguen varias funciones: la competencia funcional de primer grado corresponde a los jueces sustanciadores, la competencia funcional de segundo grado a los jueces de alzada o revisores, y la competencia mixta a los jueces sustanciadores, mediadores y ejecutores.

3. Evolución histórica de la competencia en materia de niños, niñas y adolescentes, y la judicialización de los problemas de la infancia

Si quisiéramos realizar un estudio minucioso sobre la materia de la competencia en la rama protección de niños, niñas y adolescentes, nos serviría mucho remontarnos hasta la era del derecho romano, dado que en aquellos tiempos se crearon las bases jurídicas de la mayoría de los sistemas de derecho europeo y, como producto de las sucesivas etapas históricas colonizadoras, la estructura primaria del derecho venezolano.

En el pasado, los niños, niñas y/o adolescentes no eran considerados como sujetos de derechos, ni tampoco tenían libertad de intervención y de actuación, ya que la misma sociedad les imponía límites cerrados y sendas correcciones —represivas y severas— que se veían en aquel momento como correctas e idóneas para lograr la formación integral de un futuro adulto; desde esa óptica, la marginación y la represión estaban a la orden del día, no había libertad de opinión, eran casi esclavos, no tenían patrimonio y mucho menos derechos políticos y sociales, lo que significaba que sólo si lograban afrontar el reto de sobrevivir, al margen estricto impuesto, y evolucionar en edad, podrían disfrutar de nuevos derechos sociales, patrimoniales y políticos. Claro está que desde siempre —producto de la evolución humana— los niños y niñas han sido vistos como seres en desarrollo constante, lo que sucedía era que anteriormente se les coartaba frecuentemente su capacidad para ejercer actos, asumir posiciones, o disponer de un razonamiento lógico propio, pues se entendía que éstos eran incapaces de

responder por sus propios actos, y aún más grave, se entendía que ellos desconocían absolutamente lo que podía producirles beneficio o malestar (no tenían noción del bien o el mal).

Producto de ello, vemos como en el derecho antiguo los niños eran ofrecidos a los dioses, había reglas estrictas para la determinación de su consanguinidad, eran denominados *impúberes* (por esa condición de minoridad se establecía que éstos no tenían capacidad civil para los actos jurídicos y en consecuencia sufrían los efectos de una *capitis deminutio máxima* —que modificaba su *status civitatis*— por estar sometidos a un régimen patriarcal de protección) y generalmente se les marginaba aunque significaran la trascendencia y el futuro de la próxima generación.

A modo de ejemplo y haciendo referencia al marco legal del sistema jurídico romano, vemos como a través de la conformación de las Doce Tablas, y en especial las Tablas IV y V, nacían disposiciones comunes para el derecho de familia. Las Tablas precitadas no regulaban ampliamente las necesidades y derechos que hoy en día son consagrados para nuestros niños y adolescentes, pues en ellas sólo se normaba todo lo relativo a la tutela de menores de edad no sujetos a patria potestad al haber fallecido su padre o normas relativas a la curatela, y en ellas se contenían normas para administrar los bienes de aquellas personas denominadas *pródigos* (enfermos mentales o discapacitados). Notorio es que en estas Tablas por primera vez se limita legalmente el poder absoluto del *paterfamilias* sobre su familia, y en relación con sus hijos, se establecía que el *paterfamilias* perdía la patria potestad de sus hijos, si los explotaba comercialmente en tres ocasiones, y como producto de estas acciones, el hijo “explotado” quedaba emancipado.

Un punto interesante de acotar es que, si bien el sistema romano era muy severo en cuanto a la capacidad de los menores (*impúberes*) y no asomaba las posibilidades reales para garantizar el disfrute y desarrollo efectivo de “plenos derechos”, como contrariamente ocurre

hoy en día en la mayoría de los países del mundo, pues distintivamente era estricto cuando sancionaba a aquellos que, por alguna razón, los maltrataban. Aún así, esta severidad del derecho romano en sancionar a los que por alguna razón maltrataran a un impúber, no era una ley constante en todas las civilizaciones antiguas, por cuanto fue con el transcurso de la historia que se fijaron las bases del conjunto de derechos que permitieron el nacimiento de la Doctrina de la Protección Integral; mientras tanto, la historia no mostraba signos de flexibilizar las normas tendentes a proteger a los niños, niñas y adolescentes, como observamos cuando Aristóteles, al referirse a los niños, señalaba que "un hijo o un esclavo son propiedad...". Conteste con ese pensamiento, algunas civilizaciones favorecían las prácticas de infanticidios y otras conductas para desentenderse de los niños y niñas, como en la India, donde se les consideraba como instrumentos del diablo, y por ello eran destrozados; en las sociedades precolombinas —los aztecas especialmente— predominaron los sacrificios de niños, niñas y adolescentes para calmar a sus deidades, e incluso, en tiempos más modernos, como el de la era de la Revolución Industrial, los niños, niñas y/o adolescentes eran severamente explotados para trabajar catorce (14) horas diarias o más.

Es asimismo, un logro para los derechos fundamentales del hombre, cuando a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, a la luz de la ocurrencia de la Revolución Francesa y las luchas sociales por la reivindicación de los derechos humanos, nace una doctrina nueva de pensamiento: el hombre es un ciudadano racional que tiene derecho a manifestarse, es necesario que el ser humano —sin distinción— tenga garantizados todos sus derechos fundamentales, y que las sociedades se sometan a un pacto social para la creación y conformación de todas las Instituciones necesarias para garantizar el bien común.

Paradójicamente, nuestro país también recibió una influencia mayoritaria de aquellos conceptos filosóficos y humanistas derivados de la época de la Ilustración, pero aun así predominó la práctica constante de rígidas formas de educación y crianza en la estructura de la

familia colonial, inspirada mayoritariamente en las formas de crianzas indoeuropeas. Pocas normas, en el continente suramericano, regulaban en la antigüedad la conducta de los padres en relación con los niños, pues ellos eran vistos como sujetos pasivos de tutela y no como ciudadanos; aunque poco a poco, y producto de profundas preocupaciones internacionales —alimentadas mayoritariamente por la ocurrencia de diferentes conflictos bélicos armados, tasas de mortalidad infantil sumamente elevadas, pobreza, explotación sexual y laboral, entre otras causas— se hizo necesario desarrollar un conjunto de mecanismos jurídicos para garantizar el futuro y la formación de los niños, niñas y/o adolescentes, quienes realmente eran "utilizados" tanto por los progenitores, como por los Estados.

Así llegamos a 1936, momento cumbre para el Estado venezolano, cuando se creó la figura del Consejo Venezolano del Niño (CVN), instituto que fue concebido con un corte o tendencia meramente asistencial (surgieron las primeras casas-cunas, los dispensarios de puericultura, la casa de observación de menores), y para velar por el desarrollo social de los menores y sus padres; claro está que en esta fecha, los problemas de la infancia no estaban atraídos por la violencia, la delincuencia o la farmacodependencia, más bien, y producto de la modernización arrolladora que impulsaba el desarrollo de nuestro país, la prioridad social era otra: educación, salud y vivienda. Con este primer paso, el Estado venezolano lleva a cabo distintos planes sociales, entre 1936 y 1975, cuando se evidencia que el Gobierno nacional asume la problemática del menor como un elemento fundamental para el crecimiento de la sociedad, y a través de la profundización de la reciente doctrina de la situación irregular, el Consejo Venezolano del Niño prestaba asistencia a los niños en condiciones de abandono. Notoriamente se promulga, en julio de 1938, el Código de Menores [modificado luego por la Junta de Gobierno el 30 de diciembre de 1949, con el fin de que el Consejo Venezolano del Niño fuese dotado de las facultades requeridas para cumplir cabalmente los fines de asistencia y protección a la infancia], dando así respuesta a la preocupación existente en diversos sectores de la sociedad en cuanto a la

Aunque si bien parecía que las instituciones civiles avanzaban lentamente en dichos momentos, la justicia penal sí sufría constantes cambios, y es así como a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1954), las reglas de Beijing (1985) para la administración de la justicia de menores, las directrices de Riad (1987) y las reglas mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de la libertad (1990), se conformó un compendio de tratados internacionales que pautaron principios y directrices básicas para la administración de la justicia juvenil y el tratamiento, seguridad, bienestar y protección de los derechos de los jóvenes a quienes se les impone una medida de limitación de libertad. Mientras se lograban estos avances tan valiosos, tampoco es menos cierto que existían consideraciones que aún no estaban a la altura de la doctrina de la protección integral: así hablamos de los Tribunales de Menores en el ámbito correccional.

3.1. Tribunales de Menores (ámbito correccional)

La justicia, que siempre es necesaria si es efectiva para la estructura de la sociedad, poco a poco fue encargada para tener competencia en los problemas de los "menores". Gravemente para la conformación de las antiguas leyes —Código de Enjuiciamiento Criminal, La Ley Tutelar de Menores, entre otras— se utilizaba la distinción de "menores" para referirse a nuestros niños, niñas y adolescentes como simples objetos. Esto no es nada nuevo, pues desde el siglo XIX surgió en Estados Unidos la teoría de la "protección del menor", la cual entre otras cosas, contemplaba la creación de Tribunales Especiales (con los cuales se le dio paso a la judicialización de los problemas de la infancia y la creación de órganos judiciales autónomos y especializados para ello) llamados *tribunales de menores*, cuya función principal era evitar que los "menores" fueran los coautores inmediatos y próximos de futuros eventos potenciales que causarían daño al cuerpo social, y motivado a ello, la solución era que fueran apartados de la sociedad para su "regeneración". En este sentido, la función tutelar de carácter político criminal se redujo, tal como lo señala Raúl Horacio Viñas, para "correccionalizar los procesos" a partir del prin-

cipio tutelar-procesal que consideraba elemental el prudente arbitrio del juez, lo que en la práctica se tradujo en la ejecución de muchas actuaciones excesivas y represivas, que frecuentemente violaban otros derechos. En 1899 se crearon los primeros Tribunales de Menores de la historia, en Illinois (Estados Unidos), los cuales tenían competencia para conocer de aquellos requerimientos especiales sobre menores que: carecieran de familia, se encontraran en deserción escolar, hubieran transgredido el interés social con su conducta, o su familia no se ocupara debidamente de ellos.

En Venezuela, de manera particular, la jurisdicción de menores se estableció desde 1939, al entrar en vigencia el Código de Menores de ese año, cuando en el artículo 38 de la extinta ley se observaba lo siguiente:

Artículo 38.- Los menores de 18 años que se encuentren en estado de abandono o que hubiesen delinquido, serán juzgados por tribunales especiales para menores, conforme a las disposiciones de este Código...

Para hacer comprensivo el análisis de esta etapa histórica, me permito citar algunas de las características fundamentales de dicha fase:

- a) Los menores abandonados o que hubiesen delinquido pasaban a ser tutelados por el Estado, quien en su figura de imperio poder era el único responsable de la regeneración de estos "menores infractores", y por ende estaban legitimadas tanto sus instituciones de reclusión como sus tribunales, para ejercer un poder macro sin ningún tipo de límites; el futuro y todas las decisiones pertinentes que incidieran en la vida de los menores —en ese momento— quedaban en absoluto secreto y discrecionalidad del juez de Menores.
- b) Se obviaron muchos principios básicos del Derecho, entre ellos los de la Constitución, pues discriminatoriamente se entendía que niño sería aquel infante que tuviera su familia, y menor, simplemente al que vivía marginado por la pobreza, se encontraba abandonado o habría delinquido.

- c) Aparece la figura del juez de Menores, quien centralizó el poder en cuanto a la toma de decisiones referentes a los menores infractores, dándole un tratamiento jurídico a asuntos de orden social.
- d) A la pobreza se le otorgaba rango de criminalidad, lo cual era incorrecto —ahora inaceptable a la luz de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes— y sumamente injusto, pues se estigmatizaba al menor que no tuviera recursos como un futuro y potencial criminal, se le atribuía un tratamiento jurídico indebido a los asuntos de naturaleza social.
- e) El menor era objeto de derecho y no sujeto.

3.2. El conocimiento de las instituciones familiares

Con el nacimiento del Estatuto de Menores (1950), hubo un cambio de paradigma con respecto a la competencia de los tribunales especializados creados para la época; ahora estos tribunales conocerían y tendrían competencia, además de la que ostentaban, para conocer de los asuntos de familia “que interesen a la salud o bienes del menor”. Posteriormente, como lo reseña Carmen Luisa Reyna de Roche (1999; p. 372), la Ley Tutelar del Menor introdujo algunas innovaciones en materia de procedimientos —nuevos procedimientos breves y sumarios no previstos con anterioridad— que por más novedosos y especiales que fueron, distaban de significar un avance en la superación de los postulados de la doctrina de la situación irregular. Es preciso aclarar que las causas relacionadas con las diversas instituciones familiares eran conocidas por los jueces civiles de Primera Instancia, bajo los postulados previstos en el Código Civil; sin embargo, tan determinante fue el dictamen de la extinta Ley Tutelar del Menor, que por primera vez se les suprimía a los juzgados civiles la competencia para conocer de aquellos asuntos familiares, en los que estuvieren involucrados los intereses de algún menor, y se hizo distinción expresa entre dos procedimientos que se llevarían a cabo en los llamados Tribunales de Menores: el procedimiento para el trámite de una situación irregular, y el procedimiento para tramitar discusiones de naturaleza civil.

3.3. Los Tribunales de Familia y Menores

La estructura de los Tribunales de Menores varió para el momento en que se promulgó la Ley Tutelar del Menores, aunque en esta pseudo-mezcla de competencias se cometió un error grave al pretender que un mismo juez fuera competente para conocer simultáneamente de causas de naturaleza civil y penal; no obstante, ello no quiere decir que todo era errado o efectuado con imprecisión, pues a la par de esa ampliación contenida en la competencia de los Tribunales de Menores, la extinta ley consagró estremos fundamentales que caracterizaban o hacían especial a la denominada jurisdicción de menores. Entre los principios que enunciaba la ley, destacan el de gratuidad, el del secreto o confidencialidad de las actuaciones, el de la celeridad procesal. En este auge de cambios, cabe resaltar que la conciliación tomó gran relevancia, pues la ley excitaba o promovía circunstancias idóneas para que las partes llegaran a un acuerdo de conformidad con lo que pautara el interés del menor. Bajo la práctica forense se modificó la denominación de los Tribunales de Menores, a raíz del cambio marcado por la Ley Tutelar del Menor, por Tribunales de Familia y Menores, más sin embargo, y exponiendo el punto de vista de la ponente, tal clasificación y precisión no era del todo acertada, y notoriamente sucumbió ante los avances internacionales que se vislumbraban en la materia de niños y adolescentes; realmente, y en pocas oportunidades, existió una jurisdicción de menores especializada a lo largo del territorio nacional, pues la lentitud administrativa y quizás la falta de apoyo para la consumación plena de los diferentes organismos que debieron existir a la par de los Tribunales Especiales, provocaron que en muchas partes del país otros jueces tuvieran que asumir la competencia para conocer de aquellas causas donde se encontraban involucrados intereses o derechos de menores, lo cual era contraproducente para hablar de una especialización, y curiosamente, la misma ley otorgaba esa facultad, por ejemplo, nótese el contenido del artículo 76 de la extinta Ley Tutelar del Menor que reza:

Art. 76. 'Será competente para conocer de la causa el juez de menores de la residencia del menor o de la del obligado y, a falta de éste

el juez de primera instancia en lo civil de la jurisdicción. Si no existen jueces de menores ni de primera instancia, conocerá de la causa cualquier juez de la localidad'.

En la misma arista se mantuvo la jurisprudencia venezolana, la cual, en sucesivas interpretaciones y resoluciones atinentes a la declaratoria del Tribunal competente, determinaba lo siguiente, aún después de la vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

... Debemos tener en cuenta, que el procedimiento para los conflictos sobre guarda de menores y solicitudes de alimentos, establecido en la Ley Tutelar del Menor, en su Libro Segundo, Título III —Del Procedimiento—, artículos 57 al 70, es un procedimiento especial de la materia de menores, y así tenemos que: a.- Se le da competencia al Juez de Menores donde se encuentre la residencia del menor o del demandado, y donde no existan esos funcionarios será competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil (Art. 57)... (sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia bajo sentencia número 403 de fecha 19/05/2000 con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero).

De lo anteriormente transcrito se evidencia que, en la materia especial ya de niños y adolescentes, no estaba delimitada la competencia de manera exclusiva al juez de Niño y Adolescente; por lo tanto, ello no era impedimento para que los Tribunales Civiles de Primera Instancia pudieran conocer, eventualmente, de aquellas causas referentes a las instituciones familiares, y hasta las relacionadas con los "menores infractores"; ello no sólo era una disparidad grave, también era una disposición que lesionaba sus derechos de índole procesal, y hasta constitucionales, por cuando considero que los niños y adolescentes eran marginados, en un ámbito procesal y humano, al no contar con un juez natural especializado.

3.4. La Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en fecha 26/01/1990, significa un importante avance en el reconocimiento de los derechos de la infancia, y una garantía para el ejercicio y disfrute efectivo de sus derechos. De esta manera sucede un evento inesperado en la normativa legal de nuestro país: Venezuela, al ratificar este instrumento internacional de conformidad con los postulados de la norma constitucional, (según Extraordinario de la Gaceta Oficial N° 34.541 de fecha 29/08/1990) debía acoger, en aquel momento y dentro de su normativa interna, los principios novedosos consagrados en la doctrina de la protección integral, que en dicha oportunidad no eran compatibles con los postulados que integraban a la doctrina de la situación irregular que se encontraba instaurada. Con más razón, nuestro país debía poner en movimiento a sus cuerpos legislativos y judiciales, para dar nacimiento a una nueva ley que si pudiera estar a la altura de la Convención.

Así, nace la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes. Al momento de ser ratificada la Convención sobre los Derechos del Niño, sus postulados debían traspasar el plano de lo formal y empezar a producir prácticas notorias, las cuales consistían en tomar cuatro tipos de providencias: legislativas, administrativas, sociales y educativas, que sirvieran para garantizar la implantación satisfactoria de los postulados de la doctrina de la protección integral. Para entender lo relevante del cambio implantado por el precitado instrumento internacional, veamos en el siguiente esquema, las diferencias y contraposiciones de ambas doctrinas (Situación Irregular y Protección Integral), que nos permitirá observar la contraposición evidente de sus principios y postulados:

Doctrina de la Situación Irregular	Doctrina de la Protección Integral
El menor es un objeto sobre el cual recae la intervención judicial.	El niño es un sujeto pleno de derechos.
En nombre del interés superior del menor, la infancia pobre y minusvalorizada es intervenida a través de medidas judiciales que fomentan la discriminación entre niños.	El interés superior de todos los niños está marcado hacia la no discriminación, ya sea por cualquier índole o por sus condiciones sociales, y el Estado debe ejecutar políticas para asegurar la igualdad de condiciones.
Al judicializar los problemas sociales de los menores, el Estado adopta una política de protección basada en el control absoluto y la coerción; tanto así, que consagraba la tutela del Estado sobre los menores en estado de abandono o peligro.	Al juez, al sistema de justicia, a la sociedad y a las familias, les compete el establecimiento de políticas idóneas, y garantías suficientes, dirigidas a fomentar el bienestar de los niños y/o adolescentes, sin que en ningún momento el Estado participe como una figura represiva.
Sanciona la pobreza del niño, y de su familia, al categorizar como abandono las carencias materiales o emocionales, con la cual se prevenía, la posibilidad de sustraerlo de su medio familiar.	Asegura al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, adoptando medidas para coadyuvar con los padres u otras personas responsables, en caso de poseer escasos recursos económicos y/o afectivos.

Doctrina de la Situación Irregular	Doctrina de la Protección Integral
La cosificación del niño se manifiesta en la ausencia de su derecho a expresar sus ideas libremente, o al ser tutelado por una medida judicial arbitraria.	El niño tiene derecho a expresar su opinión, y a ser informado, por medio de sus padres o representantes legales, de cualquier asunto de su interés y si fuere el caso, de los cargos que se le adjudiquen.
El niño que infringe la ley penal, por no ser sujeto de derechos, no tiene defensor y puede ser privado de su libertad si el arbitrio del Juez de Menores lo considera prudente.	El niño privado de su libertad por cometer una infracción, o un delito, tiene derecho, a un debido proceso, a la asistencia de un defensor, y a que se le detenga o interne en un órgano de reclusión por el tiempo más breve posible, sólo cuando no haya otro recurso.
La imprecisión de las categorías de abandono moral y situación de peligro produce la intervención ilimitada del juez, quien en el uso de una potestad legal dispone del destino del niño al aplicarle un régimen asistencial correccional cuya duración es indeterminada.	Los niños que experimentan situaciones especialmente difíciles, que no se relacionen con la transgresión de las leyes penales, son atendidos fuera del ámbito judicial por los órganos a los que concierne la protección social.
Un niño que padece problemas socioeconómicos y es declarado en abandono o peligro es tratado de la misma manera que un infractor.	Ningún niño es privado de su libertad, a menos que se haya establecido su responsabilidad en la autoría de una infracción penal grave.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño está amparada bajo el velo de unos nuevos principios rectores, a saber:

Principio de la corresponsabilidad: Ahora el Estado, la sociedad y la familia están en la obligación solidaria y responsable de velar por la integridad de los derechos de los niños [la Convención define al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, por eso en su texto no se hace mención a los adolescentes]; no hay un orden de prelación específico ni hay responsabilidad agravada para cada uno, todos los integrantes mencionados colaboran en el ámbito de la competencia, aunque especialmente tienen prioridad las familias, por ser la "...asociación natural de la sociedad..." de conformidad con lo preceptuado en el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Principio de legalidad: Todas las actuaciones que se efectúen para garantizar derechos o imponer sanciones y penas deben estar enmarcadas y tipificadas preliminarmente en la ley; ya no es posible la práctica de costumbres y actos desmedidos, pues la norma prevista para ello, se encargará de normar la competencia de cada órgano creado para conformar el sistema de protección, y a su vez sus decisiones deben estar enmarcadas en causa legal (*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*). Se deriva de este principio, la prohibición de imponer penas crueles y degradantes a los niños.

Principio de especialización jurisdiccional: Presupone la existencia de requisitos esenciales y especiales para el nacimiento de la jurisdicción de niños. Nótese que el uso de la palabra jurisdicción es acertado, pues este convenio internacional fue suscrito por países que aún no contemplaban en su ordenamiento jurídico el derecho de familia y ni siquiera contaban con tribunales que normaran la materia de niños y/o adolescentes.

Principio del contradictorio: El proceso debe ser controlado por las partes, quienes en la coexistencia de sus derechos, como el del debido proceso y a la defensa, tienen roles procesales atinentes a su inter-

vención en el proceso. Ya no será la verdad inquisitoria del juez la que predominará en el proceso, sino la fluctuación y desenlace de los roles asumidos por las partes, la opinión del niño, niña y/o adolescente y el interés superior de éstos.

Principio de la inviolabilidad de la defensa: La defensa, como un derecho fundamental, no podrá ser relajada y por ende todos los niños, niñas y adolescentes tienen que ser debidamente defendidos y hacer uso de los medios de impugnación o defensa que la ley les permita. Claro está que este derecho ha encontrado grandes trabas a la luz de los conceptos de minoridad e incapacidad procesal que aún se ventilan sobre los niños, niñas y/o adolescentes; en este aspecto, la reforma implantada en fecha 10/12/2007, y la creación de la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, avanza al consagrar por primera vez que nuestros niños, niñas y/o adolescentes pueden incoar un proceso y ejecutar actos procesales válidos.

Principio de impugnación: Todas las decisiones dictadas en materia de niños, niñas y adolescentes deben ser recurribles ante un órgano superior; en este punto también la novísima reforma señalada *ut supra* ha dado grandes pasos, al consagrar en su normativa interna la ejecución de un recurso denominado control de la legalidad, con el cual se pueden impugnar aquellas decisiones que aun cuando no tuvieren casación, quebranten normas de orden público, violen la doctrina reiterada emanada de la Sala de Casación Social o violen disposiciones constitucionales.

Principio de la legalidad de los procedimientos: El procedimiento que se utilice para la resolución de alguna controversia o conflicto judicial debe estar preestablecido por un texto legal, sin que su determinación o composición, queden a discreción del juez de protección.

Principio del interés superior: Aunque este principio no se consagra definido expresamente por la Convención, marca un hito que establece la diferencia en la protección debida, pues el mismo supone la

instauración de una serie de organismos y procedimientos especiales para los niños y adolescentes, producirá una evidente protección frente a otros (mayores de edad), pues la especialidad y la determinación de la materia, son influyentes en la forma, modo y tiempo, en que se dictan las decisiones.

3.5. *Tribunales de protección especializados*

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, nuestro país se sumerge en un proceso de cambio amplio, en lo que se refiere a la actividad jurisdiccional. Motivado a ello, era necesario redefinir la conceptualización de los Tribunales de Menores, de sus procedimientos y de su competencia. La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Lopna) que fuera publicada por primera vez en el Extraordinario de la Gaceta Oficial N° 5.266 de fecha 02/10/1998, cambia la constitución y forma de integración de los Tribunales de Menores, los cuales, a partir de dicho momento, fueron llamados *Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente*.

De esta manera, no sólo se consolida la especialización de la materia de niños y adolescentes, sino que se crea también un conjunto de organismos, tanto de corte judicial como administrativo, con los cuales se busca garantizar y proteger el ejercicio pleno de los derechos de nuestros niños, niñas y/o adolescentes. Con esta conformación expuesta por la ley, se redefine la competencia de estos tribunales y de una vez se procede a la separación de la materia civil de la penal: así nace por primera vez el denominado Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Como se estableció preliminarmente, y con la creación del nuevo sistema de responsabilidad penal, se corrigió el error cometido por la Ley Tutelar del Menor cuando la misma atribuía a un solo tribunal la competencia para conocer de causas penales y civiles; el Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes conocerá de las solicitudes y demandas civiles, mientras que el Tribunal de Responsabilidad Penal se encargará del trámite de las causas penales.

Cabe destacar que a diferencia de los postulados previstos en la doctrina de la situación irregular, se consagran en estos nuevos tribunales las garantías procesales suficientes y equilibradas para que nuestros niños, niñas y adolescentes tengan un debido proceso, sean oídos y, sólo si se determina su responsabilidad penal, sean objeto de medidas regenerativas y educativas; de igual manera se evidencia una reducción sustancial de los márgenes de discrecionalidad del juez, cuando se conceptualiza a la medida de privación de la libertad como una medida de corte excepcional.

En lo que se refiere al análisis de la competencia de estos tribunales, el mismo artículo 177 de la reformada Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes consagraba que los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente conocerían, en primer grado, de las siguientes materias:

Asuntos de familia:

- a) Filiación;
- b) Privación, extinción y restitución de la patria potestad;
- c) Guarda;
- d) Obligación alimentaria;
- e) Colocación familiar y en entidad de atención;
- f) Remoción de tutores, curadores, protutores y miembros del consejo de tutela;
- g) Adopción;
- h) Nulidad de adopción;
- i) Divorcio o nulidad de matrimonio, cuando haya hijos, niños y/o adolescentes;
- j) Divorcio o nulidad de matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes;
- k) Cualquier otro afín a esta naturaleza que deba resolverse judicialmente.

Asuntos patrimoniales y del trabajo:

- a) Administración de los bienes y representación de los hijos;
- b) Conflictos laborales;
- c) Demandas contra niños y adolescentes;
- d) Cualquier otro afin a esta naturaleza que deba resolverse judicialmente.

Asuntos provenientes de los Consejos de Protección, o de los Consejos de Derechos:

- a) Desacato de los particulares, instituciones públicas o privadas u órganos del Estado, a las medidas de protección impuestas por los Consejos de Protección;
- b) Disconformidad de particulares, instituciones públicas o privadas u órganos del Estado, a las medidas de protección impuestas por los Consejos de Protección, agotada la vía administrativa;
- c) Abstención de los Consejos de Protección;
- d) Disconformidad de las entidades de atención y de las Defensorías del Niño y del Adolescente con las decisiones del Consejo de Derechos que nieguen o revoquen el registro o inscripción de programas;
- e) Aplicación de sanciones a particulares, instituciones públicas o privadas, excepto las previstas en la Sección 4 del Capítulo IX de este Título (sanciones de índole penal);
- f) Cualquier otro de naturaleza afin que deba resolverse judicialmente.

Otros asuntos:

- a) Procedimiento de tutela;
- b) Autorizaciones requeridas para el matrimonio, cuando uno o ambos contrayentes sean adolescentes;

- c) Pedidos basados en la discrepancia entre los padres, en relación con el ejercicio de la patria potestad;
- d) Régimen de visita;
- e) Autorizaciones requeridas por padres, tutores o curadores;
- f) Inserción, rectificación o supresión de partidas relativas al estado civil de niños y adolescentes;
- g) Cualquier otro de naturaleza afin que deba resolverse judicialmente.

Acción de protección: Acciones contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos, de los niños y adolescentes.

Competencia contenciosa administrativa en materia de Protección del Niño, Niña y Adolescente:

En Venezuela la Jurisdicción Contenciosa Administrativa pudiera definirse como aquel conjunto de órganos judiciales cuyo deber máximo estriba en controlar la legitimidad y legalidad de los actos y hechos emanados de la administración pública. El artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa una competencia sumamente amplia para abocarse al conocimiento de las relaciones jurídico-administrativas. En este sentido, hacemos nuestro el contenido del referido artículo, el cual es del tenor siguiente:

Artículo 259. La jurisdicción contenciosa administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho...

Ahora bien, considerado el fundamento constitucional esgrimido *ut supra*, necesario se hace traer a colación el contenido del artículo 47

de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual nos indica de una manera directa la preponderancia de los procedimientos contenidos en las Leyes especiales sobre el Procedimiento Ordinario. Veamos el contenido de la comentada disposición:

Artículo 47. Los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad.

Penetrados a la luz de los criterios antes transcritos, debemos abordar el análisis de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente en lo tocante a la materia contenciosa administrativa contenida en la Ley Especial. En este sentido, constituye una novedosa herramienta con la cual cuentan los jueces de Protección para materializar de una manera directa la Tutela Judicial Efectiva, cuando se vean involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes. En efecto, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente prevé que los Tribunales de protección conozcan de los distintos asuntos y recursos de carácter contencioso, conforme al procedimiento ordinario previsto en la Ley especial. Por otra parte, la protección del niño, niña y adolescente es una materia en la que convergen competencias concurrentes, es decir, tanto el Poder Nacional, los estados y los municipios; por ello, en aras de evitar discordancias nocivas entre las entidades *ut supra*, la Ley especial dispuso la coordinación de éstas al Consejo Nacional de Derechos del Niño, Niña y Adolescente (Conade), el cual dispondrá las directrices y políticas para todos los órganos administrativos, sean de cualquier nivel administrativo.

Así las cosas, observamos que las decisiones o actos administrativos dictados por los Consejos de Protección, Consejos de Derechos o de las Oficinas de Adopciones están sometidas al control del Tribunal de Protección, como consecuencia del contenido de la exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, la cual señala al Tribunal de Protección como puntal del sistema. En consecuencia, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adoles-

cente creó una nueva infraestructura administrativa en la que los entes que la conforman pueden dictar una serie de actos administrativos, los cuales obligatoriamente deben estar ceñidos con los procedimientos administrativos contenidos en la Ley Especial que regula la materia; ante los cuales se ejerce el recurso de reconsideración y se impugnan ante el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente, donde adicionalmente pueden ser revocados, modificados o confirmados.

Así pues, y observando los variados enfoques que se le han otorgado a la materia contenciosa administrativa, debe destacarse que la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente refiere la existencia de unificación de criterios para que exista la armonía necesaria en cuanto al conocimiento y competencia de las posibles transgresiones de los entes encargados por la misma Ley, contra intereses de los niños, niñas y adolescentes tutelados por el Estado; naciendo ésta, del fuero atrayente del cual goza la materia de protección por ser una materia especialísima, y de igual forma, con el objeto de respetar las autonomías de los demás niveles de la administración pública.

En este mismo sentido, la competencia contenciosa administrativa atribuida a los Tribunales de Protección no es otra cosa que el esfuerzo que realiza el Estado por tratar de robustecer los mecanismos de defensa como parte de una política en la que el "interés superior del niño" debe prevalecer por sobre muchas consideraciones, sean de orden procesal administrativo, etc., ya que así como se observa en este capítulo, referido a la competencia del juez de Protección en materia contenciosa administrativa, existen otras materias en donde se ven afectados intereses de niños, niñas y adolescentes y es imperante la intervención del juez de Protección para conocer de dichos asuntos.

Competencia inquilinaria en materia de protección de niño, niña y adolescente

En este sentido, el ámbito de protección contenido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente alcanza los derechos

de desarrollo, protección, participación y supervivencia, reconocidos éstos en la Convención sobre los Derechos del Niño, a través de los cuales se observa la premisa fundamental denominada Interés Superior del Niño, como sujeto pleno de derechos. Aunado a esto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 78, prescribe lo siguiente:

Artículo 78. (...) El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, en materia inquilinaria no puede esgrimirse tal principio; resulta común observar como en los asuntos relativos a desalojos o resolución de contratos arrendaticios de inmuebles, los signatarios incoados tienden a oponer la circunstancia de que existen niños, niñas o adolescentes bajo su responsabilidad, y que por ende cohabitan en el inmueble, aduciendo en ese sentido el interés superior del niño, consagrado en la legislación venezolana para determinar la acción de la medida.

En consonancia con lo explicado anteriormente, y realizando un análisis en contrario, existen otras situaciones igualmente consagradas en la Ley Especial de Protección del Niño, Niña y Adolescente, en las que en materia de inquilinato sí puede intervenir el juez de Protección. Tales situaciones, entre otras, pudieran ser cuando el adolescente es sujeto activo en un contrato de arrendamiento o cuando el mismo adolescente es propietario de un inmueble etc., en estos supuestos contenidos en la ley, debe prevalecer el interés superior del niño, en el sentido de que sea el juez de Protección quien conozca y resuelva las controversias suscitadas con motivo de la participación de adolescentes en los supuestos *ut supra* mencionados. Para los demás supuestos en materia inquilinaria, en los que existan niños, niñas

o adolescentes, pero no siendo estos signatarios de los respectivos contratos de arrendamiento, la tramitación debe estar circunscrita a la Jurisdicción Civil Ordinaria, siendo esta posición esgrimida en reiterada jurisprudencia emanada de nuestro máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela.

A los efectos de analizar y profundizar un poco más la aludida posición, así como el significado y eficacia del principio denominado *interés superior del niño* en los asuntos antes referidos; cabe abrir la interrogante a los efectos de plantear la circunstancia en la cual la decisión que ordena el desalojo de los arrendatarios de un inmueble, incluidos niños y adolescentes, pueda suspender sus efectos en el tiempo, hasta lograr el fin último que es la protección debida, cuando observamos que tal decisión pretende materializarse, por ejemplo en mayo, y partiendo de la hipótesis de que el desalojo acarreará un cambio de domicilio, éste pudiera causarle un grave perjuicio a los niños y adolescentes cohabitantes del inmueble, ya que para esta época del año los escolares están en exámenes, pudiendo no permitirle la culminación del año escolar.

Resulta interesante pensar que en las acciones de amparo en las que se esgrima el interés superior del niño, el juez de Protección pudiera intervenir y, sin desconocer el mandato, disponer que el desalojo se lleve a cabo, pero no en ese mes, sino en el de agosto, cuando haya finalizado el año escolar y de esta manera otorgarle la posibilidad al niño y/o adolescente de culminar con su período escolar, reafirmando de esta manera el tan importante principio del interés superior del niño, consagrado en nuestra Carta Magna, el cual le otorga una herramienta fundamental a los jueces de Protección.

3.6. Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente

Con anterioridad a la promulgación de la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes, y a los cinco años de entrada en vigencia de dicha ley, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM), con el apoyo constante del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ),

llevaron a cabo un ambicioso proyecto que notoriamente incidió en el futuro de los Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes. A través de la publicación de la resolución N° 69, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.011 de fecha 30/08/2004, se crean los Circuitos Judiciales de los Tribunales de Protección, dando así cumplimiento a lo estipulado en el artículo 269 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concatenado con el mandato legal previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (1998); las normas precitadas establecen:

Art. 269. La ley regulará la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de los tribunales y cortes regionales, a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial.

Art. 174. Se crean los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente que tendrán su sede en Caracas y en cada capital del estado, además de las ciudades que determine el Consejo de la Judicatura, de acuerdo a los circuitos judiciales. (Subrayado nuestro).

Así vemos como la misma ley incorporaba la estructura del Tribunal de Protección, dentro de los circuitos judiciales, que en la práctica consolidan la dedicación exclusiva del juez a actividades jurisdiccionales, la homogenización de los sistemas de trabajo, la creación de oficinas centralizadas y auxiliares para los tribunales (equipo multidisciplinario, la oficina de Alguacilazgo entre otras) y la incorporación de nuevos indicadores de gestión.

4. Competencia atribuida al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente a la luz de la normativa constitucional y legal

La ley, como fuente directa del derecho, norma las conductas de los ciudadanos y ciudadanas que, por alguna circunstancia, deciden con-

currir a un Tribunal para obtener un pronunciamiento judicial. En la consagración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, las normas sustantivas establecen los supuestos de hecho sobre los cuales las partes puedan fundar sus pretensiones, y de manera contraria, las normas adjetivas regulan la forma, el modo y conducta, tanto de las partes como del Tribunal, para obtener la satisfacción del derecho que se reclama; estas normas (las adjetivas), importantes por demás, establecen un conjunto de actos y formas procesales que llevarán [luego del trámite de la secuela de actos procesales que constituyen al procedimiento] al pronunciamiento del juez en una sentencia.

Para esbozar plenamente el fundamento legal de la competencia atribuida a los Tribunales de Protección de Niño y del Adolescente, notemos dos cosas fundamentales: los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos por el Estado, y además, en su condición especial de sujetos plenos de derecho, su protección debe ser integral y cultivada por órganos judiciales que en el desarrollo de su actividad, cuenten con una misión y visión social comprometida al servicio de ellos. Esta concepción fue bien entendida por el Constituyente, quien en el contenido de nuestro texto constitucional consideró idónea la especialización de la materia de protección de niños, niñas y adolescentes, cuando consagró en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo siguiente:

Art. 78. Los niños, niñas y adolescente son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.

Como se explicó anteriormente, esa posición de catalogar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, no sólo arroja un cambio de paradigma, sino que representa el alcance de todos los derechos humanos, y de igual manera nos permite observar

gratamente que ahora ellos son ciudadanos sin minusvalías estigmatizantes. En relación con el postulado procesal de la competencia, nótese que el precitado artículo consagra en sí mismo la especialización de la materia de niños, niñas y adolescentes y la creación de sus tribunales especiales para ellos, aun así, la norma legal no hace mención expresa del "para qué" son competentes dichos tribunales. Ello no es una omisión legal claro está, pues si los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho, y también ciudadanos, eso es suficiente para afirmar que ellos gozan de los mismos derechos que ostentare una persona adulta, aunque con una distinción notoria: serán protegidos por tribunales especiales. La Carta Magna enfatiza este particular, en el sentido de que tal atributo es de obligatoria observancia, como una garantía. Entre algunos de los derechos fundamentales (consagrados en la norma constitucional) que gozan los ciudadanos, y que aparecen relacionados con el ámbito de la competencia, me permito citar los siguientes:

Art. 27. ...la acción de amparo constitucional será oral, pública, breve, gratuita y no sujeta a formalidad; y la **autoridad judicial competente** tendrá potestad para reestablecer inmediatamente la situación jurídica infringida... (destacado nuestro, derecho al ejercicio de la acción de amparo).

Art. 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados (...) y de solicitar ante el **tribunal competente** la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos... (destacado nuestro, derecho a la información y *habeas data*).

Art. 49. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un **tribunal competente**, independiente e imparcial... (destacado, derecho a ser oído, a la imparcialidad del tribunal y la consagración de garantías procesales que coadyuvan al seguimiento de un debido proceso).

Art. 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública **sobre los asuntos que sean de la competencia** de éstos o éstas... (derecho para elevar peticiones ante cualquier organismo público).

Todos los derechos anteriormente enunciados, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, son de aplicación directa en materia de niños, niñas y adolescentes, y en lo atinente a la competencia, es que tales derechos deben ser protegidos y garantizados por los Tribunales especializados que se crearon para ellos. Aunado al fundamento constitucional esbozado, resalto notoriamente que el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es, por antonomasia, el fundamento legal que enmarca un precedente en lo que refiere a la determinación de la competencia de los Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes, aunque si bien es cierto que tal articulado fue explicado *ut supra*, a la luz de la anterior Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes, me permito plasmar el nuevo contenido de dicho artículo a la luz de la nueva Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes promulgada en fecha 10/12/2007 en el Extraordinario de la Gaceta Oficial N° 5.859:

Artículo 177. Competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es competente en las siguientes materias:

Parágrafo Primero. Asuntos de familia de naturaleza contenciosa:

- a) Filiación.
- b) Privación, restitución y extinción de la Patria Potestad, así como las discrepancias que surjan en relación con su ejercicio.
- c) Otorgamiento, modificación, restitución y privación del ejercicio de la Responsabilidad de Crianza o de la Custodia.

- d) Fijación, ofrecimiento para la fijación y revisión de la Obligación de Manutención nacional e internacional.
- e) Fijación y revisión de Régimen de Convivencia Familiar nacional e internacional.
- f) Negativas o desacuerdos en autorizaciones para viajar dentro y fuera del país.
- g) Negativas o desacuerdos en autorizaciones para residenciarse dentro y fuera del país.
- h) Colocación familiar y colocación en entidad de atención.
- i) Adopción y nulidad de adopción.
- j) Divorcio, nulidad de matrimonio y separación de cuerpos, cuando haya niños, niñas o adolescentes comunes o bajo Responsabilidad de Crianza y/o Patria Potestad de alguno de los cónyuges.
- k) Divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos, liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.
- l) Liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes comunes o bajo Responsabilidad de Crianza y/o Patria Potestad de alguno o alguna de los solicitantes.
- m) Cualquier otro afín de naturaleza contenciosa que deba resolverse judicialmente en el cual los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso.

Parágrafo Segundo. Asuntos de familia de jurisdicción voluntaria:

- a) Administración de los bienes y representación de los hijos e hijas.
- b) Procedimiento de Tutela, remoción de tutores, curadores, protutores, y miembros del Consejo de Tutela.
- c) Curatelas.

- d) Autorizaciones requeridas para el matrimonio, cuando uno o ambos contrayentes sean adolescentes.
- e) Autorizaciones requeridas por el padre y la madre, tutores, tutoras, curadores o curadoras.
- f) Autorizaciones para separarse del hogar, cuando haya niños, niñas y adolescentes, o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.
- g) Separación de cuerpos y divorcio de conformidad con el artículo 185-A del Código Civil, cuando haya niños, niñas y adolescentes, o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.
- h) Homologación de acuerdos de liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes.
- i) Rectificación y nulidad de partidas relativas al estado civil de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de las atribuciones de los consejos de protección de niños, niñas y adolescentes, previstas en el literal f) del artículo 126 de esta ley, referidas a la inserción y corrección de errores materiales cometidos en las actas del registro civil.
- j) Títulos supletorios.
- k) Justificativos para perpetua memoria y demás diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o algún derecho propios del interesado o interesada en ellas, siempre que en el otorgamiento de los mismos se encuentren involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes.
- l) Cualquier otro de naturaleza afín de jurisdicción voluntaria que deba resolverse judicialmente, en el cual los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso.

Parágrafo Tercero. Asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:

- a) Disconformidad con las decisiones, actuaciones y actos administrativos de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas

y Adolescentes o los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en ejercicio de las competencias en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

- b) Disconformidad con las medidas impuestas por los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- c) Abstención de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- d) Aplicación de sanciones a particulares, instituciones públicas o privadas, excepto las previstas en la Sección Cuarta del Capítulo IX de este Título.
- e) Cualquier otra de naturaleza afín que deba resolverse judicialmente o que esté prevista en la ley.

Parágrafo Cuarto. Asuntos patrimoniales, del trabajo y otros asuntos:

- a) Demandas patrimoniales en las cuales los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento.
- b) Demandas laborales en las cuales los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento.
- c) Demandas y solicitudes no patrimoniales en las cuales los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso.
- d) Demandas y solicitudes en las cuales personas jurídicas constituidas exclusivamente por niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento.
- e) Cualquier otro de naturaleza afín que deba resolverse judicialmente, en el cual los niños, niñas o adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso.

Parágrafo Quinto. Acción judicial de protección de niños, niñas y adolescentes contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos, de niños, niñas y adolescentes.

Este artículo 177 nos denota claramente la atribución de la competencia (por la materia) que se ha asignado a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente. También referimos al artículo 453 *ejusdem*, el cual (en conjunto con otras disposiciones) consagra el marco de referencia para poder hablar de la competencia territorial de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente:

Artículo 453. **El juez competente** para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley será el de la **residencia del niño y del adolescente**, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad de matrimonio, en los cuales el juez competente será el del domicilio conyugal.

Cabe acotar que el artículo precedentemente transcrito fue modificado en el nuevo texto de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de la siguiente manera:

Art. 453. El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley es el de la residencia habitual del niño, niña o adolescente para el momento de la presentación de la demanda o solicitud, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se aplicará la competencia por territorio establecida en la ley.

Si efectuamos un análisis de ambos artículos (el derogado y el vigente), nos podemos dar cuenta de que el aspecto de la residencia aún marca el precedente para la determinación de la competencia territorial; aunque sin mayor notoriedad se ha sustituido el término de *juez competente* por el de *Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*, si existe una variación fundamental en cuanto al tipo de residencia. Si bien la denominación de residencia habitual no aparece definida según el texto de la nueva ley, ésta sugiere que el niño, niña y/o adolescente se encuentre en un lugar con carácter de estabilidad, lo cual se determinará en el caso concreto; no pareciera concluyente la exigencia de un tiempo de residencia para la determinación del tribunal competente, pero sí que ese lugar esté señalado por la unión de elementos

objetivos y subjetivos que vinculan al niño, niño y/o adolescente a ese espacio territorial, y no a otro, sin embargo y como requisito fundamental, se exige que tal residencia habitual sea señalada al momento de la interposición de la demanda o solicitud, y de ese señalamiento se verificará qué Tribunal es el competente; pareciere que la competencia no se podría derogar por el cambio de residencia que eventualmente pudiera suceder en el transcurso del litigio, lo cual significaría, entre otras cosas, que los jueces deberían acoger el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* como postulado rector para la determinación de la competencia al momento de la presentación de la demanda y continuación del proceso hasta su total culminación. (Sobre este principio en concreto se expondrán los criterios jurisprudenciales sostenidos hasta la fecha).

5. Criterios jurisprudenciales sobre la determinación de la competencia en cuanto a:

5.1. La legitimación activa o pasiva de los niños, niñas y/o adolescentes

La legitimación es aquella condición jurídica de una persona con relación al derecho que invoca en un juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican el ejercicio de su pretensión, de la cual se pueda evidenciar la aptitud o idoneidad para actuar en el proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro.

Citando al profesor Chioyenda (1990; p. 85):

...[la legitimación]consiste en la identidad del actor con la persona a cuyo favor está la ley y en la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley. La primera constituye la legitimación activa; la segunda, la legitimación pasiva.

En un ámbito más extenso, el maestro Olman Arguedas Salazar (2007, p. 126) nos define la legitimación como

...la condición de la titularidad en que se encuentra una persona con relación al objeto litigioso. Si en la demanda se ha afirmado por el actor que es propietario de un inmueble, la legitimación consiste en que se demuestre que efectivamente él es propietario de ese inmueble, y de esa demostración dependerá el derecho que concretamente se invoca en la demanda. Precisamente, como esa circunstancia depende de la prueba que se haga en el proceso, la legitimación es un presupuesto de fondo que no es posible determinarlo sino hasta que se dicte la sentencia. Por eso es que existe una diferencia radical entre capacidad y legitimación. La primera se ostenta desde el principio del proceso y hasta su finalización. La segunda sólo existirá si así se declara en sentencia. Porque sería contradictorio decir que se tiene legitimación por constituirse en parte actora si posteriormente, en la sentencia se declara sin lugar la demanda...

Los conceptos anteriormente esbozados nos permiten conocer las diversas consideraciones doctrinales de lo que debe entenderse por legitimación, pero aún así, dejemos que sea la jurisprudencia patria que nos ilustre el papel que juega la legitimación pasiva y/o activa en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, y haciendo un análisis histórico, cito los criterios expuestos por las diferentes salas que conforman al Tribunal Supremo de Justicia en relación con la legitimación (activa y/o pasiva) de los niños, niñas y adolescentes:

5.1-(a) En fecha 24/10/2001 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Luis Martínez Hernández, dictaminó lo siguiente en la sentencia N° 33:

...Es por ello que, a juicio de la Sala, una coherente y lógica interpretación del contenido del Parágrafo segundo del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección para la Protección de los Niños y Adolescentes implica necesariamente afirmar que no forma parte de la competencia de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente ni de la Sala de Casación Social... *omissis*... el conocimiento de las demandas de naturaleza patrimonial o del trabajo incoadas por niños y adolescentes...

Para entendimiento del lector, se transcribe lo que contenía el párrafo segundo del modificado artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes vigente desde 1998:

Parágrafo segundo. Asuntos patrimoniales y del trabajo:

- e) Administración de los bienes y representación de los hijos;
- f) Conflictos laborales;
- g) *Demandas contra niños y adolescentes;*
- h) Cualquier otro afin a esta naturaleza que deba resolverse judicialmente (destacado nuestro).

Si bien en la prenombrada decisión no sólo se indica lo referente a la determinación de la competencia en razón a la legitimación pasiva de los niños, niñas y adolescentes [porque toca el punto de la legitimación en razón a la materia de la cuestión discutida, que en dicho caso, era laboral], la Sala Plena acogió en dicho momento una interpretación literal de la norma señalada *ut supra*. Aún así, expresó la ponente que tal interpretación será soslayada cuando entre en vigencia el nuevo contenido del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes reformada, el cual en su parágrafo cuarto, denota lo siguiente:

... **Parágrafo cuarto.** Asuntos patrimoniales, del trabajo y otros asuntos:

- a) *Demandas patrimoniales en las cuales los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento* (destacado nuestro).

5.1-(b) En fecha 11/10/2005 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, dictaminó mediante sentencia N° 1367 lo siguiente,

... Visto que la presente causa versa sobre una controversia de naturaleza laboral, debe esta Sala destacar que el artículo 115 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente dispone, respecto a la competencia judicial en dicha materia de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, que corresponde a dichos órganos el ejercicio de la jurisdicción para resolver asuntos contenciosos del trabajo de niños y adolescentes, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, sin distinguir que los mencionados sujetos de derecho figuren como legitimados activos o pasivos...

Contra dicha decisión, los Magistrados Juan Rafael Perdomo y Alfonso Valbuena Cordero, salvaron su voto exponiendo los siguientes motivos:

Extracto del voto salvado presentado por el Magistrado Juan Rafael Perdomo:

... En el caso concreto la mayoría sentenciadora consideró que el asunto debe ser conocido y decidido por un Tribunal de Protección, siguiendo una sentencia aislada de la Sala Constitucional que —sin motivo alguno— así lo establece, y no por un tribunal del trabajo y siendo que se trata de una demanda de cobro de prestaciones sociales incoada por un adolescente, estimo que de acuerdo con la doctrina de esta Sala y de la Sala Plena, el competente es un Tribunal especializado en materia laboral...

Extracto del voto salvado presentado por el Magistrado Alfonso Valbuena Cordero:

... la razón en que se basa la Sala para declarar la competencia de los Tribunales de Protección, es que disiento del fallo en comento, pues considero que como pacíficamente lo ha señalado este Alto Tribunal, la competencia de los Tribunales de Protección está atribuida cuando los menores o adolescentes funjan como demandados...

No obstante, el criterio asumido por los magistrados disidentes, ante la tendencia que asoma la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pareciera opacarse en su totalidad; sin embargo, puede verse que el conflicto presentado en lo que se refiere a la materia laboral y patrimonial era sumamente grave, pero tenía para ese momento un sentido lógico. Mayoritariamente, según lo determina la práctica forense del trabajo, son los trabajadores quienes demandan a sus patronos, y es una rara excepción que las empresas demanden a sus trabajadores; si ello es visto de esta forma, tomemos en cuenta que la población de adolescentes trabajadores demandantes siempre será mayor que la masa de adolescentes trabajadores que pudieran ser demandados, por esa razón, considera esta ponente que el argumento principal sostenido por los magistrados disidentes tendía a expresar que, en aras de beneficiar a los adolescentes trabajadores, éstos debían acudir ante un juez laboral, quien por demás, en su rama, a diferencia del juez de Protección, quien sólo cuenta con normas protectoras a su condición, más tendría que suplir la ausencia de normas laborales más favorables, acudiendo a la ley que regula la materia, pudiendo obviar esta. Y también, contaba en su comienzo con un procedimiento y muchas herramientas de mediación que hacían más breve el procedimiento por seguir.

5.1-(c) En fecha 15/11/2006 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Alfredo Sucre Cuba dictaminó, mediante sentencia proferida en el asunto signado bajo el número AA10-L-2006-000229, lo siguiente:

(...) La Sala concluye que: "... los asuntos de carácter patrimonial en los que figuren niños, niñas o adolescentes, independientemente de que sean demandados o demandantes, deben ser competencia de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente; más aún si se piensa que estos Tribunales cuentan con especialistas en las distintas materias y servicios propios para una especial, integral y cabal protección de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional..."

La decisión anteriormente transcrita, marcó un precedente histórico y ciertamente revocó el anterior criterio sostenido por la misma Sala Plena [expuesto en este capítulo bajo el número 5.1 (a)]. Ciertamente, y a raíz de su publicación y comunicación, ya no se podría hablar de una distinción para determinar la competencia del Tribunal de Protección en cuanto a la legitimación activa o pasiva de los niños, niñas y/o adolescentes; lo correcto era hablar de un fuero atrayente: sin tener en cuenta a la legitimación, la Sala Plena consideró que si en el asunto discutido se presenta un conflicto que altere o menoscabe los intereses de los niños, niñas y/o adolescentes, pues allí tiene que hacerse presente la protección especial que les brinda el Tribunal de Protección:

... más aún si se piensa que estos Tribunales cuentan con especialistas en las distintas materias y servicios propios para una especial, integral y cabal protección de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional...

como expresa el extracto de la referida decisión que creo, dado su ímpetu y espíritu, significó un paso trascendental y cumbre para el desarrollo de los nuevos y amplios postulados atributivos de competencia, de los cuales ahora gozan los Tribunales de Protección a la luz de la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Aunque, a modo de consideración especial, quizás tendrían lugar excelentes debates jurídicos que afinen este punto, pues existen razonamientos divergentes en cuanto a los criterios atributivos de competencia, que en este trabajo no corresponde desarrollar.

5.2. A la materia de la pretensión discutida

En este sentido, y a pesar de lo contenido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, tomemos en cuenta que en lo atinente a la materia de protección de niños, niñas y/o adolescentes, ésta contiene principios novedosos y más amplios que los previstos en la prenombrada norma adjetiva civil. Evidentemente, si nos referimos a los

Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podemos catalogarlos como órganos jurisdiccionales simples, pues en la determinación de su fuero atrayente, su competencia arropa diferentes materias [tanto así que estos tribunales pueden conocer de causas relacionadas con la materia civil, patrimonial, laboral, contenciosa-administrativa y mercantil]. Lo anteriormente afirmado no quiere decir que este conocimiento de múltiples materias siempre haya sido así, pues fue producto de constantes avances y múltiples criterios que fueron expuestos por nuestro Máximo Tribunal de Justicia; observemos a continuación algunas de las consideraciones sostenidas a lo largo de la historia de los antecedentes jurisprudenciales:

5.2-(a) En fecha 28/09/2000 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta, dictaminó mediante sentencia N° 48, lo siguiente:

... Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, es de vital importancia establecer cuál es la pretensión procesal en el presente caso, elemento este que determina y delimita la actuación del órgano jurisdiccional, evidenciándose de autos, que la pretensión ejercida por la ciudadana (omissis), en nombre y representación de sus menores hijos (*Se omiten sus identificaciones a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes*), se circunscribe al cobro de las prestaciones sociales supuestamente causadas por la prestación de servicios personales del ciudadano Joao Luis Goncalves Menezes, fallecido abintestato, el día 30 de marzo de 1999, a la Panadería y Pastelería Estrella de Santa Marta C.A. En consecuencia, observa esta Sala, que la presente acción está directamente relacionada con derechos laborales derivados de una pretendida relación laboral entre la parte demandada y una persona mayor de edad, cuyo conocimiento absoluto corresponde a los Tribunales del Trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo. Así se decide.

5.2-(b) En fecha 01/11/2005 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, dictaminó en la decisión identificada bajo el N° 1465, lo siguiente:

... En el caso concreto, la demanda incoada por el ciudadano... *Omissis*... se circunscribe al cobro de prestaciones sociales y demás conceptos laborales supuestamente causados por la prestación de sus servicios a la sociedad mercantil... *Omissis*... pretensión ésta cuya naturaleza es de carácter estrictamente laboral, lo cual constituye un elemento esencial para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de esta causa en particular, motivo por el cual se concluye que el conocimiento de la presente acción debe ser atribuido al Juzgado de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, que resulte competente por distribución. Así se resuelve.

Aunque la anterior decisión de modo alguno ratificaba lo expuesto en la que fuera transcrita anteriormente, [e identificada en este capítulo bajo el número 5.2-(a)] la Magistrada Carmen Elvigia Porras salvó su voto aduciendo lo siguiente:

... En el mismo sentido, la Sala Plena de este máximo Tribunal de la República sostuvo, en la decisión N° 4 del 21 de febrero de 2002 (caso: María Rosa Guacarán Boyer y otra), que el conocimiento de las demandas de naturaleza patrimonial o del trabajo incoadas por niños o adolescentes no forma parte de la competencia de los Tribunales de Protección.

Sin embargo, al examinar el mencionado fallo de la Sala Plena, se patentiza un error argumentativo, toda vez que, con base en el análisis de los literales c) y d) del Parágrafo Segundo del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, concluye que dicho Parágrafo no prevé expresamente que los Tribunales de Protección sean competentes para conocer de los juicios de contenido patrimonial en los cuales los niños o adolescentes aparezcan

como demandantes. A su vez, de tal conclusión se deriva otra, a saber, que "no forma parte de la competencia de los Tribunales de Protección (...) el conocimiento de las demandas de naturaleza patrimonial o del trabajo incoadas por niños o adolescentes".

Se evidencia, entonces, que la conclusión del argumento en cuestión queda desvirtuada al incluirse una premisa que no fue considerada: que el literal b) de ese Parágrafo –omitido igualmente en la decisión N° 46/2001 de esta Sala de Casación Social– atribuye la competencia a la Sala de Juicio de los Tribunales de Protección, para conocer de las causas laborales, sin diferenciar si el mencionado sujeto de derecho es demandante o demandado.

En este orden de ideas, cabe destacar que, de conformidad con el Parágrafo Segundo del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, literal b), la competencia para conocer de las controversias laborales corresponde a las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección, cónsono con lo dispuesto en el encabezado del artículo 115 *eiusdem*, que asigna a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos contenciosos del trabajo de niños y adolescentes, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje. Tal norma atributiva de competencia no distingue el rol que ocupa el niño o adolescente en la relación procesal, esto es, si en el caso concreto actúa como actor o como demandado, siempre que se trate de conflictos de la referida naturaleza.

Distinto es el caso del literal c) del citado artículo 177, que expresamente se refiere a aquellos casos en que el niño o adolescente es el sujeto pasivo de la pretensión; no obstante, ese literal comprende los asuntos patrimoniales, con exclusión de aquellos que versen sobre conflictos intersubjetivos que surjan con ocasión de una relación de trabajo, los cuales, como quedó indicado en el párrafo precedente, se encuentran previstos en el literal b) de esa misma disposición.

En consecuencia, la competencia para resolver las controversias jurídicas de naturaleza laboral, en las cuales actúe un niño o adolescente –en el rol de actor o de demandado– se asigna de forma expresa a los Juzgados de Protección del Niño y del Adolescente, tal y como fue sostenido por esta Sala, con ponencia de quien suscribe, en la sentencia N° 1367 del 11 de octubre de 2005 (Caso: Neidy del Carmen Abreu García).

El criterio asumido por la Magistrada disidente fue acogido con posterioridad por la Sala, en las sentencias N° 1367, 1718 y 1720 (la primera de las nombradas fue dictada por la misma Sala de Casación Social en fecha 11/10/2005 y las últimas en fecha 26/10/2006). En relación con la sentencia N° 1718, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo ambas, el nuevo argumento sostenido fue el siguiente:

...Ahora bien, visto que la presente causa versa sobre una controversia de naturaleza laboral, debe esta Sala destacar que el artículo 115 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente dispone, respecto a la competencia judicial en dicha materia de Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, que corresponde a dichos órganos jurisdiccionales el ejercicio de la jurisdicción para resolver los asuntos contenciosos del trabajo de niños y adolescentes, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, sin distinguir que los mencionados sujetos de Derecho figuren como legitimados activos o pasivos.

En el presente caso se ventila una demanda por cobro de prestaciones sociales interpuesta por la ciudadana (...), actuando en representación de su menor hijo (...), quien está amparado por la referida Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuyo artículo 1° precisa que dicho instrumento jurídico tiene por objeto garantizar a todos los niños y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben atribuirle desde el momento de su concepción.

En consecuencia, de acuerdo con el supuesto del artículo 177, Parágrafo Segundo, literal, b) de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y a la jurisprudencia transcrita, esta Sala considera que los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente son los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del presente juicio, específicamente el Juez N° 1 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui.

Comparando los criterios expuestos anteriormente, puede denotarse que la intención del Máximo Tribunal de Justicia se encuentra enmarcada a garantizar a nuestros niños, niñas y/o adolescentes, el derecho a contar con un Tribunal de Protección especializado que tenga las herramientas suficientes para ventilar cualquier tipo de pretensión, en donde se vean afectados sus derechos o intereses. Quizás la omisión legislativa del reformado parágrafo segundo del artículo 177 marcó una pauta interesante que suplió la última jurisprudencia, la cual, entre otras cosas, denota la preocupación del Máximo Tribunal de la República en integrar la protección de los niños, niñas y/o adolescentes, lejos de los formalismos que fueren aparentes en las leyes; y en atención al principio constitucional de "igualdad y no discriminación", ello es entendido así, porque la actuación del juez de Protección, además de ir enmarcada hacia el esclarecimiento y búsqueda de la verdad o primacía de la realidad, como cualquier otro juez, también debe guiarse por lo que dicte el interés superior del niño, niñas y/o adolescente involucrado.

5.3. Al territorio

Un factor determinante para el presupuesto procesal de la competencia tiene que ver con el territorio donde se ventila la pretensión, y más en el caso de la materia de niños, niñas y adolescentes, con el lugar en donde residen. La competencia territorial era conocida por todos, pues el mismo artículo 453 de la derogada Ley de Protección de Niños y Adolescentes expresaba que "el juez competente para los

casos previstos en el artículo 177 de esta Ley será el de la residencia del niño y del adolescente"; aún así, la mayor discusión jurisprudencial se centró en el cambio de residencia, y en el uso o desaplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* previsto en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil.

El principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, contenido en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, es aquel conforme al cual la jurisdicción y la competencia se determinan de acuerdo con las circunstancias de hecho existentes para el momento en que es presentada la demanda, pudiendo esto ser modificado posteriormente, sólo por disposición de la Ley. En esencia, este principio es consagrado plenamente para la materia ordinaria civil, mas no así se encuentra expresamente tipificado en la norma especial de la materia de niños y adolescentes, pero en atención al principio de supletoriedad (previsto en los artículos 178 y 451 de la reformada Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes) se entendía podía ser aplicado.

Veamos a continuación, el avance del criterio jurisprudencial asomado por nuestro Máximo Tribunal Supremo de Justicia, en relación a la competencia territorial de los Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes:

5.3-(a) En fecha 07/10/2004 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, dictaminó mediante sentencia N° 1179 lo siguiente:

...En conformidad con lo establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, "El juez competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley será el de la residencia del niño o adolescente (...)".

Adicionalmente el artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, dispone: "La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación

de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores a dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Consta en autos que al momento de la introducción de la demanda el niño residía con su madre en la ciudad de Maracaibo, Estado Zulia, razón por la cual, en aplicación de las disposiciones legales antes indicadas, corresponde al Juez N° 1 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia...

El precitado criterio jurisprudencial, marca notoriamente la recepción del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* dentro de la materia de niños, niñas y/o adolescentes; aunque cabe destacar que sobre tal criterio, reiterado en la decisión N° 1997 (*Por la Sala de Casación Social bajo ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, dictada en fecha 16/12/2005*), la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa salvó su voto en la nueva decisión que confirmó el criterio, argumentando lo siguiente:

“...Entre los distintos Tribunales de Protección creados en la República, la competencia por razón del territorio está asignada a aquel ubicado en el lugar de la residencia del niño, niña o adolescente, de acuerdo con la norma atributiva de competencia contenida en el artículo 453 de la referida Ley.

Lo indicado en el párrafo precedente plantea la necesidad de resolver qué sucede desde el punto de vista jurídico procesal, en aquellos supuestos en los cuales, durante el trámite de la causa, se modifique el lugar de habitación del niño o del adolescente.

La ley procesal civil consagra una solución general, para todos aquellos casos en que la situación de hecho existente al momento de interponer la demanda experimente alteraciones, al establecer en su artículo 3, que las mismas no tendrán repercusión alguna en la determinación de la competencia; de esta forma, el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* se erige en el proceso civil, para dilucidar los problemas de orden competencial que se susciten en virtud de cambios en las circunstancias fácticas del hecho concreto que se ventila ante los tribunales.

Sin embargo, la aplicación del referido principio encuentra obstáculos insalvables en materia de Protección del Niño y del Adolescente, por cuanto es incompatible con los principios orientadores de la Ley especialísima, entre los cuales destaca como premisa fundamental el “interés superior del niño”, contemplado en su artículo 8 y en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye la base para la interpretación y aplicación de esta normativa.

En este orden de ideas, la *ratio legis* de la atribución de la competencia para conocer de los casos previstos en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, al tribunal de la residencia del niño o del adolescente, es facilitar el acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través del debido proceso y con garantía de sus derechos a la defensa y al juez natural; ello está previsto, no sólo en los artículos 26 y 49 constitucionales, sino además en los artículos 87 y 88 de la citada Ley (...).

Recuérdese que el legislador, en materia de Protección del Niño y del Adolescente, amplió los poderes del juez en la conducción del proceso, conforme a lo establecido en el literal a) del artículo 450 de la Ley que rige la materia, con lo cual el sentenciador asume un rol activo, que se distancia del principio dispositivo que impera en aquellos procesos relativos a asuntos en que no está involucrado el orden público. Las facultades inquisidoras del Juez de Protección se justifican plenamente porque son ellas las que permiten asegurar la preeminencia del interés superior del niño, y las mismas implican el contacto directo y continuo entre el director del proceso y el menor; en este sentido, cabe destacar que, en la búsqueda de la verdad real, el juzgador debe oír al niño durante el juicio, constatar sus condiciones de

vida y salubridad, sus necesidades reales, y, tratándose de una obligación alimentaria, el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la contraparte.

Asimismo, visto que la finalidad de la mencionada obligación es la de satisfacer el sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño o adolescente, tal como lo establece el artículo 365 de la citada Ley especial, adquiere relevancia el que conozca del asunto el Tribunal ubicado en el mismo lugar donde habita este sujeto de derechos, a fin de facilitar el cobro regular de la pensión por parte del menor —o el padre o familiar que ejerza la custodia sobre aquél— pueda hacer efectivo el cobro de dicho beneficio, sin necesidad de obligarlo a incurrir en gastos de transporte, lo que resultaría más oneroso que el beneficio mismo, máxime cuando es conocido que en estos casos se abre una cuenta bancaria a favor del niño, niña o adolescente, cuyos movimientos deben ser supervisados por el Juez de la causa.

A mayor abundamiento, en el procedimiento especial de alimentos, la decisión que se dicte no alcanza el efecto de la cosa juzgada material por cuanto la misma está sujeta a revisión, de acuerdo con el artículo 523 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, según el cual "Cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre alimentos o guarda, el juez de la Sala de Juicio podrá revisarlas, a instancia de parte, siguiendo para ello el procedimiento contenido en este Capítulo". En consecuencia, admitir que la modificación de la residencia del menor no genera efectos en cuanto a la competencia territorial del Tribunal de Protección —alegando la supuesta aplicación del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*— llevaría al absurdo de obligar al niño o adolescente, o a quien ejerza su custodia, a trasladarse a la sede del tribunal del lugar de su residencia inicial, para solicitar la actualización de la pensión alimentaria.

Por las razones expuestas, quien disiente considera que en materia de Protección del Niño y del Adolescente resulta inaplicable el prin-

cipio de la *perpetuatio iurisdictionis*, consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, tal y como lo sostuvo en el voto disidente de la sentencia N° 865 dictada por esta Sala el 28 de julio de 2005 (caso: Carolina del Valle Hamana Rondón...".

5.3-(b) Con una posición adversa a la mayoría sentenciadora, la magistrada disidente expone en su voto salvado los motivos que la llevaron a formar su convicción para dictaminar la inaplicación de la *perpetuatio iurisdictionis*, dentro de la materia de niños, niñas y/o adolescentes, en aplicación del interés superior. Tal posición expuesta por la magistrada disidente fue adoptada en fecha 10/03/2006 por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (siendo ponente la precitada Magistrada), cuando dictaminó en la sentencia N° 0384 lo siguiente:

...El procedimiento in commento versa sobre una solicitud de colocación familiar. Esta institución tiene por objeto otorgar la guarda de un niño o de un adolescente, de manera temporal, mientras se determina una modalidad de protección permanente para el mismo, o bien, puede conferirse la representación del niño o del adolescente para determinados actos. Dicha institución es susceptible de revisión y modificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 *eiusdem*, según el cual, las medidas de protección, excepto la adopción, pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento por la autoridad que las impuso, cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen; asimismo, tales medidas deben ser revisadas, por lo menos cada seis meses a partir del momento en que son dictadas, para evaluar si las circunstancias que las originaron se mantienen, han variado o cesado, con el fin de ratificarlas, sustituirlas, complementarlas o revocarlas, según sea el caso.

En el asunto que se examina, si bien es cierto que inicialmente se le decretó colocación familiar a la niña en un hogar ubicado en el Municipio Libertador del Distrito Capital, no lo es menos que, ya desde el 24 de febrero de 2003, previa reunión de la juez con los ciudadanos

(...), tía paterna, abuela paterna, madre y padre de la niña, se le decretó a la misma la colocación familiar en el hogar de su abuela paterna y se fijó un régimen de visitas para la madre; por lo tanto, esta Sala arriba a la conclusión de que la residencia de la niña (*Se omite su identificación a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*) está ubicada Los Teques, Estado Miranda.

Así las cosas, determinada como ha sido la residencia de la niña, y a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, aludiendo la responsabilidad de la autoridad que decreta la colocación familiar, de revisar por lo menos cada seis meses desde que es dictada la medida, a través de entrevistas, informes psicológicos, psiquiátricos y sociales, así como las diligencias que considere conducentes, si las circunstancias que la originaron se mantienen, han variado o cesado, con el fin de ratificarla, sustituirla, complementarla o revocarla, según sea el caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente, esta Sala concluye, conforme lo establece el artículo 453 eiusdem, que el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en los Teques es el competente para conocer de la colocación familiar de la niña (*Se omite su identificación a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*). Así se decide...

En dicha oportunidad, el Magistrado Juan Rafael Perdomo salvó su voto aduciendo que no sería prudente aceptar que

"...cualquier situación de hecho sobrevenida puede modificar la competencia del tribunal y que supondría que la persona que tenga a su cargo al niño, niña o adolescente, podría cambiar continuamente de domicilio y los tribunales tendrían que declararse incompetentes sucesivamente, situación absolutamente indeseable que es conveniente evitar, todo lo cual es, además, contrario a la seguridad jurídica como fin fundamental del Derecho..."

De este voto salvado podemos recoger la razón y el motivo por el cual no sería favorable desaplicar el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, en la materia de protección de niños, niñas y adolescentes, pero quizás este caso comportaba caracteres diferentes a los otros contenidos en la materia, y por ello la mayoría sentenciadora decidió precedente la desaplicación del referido principio.

5.3-(c) Asumiendo una posición ecléctica (último criterio registrado y sin voto salvado) sobre las últimas posiciones asumadas en relación al uso o desaplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, en fecha 06/11/2006, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, dictaminó mediante sentencia N° 1887 lo siguiente:

"La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece, en su artículo 453, que la distribución del ejercicio de la función jurisdiccional entre los tribunales con competencia en esta materia, se hará de acuerdo con el lugar de la residencia del niño o adolescente, salvo en los juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se fijará según el domicilio conyugal.

No se trata de un supuesto de competencia territorial ordinaria, caracterizada por ser relativa y derogable convencionalmente, sino de una competencia absoluta, puesto que no admite ser prorrogada o renunciada por las partes. Si la ratio legis de la atribución de competencia al tribunal de la residencia del niño o adolescente, es facilitar su acceso a los tribunales más próximos a su domicilio y garantizarle la tutela judicial efectiva de sus derechos, tal finalidad no se lograría si se permitiera la prórroga de la competencia, sea de forma expresa (a través del pacto de foro prorrogando) o tácita (cuando las partes realizan actos que implican renunciar a la competencia del juez determinado por la ley). Más aún, la incompetencia territorial es relevable por el juzgador en todo estado y grado de la causa.

Ahora bien ¿cómo repercute el cambio de residencia del niño o adolescente, durante el desarrollo del proceso, en aquellas causas distintas al divorcio y la nulidad del matrimonio?

La respuesta podría limitarse a aplicar el principio de la perpetuatio jurisdictionis, como se hace en materia civil, o a negar su aplicación; pero sería inconveniente establecer una solución única que deba aplicarse a la generalidad de los casos, porque no siempre será la más adecuada para garantizar el interés superior del niño. Por eso, debe acudirse al prudente arbitrio del juzgador, quien debe procurar la protección plena del niño o adolescente, de acuerdo con los elementos que se desprendan de autos.

Visto que toda persona puede cambiar de domicilio y residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley (artículo 50 constitucional), quien ejerce la guarda del niño o adolescente (sea en ejercicio de la patria potestad o como consecuencia de una orden judicial que le atribuya la guarda) puede cambiar su residencia a un lugar ubicado fuera de la circunscripción judicial del tribunal ante el cual se inició el proceso.

En esa situación, normalmente será aconsejable que la competencia territorial del juez se altere, de forma que deba declinarse la competencia en función de los cambios sobrevenidos de la residencia del niño, debido a que la cercanía al tribunal facilita la tramitación de las causas y reduce los gastos que ello genera a la parte (los cuales existen a pesar de la gratuidad de la justicia, especialmente consagrada en esta materia, porque siempre será necesario, por ejemplo, trasladarse hasta la sede del órgano jurisdiccional). Ello se justificaría aún más, si se trata de un juicio de obligación alimentaria, en que la proximidad del órgano jurisdiccional también repercute favorablemente en el cobro regular de la pensión por parte del menor, y hace menos dispendioso el trámite para actualizar la pensión inicial.

Por el contrario, no será recomendable declinar la competencia, cuando de autos se desprenda —usualmente a través de indicios— que, tras el cambio de domicilio, subyace la intención de defraudar la ley. En este sentido, puede suceder que quien ejerce la guarda del menor de edad, previendo una decisión contraria a sus intereses (por

ejemplo, en un caso de restitución de guarda, o de revocación de la colocación familiar o en entidad de atención), modifique sucesivamente su domicilio —y con ello, el del niño— con el propósito de demorar la resolución del proceso en virtud de las continuas declinatorias de competencia que ello ocasionaría. Corresponde al juez examinar minuciosamente las actas procesales y salvaguardar el interés superior del niño, que resultaría menoscabado por el retardo procesal injustificado, causado fraudulentamente.

También puede suceder que, como consecuencia de una orden judicial, opere el cambio de domicilio del niño o adolescente, como sucede cuando el juez decreta la colocación familiar o en entidad de atención, y la residencia de la familia sustituta o la sede de dicha entidad, se encuentra fuera de la circunscripción judicial del tribunal; ello determinará su incompetencia sobrevenida, y deberá declinarse la competencia al tribunal que corresponda.

Las situaciones planteadas en los párrafos precedentes, demuestran que el establecimiento de la competencia territorial para conocer de las causas en que estén involucrados niños o adolescentes, y que no se refieran al divorcio ni a la nulidad del matrimonio, no puede hacerse mediante una regla general e inmodificable; por el contrario, debe quedar a la soberanía del sentenciador, decidir qué favorece el aseguramiento del interés superior del niño en cada caso concreto, teniendo como pautas orientadoras las expuestas supra.

En el caso sub iudice, la ciudadana (...) —madre del niño (*Se omite su identificación a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes*) y quien ejerce su guarda estaba domiciliada, al iniciarse el presente proceso, en el Municipio Jiménez del Estado Lara, tal como se desprende de la solicitud presentada por el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente de ese mismo Municipio (folio 3). Sin embargo, mediante diligencias del 13 de abril y del 29 de noviembre de 2005 (folios 63 y 73), la prenombrada ciudadana solicitó se declinara la

competencia, por haber cambiado su residencia a la ciudad de Acari-gua, estado Portuguesa; pese a que tal afirmación no está probada en autos, la misma debe tenerse como cierta por haber emanado de la parte demandante, principal interesada en facilitar el acceso a los órganos jurisdiccionales a fin de lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de su menor hijo.

Visto que la causa versa sobre la solicitud de pensión alimentaria, y la residencia del niño beneficiario de la misma pasó del estado Lara —donde se ubicaba para la fecha de presentación del escrito libelar— al estado Portuguesa, sin que se evidencie de autos que esa modificación haya respondido a una conducta fraudulenta de su madre, se concluye que el conocimiento de la presente causa corresponde a la Juez Unipersonal N° 1 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa. Así se decide”.

Efectuando un análisis comparado de los criterios divergentes, nótese que la residencia siempre será un factor determinante para la atribución de la competencia, y ante tal circunstancia, exitosamente la reforma del artículo 453 permitirá esclarecer y reafirmar que es aplicable el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* en materia de niños, niñas y adolescentes; aunque tal circunstancia, y producto de la evolución constante del derecho, no podrá ser del todo certera y absoluta: Habrá que ver si surgen nuevas interpretaciones, o si el precitado articulado será compatible en su totalidad, con los nuevos postulados constitucionales de nuestra Carta Magna en cuanto atañe a niños, niñas y adolescentes y la preservación de su interés superior.

6. Jurisprudencias de interés en relación con las pretensiones especiales que se ventilan en el Tribunal de Protección

Tomando en consideración que en la actualidad existen pretensiones sobre las cuáles muchas veces se presenta una dificultad para esta-

blecer el ámbito de la competencia, y que por su misma naturaleza, son tan especiales que ostentan caracteres propios, me permito citar una breve compilación, que abarca decisiones que servirán de apoyo para establecer la competencia de un determinado asunto especial [salvo disposición de mejor criterio o nuevos preceptos legales], con base en las sentencias proferidas por nuestro Máximo Tribunal:

6. (a) En cuanto a la competencia para conocer de las solicitudes de partición y liquidación de la comunidad concubinaria, la Sala de Plena del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Luis Alfredo Cuba dictaminó, en su decisión de fecha 22/02/2007 proferida en el expediente signado con el N° AA10-L-2006-000256 de fecha 22/02/2007, lo siguiente:

El concubinato es un concepto jurídico, que según la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal está contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica el que se trata de una unión no matrimonial entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común; siendo la soltería un elemento decisivo en la calificación del concubinato. De modo que, al equipararse al matrimonio, el género “unión estable” debe tener un régimen patrimonial en lo relativo a la comunidad de los bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de la unión. (Cfr. Sala Constitucional, Sentencia N° 1682/2005).

En el caso presente, la Sala observa que la ciudadana (...), antes identificada, demandó al ciudadano (...), antes identificado, la partición de los bienes de la comunidad concubinaria que dijo tener con éste, alegando lo siguiente:

“... En fecha 18-12-1.999, nos unimos en vida concubinaria con el ciudadano (...). DE ESTA UNIÓN DE HECHO, hemos procreado DOS (2) hijos actualmente menores de edad, que llevan por nombre: (...). Dicha unión concubinaria cesó en fecha 04-Abril de 2.005. Es por ello, que acudo a solicitar la partición de los bienes habidos durante

nuestra unión concubinaria, en un CINCUENTA (50%) que me corresponden: los cuales menciono a continuación: PRIMERO: la mitad de las acciones de la compañía anónima IMPRESOS REYBOR C.A., (...) correspondiéndome DOS MIL QUINIENTAS (2.500) (sic) acciones (...) TERCERO: EL CINCUENTA POR CIENTO. (sic) (50%) DEL SALDO de los (sic) depositados (sic) en la cuenta corriente N° 0108 0922-360100009997 (sic), del BANCO PROVINCIAL (...) CUARTO: DOS (2) PUESTOS EN EL MERCADO MAYORISTAS UNIDOS...". (Mayúsculas del original)

Véase que aun en la hipótesis de que dicha demanda llegase a prosperar, la división de esos bienes en nada afectaría los derechos e intereses de los niños habidos durante la unión no matrimonial, pues, el status quo en que ellos se encuentran seguiría siendo el mismo.

Un precedente jurisprudencial en esta materia, resulta el criterio de Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 20 de fecha 22 de marzo de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Franklin Arrieché Gutiérrez (Caso: Miguel Antonio Samuel contra Julia del Valle Lafón), en el que señaló lo que se indica a continuación:

"... De la lectura íntegra de las actas del expediente, se desprenden los siguientes elementos a considerar:

1°. La demanda es una partición de comunidad conyugal, la cual se regula por las normas establecidas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.

2°. La relación jurídica procesal está conformada por los ciudadanos Miguel Antonio Samuel (demandante) y Julia del Valle Lafón (demandada), quienes son mayores de edad y son los únicos involucrados directamente en el juicio, tal como se evidencia del libelo de la demanda, el cual riela a los folios uno (1) y dos (2), respectivamente de (sic) que integran el presente expediente.

3°. Es cierto, que uno de los hijos de las partes, Miguel Antonio Samuel Lafón es menor de edad, pero en ningún momento ha intervenido éste en el proceso, ni directa indirectamente.

De lo expuesto, se evidencia que la naturaleza de la relación jurídica objeto de la controversia es civil, ya que se regula por normas del Código Civil, como lo es el artículo 1 067 y los artículos 777 y 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, en relación con la existencia del menor de edad, no se le están lesionando directamente sus derechos y garantías, porque en razón del fuero de atracción personal especial no se están ventilando asuntos previstos en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como para que la presente causa sea del conocimiento de los Juzgados de Protección del Niño y del Adolescente.

En este mismo orden de ideas, es menester resaltar que las causas que sean reguladas por la Ley adjetiva y sustantiva civil –como la partición son– de naturaleza civil; y aun en las causas donde estén involucrados indirectamente menores de edad, la competencia le corresponde a los Tribunales Civiles, ya que son los órganos especializados en la materia.

En atención a lo precedentemente expuesto y al no afectar directamente la acción los derechos y garantías del menor, es competente para el conocimiento de la causa el Juzgado de la Jurisdicción Civil Ordinaria, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide (Destacado nuestro).

6. (b) En cuanto a la aplicación de la *perpetuatio fori*, y a la forma en como se debe determinar la competencia para aquellos casos en donde los adolescentes han alcanzado la mayoría de edad, en el transcurso del proceso, la Sala de Plena del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Luis Alfredo Sucre Cuba, dictaminó en su sentencia N° 113 de fecha 29/05/2007 lo siguiente:

“...En primer lugar, la Sala observa que los ciudadanos Roque Fernando (...), antes identificados, solicitan la disolución del vínculo matrimonial, de conformidad con lo previsto en el artículo 185-A del Código Civil, señalando que de esa unión nació una hija que lleva por nombre (*Se omite su identificación a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes*).

En segundo lugar, la Sala observa que para el día 12 de noviembre de 2003, fecha en la cual se presentó la solicitud de divorcio, la adolescente (*Se omite su identificación a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes*), nacida el 16 de diciembre de 1985, contaba con diecisiete (17) años de edad, vale decir, razón por la cual, no había duda de que el Tribunal competente para conocer de la solicitud de divorcio era el Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo Primero, literal “i” del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Sin embargo, esta Sala observa que en el interin del proceso de divorcio, la adolescente (*Se omite su identificación a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes*), alcanzó la mayoría de edad; situación que motivó la declinatoria de competencia por parte de la Sala de Juicio N° 2 del Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esa misma Circunscripción Judicial.

De allí que sea necesario traer a colación que el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, consagra el principio según el cual la jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tiene efecto respecto de ellas los cambios posteriores a dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa. Este principio, cuyo ori-

gen proviene del derecho romano, se le conoce como el principio de *perpetuatio jurisdictionis*, y tradicionalmente la doctrina ha abarcado en él no sólo a la jurisdicción sino también a la competencia.

En caso presente, se está frente a una variación en la competencia, razón por la cual el principio más apropiado, conforme a lo expuesto por el Maestro Luis Loreto, es el de la llamada *perpetuatio fori*, (*Ensayos Jurídicos, Principios Fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Fundación Roberto Goldschmidt. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, p. 19), contenido igualmente en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil; en el entendido de que el principio se aplica a las circunstancias que constituyen los criterios atributivos sobre los cuales un tribunal puede conocer una causa, esto es, la materia, el valor, el territorio, o el grado del tribunal.

Así debe entenderse respecto a la potestad de juzgamiento y, en este caso, la competencia del órgano jurisdiccional, cuando la ley no disponga expresamente lo contrario, se determina por la situación fáctica y normativa existente para el momento de presentación de la demanda, sin que pueda modificarse por los cambios posteriores a la situación de hecho original.

Por esta razón, esta Sala declara que el competente para conocer la presente causa es la Sala de Juicio N° 2 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, y así se decide...”.

6. (c) En cuanto a la atribución de la competencia para conocer de aquellas pretensiones que persigan la restitución de una guarda, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con potencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, dictaminó en su sentencia N° 1.567 de fecha 17/10/2006 lo siguiente (aparece registrado un voto salvado de la magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa):

"...En conformidad con lo establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: "El Juez designado por el Presidente de la Sala de Juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de las siguientes materias: Parágrafo Primero: Asuntos de familia: (...) e) Guarda (...)", en concordancia con el artículo 453 *eiusdem*, que establece que "El juez competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley será el de la residencia del niño o adolescente, (...)".

Asimismo, si el niño está bajo la guarda de uno de los padres, el domicilio de este progenitor determinará el del menor, en conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Código Civil.

Consta en autos que el niño para el momento en que su padre se lo llevó sin consentimiento de la madre, vivía con ella y que la misma se encuentra domiciliada en el Sector El Guayabo, Aldea Casimiro Vásquez, frente a la Plaza, Casa s/n del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy, y por lo tanto, corresponde al Juez de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, el conocimiento de la presente causa. (Destacado nuestro)...".

El voto salvado de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa contiene los elementos que soportan, al criterio de la disidente, los motivos por los cuales no debería aplicarse el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, aduciendo al efecto que el mismo "encuentra obstáculos insalvables en materia de Protección del Niño y del Adolescente, por cuanto es incompatible con los principios orientadores de la materia..." (Destacado nuestro).

6. (d) En cuanto a la atribución de la competencia para conocer de aquellas pretensiones que persigan la extensión de una obligación alimentaria, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora, dictaminó en su sentencia N° 0784 de fecha 07/07/2005 lo siguiente:

"... resulta oportuno señalar lo que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en sus artículos más pertinentes al caso, ha establecido en relación a la obligación alimentaria:

"Artículo 177. Competencia de la Sala de Juicio. El juez designado por el Presidente de la Sala de Juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de las siguientes maneras:

Parágrafo Primero: asuntos de familia:

(Omissis)

d) Obligación Alimentaria (...)"

"Artículo 366. Subsistencia de la Obligación Alimentaria. La obligación alimentaria es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida, que corresponde al padre y a la madre respecto a sus hijos que no hayan alcanzado la mayoría...".

"Artículo 383. Extinción. La obligación alimentaria se extingue:

- a) Por la muerte del obligado o del niño o del adolescente beneficiario de la misma;
- b) por haber alcanzado la mayoría el beneficiario de la misma, excepto que padezca deficiencias físicas o mentales que lo incapaciten para proveer su propio sustento, o cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados, caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial".

De las normas antes transcritas, se desprende que en materia de niños y adolescentes, quienes tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la obligación alimentaria, son los Jueces que según su organización integran los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente.

Ahora bien, los niños, niñas y adolescentes son los sujetos favorecidos por los efectos de la obligación alimentaria señalada en el artículo 365 de la Ley Orgánica especial, quienes por causa de filiación legal o judicialmente establecida respecto a sus padres, gozan del beneficio de tal figura, por supuesto, hasta tanto no hayan alcanzado la mayoría.

También se desprende de la precedente transcripción, que tal obligación alimentaria se extingue, entre otras razones, cuando el beneficiario de la misma ha alcanzado la mayoría de edad.

No obstante de ello, una de las excepciones a esta regla general y que la misma ley especial contempla, se puede reducir a que en situaciones en que el beneficiario se encuentre cursando estudios que por su naturaleza le impiden realizar trabajos remunerados, tal obligación puede ser extendida hasta los veinticinco años de edad, requiriéndose para ello una aprobación judicial.

En el presente caso, la ciudadana María Josefina González Hernández alcanzó la mayoría de edad en fecha 11 de noviembre de 2003, por tal razón mediante escrito libelar presentado en fecha 12 de febrero de 2004, solicitó ante los Tribunales del Niño y del Adolescente la extensión de la obligación alimentaria para que su padre continúe el cumplimiento de la misma, conforme el artículo 383 de la Ley Orgánica especial.

Así pues, aun y cuando el solicitante al momento de peticionar ante los Tribunales del Niño y del Adolescente ya había alcanzado la mayoría de edad, no obstante de ello, tratándose de una petición de extender la obligación alimentaria que venía siendo cumplida en virtud del amparo que la Ley en materia especial contempla a favor de los niños y adolescentes, la Sala considera entonces que la competencia para conocer de tal solicitud de extenderla corresponde a los Tribunales del Niño y del Adolescente, y así será declarado.

Cabe destacar que este criterio encuentra su asidero en el hecho simple que en el caso de autos, se trata de extender en el tiempo el cumpli-

miento de un régimen de pensión de alimentos que fue inicialmente establecido conforme al procedimiento que consagra la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y por ante un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, siendo que en su momento, quien ahora es la solicitante, aún no era mayor de edad, entonces habiéndose previsto en la misma Ley un supuesto de excepción para que tal obligación pueda ser extendida hasta los veinticinco años de edad, la Sala considera que en casos como el de autos, tales solicitudes son de la competencia para su conocimiento de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, tal y como así se declara. (Destacado nuestro)

Conclusiones:

La Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente refiere en su contenido normas y directrices ajustadas a la Doctrina de Protección Integral, sobre la cual hemos desarrollado tan sólo una parte, como lo es la competencia de los Tribunales de Protección. A manera de síntesis sobre el estudio realizado, observamos la evolución de los Tribunales de Protección del Niño, Niña y Adolescente, partiendo del deber de conocer la historia, formación, así como las distintas denominaciones y competencias que se le han otorgado en el devenir de este longevo y complicado proceso.

Por otro lado, la presente investigación está dotada de un amplio y robusto cúmulo de criterios jurisprudenciales en materia de determinación de la competencia sobre protección de niño, niña y adolescente, lo cual considero es una interesante e importante herramienta con la cual se facilita el estudio y comprensión de este trabajo investigativo. Asimismo, contiene esta obra, novedosos criterios tocantes a la competencia contenciosa administrativa e inquilinaria que tienen los Tribunales de Protección, las cuales han sido abarcadas en función de los aspectos novísimos contenidos en los principios de rango constitucional, los cuales dictan que el niño, niña y adolescente son sujetos plenos de derechos, lo que conlleva a concluir que existe en

estas nuevas tendencias, un criterio atributivo de competencias no contemplado en la clasificación ortodoxa antes referida; este criterio busca garantizar el mayor beneficio de nuestros niños, niñas y adolescentes, quienes siempre serán protegidos de manera especial y prioritaria por el Estado, tal y como lo consagra el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando de manera clara y precisa nos habla del "Interés Superior del Niño". De allí que se hayan extendido las competencias a los jueces de Protección, quienes a la vanguardia de tales exigencias, comprometen su dedicación en la protección debida de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- Alsina, Hugo (1963). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- Arguedas Salazar, Olman (2007). *Teoría general del proceso*. 2da. Edición. San José: Juritexto.
- Bello Tabares, Humberto E. III y Jiménez Ramos, Dorgi Doralys (2004). *Teoría general del proceso*. Tomo I. Caracas: Livrosca.
- Calvo Baca, Emilio (2005). *Código civil venezolano comentado y concordado*. Caracas: Libra.
- Chiovenda, José (1990). *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. México: Cárdenas Editores.
- Código de Procedimiento Civil (2000). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 Extraordinario, de fecha 18/09/2000.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453, de fecha 24/03/2000.
- Couture, Eduardo (1985). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Grisanti Aveledo de Luigi, Isabel (1991). *Lecciones de derecho de familia*. 5a. Edición. Vadell Hermanos: Valencia (Carabobo).

- Guitrón Fuentevilla, Julián (1996). *Veinte años de derecho familiar (1977-1997)*. Acapulco: Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar A.C.
- Henríquez La Roche, Ricardo (2005). *Instituciones de derecho procesal*. Liber: Caracas.
- Jurisprudencia venezolana* (2007). Tomo CCXLII. Caracas: Ramírez & Garay.
- Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990). Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario N° 34.541, de fecha 29/08/1990.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria de fecha 01/07/1981
- Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (1998). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.266, de fecha 02/10/1998.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.859, de fecha 10/12/2007.
- López Herrera, Francisco (2006). *Derecho de familia*. 2ª. Edic. Tomo I. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Morais de Guerrero, María G. (coordinadora). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Perdomo, Juan Rafal (2007). *Derecho de la infancia y la adolescencia*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Serie de Eventos N° 24.

- Rengel Romberg, Aristides (1991). *Tratado de derecho procesal civil venezolano*. Caracas: Ex Libris.
- Universidad Central de Venezuela (1999). *De los menores a los niños... una larga trayectoria*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Fuentes electrónicas consultadas:

- www.agenciapana.org.ve
- www.cndna.gov.ve
- www.defensapública.gov.ve
- www.enm.gov.ve
- www.saber.ula.ve
- www.tecnoiuris.com
- www.tsj.gov.ve

Administración de bienes de niños, niñas y adolescentes

Verónica Salas

Situación actual de los Tribunales y Circuitos de Protección en materia de Administración de Bienes de Niños, Niñas y Adolescentes.

En la actualidad los Tribunales y Circuitos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes a nivel nacional para el manejo de la administración de bienes cuentan con dos modalidades de trabajo:

1.- La Oficina de Control de Consignaciones (en los Circuitos Judiciales): Es aquella que tiene como función manejar y controlar los fondos consignados en los tribunales; a través de esta Oficina se tramitan la apertura de libretas, consignaciones periódicas, pagos de obligación de manutención, relación de cuentas abiertas en cada uno de los tribunales, entre otras actividades.

2.- El contabilista (en los tribunales de protección que no se han constituido como Circuito), realiza las mismas funciones que la Oficina de Control de Consignaciones, pero no bajo una estructura organizativa, sino por cada Sala.

Ahora bien, en virtud del alto volumen de expedientes con consignaciones de dinero que se encuentran en poder del tribunal, libretas abiertas que deben ser gestionadas por las partes, y que en la práctica la gestión depende del mencionado tribunal y expedientes con consignaciones de dinero con cantidades irrisorias, la Oficina de Control de Consignaciones o el o los contabilistas de las sedes se hacen responsables de una labor que no es de su competencia, sino de los representantes de los niños, niñas y adolescentes.

Todo lo anterior trae como consecuencia:

- a) Autorizaciones innecesarias para que la madre, padre o representante del niño, niña o adolescente, pueda retirar la obligación de manutención en la entidad bancaria.
- b) Entrega de cheques caducos o próximos a vencerse, en virtud del tiempo que transcurre entre la realización del cheque y su entrega al tribunal de protección.
- c) Traslado de los representantes de los niños, niñas y adolescentes a la sede judicial, trayendo consigo congestiónamiento del Circuito, en virtud de los trámites administrativos que deben realizar ante la Oficina de Control de Consignaciones, y que bien pudieran realizarse directamente en la entidad bancaria. En este ítem es conveniente plasmar una experiencia vivencial que muchas veces sufren las madres, padres y representantes de los niños, niñas y adolescentes, ya que si una madre vive en Tucupido, estado Guárico, y por concepto de obligación de manutención le corresponden 200 bolívares fuertes, ésta debe trasladarse hasta San Juan de los Morros, donde queda el tribunal de protección más cercano a retirar ese dinero, debido a que es ante la oficina de Control de Consignaciones donde va a solicitar la actualización de la libreta, resultando todo este trámite engorroso y costoso, cuando muchas veces es más lo que debe devengar para trasladarse hasta el tribunal de protección, que lo que realmente va a percibir por concepto de la obligación de manutención.

- d) Traslado de funcionarios de la Oficina de Control de Consignaciones a la entidad bancaria para abrir cuentas de ahorro y realizar los movimientos correspondientes a las libretas que permanecen en poder del tribunal.
- e) Manejo por parte de los funcionarios, de expedientes con consignaciones de dinero con cantidades irrisorias que generan un incremento irreal en el número de causas, debido a que jurídicamente se encuentran terminadas y que generan un gran número de expedientes en el archivo de la sede que deberían estar remitidos al archivo judicial.

Si bien es cierto que el Estado debe proteger los intereses materiales de los niños, niñas y adolescentes, no es menos cierto que debe existir, tal y como lo establece el artículo 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su literal "a" el principio de corresponsabilidad entre el Estado, las familias y la sociedad, para así garantizar la defensa y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el caso específico de la administración de bienes de niños, niñas y adolescentes, la responsabilidad no debe depender solamente del Estado a través de los distintos tribunales de protección, en cuanto al resguardo de los bienes, sino que el padre, la madre o quien ejerza la patria potestad, deben velar porque los bienes sean destinados para el bienestar y el interés de éstos de acuerdo con sus necesidades.

Por último y en aras de impulsar la simplicidad, uniformidad y celeridad en la tramitación de la administración de los bienes de los niños, niñas y adolescentes; el descongestionamiento de los tribunales y circuitos de protección; la regulación del trámite y destino de las causas de obligación de manutención en las que terceras personas consignen cantidades de dinero, entre otras, es por lo que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia crea los lineamientos para la administración de bienes de niños, niñas y adolescentes en cuanto a las causas de obligación de manutención con cantidades de dinero consignadas

por terceras personas, lo cual redundará en que siga prevaleciendo una cultura de derechos humanos en la cual los niños, niñas y adolescentes constituyan la prioridad absoluta, tanto en la teoría como en la práctica.

Alcance del acogimiento familiar en el derecho español

G. Esteban de la Rosa³²

Sumario:

1. Introducción. 2. Los conceptos de abandono y de desamparo en la actual normativa española sobre tutela de las personas menores de edad. 3. Tutela administrativa y suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad. 4. El acogimiento como modalidad de ejercicio de la tutela o de la guarda administrativa y otras formas de protección de los menores en el derecho español. 4.1. Modalidades de acogimiento y formalidades para su constitución. 4.2. El acogimiento preadoptivo. 4.3. La figura del acogimiento, independiente de la guarda y de la tutela administrativas. 4.4. Los programas de acogimiento temporal de menores extranjeros. 5. Anexo. 6. Abreviaturas y siglas. 8. Bibliografía de referencia.

³² PTU de Derecho internacional privado (Universidad de Jaén, España). El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación de Excelencia "La institucionalización de la vida cotidiana del colectivo de inmigrantes" (2007-2010), financiado por la Consejería de Innovación, ciencia y empresa de la Junta de Andalucía y cuya Investigadora Principal es su autora.

1. Introducción

En el derecho romano, los niños abandonados y recogidos por otra persona, que se encargaba de su cuidado y sustento, eran conocidos con el nombre de *alumni*. Su situación era semejante a la del esclavo, pudiendo considerarse el precedente más inmediato del actual acogimiento, dado que –en todo caso– se trataba de una institución distinta de la adopción (Rodríguez Sol, 1). El prohijamiento o acogimiento familiar es objeto de regulación en España a partir del siglo XVIII, a través de distintas normas destinadas a favorecer el acogimiento de niños abandonados o huérfanos (Rodríguez Sol, 2). Se trataba de una medida de beneficencia o caridad que tenía la principal finalidad de paliar las consecuencias nocivas que podría tener sobre los menores de edad la carencia de progenitores o de otras personas que asumieran su tutela.

Como medida de derecho civil (derecho privado) se introduce en el C.C. por la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción³³. Anteriormente tenía la consideración de medida administrativa, que se reguló por vez primera en el siglo XIX por las Órdenes de 30 de diciembre de 1936 y de 1 de abril de 1937, que crearon las Juntas locales de colaboración familiar. Como ha señalado la doctrina, el acogimiento de los niños huérfanos o abandonados podía ser permanente o temporal –sin perjuicio de la adopción cuando procediese legalmente–, y su finalidad era dar albergue a los “niños que, acogidos así en el santo calor de la familia, tengan en sus infantiles almas todo el calor y cariño del que carecen en su infortunio” (Rodríguez Sol, 2).

De otro lado, la citada Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modifica de forma importante el sentido de la adopción en España, al suprimir la diferencia entre la adopción simple y la plena, permitiéndose a

³³ BOE Nº 275, de 17 de noviembre de 1987.

partir de dicho momento sólo la adopción plena, que puede ir precedida de la medida del acogimiento familiar, que se diseña con un carácter de acogimiento proadoptivo (véase, EM) (Llebaría Samper, 108). Y otro de sus objetivos fue evitar el tráfico de niños que podía tener lugar a través de la formalización de la adopción mediante documento privado, de forma que se articuló un procedimiento en virtud del cual la constitución de la adopción requiere, en todo caso, la intervención del juez, con la sola excepción de las adopciones consulares formalizadas en el extranjero y siempre que se dieran los requisitos que preveía el artículo 9, 5º del CC, hoy derogado tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional³⁴.

Este nuevo texto legal también permite que intervengan autoridades consulares españolas para constituir la adopción internacional³⁵. La formalización de dicha adopción puede ir precedida de la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo a propuesta de la entidad pública que tenga competencia en materia de protección de menores (véase *infra*).

Otra reforma relativa a la comprensión de la protección y promoción del interés del menor, que supuso también una modificación de la medida del acogimiento, tuvo lugar por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Art. 173 y 173 *bis* del CC)³⁶. Es preciso mencionar también que España es parte del

³⁴ BOE Nº 312, de 29 de diciembre.

³⁵ En concreto, el artículo 17 de la Ley 54/2007 prevé que

“siempre que el Estado receptor no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, los cónsules podrán constituir adopciones, en el caso de que el adoptante sea español y el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente. La nacionalidad del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente administrativo de adopción”.

Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989³⁷, así como de una pluralidad de declaraciones y pactos tendentes también al reconocimiento y garantía de los derechos de los niños, con independencia de su nacionalidad.

De conformidad con los actuales artículos 173 y 173 *bis* del CC, el acogimiento familiar tiene lugar en los siguientes casos y de conformidad con distintos procedimientos (véase *infra*). En concreto, el artículo 173 del CC prevé que:

“1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida en familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional.

2. El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciba al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional a que hace referencia el apartado 3 de este artículo.

El documento de formalización del acogimiento familiar, a que se refiere el párrafo anterior, incluirá los siguientes extremos:

1º Los consentimientos necesarios.

2º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.

³⁶ BOE N° 15, de 17 de enero de 1996.

³⁷ Ratificado por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE N° 313, de 31 de diciembre de 1990).

3º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:

a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.

b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.

c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.

4º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.

5º La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.

6º Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.

7º Informe de los servicios de atención a menores.

Dicho documento se remitirá al Ministerio Fiscal.

3. Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el juez en interés del menor conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior.

No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial.

La entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días.

4. *El acogimiento de menor cesará:*

1º *Por decisión judicial.*

2º *Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstos a la entidad pública.*

3º *A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.*

4º *Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oidos los acogedores.*

Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.

5. *Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligación de reserva.*

De otro lado, el artículo 173 bis del CC dispone que:

"El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades, atendiendo a su finalidad:

1º *Acogimiento familiar simple que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.*

2º *Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto la entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.*

3º *Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.*

La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año".

En segundo lugar, las CCAA también tienen competencia para regular las materias que corresponden al derecho privado, de conformidad con lo que dispone el artículo 149, 1, 8º de la CE:

[“1.El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias (...), 8º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”].

De esta forma, el régimen jurídico del acogimiento familiar no es único en el Estado español, sino que —en la actualidad— cada una de las diecisiete CCAA que lo conforman cuenta con una regulación específica de las distintas modalidades y formas de tutela de las personas menores de edad en su territorio (y, en particular, del acogimiento familiar), lo que tiene trascendencia en orden a la puesta en práctica de la referida medida, en relación, en especial, con la posible posterior constitución de una adopción (aunque no sólo)³⁸.

³⁸ Para la regulación del acogimiento familiar en cada una de las leyes de las CCAA de España, así como en las ciudades autónomas de Ceuta y de Melilla, véase, AAVV (2008) *Código de adopción internacional*. Aranzadi: Pamplona.

En tercer extremo, hay que señalar que la normativa española referida a la protección de los menores se aplica en el territorio español con independencia de la nacionalidad de la persona menor de edad de que se trate, dado que tanto la regulación nacional como las normas promulgadas por las CCAA comprenden expresamente todos los supuestos. En concreto, el artículo 1 de la LOPJM prevé que

"la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad".

Esta última referencia a la "ley que les sea aplicable" ha de entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 9, 1º del CC, que precisa el ordenamiento que se aplica para determinar la edad de una persona a los efectos de lo previsto por el sistema español de DIPr³⁹.

Por tanto, también se aplican las distintas modalidades de acogimiento familiar previstas por el Derecho español a las situaciones en las que existe un elemento extranjero, que no son situaciones estrictamente internas, sino relaciones de tráfico externo (situaciones privadas internacionales). De otro lado, desde este específico ámbito, esto es, desde el sistema español de DIPr, cabe decir que España forma parte en el momento actual de una pluralidad de convenios internacionales, así como forman parte del Derecho español una pluralidad de normas de origen comunitario, que regulan las medidas e instituciones de protección de las personas menores de edad. En particular, tras la entrada en vigor (el 1 de mayo de 1999) del Tratado de Ámsterdan, de 2 de

³⁹ Esta disposición señala que:

"1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior".

octubre de 1997, se incorporó un nuevo Título IV al TCE, que atribuyó a las instituciones comunitarias competencia específica en el ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza.

Tras la referida ampliación de competencias, se aprobó el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁴⁰. España también es parte del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores⁴¹, que está en vigor para nuestro país en el momento actual y hasta que sea sustituido por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección.

Por ello, la formalización del citado acogimiento, como medida de protección distinta de la adopción, cuando se trata de una situación privada internacional, cuenta con un régimen específico en DIPr, que cabe matizar cuando se trata, en particular, de la constitución de un acogimiento preadoptivo (véase *infra* de forma más detenida). En tales casos, esto es, cuando se trata de un acogimiento internacional (en el caso, p.ej., de que el menor de edad ostente una nacionalidad que no sea la española), es preciso, en primer lugar, identificar la competencia de las autoridades españolas para la adopción de las medidas de protección que corresponda y, en segundo extremo, determinar el ordenamiento que resulta de aplicación (Esteban, 2000).

Para ello, ha de tomarse en consideración que la constitución del acogimiento familiar puede tener lugar a través de un expediente administrativo, de un lado; y, de otro, que la actuación de las referidas

⁴⁰ Doce Serie L N° 338, de 23 de diciembre de 2003. Este Reglamento derogó el anterior Reglamento 1347/2000.

⁴¹ BOE N° 199, de 20 de agosto de 1987.

autoridades administrativas está determinada por lo que prevé una concreta norma que delimita su competencia.

2. Los conceptos de abandono y de desamparo en la actual normativa española sobre tutela de las personas menores de edad

El cambio al que se ha hecho referencia *supra* en cuanto a la comprensión de la protección del menor en el ordenamiento español se centró, en particular, en la transición desde la noción de abandono hasta el actual concepto de desamparo, al situar el legislador el énfasis en la situación de desasistencia de la persona menor de edad (18 años), con independencia de la cobertura jurídico-formal en la que se encontrase el menor. La doctrina ha señalado en este sentido que si bien cabe apreciar entre estos dos conceptos, abandono y desamparo, cierta sinonimia, el segundo pone de relieve la ineficacia de las tradicionales instituciones tendentes a combatir la infancia abandonada: la adopción, la tutela tradicional (civil) y el acogimiento administrativo (Llebaría, 42).

Esto es, la nueva noción de desamparo sitúa el centro de atención en la situación real (de hecho) del menor de edad y no tanto en que esté formalmente protegido, pues dicha tutela formal puede fallar, lo que da lugar a que materialmente el menor se encuentre desprotegido. Por tanto, son las circunstancias del menor de edad las que interesan al legislador español tras la reforma por la Ley 21/1987, finalidad en la que profundiza la LOPJM. Así, la LOPJM emplea la expresión "situación de desprotección social del menor" para referirse a todas aquellas que perjudiquen su desarrollo personal o social.

No obstante, no todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad. La LOPJM distingue entre situación de riesgo (Art. 17), que es aquella —de cualquier índole— que perjudica el desarrollo personal o social del menor, sin que se requiera la asunción de la tutela por ministerio de la ley; y situación de desamparo (Art. 18), que es la que se produce de hecho

... a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (172.1^o CC).

La administración competente tiene la obligación de actuar en ambas situaciones. Ahora bien, si se trata de una situación de riesgo, se deberán garantizar —en todo caso— los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidirán en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. No obstante, sólo la situación más grave (el desamparo) dará lugar a la asunción de la tutela administrativa. El artículo 172 del CC dispone que la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la Ley, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Asimismo, define como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Por tanto, el desamparo tiene lugar cuando los menores quedan privados de la necesaria asistencia moral y material a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de menores. Las garantías y procedimientos que presiden la declaración de desamparo son las mismas para un menor extranjero que para un menor español.

Por otro lado, en relación con la CA de Andalucía, el artículo 23.1, párrafo segundo de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor, considera situaciones de desamparo, que serán apreciadas en todo caso por la autoridad administrativa competente, las siguientes:

- El abandono voluntario del menor por parte de su familia.

- Ausencia de escolarización habitual del menor.
- La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.
- La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.
- La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.
- El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.
- Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.
- La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.
- La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.

Corresponde a la Junta de Andalucía, en el caso de la CA andaluza (a través de la Consejería de Asuntos Sociales), asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la CA. Para la declaración de una situación de desamparo, ha de iniciarse el expediente de protección, pudiendo adoptar las medidas inmediatas de atención que el menor requiera. La resolución del expediente determinará lo procedente sobre la situación legal de desamparo y el ejercicio de la guarda, expresando la posibilidad de plantear la oposición a la misma ante la jurisdicción competente por parte de los interesados. Actualmente en la CA de Andalucía se regula en el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa⁴².

Y, en todo caso, otro aspecto relevante de la nueva noción de desamparo es que sólo tiene lugar cuando la persona menor de edad está, de hecho, desasistida, de forma que no puede considerarse que tenga lugar el referido desamparo cuando está atendida, a pesar de que tal función no esté siendo realizada por las personas que tienen atribuida legalmente su guarda. Se trata ésta de una noción de desamparo que tiende a destacar su dimensión objetiva, que es defendida por un sector de la doctrina (Ballesteros, 109-110) y también de la jurisprudencia. Puede verse, entre otros, el Auto de la AP de Cádiz (Nº 93/2007), de 15 de septiembre, que considera que el menor, de nacionalidad marroquí y residencia habitual en España,

...está perfectamente atendido en todos los extremos posibles por sus dos abuelos. No existe posibilidad de utilizar el término desamparo ni a la adopción de medidas de protección.

Dicho menor residía con sus abuelos, a quienes sus progenitores habían confiado su custodia⁴³.

Ahora bien, cabe apreciar otra noción de desamparo que tiende a destacar los "aspectos subjetivos individualizadores", de forma que aunque el menor esté protegido de hecho, porque no le falte la asistencia material necesaria, está afectivamente desasistido, ya que no goza de los beneficios de un trato afectivo y directo cercano por parte de la persona que está obligada a proporcionárselo. Éste es el razonamiento que realiza la AP de Valencia (Sección 3ª), en Auto de 23 de noviembre de 1995. Se trataba de la formalización de un acogimiento familiar (judicial) a favor de una señora de nacionalidad española, de un menor (de nacionalidad dominicana), que le había entregado su madre biológica. La Generalitat de Valencia declaró el desamparo del menor que

⁴² BOJA Nº 20 de 16 de febrero de 2002.

⁴³ Véase, BDA (JUR 2008/60601).

vivía desde hacía siete años con otra persona, sin que durante ese tiempo se hubiesen producido contactos con su madre biológica⁴⁴.

En los casos de menores extranjeros que vienen solos a nuestro país (mena), el desamparo será declarado una vez que no se haya podido averiguar su procedencia o, en caso de que haya sido posible, su repatriación no sea aconsejable. Pueden constituirse otras medidas, previstas en la legislación civil (tanto en el marco nacional como autonómico), que también garantizan su adecuada protección (p.ej., guarda administrativa, que parte del reconocimiento de la situación de riesgo del menor). Sin embargo, el recurso a la declaración de desamparo en el caso de los mena no es uniforme en el territorio español ni en la CA de Andalucía. En algunos territorios se da cobertura legal a la situación de desamparo inmediatamente después de la localización de un menor, mientras que en otros se realiza una protección *de ipso*, no llegando a formalizarse hasta que, pasado un cierto tiempo, se presume la permanencia futura del menor en España. El hecho de que el menor se fugue del centro no provoca la revocación de la declaración de desamparo.

3. Tutela administrativa y suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad

Declarado el desamparo, se comienza a tramitar la tutela administrativa, lo que sólo tendrá lugar si no es posible y conveniente para el menor su reintegración familiar. Dicha tutela incluye las siguientes responsabilidades:

- Proteger y promover el interés del menor.
- Garantizar un cuidado adecuado: alimentación, vestido, alojamiento y servicios sanitarios.

⁴⁴ Véase texto del Auto en, RGD, 1996, pp. 2 703-2 705 y comentario de G. Esteban de La Rosa en, *Revista de Estudios Jurídicos* (Universidad de Jaén), Nº 1/1998, p. 315 y ss. Y, en este mismo sentido, de apreciar una noción menos objetiva de desamparo, entre otros, el Auto de la AP de Barcelona (sección 11ª), de 4 de octubre de 1991 (RJC, 1992-I; pp. 86-89).

- Garantizar que el menor tenga acceso a la educación y formación apropiada.
- Promover su inserción social.
- Proveerle de asistencia legal y/o de interpretación siempre que sea necesario.
- Representar legalmente al tutelado.

La tutela es asumida por los servicios de protección de menores de las CCAA donde se encuentra el menor. De acuerdo con el sistema jurídico español, la tutela implica la guarda, que hace referencia al ejercicio efectivo de la protección. La guarda puede delegarse mientras la titularidad de la tutela permanece en el órgano tutelar. Los órganos de tutela suelen delegar la guarda bien en los directores de centros, o en las entidades sin ánimo de lucro, financiando y supervisando sus actuaciones. La entidad pública mantiene la titularidad de la competencia y la responsabilidad de que el menor esté debidamente atendido y protegido. Se designa, pues, al tutor.

La asunción de la tutela trae consigo la suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad con carácter automático y, en este sentido, el artículo 172, 1º, apartado tercero del CC prevé que:

... la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

No se trata, pues, de la privación de la patria potestad, que sólo puede tener lugar por decisión judicial (Art. 170 CC)⁴⁵.

⁴⁵ Esta disposición señala que
... el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes

Las causas de cese de la tutela se encuentran tipificadas en la normativa nacional y autonómica, entre ellas se contempla el cese de las circunstancias que motivan la medida o el traslado a otra entidad de protección. Además –como se ha señalado– en España no existe un modelo único de intervención social sino varios debido a la descentralización territorial de las competencias en este ámbito. Esta descentralización ha permitido desarrollar actuaciones y establecer los recursos más adecuados tanto a las características de los menores que llegan a cada lugar como a las singularidades del propio territorio.

Por otra parte, hay que afirmar que en España, en función de los casos y de forma individualizada, los mena disponen de los mismos servicios y programas que el resto de los menores en situación de desamparo. Ahora bien, la cuestión de la suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad tiene distinto alcance, en la medida en que será necesario solicitar en el país de origen del menor (y en el que, probablemente, se encuentran sus progenitores) el reconocimiento de la decisión administrativa española que declara el desamparo y la posterior constitución de la tutela administrativa (Esteban-Saghir, 2006).

Por último, es relevante también señalar el contenido del artículo 239 del CC (tras su modificación por la Ley 21/1987), de conformidad con el cual

... la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de un tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste⁴⁶.

a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

⁴⁶ Y, en relación con esta disposición, hay que citar también el artículo 222 del CC, que prevé que

Esto es, cuando se declara el desamparo del menor, también cabe constituir una tutela civil, de forma que puede tener lugar la coexistencia de dos instituciones de protección de menores en un concreto caso, en particular, cuando la declaración del desamparo trae su causa del inadecuado o del incumplimiento de las funciones inherentes a la patria potestad. En esta situación, la patria potestad habrá quedado en suspenso, por motivo de la declaración administrativa del desamparo y se podrá formalizar una tutela civil (Rogel, 1991, 691 y ss).

De otro lado, la doctrina considera que la finalidad del artículo 239 del CC es poner de relieve el carácter subsidiario de la tutela civil en relación con la tutela administrativa (Pillado, 447).

4. El acogimiento como modalidad de ejercicio de la tutela o de la guarda administrativa y otras formas de protección de los menores en el Derecho español

4.1. Modalidades de acogimiento y formalidades para su constitución

Como se ha señalado, el CC español –al igual que las leyes de las distintas CCAA– prevé distintas modalidades de acogimiento y, en particular, establece la diferencia entre el acogimiento residencial y el familiar. En cuanto a las modalidades de acogimiento familiar, en principio, la LOPJM amplía el abanico de medidas, dado que puede tratarse de: acogimiento simple, permanente y preadoptivo, y cada uno de ellos también se constituye de forma distinta (como se verá a continuación), pudiendo indicarse que puede tener lugar mediante un convenio (constitución convencional), puede formalizarse por la autoridad

“estarán sujetos a tutela: 1º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; 2º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; 3º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; 4º Los menores que se hallen en situación de desamparo”.

judicial y puede también ser el resultado de un expediente administrativo (en cuyo caso suele hablarse de un acogimiento administrativo, aunque se trata de una medida de protección de Derecho privado o algunos autores la califican como híbrida).

En el contexto del modelo de protección funcional establecido por la Ley 2171.987 y posteriormente por la LOPJM (Martínez de Aguirre, l. 459 y ss), la medida del acogimiento constituye una forma de realización de la tutela administrativa y también de la guarda administrativa y, en este sentido, se indica que es una modalidad de ejercicio de las referidas instituciones de protección en el Derecho español. En particular, el artículo 172, 3º del CC dispone que:

...“la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor”.

En principio y, en la medida en que el acogimiento constituya una modalidad de ejercicio de la guarda o de la tutela administrativa, no será precisa la intervención de una autoridad judicial para su constitución, sino que dicha medida de protección, que trae su causa, en particular, de la declaración del desamparo del menor y de la posterior incoación de un expediente administrativo de tutela constituye la materialización de tal expediente. Por tanto, se trata de una modalidad específica de acogimiento familiar, que es el resultado de la declaración del desamparo y de la constitución de la tutela administrativa. Esta modalidad de acogimiento está recogida de forma implícita en el tenor del artículo 172, 1º del CC (García Cantero, 312)⁴⁷.

⁴⁷ La citada disposición señala que: “1. La entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, cuando constante que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio

El caso de la guarda administrativa no es similar a la situación descrita, en la medida en que la referida guarda no supone que el menor se encuentre en situación de desamparo, lo que no requiere la intervención inmediata de la administración competente por razón del territorio, sino la previa declaración de una situación de riesgo, cuya constatación también puede realizarse a través de un expediente administrativo o la guarda puede ser solicitada por los propios progenitores del menor⁴⁸. La noción de riesgo supone también una situación de desasistencia pero de carácter reversible, de forma que en tal caso puede formalizarse un acogimiento familiar o también residencial, pero —a diferencia de la tutela administrativa— la guarda no tiene carácter de urgencia y, por ello, el acogimiento familiar que constituya la modalidad de ejercicio de dicha forma de protección está comprendida en el artículo 173, 1º del CC y responde a una de las modalidades que regula el artículo 173 bis del CC.

Por tanto, en ambos casos, el acogimiento es una modalidad de ejercicio de la guarda y de la tutela administrativa, que no requiere (salvo oposición) la intervención del juez, sino sólo forma escrita (Art. 173, 1º CC) (Llebaría, 106). Su constitución ha de realizarse, en todo caso, por escrito (Art. 173, 2º CC) y han de participar en su formalización

de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas (...)

⁴⁸ En este sentido el artículo 172, 2º del CC prevé que:

“cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma la guarda durante el tiempo necesario. La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por las Administraciones. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos por el Ministerio Fiscal. Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”.

la entidad pública competente en materia de protección de menores (de la CA española en la que se encuentre el menor), la persona o las personas que reciban al menor y éste, si tuviera doce años cumplidos. Es necesario también el consentimiento de sus padres o tutores (siempre que no estén privados de la patria potestad), salvo en el caso del acogimiento familiar provisional (que está previsto para los supuestos de oposición de los padres o del tutor del menor, de conformidad con el Art. 173, 3º del CC). También se constituye de este modo el denominado acogimiento convencional para el caso de que el menor no se encuentre bajo la guarda ni tutela administrativas (véase *infra*).

En cuanto a la constitución judicial está regulada en la LEC/1881, cuyo artículo 1.828 prevé que:

"La constitución del acogimiento, cuando requiera constitución judicial, será promovida por el Ministerio Fiscal o por la Entidad pública correspondiente.

El juez, recabado el consentimiento de la entidad pública, si no fuera la promotora del expediente, de las personas que reciban al menor y de éste, desde que tuviera doce años, oír a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor, en su caso, y al menor de doce años que tuviera suficiente juicio, y dictará auto en el término de cinco días, resolviendo lo procedente en interés del menor.

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores, o si citados no comparecieran, se prescindirá del trámite y el juez podrá acordar el acogimiento.

La iniciación del expediente de cesación judicial del acogimiento tendrá lugar de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal o de las personas que lo tengan acogido.

El juez podrá acordar la cesación del acogimiento, tras oír a la entidad pública, al menor, a su representante legal y a los que lo tengan acogido.

Contra el auto que acuerde la constitución del acogimiento o su cesación cabe recurso de apelación en un solo efecto".

Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria, que deja abierta la vía judicial para que se revisen todas las actuaciones que han tenido lugar, tanto en el expediente administrativo como en la constitución del acogimiento (García Cantero, 311).

4.2. El acogimiento pre-adoptivo

Cabe también el acogimiento pre-adoptivo, que constituye una etapa –no necesaria, pero posible– de la adopción, que regula el ordenamiento español en el art. 173, *bis*, 3º inciso segundo del CC. El citado acogimiento puede tener lugar cuando el menor ha sido declarado en situación de desamparo, dado que es una de las medidas de protección previstas en la legislación española en tales casos con la finalidad de adaptación del menor a la familia (adoptante). El propio ente público asistencial propondrá un acogimiento pre-adoptivo, que podrá tener como consecuencia la posterior constitución de la adopción si se mantienen las circunstancias que justificaron su formalización. No obstante, el acogimiento (pre-adoptivo) no sólo se constituye a petición de la entidad pública competente, sino que puede tener lugar a instancia de los particulares y será declarado por la autoridad judicial (Art. 1.828 de la LEC/1881 y 173, 2º del CC). De otro lado, no será necesaria la propuesta previa cuando el menor lleve acogido legalmente más de un año (Art. 176, 2, 3º CC).

La sentencia de la AP de Granada, de 15 de diciembre de 2003, resuelve el recurso de oposición planteado contra la propuesta de formalización de acogimiento pre-adoptivo de una menor, hija de madre marroquí y filiación paterna desconocida. La previa declaración de

desamparo de la menor por el organismo competente de la Administración autonómica andaluza dio lugar al presente procedimiento (Art. 1 828 de la LEC/1881 en relación con el Art. 173, 3º del CC)⁴⁹. Se trata de una situación privada internacional, que recaba la atención por parte del sistema español de DIPr, debiendo indicarse que el régimen jurídico de esta modalidad de acogimiento presente significativas especialidades desde la perspectiva del referido sistema (Esteban, 2001).

4.3. La figura del acogimiento, independiente de la guarda y de la tutela administrativas

La regulación española no prevé sólo la medida del acogimiento cuando se trata de una modalidad de ejercicio de la tutela o de la guarda administrativa, sino que cabe la constitución del acogimiento en otros casos, no tratándose, por ello de una medida vinculada o dependiente de las referidas situaciones de desasistencia, como pone de relieve el artículo 173, 2º del CC, al señalar que "el acogimiento se formalizará por escrito con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor...". Cabe considerar que el legislador ha previsto que tengan cabida dos tipos de acogimiento, el que tiene lugar previa constitución de la tutela o de la guarda administrativas; y el que se formaliza con independencia de la constitución de dichas instituciones de protección. En tal caso, la doctrina indica que se trata de la delegación de la patria potestad, que constituye una manifestación del cada vez mayor auge en el Derecho de familia español del principio de autonomía privada (Ruiz-Rico, 1989, 164). A su vez, dicha delegación se diferencia de la guarda de hecho (véase *infra*)

En cambio, otro sector de la doctrina considera que no puede interpretarse en este sentido el citado párrafo del artículo 173, 2º del CC, sino que, por el contrario, su única finalidad es que quede clara la necesidad de recabar el consentimiento de la entidad pública –en todo

⁴⁹ Véase texto en BDA, AC 2005100 y en AEDIPr, 2005, p. 979 y ss; comentada por, G. Esteban de La Rosa.

caso– para que se constituya el acogimiento familiar, que es necesariamente dependiente, por tanto, de la formalización de la tutela o de la guarda administrativas (Iglesias, 357).

4.4. Los programas de acogimiento temporal de menores extranjeros

De otro lado, cabe hacer referencia específica a los planes y programas de acogimiento de menores, en virtud de los que llegan al territorio español, personas extranjeras menores de edad con la finalidad de pasar en España una temporada, con motivo de la realización de una estancia de vacaciones, con ocasión de una intervención médica, etc. El acogimiento de niños extranjeros en España puede ser utilizado por un conjunto muy variado de motivos, entre los que pueden destacarse: promover su adecuada alimentación (a través del consumo de productos naturales, leche, etc.) cuando no es posible en sus países de procedencia; procurar que los menores tengan experiencias de vida más gratas que las que tienen en sus lugares de origen, en especial, cuando se trata de zonas en las que son frecuentes los conflictos bélicos; mejorar sus condiciones de salud, determinadas, en ocasiones, por motivos climáticos (exceso o defecto de rayos solares), o por la falta de los cuidados médicos adecuados; o, incluso, proporcionar a los menores la posibilidad de entrar en contacto con otras formas de vida o de cultura distintas a las originarias.

El RLOEXIS menciona concretamente razones humanitarias para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones. La LOEXIS no regula en su articulado esta forma de desplazamiento de personas menores de edad extranjeras al territorio español.

Para llevar a cabo un programa de acogimiento de menores extranjeros se requiere su previa presentación por una organización sin ánimo de lucro, que ha de ser aprobado por la autoridad competente en materia de protección de menores por razón del territorio en el que

se vaya a realizar la acogida, a través del correspondiente informe, tal y como prevé el último inciso del apartado primero del artículo 93 del RLOEXIS. Nótese que se refiere también a la posibilidad de planes de acogimiento conjuntos, que pueden realizarse en el territorio de distintas CCAA, exigiéndose en tales casos la aprobación de cada uno de los organismos competentes por razón del territorio, al tratarse de competencias delegadas.

En todo caso, la iniciativa del programa de acogimiento corresponde a la entidad promotora y, por tanto, es dicha entidad la que ha de solicitar la evacuación del correspondiente informe. Las entidades que promuevan tales planes o programas de acogimiento deberán aportar la concurrencia de tal requisito como condición *sine qua non* para que pueda realizarse el citado acogimiento, así como los motivos del programa, la relación de los menores, las personas de contacto en el extranjero y cualquier otra información que sea necesaria con la finalidad de que la citada autoridad permita la consecución del programa, esto es, la venida de los menores extranjeros a nuestro país.

Será necesario que las autoridades competentes en materia de protección de menores otorguen su visto bueno al modo en que se plantea el desarrollo del programa en el territorio de acogida, de forma que quede constancia de la forma en que se realiza la estancia de los menores en España, la familia que los acoge, etc. Por tanto, el organismo competente para la protección del menor en cada CA revisará el programa y lo aprobará, en su caso. Tendrá que emitir un informe favorable a la realización del programa, en el que valorará su ejecución, así como la justificación de los motivos del programa.

Esto es, a las autoridades competentes en materia de protección de menores conciernen las funciones de verificación de la legalidad de la estancia de los menores en España, entendida ésta no en el sentido de control de su presencia física en nuestro país, sino en el sentido de que los menores que realizan el citado programa de desplazamiento a España tienen los consentimientos necesarios por parte de las personas que

tienen su patria potestad o tutela, esto es, bien se trate de sus propios progenitores o bien del centro o servicio de protección que tenga atribuida legalmente su tutela. Ésta es una comprobación de legalidad de las condiciones en que tiene lugar el acogimiento de los menores extranjeros en España que concierne sólo a las autoridades competentes para autorizar el programa de acogimiento, aunque las autoridades del Ministerio del Interior "puedan" verificar tales extremos.

Una vez que se ha superado dicha fase, el informe preceptivo que permitirá la entrada de los menores es el gubernativo, que podrá expedir un visado en el país de procedencia a través de las autoridades del Ministerio de Asuntos Exteriores. El citado informe gubernativo deberá "revisar" el programa de acogimiento, tal y como ha sido propuesto por la entidad sin ánimo de lucro y aprobado por la CA correspondiente, comprobando los requisitos necesarios para que la entrada de los menores en España se produzca de forma legal (existencia de los consentimientos dados en sus países de procedencia, motivos del programa, relación de menores, etc.), tal y como indica el artículo 93, párrafo 5º del RLOEXIS. Dicho informe tiene la principal finalidad de autorizar la entrada de los menores en nuestro país, debiendo ponerse para ello en contacto con el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Cabe señalar que cuanto la medida de acogimiento familiar se utiliza como vía para canalizar la llegada a España de personas menores de edad de nacionalidad extranjera, se formaliza con la intervención de una autoridad administrativa, pero sin que el citado ente público asuma funciones de protección o tutela sobre estos menores, dejando a salvo las que se refieren al control del propio desarrollo del programa de acogimiento. La responsabilidad sobre estos menores corresponde a sus progenitores o autoridades administrativas que la tengan atribuida en sus lugares de origen y el cuidado o guarda del menor corresponde de forma temporal a la familia que lo acoja en España.

De otro lado, las familias que reciben al menor deben asumir el compromiso (de forma escrita) de no iniciar un expediente de acogimiento

familiar o de adopción del menor, comprometiéndose a su alojamiento, manutención y atención integral, así como a entregarlo a las personas responsables de la entidad promotora de la acogida en la fecha prevista para el regreso a su país. Esta situación plantea la duda de quién ostenta la representación legal del menor, como ha sucedido en el caso que se presentó ante la AP de Cádiz, que en sentencia de 21 de marzo de 2001 resolvió el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia que absolvió al demandado, al considerar que carecía la parte actora (el menor) de representación procesal. Se trataba de un procedimiento verbal por accidente de tráfico, en el que el menor saharahuí (Mamud E.M.) había resultado lesionado.

El menor había venido a España en un programa de acogimiento, que aún se mantenía (5 años) como consecuencia de la permanencia del motivo que determinó el citado acogimiento. La AP considera que existe una relación de "guarda de hecho" entre el menor y el guardador (la familia española), que no atribuye a ésta las funciones de representación y defensa de los intereses del menor⁵⁰.

Y, en este sentido, es interesante analizar la diferencia en el Derecho español entre la medida del acogimiento familiar y otras formas de protección de los menores, entre las que cabe destacar la guarda de hecho (Art. 303, 304 y 306 del CC) y la delegación de la patria potestad, a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior⁵¹. Puede

⁵⁰ Por tal motivo, la AP de Cádiz atribuye la representación procesal del menor al MF en el citado procedimiento. Véase texto de la decisión y comentario de S. García Cano en, *AEDIPr*, 2003, p. 977-980.

⁵¹ El artículo 303 del CC dispone que
...sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

definirse la guarda de hecho como la guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales (Rogel, 1991, 863). Sin embargo, no cabe considerar que la formalización de un acogimiento familiar en el marco de los referidos planes temporales se realice al margen del Derecho, por lo que tal medida de protección no presenta con la guarda de hecho suficiente identidad de razón para aplicar la analogía. Más bien, tales acogimientos constituyen negocios privados de delegación de la patria potestad, sin que la entidad pública competente en el ámbito de la protección de los menores en el respectivo territorio ejerza las funciones que son propias de la guarda o de la tutela administrativas.

Por último, los menores que vienen a España en el marco de los referidos programas de acogimiento son asegurados, debiendo figurar entre la documentación del programa concreto el seguro suscrito con una entidad con sede en España. También tienen sus propios seguros sanitarios, de modo que los gastos de su estancia en España, salvo casos excepcionales, no han de corresponder al erario público español.

5. Anexo

6. Abreviaturas y siglas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Audiencia Provincial
BDA	Base de Datos Aranzadi
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía

CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDN	Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DIPr	Derecho Internacional privado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EM	Exposición de motivos
JA	Junta de Andalucía
LEC/1881	Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento civil
LEC/2000	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero)
LOEXIS	LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000, por la LO 11/2003 y por la LO 14/3003
LOPJM	LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
MENA	Menor no acompañado
MF	Ministerio Fiscal
RDP	Revista de Derecho Privado
RELOEXIS	RD 2393/2004, de 30 de diciembre, de ejecución de la Ley de Extranjería 4/2000
REDI	Revista Española de Derecho Internacional

RJC	Revista Jurídica de Cataluña
Rev. Jur.	
La Ley	Revista Jurídica La Ley
TCE	Tratado de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957
UE	Unión Europea

Bibliografía

- AAVV (2008). *Código de adopción internacional*. Pamplona: Aranzadi.
- Álvarez González, S. (2007). La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos. En: *AEDIPr*, 2007; p. 39 y ss.
- Álvarez Vélez, M^a I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*. Madrid: Ser. Publ. Univ. Pontificia Comillas.
- Ballesteros de Los Ríos, M^a. (1997). *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*. Madrid: Tecnos.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2008). *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*. Granada: Comares.
- De Pablo Contreras, P. (1993). Comentario al artículo 172. En: R. Bercovitz Rodríguez - Cano (coord.). *Comentario a las reformas del Código civil*. Madrid: Tecnos; p. 35 y ss.
- Durán Ayago, A. (2004). *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*. Madrid: Colex.
- Egea Fernández, J. (1993). Comentario al art. 173. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario a las reformas del Código civil*. Madrid: Tecnos; p. 88 y ss.

- Esteban De La Rosa, G. (2000). *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*. Granada: Comares.
- Esteban De La Rosa, G. (2001). *El acogimiento preadoptivo en Derecho internacional privado*. En: González Martín y A. Rodríguez Benot (coords.). *Estudios sobre adopción internacional*. Unam: México; p. 323 y ss.
- Esteban de La Rosa, G. y Saghir, T. *Declaración de desamparo del menor migrante no acompañado: su situación en España y en Marruecos*. *Revista Nudos* (Servicios sociales) 2006 Dic.; 9 y ss.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. (2007). *Derecho internacional privado*. 4^a ed. Madrid: Civitas.
- Ferrer Vanrell, M^a P. (1993). *El acogimiento familiar en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la potestad de guarda*. *ADC* 1993 46 (1): 163 y ss.
- García Cano, S. (2003). *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Madrid: Colex.
- García Cantero, G. Notas sobre el acogimiento familiar. *AC* 1992 May 25-31; 21: 305 y ss.
- García y García. *Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español* *Rev. Jur. La Ley* 1988; 4: 990 y ss.
- Gullón Ballesteros, A. *Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor*. *Rev. Jur. La Ley* 1996 Feb. 8; 3 975.
- Iglesias Redondo, J.I. (1996). *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs Derecho civil.

- Laroche-Gisserot, F. (1996). *Lex droits de l'enfant*. Paris: Dalloz.
- Llebaria Samper, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*. Barcelona: J.Mª Bosh Ed.
- Martínez De Aguirre, C. *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*. ADC 1992; XLV (IV): 1 391 y ss.
- Núñez Muñiz, C. *La guarda de hecho*. RDP 1999; 83: 428 y ss.
- Perlingieri, P. y Procida Mirabelii di Lauro, A. (1984). *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*. Nápoles: Edizione Scientifiche italiane.
- Pillado Montero, A. *Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma en materia de adopción*. RDP 1987; LXXI: 446 y ss.
- Rodríguez Benot, A. y Hornero Méndez, C. (eds.). (2000). *La protección del menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la atención al Menor*. Granada: Comares.
- Rodríguez Sol, L. *La protección y acogimiento de menores en el Derecho español*. Rev. Jur. La Ley 1993 Mar. 23; 3 223.
- Rogel Vide, C. (1991). *Comentario al art. 222*. En: *AAVV: Comentario del Código civil, Tomo I*, Madrid: Ministerio de Justicia; p. 691 y ss.
- Rogel Vide, C. (1991). *Comentario al art. 303*. En: *AAVV: Comentario del Código civil Tomo I*. Madrid: Ministerio de Justicia; p. 860 y ss.

- Rogel Vide, C. (1986). *La guarda de hecho*. Madrid: Tecnos.
- Ruiz-Rico Ruíz, J.M. (1989). *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Comares.
- Ruiz-Rico Ruiz, J.M. *La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores*. AC 1988 Enc. 11 - 17; 24 y ss.
- Sabater Boyle, E. *La nueva Ley de Protección jurídica del menor*. AJA 1996 Abr. 11; 241.
- Varela García, C. *Comentario a la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto*. AC 1997; 12: 261 y ss.
- Vargas Cabrera, B. *El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87*. ADC 1991; XLIV (II): 611 y ss.

Estudio mundial sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes

*Amanda Martín Rivas*⁵²

Sumario:

1. Antecedentes y mandato. 2. El proceso en América Latina y el Caribe. 3. Principales resultados y conclusiones. 4. Factores de riesgo y factores de protección: ¿Es posible prevenir la violencia? 5. Recomendaciones generales. 6. Seguimiento a nivel internacional, regional y nacional

1. Antecedentes y mandato

La violencia⁵³, ejercida contra la infancia en todas las sociedades, es una realidad que vulnera diariamente los derechos humanos de millones

⁵² Especialista en Protección. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia Unicef. Venezuela.

⁵³ Violencia:

El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

de niños, niñas y adolescentes. Ante esta grave situación, en 2000 y 2001 el Comité de Derechos del Niño dedicó dos días de debate general al tema de la violencia contra los niños. Como resultado, el Comité recomendó que se pidiera al Secretario General, por conducto de la Asamblea General, que realizara un estudio internacional minucioso sobre la cuestión de la violencia contra los niños. El Comité recaló que el estudio debería conducir a la formulación de estrategias encaminadas a impedir y combatir eficazmente todas las formas de violencia contra los niños. Para ello, solicitó que se incluyeran las medidas que habría que adoptar a nivel internacional, y nacional para brindar servicios eficaces de prevención, protección, intervención, tratamiento y recuperación.

Como consecuencia, en 2001 la Asamblea General pidió al Secretario General que efectuase un "estudio a fondo sobre la cuestión de la violencia contra los niños", y en febrero de 2003 el Secretario General dicho funcionario nombró un experto independiente, Paulo Sergio Pinheiro, para dirigirlo. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La Organización Mundial de la Salud y El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia fueron las agencias designadas para apoyar el proceso.

El propósito del estudio, basado en los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, era analizar el impacto de la violencia en su desarrollo, identificar buenas prácticas, formular estrategias y

Informe Mundial sobre Violencia y Salud. Organización Mundial de la Salud

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Artículo 19, Convención sobre los Derechos del Niño.

promover acciones para prevenir y eliminar la violencia ejercida contra todas las personas menores de 18 años.

El estudio adoptó un enfoque integral, de forma que no sólo analiza cómo proteger y apoyar a las víctimas, sino también cómo promover la no violencia y fortalecer las políticas públicas de prevención para cambiar las circunstancias y condiciones que la generan.

El estudio se elaboró a partir de la información suministrada por los propios gobiernos, a través de un cuestionario elaborado con esta finalidad por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; de los resultados de las consultas regionales que se celebraron en todo el mundo y que incluyeron la participación de gobiernos, sociedad civil, instituciones académicas, expertos, así como niños, niñas y adolescentes; y de las aportaciones que hicieron las organizaciones de la sociedad civil, las instituciones académicas, asociaciones profesionales, redes de expertos y asociaciones juveniles.

Además el estudio se benefició de los aportes, seguimiento y asesoramiento de un panel internacional de ONG, incluyendo niños, niñas y adolescentes. Panel que contó con representación de todas las regiones del mundo. Finalmente se convocaron reuniones temáticas sobre violencia basada en el género, violencia en los diferentes entornos, violencia contra los niños, niñas ya adolescentes con discapacidades y violencia en los sistemas de justicia penal juvenil, entre muchas otras temáticas.

El estudio fue presentado a la Asamblea General por el experto independiente Paulo Sergio Pinheiro el 11 de octubre de 2006. El informe documenta la naturaleza y el impacto de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes a nivel mundial en la familia, la escuela, las instituciones de detención y protección, los lugares de trabajo y la comunidad, y presenta recomendaciones generales y específicas dirigidas principalmente a los gobiernos, instando a todos a la acción inmediata.

2. El proceso en América Latina y el Caribe

En América Latina y el Caribe, y como parte del proceso de contribución con el Estudio Mundial, se organizaron dos consultas regionales que movilizaron a más de 300 representantes de gobiernos, organizaciones civiles, agencias de las Naciones Unidas, instituciones académicas, expertos en violencia y niños, niñas y adolescentes. Se elaboraron dos análisis regionales y se celebraron consultas que involucraron a más de 2.000 niños, niñas y adolescentes en 22 países.

La coordinación de todo este proceso estuvo a cargo de la Secretaría Regional para el Estudio, creada *ad hoc* e integrada por organismos de Naciones Unidas y ONG internacionales (Visión Mundial, Save the Children, Plan Internacional, Defensa de los Niños y Niñas Internacional). Organismos regionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comunidad y el Mercado Común del Caribe (Caricom) fueron también aliados estratégicos para lograr la movilización de la región.

3. Principales resultados y conclusiones

El estudio mostró que las variedades, el alcance y el impacto de las distintas formas de violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes apenas empezaban a hacerse visibles pero que sin duda puede afirmarse que es una realidad que sufren a diario millones de niños, niñas y adolescentes en todos los países del mundo y en todas las culturas; es una violación de los derechos humanos que traspasa fronteras, culturas, étnicas y otras condiciones. Además, evidenció la naturaleza oculta de esta realidad y demostró no sólo que una pequeña parte de esta violencia es denunciada e investigada, sino también que muy pocos responsables son procesados y rinden cuentas por ello.

En muchos países no hay sistemas que investiguen las denuncias de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. En la mayoría, los sistemas de registro de casos de violencia no funcionan adecuada-

mente y subestiman sistemáticamente las verdaderas cifras, lo que impide tener un panorama real del impacto y magnitud de estas situaciones y adoptar las medidas políticas, presupuestarias y de sensibilización imprescindibles para ponerle de una vez por todas fin a la violencia contra los niños.

Las razones de las dimensiones ocultas de la violencia en estos casos son múltiples: puede hablarse de que los niños y niñas más pequeños sufren principalmente violencia en su entorno más cotidiano: sus familias; y si tenemos en cuenta que lamentablemente sigue existiendo la percepción errónea de que lo que ocurre de puertas para dentro de las casas es sólo responsabilidad de las familias, este tabú unido a la falta de posibilidad de denunciar de los más pequeños, hace que la cifra conocida esté muy por debajo de "la realidad". Por otra parte, muchos niños y niñas no denuncian por miedo a las represalias o a la estigmatización o incluso por miedo a que la intervención estatal pueda empeorar su situación. En esta situación no cabe más remedio que recordar lo que el propio experto dice en su estudio:

Los derechos de los niños y las niñas no terminan en la puerta de sus casas todos tenemos la responsabilidad de garantizar que efectivamente pueden ejercerlos y que son respetados también dentro de sus familias.

El estudio muestra también como en muchas ocasiones uno de los dos progenitores o algún otro miembro de la familia elude sacar a la luz lo que sabe que está pasando por proteger a ese otro miembro de la familia, por razones que pueden ir desde el miedo hasta la dependencia económica, pasando por las percepciones de honor familiar que todavía existen en algunas culturas y que hacen que este honor se valore más que el bienestar y los derechos humanos. Razones todas ellas que dejan al niño, niña o adolescente solo ante un universo adulto incapaz de protegerle y darle la seguridad necesaria para crecer en un entorno de protección que fomente al máximo sus capacidades y respete su dignidad.

En muchos casos la falta de sistemas de registro de nacimiento adecuado y eficaz hace que los niños y niñas sean invisibles, y esto les coloca de inmediato en una situación de especial vulnerabilidad frente a situaciones de abuso, explotación y violencia. Pero hay más, el matrimonio antes de los 18 años sigue siendo práctica habitual en muchos países y la falta de un registro civil adecuado hace difícil la identificación del problema y de los niños o niñas potencialmente en mayor riesgo de sufrir violencia en estos matrimonios prematuros.

Finalmente todavía queda mucho por mejorar los sistemas que reportan sobre los niños y niñas que viven en instituciones ya sean de protección de justicia penal juvenil y sobre aquellos que han sido adoptados o acogidos temporalmente por familias. La desinformación en estas situaciones es especialmente grave y especialmente acentuada. Se sabe muy poco sobre lo que está pasando con esos niños, niñas y adolescentes cuyas vidas están en manos de los Estados y en concreto de los funcionarios de las instituciones en las que viven. Los sistemas independientes y accesibles de queja y denuncia para los niños, niñas y adolescentes institucionalizados son escasos y se siguen promocionando muy poco, pese a que todos los instrumentos internacionales establecen claramente la obligación por parte de los Estados de crearlos dotarlos y hacer de ellos un sistema eficiente de supervisión y rendición de cuentas.

Los datos que ha recopilado el estudio, las consultas con los propios niños, niñas y adolescentes y el análisis de un sinnúmero de aportaciones individuales y de organizaciones nacionales e internacionales, indican también que la persistente aceptación social de algunas formas de violencia no contribuye en absoluto a resolver este gravísimo problema. Así los propios niños, niñas y adolescentes, los autores de la violencia y la sociedad en general pueden aceptar la violencia física, psicológica o sexual contra los niños como una parte inevitable de la infancia y como algo que no sólo no está mal sino que no se puede prevenir. Uno de los ejemplos más claros de esto lo encontramos en el hecho de que todavía muchísimos países del mundo legitiman

en sus legislaciones nacionales la violencia física en forma de "castigo razonable", usada y mal entendida como una forma de disciplina, tanto en el ámbito de la familia como en el de las instituciones de educación y además como una forma de castigo en el ámbito de la justicia penal juvenil. Todas estas prácticas legitiman socialmente la violencia contra los niños y niñas e impiden que de una vez por todas miremos de frente la vergüenza que supone que los adultos están más protegidos que los niños y niñas frente a la violencia y llevemos desde los orígenes de la humanidad fallando en nuestra responsabilidad mayor, cuidar y proteger a nuestros niños y niñas para que tengan el mejor comienzo posible en la vida, asumiendo el buen trato hacia los demás y hacia uno mismo como la base sobre la que se puede cimentar una humanidad justa y solidaria, y que haga mejorar la vida de todos y cada uno de sus miembros.

La comunidad y los entornos de trabajo también aparecen en el estudio como lugares que pueden ser una trampa mortal para los niños y niñas y sobre todo para los y las adolescentes de entornos urbanos que mueren víctimas de homicidios por armas de fuego, caen en las redes del crimen organizado (tráfico de armas, personas y drogas) y son explotados sexualmente, laboralmente o simplemente atrapados en fuegos cruzados. Los adolescentes y 17 años, varones, se cuentan entre las principales víctimas de homicidio a escala mundial y en muchos casos las armas de fuego son protagonistas de estas muertes.

Sin sistemas de registro, de información y de análisis no se pueden medir ni los avances ni los retos que enfrentan las sociedades para poner fin a la violencia contra los niños. La clave tiene que pasar por lograr investigar el empleo de la violencia por parte de las familias y del resto de adulto; las experiencias de los propios niños, niñas y adolescentes víctimas, la evolución en términos de salud, desarrollo y crecimiento de estas víctimas; hay que estudiar además cuáles son los factores de riesgo y protección que pueden hacer la diferencia en la vida de los niños y niñas. Se trata de encontrar las claves de la prevención y minimizar al máximo los potenciales riesgos. Ahora bien,

para el caso de la violencia letal, cuando ya los sistemas de prevención y protección han fallado estrepitosamente, sólo será posible tener una idea clara de la magnitud de estos fallos, si existen en los países sistemas de registro, denuncia, investigación y rendición de cuentas fuertes, con recursos y que reciben atención prioritaria por parte de las autoridades responsables del bienestar social y los derechos humanos. La existencia o no de estos sistemas es una clara manifestación de voluntad por parte de los Estados y la sociedad respecto a la prioridad que se otorga al respeto, protección y garantía de los derechos humanos de todos y todas, niños, niñas y adolescentes del mundo.

Algunas cifras espeluznantes⁵⁴:

- a) Se estima que casi 53.000 niños y niñas fueron asesinados en todo el mundo en 2002.
- b) En algunos países industrializados, los bebés menores de un año corren el triple de riesgo de ser asesinados –casi invariablemente por los padres– que los niños y niñas de 1 a 4 años, y el doble que los niños y niñas de 5 a 14 años.
- c) Del total de niños y niñas víctimas de homicidio, 22.000 (o casi 42%) tenían de 15 a 17 años, y casi 75% eran varones.
- d) Entre 80% y 98% de los niños y niñas sufren castigos físicos en el hogar y un tercio o más de ellos recibe castigos físicos graves perpetrados con objetos, según estudios realizados en países de todas las regiones del mundo.
- e) En más de 100 países, los niños y niñas todavía sufren la amenaza o la realidad de castigos físicos con varas, cintos u otros objetos en la escuela.

⁵⁴ Todas las estadísticas citadas en este texto están tomadas de Pinheiro, Paulo Sergio, (2006). Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños, Niñas. El informe se puede descargar en la dirección: <http://www.unicef.org/lac>

- f) En los sistemas penitenciarios de por lo menos 30 países, todavía se impone a niños y niñas sentencias de azotes con látigos o varas.
- g) Sólo 2,4% de los niños y niñas del mundo están protegidos por la ley de castigos físicos en todos los ámbitos.
- h) Cada año, entre 133 y 275 millones de niños y niñas son testigos de violencia frecuente entre sus padres.
- i) Entre 20% y 65% de los niños y niñas en edad escolar de países en desarrollo manifestaron haber sufrido algún tipo de acoso verbal o físico en los 30 días anteriores.
- j) En Europa Central y Oriental, 35% de los niños y niñas en edad escolar que respondieron a una encuesta dijeron que habían sufrido acoso en los dos meses previos; el porcentaje varió entre 15% y 64%.
- k) Alrededor de 150 millones de niñas y 73 millones de niños y niñas menores de 18 años tuvieron relaciones sexuales forzadas o sufrieron otras formas de violencia sexual en 2002.
- l) En encuestas de 21 países, al menos 7% (y hasta 36%) de las mujeres y 3% de los varones (hasta 29%) afirmaron que sufrieron abuso sexual durante su infancia.
- m) De las mujeres que declararon haber iniciado su vida sexual activa antes de los 15 años, entre 11% y 45 % afirmaron que fue por la fuerza.
- n) Al menos 82 millones de niños y niñas y adolescentes que ahora tienen entre 10 y 17 años se casarán antes de cumplir 18, buen número de ellos lo harán mucho antes.
- ñ) Entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres en todo el mundo han sufrido alguna forma de mutilación genital.
- o) La tasa de mutilación genital femenina se sitúa entre 71% y 99% en ciertas regiones de algunos países; algunas niñas son víctimas de esta práctica antes de cumplir los cuatro años.

- p) En el África subsahariana, Egipto y Sudán, cada año 3 millones de niñas y mujeres son sometidas a mutilación genital.
- q) En 2004, unos 218 millones de niños y niñas trabajaban, y de éstos 126 millones realizaban trabajos peligrosos.
- r) Los cálculos relativos al 2000 indican que 5,7 millones de niños y niñas realizaban trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre; 1,8 millones eran víctimas de explotación sexual comercial y pornografía y 1,2 millones eran víctimas de la trata.

4. Factores de riesgo y factores de protección: ¿es posible prevenir la violencia?

Partiendo del modelo ecológico para analizar la violencia, el estudio reconoce desde el principio que la violencia tiene naturaleza multicausal y multifacética. Existe por tanto una variedad de causas o factores que pueden potenciar el riesgo de violencia e incluso perpetuarla o factores que, por el contrario, pueden ayudar a prevenirla y eliminarla. El modelo ecológico toma en cuenta las distintas dimensiones en las que se desenvuelve el ser humano y las características de cada una de estas dimensiones: desde la historia personal y características de víctimas o autores, pasando por las de sus familias, el contexto social donde se han desarrollado (comunidad) y las características de la sociedad en su conjunto en un tiempo y espacio determinados. La interacción de todas estas características puede aumentar o disminuir el riesgo de sufrir violencia o la protección frente a esta posibilidad. El modelo, entre otras muchas cosas, deja claro que una intervención eficaz frente a la violencia requiere de una multitud de acciones en los diferentes niveles de interacción del ser humano y que nunca una sola línea de actuación podrá tener éxito. Muestra, además, el potencial de las acciones preventivas, al fomentar la existencia de los factores de protección frente a la violencia, que demuestren ser realmente efectivos. Como indica el estudio, "la mejor forma de intervenir frente a la violencia es evitar que ocurra".

Factores como la edad, desarrollo económico, condición social y el género han sido identificados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como riesgosos en el caso de la violencia letal –con resultado de muerte– contra niños, niñas y adolescentes⁵⁵.

Las prácticas y patrones sociales de comportamiento y crianza, la desigualdad y el desempleo, la exclusión en sus diferentes formas, y los estereotipos de género son elementos clave que pueden acentuar el riesgo de sufrir determinados tipos de violencia para determinados niños y niñas. Aparentemente, los niños y niñas más pequeños están más expuestos a la violencia física, y los y las adolescentes a la violencia sexual, aunque los datos sobre abuso sexual distan mucho de ser confiables y reflejar la realidad; los varones parecen tener más riesgo de sufrir violencia física letal y las niñas trato negligente y violencia sexual.

Si además tomamos en cuenta las especiales circunstancias de niños o niñas con necesidades especiales o discapacidad y analizamos los pocos datos disponibles, no queda más remedio que señalar a estos niños y niñas como un grupo que puede potencialmente estar en mayor riesgo de sufrir alguna forma de violencia, trato negligente y abandono. La exclusión y discriminación que sufren niños y niñas pertenecientes a minorías étnicas, lingüísticas o religiosas ha quedado también claramente documentada en el estudio. Finalmente los testimonios de los niños, niñas y adolescentes que viven en instituciones por razones de protección o por conflicto con la ley penal indican que esta situación también puede identificarse como un factor de riesgo frente a la violencia. Lo mismo dicen y atestiguan los niños y niñas que viven en la calle o que pasan en ella gran parte de su día a día.

⁵⁵ La OMS calcula que la tasa de homicidios de niños, niñas y adolescentes en 2002 en los países de ingresos bajos fue dos veces mayor que en los de ingreso alto. Las tasas más altas de homicidios entre menores de 18 años se registra entre los varones de 15 a 17 y entre los niños y niñas de 0 a 4 años.

En cuanto a los factores de protección, que han sido menos investigados y que requieren con urgencia mucha mayor información, el estudio enumera al menos los siguientes: los lazos de apego precoz y fuertes con los padres; la crianza no violenta en el entorno familiar y de la escuela; comunidades con fuertes redes de cohesión que ofrezcan un espacio de protección para socializar con otros: la educación para la resolución de conflictos por vía pacífica desde los primeros años; los sistemas de protección social que ofrezcan a las familias opciones de apoyo en situaciones puntuales de estrés social o económico; los sistemas de denuncia, vigilancia e investigación eficaces que den un mensaje de tolerancia cero y persecución de la impunidad frente a la violencia. Todo ellos en combinación con otros que aplican según el entorno en donde estamos trabajando, demuestran que sí es posible prevenir la violencia y que por tanto ésta no es inevitable.

5. Recomendaciones generales

El estudio mundial pretendió ofrecer una serie de recomendaciones generales aplicables a la prevención y respuesta ante la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, independientemente del entorno en donde se produzca y además otras específicas diferenciadas para el caso de la violencia en la familia, escuela, comunidad, instituciones de protección y de justicia y lugares de trabajo.

Aquí sólo vamos a referirnos a las Recomendaciones Generales, para una revisión completa de todas las recomendaciones puede consultarse el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas, disponible en internet: <http://www.unicef.org/lac> y en <http://www.unicef.org/venezuela>

Antes de pasar a enumerarlas, Recomendaciones es conveniente destacar lo que el propio estudio señala como *principios generales*⁵⁶ que informan todas y cada una de las recomendaciones recogidas en el documento:

⁵⁶ Pinheiro, op. cit.

1. Ninguna forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes es justificable. Nunca deben recibir menos protección que los adultos.
2. Toda la violencia contra los niños, niñas y adolescentes es prevenible. Los Estados deben invertir en políticas y programas basados en evidencias para abordar los factores causales de la violencia contra los niños.
3. Los Estados tienen la responsabilidad primordial de hacer que se respeten los derechos de la infancia a la protección y al acceso a los servicios, y prestar apoyo a la capacidad de las familias para proporcionar cuidados a los niños en un entorno seguro.
4. Los Estados tienen la obligación de garantizar que los que cometen actos de violencia rindan cuentas.
5. La vulnerabilidad de los niños a la violencia está relacionada con su edad y capacidad en evolución. Algunos niños, debido a su género, raza, origen étnico, discapacidad o condición social, son especialmente vulnerables.
6. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en la aplicación de políticas y programas.

Las Recomendaciones que hace el estudio mundial están dirigidas principalmente a los gobiernos, haciendo referencia a sus competencias en materia de legislación, definición de políticas, prestación de servicios y creación de instituciones. Son medidas generales que todos los Estados deben tomar para prevenir la violencia y responder eficaz y eficientemente frente a ella. Las propias Recomendaciones mencionan también compromisos y medidas que deben adoptar otros socios clave y sectores sociales, como las organizaciones civiles o asociaciones de base. Finalmente da las pautas para el seguimiento en el contexto global, regional y nacional. A continuación presentamos un resumen que puede ser ampliado consultando el Informe⁵⁷ completo.

⁵⁷ *Idem.*

1. *Formulación de una estrategia, política o plan de acción nacional para hacer frente a la violencia contra los niños, con objetivos y calendarios realistas.* La estrategia nacional o plan debe estar coordinado por un organismo que tenga capacidad para lograr la participación de múltiples sectores en una estrategia de aplicación de amplia base. La participación de los niños, niñas y adolescentes para alimentar esta estrategia y evaluar su impacto es imprescindible.
2. *Prohibición expresa de todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes* incluidos todos los castigos corporales, las prácticas tradicionales dañinas, como los matrimonios tempranos y forzados, la mutilación genital femenina y los denominados delitos contra el honor, la violencia sexual y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, como requieren los tratados internacionales. La Recomendación incluye la abolición con carácter prioritario de la pena de muerte para personas menores de 18 años y la suspensión de todas las ejecuciones pendientes para personas que cometieron delitos cuando tenían menos de 18 años.
3. *Priorizar la prevención de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, abordando sus causas subyacentes.* Así como es esencial dedicar recursos a la intervención una vez se ha producido la violencia, los Estados deberían asignar recursos adecuados a abordar los factores de riesgo y prevenir la violencia antes de que ocurra. En línea con los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se debería centrar la atención en las políticas económicas y sociales que aborden la pobreza, el género y otras formas de desigualdad, las diferencias salariales, el desempleo, el hacinamiento urbano y otros factores que socavan la sociedad.
4. *Promover valores no violentos y generar conciencia sobre los efectos devastadores de la violencia contra los niños.* Los Estados y la sociedad civil deben transformar las actitudes que aceptan o consideran normal la violencia contra los niños, niñas y adolescentes,

- incluidos los estereotipos de género y la discriminación, la aceptación de los castigos corporales y las prácticas tradicionales dañinas. Los Estados deberían garantizar la difusión y comprensión de los derechos de los niños, inclusive por parte de los propios niños. Se deberían utilizar campañas de información para sensibilizar al público sobre los efectos dañinos que tiene la violencia en los niños. Los Estados deberían alentar a los medios de difusión a promover valores no violentos y aplicar directrices para garantizar un pleno respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en toda cobertura informativa.
5. *Aumentar las competencias y las capacidades de todos los que trabajan con y para los niños, niñas y adolescentes.* Se debería proporcionar capacitación inicial y permanente. Los Estados deben invertir en programas sistemáticos de educación y capacitación para profesionales y no profesionales que trabajan con o para los niños y las familias a fin de prevenir, detectar y responder a la violencia contra los niños.
 6. *Crear servicios de recuperación y protección social.* Los Estados deben crear servicios de salud y servicios sociales accesibles, que tengan en cuenta a los niños, niñas y adolescentes y sean universales, incluidos cuidados ambulatorios y de emergencia, asistencia jurídica a los niños y, cuando proceda, a sus familias si se detectan o comunican casos de violencia. Los sistemas de salud, justicia penal y servicios sociales deberían poder abordar las necesidades especiales de los niños como seres humanos en crecimiento y desarrollo.
 7. *Participación activa de los niños, niñas y adolescentes y el respeto de sus opiniones en todos los aspectos de la prevención, la respuesta y la vigilancia de la violencia contra ellos,* teniendo en cuenta el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se debe prestar apoyo y alentar a las organizaciones de niños e iniciativas dirigidas por ellos para abordar la violencia, siempre tomando en cuenta el interés superior del niño.

8. *Crear sistemas y servicios de denuncia accesibles y adecuados para los niños, niñas y adolescentes.* Los Estados deben crear mecanismos seguros, bien publicitados, confidenciales y accesibles para los niños, sus representantes y otras personas para denunciar la violencia que sufren. Todos los niños, incluidos los que están en instituciones de protección y en instituciones judiciales, deberían conocer la existencia de estos mecanismos de denuncia.
9. *Asegurar la rendición de cuentas y poner fin a la impunidad.* Es imprescindible aumentar la confianza de la comunidad en el sistema de justicia haciendo que todos los que cometan actos de violencia contra los niños rindan cuentas ante la justicia y garantizando que se les responsabiliza de sus actos mediante procedimientos y sanciones penales, civiles, administrativas y profesionales apropiadas. Se debe impedir que trabajen con niños personas culpables de delitos violentos y abusos sexuales contra ellos.
10. *Abordar la dimensión de género de la violencia.* Los Estados deben asegurar que las políticas y los programas contra la violencia se elaboran y aplican con una perspectiva de género, teniendo en cuenta los diferentes factores de riesgo a que se enfrentan las niñas y los niños por lo que respecta a la violencia; los Estados deberían promover y proteger los derechos humanos de las mujeres y las niñas y hacer frente a todas las formas de discriminación de género como parte de una estrategia amplia de prevención de la violencia.
11. *Crear sistemas nacionales de recolección de datos, de generación de información y de investigación* sobre las diferentes formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Es urgente que los Estados mejoren sus sistemas de recolección de datos e información a fin de detectar subgrupos vulnerables, proveer información para formular políticas, elaborar programas a todos los niveles y hacer un seguimiento de los progresos hacia el logro del objetivo de prevenir la violencia contra los niños. Los Estados deberían utilizar indicadores nacionales basados en normas internacionalmente acordadas y garantizar que se compilen, analicen y difundan los

datos a fin de comprobar los progresos a largo plazo. Se deben crear y mantener sistemas de información sobre los niños sin cuidados parentales y sobre los que están en el sistema de justicia penal. Los datos deberían desglosarse por sexo, edad, medios urbanos o rurales, característicos de los hogares y familiares, educación y etnia. Los Estados también deberían elaborar un programa nacional de investigaciones sobre la violencia contra los niños en los diferentes entornos, incluso mediante entrevistas con niños y padres, prestando atención especial a los grupos vulnerables.

12. *Fortalecer los compromisos internacionales.* Todos los Estados deben ratificar y cumplir la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos facultativos, relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a la participación de éstos en los conflictos armados. Todas las reservas que sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y los Protocolos facultativos deben retirarse. Los Estados deberían ratificar todos los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes que incluyen disposiciones relativas a la protección de los niños. Finalmente, los Estados deben cumplir todas sus obligaciones jurídicas internacionales y fortalecer su cooperación con los órganos creados en virtud de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

6. Seguimiento internacional, regional y nacional

Si bien las Recomendaciones están dirigidas principalmente a los gobiernos, porque ellos son los que tienen la responsabilidad de su cumplimiento, no es menos cierto que la participación de otros actores clave a nivel global, regional y nacional será vital para ayudar a los gobiernos a cumplir estos compromisos. Entre estos actores se incluyen: agencias y organismos de la ONU; organizaciones de la sociedad civil (incluyendo instituciones nacionales de derechos humanos); organizaciones profesionales, como asociaciones de médicos y enfermeras; asociaciones comunitarias, educadores, padres, madres y niños, niñas y adolescentes.

El estudio esboza una serie de estrategias centrales para ayudar a lograr la aplicación de todas las recomendaciones, a saber:

En el ámbito nacional, y dado que el estudio se ha enfocado en mejorar la situación en este nivel, en beneficio de todos los niños, niñas y adolescentes, hace énfasis en la urgencia de la acción y fija metas para los gobiernos:

1. La creación de una estrategia nacional de prevención y lucha contra la violencia que debería estar integrada en los planes nacionales de desarrollo, a más tardar en 2007 y el nombramiento de una autoridad con rango ministerial responsable de la coordinación.
2. La prohibición legal de todas las formas de violencia contra los niños, incluidos los castigos físicos, en todos los entornos y la creación o mejora de sistemas nacionales de recopilación de datos desagregados y fiables para 2009. Al igual que durante todo el proceso, el Estudio reconoce imprescindible la opinión de niños, niñas y adolescentes en el diseño de las estrategias de prevención y de los servicios de protección y recuperación para las víctimas.
3. Incorporar la información sobre el avance en el cumplimiento de las Recomendaciones en los informes periódicos que los Estados presentan al Comité de los Derechos del Niño

En el ámbito regional e internacional: El Estudio establece claramente que las instituciones internacionales y regionales deben cooperar con los gobiernos para lograr la aplicación de las recomendaciones. Las instituciones financieras internacionales deben revisar sus políticas y programas para tener en cuenta el impacto sobre los niños, niñas y adolescentes. Los equipos de las Naciones Unidas deben incluir estrategias de prevención y eliminación de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en las estrategias de reducción de la pobreza, los análisis comunes de situación y los marcos comunes de ayuda al desarrollo.

En el ámbito regional, las organizaciones regionales deben trabajar también para crear un mecanismo de seguimiento al cumplimiento de las Recomendaciones en el marco de los sistemas regionales de vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos.

Finalmente el Estudio, basándose en la importancia de la cooperación y la acción multilateral para poner fin a la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, recomendó a los Estados el nombramiento de un Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños. El Representante o la Representante que se nombre actuará como promotor mundial de altísimo nivel de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y en particular de su derecho a estar protegidos frente a todas las formas de violencia. Además, deberá promover el cumplimiento de las Recomendaciones y asegurar el monitoreo de ese cumplimiento. Por último, presentará informes de sus actuaciones y de los avances al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de las Naciones Unidas. El mandato inicial de este o esta Representante será de cuatro años y deberá contar con la estrecha colaboración y el permanente apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Por último, el propio Estudio recomendó también la creación de un grupo interinstitucional de las Naciones Unidas para la violencia contra los niños, con representación de organizaciones de la sociedad civil y de niños, niñas y adolescentes que acompañaran el seguimiento de la aplicación de este Estudio que ha hecho historia y esperamos que pase a formar parte de ella como el punto de inflexión que logró un compromiso real de gobiernos y sociedades a favor del derecho al buen trato y la erradicación de todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes del mundo.

Familias cuidadoras, familias solidarias y acogimiento familiar en el derecho argentino

*Marisa Herrera*⁵⁸ (Argentina)

Sumario:

1. Introito. 2. Síntesis sobre el estado normativo de las "ubicaciones transitorias" en el Derecho Argentino. 3. El derecho a la identidad como perspectiva de análisis forzada. 4. Sobre la investigación de campo. 4. 1. Misceláneas sobre el valor de la sociología jurídica en el derecho de familia. 4. 2. Objetivos y diseño metodológico del trabajo de campo. 4. 3. Algunos resultados obtenidos y varios replanteos necesarios. 5. Algunas conclusiones a modo de cierre.

⁵⁸ Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Investigadora del Conicet (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA y titular de la materia Derecho de Familia, Universidad de Palermo. Coordinadora la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia (números sobre jurisprudencia) que publica la editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

1. Introito

La presente ponencia tiene por objeto profundizar el estudio sobre aquellas figuras –tanto humanas como jurídicas– que utiliza el Derecho cuando un niño es separado de su familia por múltiples razones. Para el análisis de la temática propuesta y su desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial que presenta el derecho argentino, se tomará como eje una investigación de campo sobre niños institucionalizados en la Ciudad de Buenos Aires, base de mi tesis doctoral aprobada a fines de 2006, con el fin de agudizar la mirada crítica sobre este tipo de “ubicaciones transitorias” donde los niños ven forjadas su identidad. ¿Cuál es el impacto, incidencia o lugar en el desarrollo de niños y adolescentes sobre su transitar por familias cuidadoras, solidarias, de acogida, de colocación, por citar las denominaciones más usuales que se receptan en las leyes y en las prácticas?

Ninguna institución, programa o política destinada o sobre niños y adolescentes, les es ajena a ellos. El respeto por los derechos humanos y niños y adolescentes interpela a los operadores del derecho a revisar ciertas prácticas que en la realidad no habrían dado los resultados esperados.

Parto de la idea de que la cuestión de los niños institucionalizados es un problema grave que merece ser atendido por las diversas consecuencias negativas que se desprenden⁵⁹. Así como también que las

⁵⁹ Con respecto a los efectos “perversos” que deriva de la institucionalización, un estudio realizado en Canadá en 1997 concluyó que los niños que habían vivido en orfanatos durante ocho o más meses sufrían retrasos en todas las fases de su desarrollo (social, motor y del lenguaje), alegándose que “a pesar del creciente conocimiento que existe acerca de los riesgos de la institucionalización, muchos niños permanecen en instituciones por diversos motivos” (Wagmaister, Adriana y Podestá, Andrea I., “Algunas consideraciones respecto del Registro Único de aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y sus normativas locales”, JA, 2005- I-1333). Por su parte, otro estudio sobre la internación de niños en España, Italia y países del Cono Sur realizado por Unicef se denuncia que

“ubicaciones transitorias” de niños en programas de cuidado a cargo de instituciones, pequeños hogares o familias cuidadoras se extienden en el tiempo, trayendo consigo situaciones complejas como ser el vínculo afectivo que los niños desarrollan dentro de estos programas y el nuevo desarraigo y desamparo que se produce cuando ellos son dados en adopción. Estas cuestiones, de manera hartó sintética,

... el recurso de la internación, en muchos casos, pone en peligro el rol y la presencia de los padres o tutores de los niños, llegando incluso a interrumpirla definitivamente.

Se agrega que

... factores complejos y muchas veces entrelazados –tales como pobreza, familias divididas, discapacidades, origen étnico, rígidos sistemas de bienestar y falta de medidas alternativas al cuidado residencial– requieren respuestas integrales que identifiquen a las familias en riesgo, se ocupen de sus necesidades y prevengan la separación de sus hijos. El desafío ético y práctico es asegurar que las familias, y especialmente las mujeres jefas de hogar, tengan el soporte necesario para criar a sus hijos ... (Ferrari, Mario, Couso, Jaime, Cillero Bruñol, Miguel y Cantwell, Nigel (coord.). (2002). *Internación de Niños: ¿el comienzo del fin? Crisis de los Internados y transformación de las políticas de infancia en España, Italia y el Cono Sur*. Florencia: Centro de Investigación Innocenti, Unicef, p. 7 y 8.

Coherente con esta idea crítica, Chile vendría desarrollando un proceso de desinternación en cuyo diseño estratégico se considera que

... las prácticas habituales arraigadas en nuestra cultura como son las prolongadas permanencias de los niños, niñas y adolescentes en los internados, la inexistencia de intervenciones previas orientadas a la reunificación familiar y el egreso, y las culturas institucionales que perciben la desinternación como una amenaza a su supervivencia.

Se añade que

... según un estudio de expedientes sobre causas de protección realizado por Unicef en 1998 en seis juzgados de menores, la internación fue adoptada como medida provisoria en 42,7% y constituyó la medida más recurrente de las que dictan los tribunales. (Unicef. Desinternación en Chile. Algunas lecciones aprendidas, Revista Infancia y Adolescencia 2005; 4. Disponible en www.unicef.cl).

colocan en jaque el tratamiento vigente que se brinda a los niños "privados del cuidado de sus padres"⁶⁰.

Para corroborar esta afirmación, cabe traer a colación un informe publicado a mediados del 2006 realizado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y auspiciado por Unicef sobre "niños privados de la libertad", entendido éste de manera amplia de conformidad con el artículo 11. b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad –más conocido como Reglas de Beijing– como

... toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

⁶⁰ Cabe destacar que en la actualidad se encuentra en estudio de distintos países el proyecto Directrices de las Naciones Unidas para la Protección y Cuidado Alternativo de Niños Privados del Cuidado de sus Padres. Si bien este proyecto se encuentra publicado de manera completa en la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, n° 35, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 277 y ss; merece destacarse cuál es su objetivo. Al respecto, el punto 2 de la Parte I expresa que

... las directrices están: a) orientadas a apoyar los esfuerzos para mantener a los niños dentro de, o devolverlos a sus familias de origen, y cuando no sea posible o no sea conveniente para los mejores intereses del niño, para identificar y proporcionar las formas más adecuadas de cuidados alternativos al niño, bajo condiciones que promuevan su pleno y armonioso desarrollo, como parte de una política nacional integrada de protección del niño; b) concebidas para apoyar y animar a los gobiernos a asumir sus responsabilidades y obligaciones en ese sentido; c) asimismo, elaboradas para que sean llevadas al conocimiento de todas las personas involucradas en cuidado de niños, tanto en el sector público como en el privado, incluyendo la sociedad civil, en todos los niveles, y para ser tomadas plenamente en cuenta por éstos en sus políticas, decisiones y actividades.

Aquí se alega que del total de 19.579 niños y jóvenes que se hallan privados de la libertad, 17.063 responden a causas asistenciales y sólo 2.377 a causas penales. En otros términos, que 87,1% del total de niños institucionalizados en el país se debe a "causas sociales"⁶¹. Continúa afirmándose en este estudio que del total de niños y jóvenes institucionalizados, 757 se alojan en establecimientos, de los cuales 91 son de tipo penal, 642 de tipo asistencial, 19 de tipo "mixto", siendo que sobre los 6 establecimientos restantes se carece de información. O sea, 84,8% del total de instituciones están destinados a niños y/o jóvenes privados de su libertad por "causas sociales". Se agrega que:

... posiblemente, este dato acepte ser leído como un indicador de que, en su mayor parte, las respuestas dadas desde las políticas públicas ante una situación de carencia socioeconómica se orientan a la institucionalización o al encierro de niños y niñas –aun cuando se trate de establecimientos de régimen abierto– antes que a otro tipo de acciones tendentes al restablecimiento de sus derechos⁶².

Y párrafos más adelante reafirma que este porcentaje

... refleja una grave situación, ya que la respuesta institucional prevista para los casos no penales pivotea sobre la privación de libertad, antes de brindar la restitución de los derechos vulnerados sin afectar el goce de otros derechos⁶³.

Estoy convencida de que uno de los grandes conflictos que presentan las "ubicaciones transitorias" y su efectividad en el derecho argentino –el que conozco de cerca–, gira en torno a la dificultad de que sean, precisamente, "transitorias". Todo lo contrario es lo que acontece

⁶¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Unicef. (2006). *Privados de libertad. Situación de niñas, niños y adolescentes en Argentina*. Autor: Buenos Aires: p. 54 y 55.

⁶² *Ibidem*, ps. 45 y 46.

⁶³ *Ibidem*, p. 51.

en la práctica, consolidándose así los vínculos afectivos con las familias cuidadoras con las consecuencias negativas que ello trae consigo.

Sólo a los fines de vislumbrar de manera rápida la importancia de este "factor tiempo", me parece oportuno traer a colación por su incidencia directa en Argentina y de manera indirecta, a toda la región americana, una decisión emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26/10/2006. En esta oportunidad se declaró admisible la petición formulada por un padre contra la República Argentina, por ver violado su derecho a vivir, permanecer o al menos tener contacto con su hija, el cual se habría visto agravado por el transcurso del tiempo. De manera sintética, se trata de un supuesto en el que una niña, a los quince días de vida, y cuando el padre se entera de su nacimiento, es reconocida por el padre, pero ésta ya estaba viviendo con un matrimonio por entrega a las pocas horas de nacer por parte de la madre, a quienes un tribunal argentino le otorgó la adopción en forma simple a pesar de la férrea oposición del padre. Cabe destacar que esta sería la primera vez que Argentina fuera condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un conflicto atinente al derecho de familia (hasta ahora, lo fue por conflictos de índole penal) y, justamente, involucra un supuesto de separación de un niño de su familia de origen –en este caso, su padre–. Pero lo más relevante del caso es que uno de los principales argumentos vertidos por la Comisión para decretar la admisibilidad del caso fue, precisamente, los embates que trae consigo el aludido "factor tiempo". Al respecto, la Comisión señala:

... Los peticionarios alegan que la demora que existió dentro del procedimiento de guarda judicial fue un factor determinante que perjudicó a L. F., en sus derechos de padre, pues perdió los primeros años de vida de Milagros y ello ocasionó que la misma creara vínculos emocionales con los guardadores, en lugar de crearlos con su familia biológica⁶⁴.

⁶⁴ Informe n° 117/06, Petición 1070-04, Admisibilidad Milagros Fornerón y L. A. J. Fornerón, Argentina, 26 de octubre de 2006. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/argentina1070.04sp.htm>

Por lo tanto, un punto neurálgico a ser tenido en cuenta al analizar de manera seria las figuras de ubicación transitoria como lo son las familias cuidadoras, solidarias o de acogimiento, se refiere a la misma "transitoriedad", es decir, a la cuestión del tiempo que los niños viven en ellas.

Pero hay otras cuestiones hábiles para advertir la complejidad de las figuras de "ubicaciones transitorias" a la luz del "factor tiempo": 1) los supuestos donde las familias cuidadoras o solidarias peticionan la adopción del niño que acogido, en atención al vínculo afectivo forjado y aunque en un principio, no tenían la intención de adoptar o incluso, no cumplen con los requisitos para ello (por ejemplo, y en el derecho argentino, no estar previamente inscrito en el pertinente registro de conformidad con lo dispuesto en la ley 25 854) y 2) situaciones que se observan en el derecho comparado en las que niños que no son hermanos pero comparten historias de varios años de institucionalización, solicitan ser adoptados en forma conjunta. Como se puede apreciar, aquí el factor tiempo en materia de ubicaciones transitorias desata nuevos y acalorados conflictos que se suman a los que ya presenta toda separación de un niño de su familia de origen.

Como cierre de este apartado introductorio, cabe traer a colación las siguientes palabras que receiptan, en definitiva, varios principios y/o derechos rectores que incorpora la Convención sobre los Derechos del Niño y refuerzan en el derecho argentino por la ley 26 061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes sancionada el 28/09/2005:

Uno de los grandes desafíos actuales ... consiste en la prevención de la institucionalización –no institucionalización– y en la formulación de un proyecto familiar individualizado y permanente para los niños internados en una institución –desinstitucionalización– o en una familia de acogida (para la mayoría de los niños ambas situaciones deben ser más que soluciones temporales). Un proyecto familiar permanente es: prioritariamente, la reintegración en la familia de origen (núcleo familiar o familia extensa) y, subsidiariamente, la adopción; en este

último caso, prioritariamente la adopción nacional, y subsidiariamente la adopción internacional⁶⁵.

De manera clara, se aprecian los derechos humanos involucrados cuando se trata de "ubicaciones transitorias" como ser: el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, y en su defecto, el derecho a vivir en una familia (o el derecho a la vida familiar de conformidad con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos), los cuales inciden de manera directa en la satisfacción de otro derecho humano: el derecho a la preservación y respeto por la identidad –estática como dinámica– de niños y adolescentes.

Es innegable que este tipo de figuras que entran a escena ante situaciones de vulnerabilidad como son aquellas que ameritan la separación de un niño de su familia de origen, despiertan un cúmulo de interrogantes. ¿Hasta cuándo trabajar con la familia de origen mientras un niño se encuentra en una familia cuidadora o solidaria? Éste es, a mi entender, otro de los dilemas centrales de las ubicaciones transitorias. ¿Acaso si pasa el tiempo y el niño no puede regresar a su hogar también se dificulta, a la vez, su posibilidad de inserción en otra familia a través de la figura de la adopción? ¿Qué tipo de preparación o capacitación deberían tener las personas a cargo de niños en ubicaciones transitorias? ¿Debería ser una figura de tinte onerosa o gratuita? En caso de ser onerosa, ¿cómo sortear la disyuntiva de que el cuidado de un niño sea considerado un trabajo pero, a la vez, uno de los objetivos principales de este tipo de figuras es que el niño regresa con su familia de origen y, por ende, se extinga o desaparezca dicha fuente de trabajo? ¿Cuáles son los derechos y deberes que se derivan de las ubicaciones transitorias? ¿Pueden las familias cuidadoras, solidarias o de acogimiento autorizar que los niños a su cargo concurren a un viaje de estudio dentro del país o a una operación quirúrgica sin autorización judicial? ¿Ellos serían los responsables civilmente si los niños cometen algún hecho ilícito? Como se puede apreciar, no sólo el tiempo en el

⁶⁵ Boletín Informativo del CIR/SSI 2004 Abr; 66. Disponible en: www.iss-ssi.org

cual los niños viven en una familia cuidadora, solidaria o de acogida y los vínculos afectivos que forjan con ellas, desata sendos interrogantes, sino que hay otras cuestiones que rodean a este tipo de figuras que también deben ser analizadas de manera crítica y profunda con el objeto primordial de que ellas cumplan con su finalidad, siempre en concordancia con el respeto de los derechos humanos de niños y adolescentes.

2. Síntesis sobre el estado normativo de las "ubicaciones transitorias" en el derecho argentino

A diferencia de lo que acontece en varios países del globo, el acogimiento familiar no constituye una figura o institución del derecho civil argentino tendente a dar respuesta a las situaciones de suma complejidad en la que se encuentra un niño separado de sus padres. A pesar de este grave silencio en la legislación civil de fondo, sendas normativas de carácter locales o provinciales en atención a la facultad que tienen para regular aquellas cuestiones relativas a las políticas públicas, han creado "programas" de acogimiento familiar o bajo otras denominaciones, como la colocación o el abrigo, que tienden a dar respuesta a las situaciones transitorias en la que se encuentra un niño separado de su núcleo familiar primario.

A continuación, citamos algunas normativas provinciales, destacando que varias de las legislaciones provinciales que las mencionan o intentan regular algunos aspectos de estas figuras lo hacen en sus leyes de protección integral de niñas, niños y adolescentes y que sólo contamos con escasas normativas que establecen una regulación integral al respecto. Una de ellas es la ley 2 213 de la ciudad de Buenos Aires sancionada en 2006 y que aún falta ser reglamentada, por lo cual no se ha vuelto operativa hasta la actualidad⁶⁶. Pero ello no es

⁶⁶ Otra de las legislaciones específicas es la Ley de Familia Solidaria de la Provincia de San Luis, Argentina. Se trata de la ley 5 400 sancionada en 2003 mediante la cual se crea un registro de familias solidarias donde se deben inscribir postulantes que "deberán satisfacer los estudios sociales, psicológicos y demás condiciones que establezca la reglamentación especial, mediante resolución fundada" (Art. 4).

óbice para traer a colación algunas de sus normativas con el fin de indicar los lineamientos generales que se siguen en torno a esta figura en la única normativa provincial que la regula de modo integral. Por ello comenzamos por aquí. La ley 2 213 pone de resalto que su objetivo central es el de

... posibilitar que los niños, niñas y adolescentes que no puedan vivir con su familia de pertenencia, lo hagan de manera excepcional, subsidiaria y por el menor tiempo posible, en un núcleo familiar que respete su historia e identidad, debiéndose mantener los vínculos con la familia de pertenencia y propiciando a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario en función del interés superior del niño (Cfr. Art. 3).

Como se puede observar, la ley señala como principal objetivo del acogimiento familiar, que los niños regresen con su familia de origen, por lo tanto, y coherente con esta actitud acorde con los principios de derechos humanos de niños y adolescentes sentados en la Convención sobre los Derechos del Niño, instituciones como la adopción son entendidas con carácter subsidiario. Sobre este punto, cabe traer a colación la postura legislativa que adoptada por Venezuela según la reforma constitucional de 1999, al rezar en el segundo párrafo de su artículo 75 que

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

En consonancia con este objetivo, la ley 2 213 define al acogimiento familiar en su artículo 2 del siguiente modo:

Se entiende por acogimiento familiar transitorio al cuidado de forma integral, temporal y no institucional, brindado por una familia alternativa de convivencia a un niño, niña o adolescente, cuando medie inexistencia de su grupo familiar de pertenencia, se encuentre privado de él en forma temporal o exista medida judicial o administrativa, en razón de causas o motivos suficientes para ordenar la separación de su medio familiar. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsable de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

Por lo tanto, se destacan los elementos o requisitos de esta figura: a) ser transitorio, temporal e integral; b) ante situaciones extremas donde los niños no pueden vivir con su familia de origen; c) inserción en una familia por decisión fundada, sea administrativa o judicial; d) mirada restrictiva o negativa sobre la institucionalización de niños y e) aplicación de lo que se ha llamado un "estándar regional": la no separación de un niño de su familia por razones de pobreza.

Por su parte, esta ley expresa en su artículo 6 que

Las familias de acogimiento tienen la función primordial de cuidar al niño, niña o adolescente garantizando la totalidad de sus derechos... [siendo sus responsabilidades las de] a) Cuidar que el niño, niña o adolescente se encuentre en adecuadas condiciones de vida garantizando especialmente su salud, hábitat, vestimenta, higiene, educación y esparcimiento; b) Actuar en coordinación con la autoridad de aplicación y con la familia de pertenencia del niño, niña o adolescente a fin de fortalecer los vínculos de éste con la misma y favorecer su retorno; c) Comunicar a la autoridad de aplicación del Sistema de Acogimiento y al órgano administrativo local de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes establecidos por la Ley N° 114, la evolución y estado del niño, niña o adolescente (Art. 10).

Por último, en lo que respecta a esta normativa y en atención a la importancia del mencionado "factor tiempo", el artículo 12 se refiere a la duración de los niños en acogimiento familiar, disponiéndose que

El acogimiento es excepcional y transitorio. El mismo no podrá exceder los tres (3) meses. Este plazo podrá ser prorrogado cuando la autoridad de aplicación dictamine que persisten las causas que dieron origen al acogimiento o cuando por motivos fundados, dicho organismo constata que el retorno del niño, niña o adolescente a la convivencia con su familia de pertenencia no puede ser efectivizado en dicho plazo.

Cabe destacar que este plazo de los tres meses con la posibilidad de verse prorrogado por otro plazo similar, está en total consonancia con lo establecido en el decreto 415/2006 que reglamenta la ley nacional 26 061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, al expresar en su artículo 39 que

Se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño. El plazo a que se refiere el párrafo tercero del artículo 39 que se reglamenta en ningún caso podrá exceder los noventa (90) días de duración y deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida excepcional. En aquellos casos en que persistan las causas que dieron origen a la medida excepcional y se resolviere prorrogarla, deberá fijarse un nuevo plazo de duración, mediante acto fundado, el que deberá ser notificado a todas las partes.

Como síntesis de aquellas legislaciones de protección integral que regulan de manera complementaria figuras de ubicaciones transitorias, traigo a colación la ley 13 298 y su decreto reglamentario 300/2005 de la Provincia de Buenos Aires que regula la figura del

abrigo y la guarda institucional⁶⁷. La primera, el abrigo es una de las medidas de protección integral ante la vulneración de derechos de niños y adolescentes que menciona el artículo 35 en su inc. h) de la ley 13 298. El decreto reglamentario 300/2005 profundiza sobre esta figura. Así, el artículo 35 en su primer apartado afirma que el abrigo

... tiene por objeto brindar al niño un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en éste se encuentran amenazados o vulnerados efectivamente sus derechos o garantías hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas tendentes a preservarlos o restituirlos.

En el punto siguiente, destaca uno de los elementos o rasgos característicos de este tipo de figuras, ser adoptada ante motivos graves. Al respecto, se establece que

Los motivos graves que por sí mismos autorizan la separación del niño de su grupo familiar, están dados por la letra y espíritu de los artículos 9 y 19 y concordante de la Convención sobre de los Derechos del Niño. En forma simultánea a la disposición de esta medida, se deberá trabajar con la familia del niño a fin de procurarle la orientación y condiciones necesarias para abordar las dificultades que ocasionaron la medida dispuesta y facilitar –siempre que sea posible– el retorno del niño a su seno familiar. En el transcurso de la ejecución de esta medida se favorecerá todo contacto o vinculación del niño con su familia.

Esta cuestión se vincula con otro de los requisitos de las ubicaciones transitorias: su excepcionalidad. Al respecto el artículo 35.4 se refiere a este elemento, indicándose que es posible hacer uso de esta figura

1. Cuando las violaciones a los derechos del niño impliquen grave perjuicio a su integridad física, psíquica y social, y se advierta la necesidad

⁶⁷ Siendo sólo el abrigo una institución de tinte "familiar" y no "institucional", aquí nos explayaremos sobre la primera y no la segunda.

de apartarlo de su medio en tanto se evalúen otras estrategias de protección. 2. Cuando el niño lo requiera, por resultarle insostenible su situación de vida en su grupo de convivencia y hasta tanto se produzca la evaluación y mediación para su reintegro o derivación a otro programa. 3. Cuando sea necesario ubicar a familiares, tutores o guardadores en aquellas situaciones en que el niño se encuentra sólo, perdido o desvinculado,

También relacionado con esto, el artículo 35.3 señala que

Mientras dure la permanencia del niño fuera de su hogar, el Servicio Local de Protección trabajará con su familia biológica para promover la modificación de las causas que llevaron a la amenaza o violación de sus derechos. Esta tarea la realizará por sí o a través de los programas específicos, ejecutados, en forma delegada, por otros organismos.

Asimismo, y en este mismo apartado se destaca otro de los requisitos de las ubicaciones transitorias, la provisionalidad, aseverándose que "en ningún caso podrá aplicarse por un plazo superior a los treinta días, prorrogables por única vez por otros treinta días".

En total consonancia con la transitoriedad de este tipo de figuras y con obligación de efectivizar el derecho de todo niño a vivir en un ambiente familiar de manera definitiva, el artículo 35 en su apartado sexto dispone que

Vencidos los plazos establecidos en el artículo 35. 3 sin haberse modificado las circunstancias que motivaron la medida, y no habiéndose encontrado estrategias de protección de derechos para reintegrar el niño a su grupo familiar, el Servicio Local de Protección de Derechos deberá presentar por escrito al Asesor de Incapaces, en el plazo de cinco días una síntesis de lo actuado con el niño y su familia, donde deberá ponderarse en forma precisa las fortalezas y debilidades del núcleo familiar, las estrategias desarrolladas y los resultados obtenidos. En el mismo escrito deberá fundar –en su caso– la necesidad de mantener la separación del niño de su grupo familiar, el ámbito de convivencia

sugerido, si existe acuerdo de sus padres o representantes legales, y requerir del Asesor de Incapaces la promoción de las acciones civiles que estime necesarias para la protección de los derechos del niño.

Como última normativa provincial citada, la ley 4 347 de protección integral de niñas, niños y adolescentes de la Provincia de Chubut, enumera como una de las tantas medidas de protección integral de derechos el

... g) Albergue en entidad pública o privada en forma transitoria. El albergue será una medida provisoria y excepcional, aplicable en forma temporaria para su integración en núcleos familiares alternativos, no pudiendo implicar privación de la libertad... [y] ... h) Integración en núcleos familiares alternativos... (Art. 59).

En consonancia con esta normativa, la ley 5 641 que regula el Registro de Adoptantes en la provincia, el artículo 3 que establece las funciones de la Oficina de Adopciones cita como una de ellas generar, gestionar, mantener, actualizar, recopilar, procesar, coordinar y archivar la información sobre

... los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se hubiera declarado su estado de adoptabilidad, bajo guarda y/o alojados en dependencias administrativas dependientes del Gobierno Provincial, o cuya guarda provisoria haya sido delegada a organizaciones no gubernamentales o familias sustitutas... (inc. 3).

En suma, en el derecho argentino se carece de una normativa integral o una regulación en la legislación civil de fondo que delimite la figura de las ubicaciones transitorias. A pesar de ello, ésta se utiliza en la práctica a través de figuras reguladas en los ámbitos provinciales bajo diferentes denominaciones: familias sustitutas, solidarias, colocación familiar o abrigo, otorgándoseles diferentes roles, funciones, responsabilidades o institucionalidad. Pero todas ellas presentan un denominador común de suma relevancia: dar respuesta a las situaciones

de extrema gravedad por las que un niño no puede permanecer en su familia de origen y hasta que resuelva qué será de la vida de esta persona en definitiva: si regresa a su hogar o si será integrado a otra familia en adopción.

Antes de entrar de lleno con la investigación de campo sobre niños separados de su familia de origen y en ubicaciones transitorias en Buenos Aires, base para problematizar el tema en estudio, desde una perspectiva obligada de la doctrina internacional de los derechos humanos, no podemos perder de vista un derecho humano de gran desarrollo en el derecho argentino por razones históricas: el derecho a la identidad. ¿Acaso los niños no ven desarrollada su identidad, también como niños "institucionalizados", separados de su familia y en hogares o familias sustitutas?

En definitiva, y desde una visión de derechos humanos, entiendo que la cuestión de las ubicaciones transitorias debe ser revisada de manera crítica a la luz del derecho a la identidad. En otras palabras, el derecho a la identidad y su efectivización constituye la brújula que nos irá indicando por qué senderos transitar para alcanzar una figura lo más acorde con el principio rector en materia de infancia y adolescencia: su interés superior (Art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño). Por ello, en el próximo apartado nos dedicamos a hurgar un poco más sobre qué es o qué involucra el derecho a la identidad.

3. El derecho a la identidad como perspectiva de análisis forzada

De manera elocuente, el recordado antropólogo Lévi Strauss ha aseverado hace tiempo que "el tema de la identidad no se sitúa sólo en una encrucijada, sino en varias. Prácticamente afecta a todas las disciplinas"⁶⁸. Por su parte, el sociólogo y filósofo polaco naturalizado

⁶⁸ Lévi Strauss, Claude. (1981). *La identidad*. Ediciones Petrel; p. 7.

inglés, Zygmunt Bauman ha expresado que "El problema de la identidad necesita interesarse por sí misma en lo que realmente es: una convención necesaria socialmente"⁶⁹. En esta misma línea donde se resalta la idea de "construcción", la profesora de Teoría Política en el Centro de Estudios de la Democracia en la Universidad de Westminster, Londres, Chantal Mouffe, señala:

... el hecho de que la creación de una identidad implica el establecimiento de una diferencia, diferencia construida a menudo sobre la base de una jerarquía, por ejemplo, entre forma y materia, blanco y negro, hombre y mujer, etc."⁷⁰.

Entrelazando todas estas elucubraciones, es dable afirmar que la identidad constituye un fenómeno complejo cuya materialización cambia, varía o difiere según el tiempo y el espacio desde donde se la observa.

¿Qué es de la identidad como derecho en la Argentina?⁷¹.

Los derechos no son en abstracto, son en concreto. En consonancia con ello, no se puede perder de vista que la identidad como derecho humano presenta en Argentina ciertas connotaciones especiales en atención al "peso de la historia". No es casualidad que fue precisamente en el recordado caso Muller, sentenciado por el máximo Tribunal Federal del país en fecha 13/11/1990 al dirimirse la compulsividad o no de la prueba hematológica para conocer la verdad biológica de un hijo de padres desaparecidos durante la última dictadura militar, con el cual se analizó por primera vez en profundidad las implicancias del derecho a la identidad como un derecho humano, en ese entonces, integrante

⁶⁹ Bauman, Zygmunt. (2005). *Identidad*. Buenos Aires: Losada; p. 21.

⁷⁰ Mouffe, Chantal (2008). *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; p. 22.

⁷¹ Para profundizar sobre el derecho a la identidad, recomiendo compulsar Herrera, Marisa. (2008). *El derecho a la identidad en la adopción*. Buenos Aires: Universidad; capítulo I.

de los derechos implícitos previstos en el artículo 33 de la Constitución Nacional. Aquí, el magistrado Petracchi en su voto en disidencia aseveró de manera locuaz que

La identidad es presentada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado... por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo... [y que] hay una segunda acepción del derecho a la identidad que se refiere a la 'proyección social' que tiene la persona (su 'patrimonio intelectual, político, social, religioso, profesional, etc.', en la terminología de la Corte de Casación italiana), proyección que -se sostiene- no podría ser alterada o falseada⁷².

Si de identidad como derecho se trata, no se puede perder de vista las enseñanzas del doctrinario peruano Carlos Fernández Sessarego, quien ha estudiado en profundidad el tema, definiendo el derecho a la identidad como

... el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad ... es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'⁷³.

Asimismo, este autor no sólo se ha detenido a esbozar un concepto sobre el derecho a identidad, sino que además -siguiendo los aportes provenientes del derecho italiano-, divisó dos vertientes que involucra el derecho humano en análisis: a) una faz estática, inmodificable o con tendencia a no variar y b) otra faz dinámica, mutable en el tiempo⁷⁴.

⁷² CSJN, 13/11/1990, M. I., LL, 1991-B, 473; JA 1990-IV, 574; ED 141, 268 y DJ 1991-1, 526.

⁷³ Fernández Sessarego, Carlos (1992). *El derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

⁷⁴ Fernández Sessarego, Carlos. Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo. *Rev. Jur del Perú* 1998 Jul-Sep; XLVIII (16).

En esta misma línea argumental, en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en 1997, se arribó por unanimidad a la siguiente conclusión:

1. La identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano. 2. La identidad personal es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica. 3. La identidad personal en tanto derecho personalísimo, es autónomo, distinguiéndose de los otros. 4. La identidad personal de raigambre internacional tiene sustento normativo en nuestro orden jurídico constitucional y legal⁷⁵.

Coherente con la idea sobre la fuerza del derecho a la identidad en un determinado contexto histórico-político-cultural, la doctrina y la jurisprudencia argentina ha observado el desprendimiento de otra cantidad de derechos, que habrían adquirido autonomía o peso propio, justamente, por impulso del derecho a la identidad. Veamos, en la actualidad no se duda de que el derecho al nombre, el derecho a tener filiación, el derecho a la preservación de los vínculos familiares, el derecho a la inscripción, el derecho a la documentación y el derecho a conocer los orígenes, se desprenden o derivan de modo directo del derecho a la identidad.

En suma, y como bien se ha expresado:

El derecho de familia argentino debe ser analizado, reinterpretado y aplicado desde una perspectiva innovadora y progresista, que es la que se impone para los tiempos que vienen y que emana del derecho constitucional humanitario⁷⁶.

⁷⁵ Ver http://jornadas-civil-unr.ucaderecho.org.ar/xvi_jornadas.htm Conclusiones también publicadas en JA, 1998-I-839.

⁷⁶ Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo (2005). El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación. *Rev. Juris Arg* 2005 Abr. 20.

Por lo tanto, toda mirada crítica y actual sobre las ubicaciones transitorias –entre un cúmulo de instituciones del derecho de familia– deben ser observadas desde el desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano. Esta perspectiva, de manera obligada, interpela a los operadores del derechos y en definitiva, de todos aquellos que trabajan en éstos para revisar nuestras prácticas, básicamente en lo relativo a la faz dinámica de la identidad que se construye durante el acogimiento familiar y que forma parte de la historia de vida de cada niño que pasa por estas situaciones de gravedad, como lo es la separación de su núcleo de pertenencia. ¿Acaso estos niños no forjan su identidad –fundamentalmente en su vertiente dinámica– como niños en un contexto signado por los caracteres de temporalidad y transición? ¿En qué consiste respetar el derecho a la identidad de estos niños? ¿Cómo efectivizar su derecho a conocer su historia, sus orígenes? ¿La efectividad de los elementos de excepcionalidad y temporalidad no afectan el derecho a la identidad de estos niños? ¿Cómo hacer de estos dos elementos teóricos una realidad? Éstos son algunos de los interrogantes que sostienen, impulsan o movilizan esta ponencia.

4. Sobre la investigación de campo

4.1. *Misceláneas sobre el valor de la sociología jurídica en el derecho de familia*

Sentados los fundamentos de derechos humanos que sostienen o constituyen la columna vertebral de un estudio crítico y renovado sobre las ubicaciones transitorias, pasamos a los aspectos metodológicos de la investigación de campo llevada adelante, que me ha permitido profundizar el tema en estudio. Para poder comprender con mayor exactitud el porqué del trabajo de campo, entiendo necesario traer a colación algunas consideraciones generales sobre los beneficios o aportes del cruce entre sociología y derecho.

Veamos, la Sociología Jurídica o del Derecho es definida como

...la ciencia que, a partir de la sociología, describe, explica, interpreta y predice las causas, el desarrollo y las consecuencias de las relaciones y las diferencias existentes entre la conducta del actor social, las expectativas informales y las expectativas formales en el sistema sociojurídico⁷⁷.

Por lo tanto, este campo del conocimiento integrado por la intersección entre la sociología y la ciencia del derecho involucra los siguientes tres elementos: las personas (actores sociales), los usos y costumbres o prácticas (expectativas informales) y el ordenamiento jurídico (las expectativas formales).

En el trabajo de campo realizado se ha intentado motorizar una Sociología del Derecho de Familia, la cual se ubicaría en la confluencia de la Sociología y el Derecho de Familia, participando de la naturaleza de los objetos conectados: Derecho y Sociedad. Es decir, indagar qué sucede en la realidad, en la práctica, en los hechos y así tomar consciencia sobre dónde se encuentra el Derecho con relación a esta plataforma fáctica. Qué papel desarrolla y si éste se advierte acorde con la manda constitucional.

Dentro del vasto campo de la Sociología Jurídica, es interesante puntualizar sobre algunos aportes provenientes de la llamada “Sociología Jurídica crítica”, aquella que se preocupa por “la contradicción entre el derecho formal y la realidad económico-social, gravemente desequilibrada y particularmente desigual en el capitalismo dependiente”⁷⁸.

⁷⁷ Gerlero, Mario S (2006). *Introducción a la sociología jurídica*. Buenos Aires: David Grinberg; p. 14.

⁷⁸ Fucito, Felipe. (1999). *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad; p. 321. Como allí se sostiene, se trata de

Una sociología del derecho dirigida especialmente a aquellos para los cuales el derecho no representa beneficio alguno, sino, por el contrario, que aumenta su desprotección, ha definido previamente la función que cumple en la sociedad (p. 322).

Lo cual a su vez, se relaciona con el método dialéctico donde los fenómenos son concebidos en permanente desarrollo y cambio, impulsados por sus contradicciones internas y externas, destacándose al respecto que

Las ideas de contradicción, desarrollo y cambio de las cosas y fenómenos ... constituyen un principio metodológico, que puede servir de guía en el proceso de percepción e interpretación de variados objetos ... tanto del mundo natural, como de la sociedad y el pensamiento⁷⁹.

En este sentido, la italiana Alessandra Facchi –una representante del pensamiento feminista europeo contemporáneo– revaloriza la investigación sociojurídica expresando que este tipo de estudio

... hace evidentes las consecuencias de las elecciones normativas y puede testimoniar el punto de vista de sus destinatarios, es por ello que debería constituir parte integrante de las elecciones éticas, políticas y jurídicas a fin de que éstas sean correctamente planteadas y tengan relevancia práctica⁸⁰.

La investigación que aquí se sintetiza sigue la orientación socio-jurídica con el objeto de analizar ciertas y diferentes articulaciones entre la institucionalización de niños (la realidad social) y el modelo o paradigma

⁷⁹ Zelayran Durand, Mauro. (2003). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas; p. 100 y 101. ¿Pero se trata de una investigación política o jurídica? El análisis jurídico nunca es neutro, siempre encierra un contenido político.

La política, como arte y como ciencia, se vincula con el gobierno de los hombres, uno de cuyos principales instrumentos es justamente el derecho. Consecuentemente, todo tema jurídico está directamente relacionado con principios políticos a los que corresponde o sirve de sustento (Herrera, Enrique, (2002). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea; p. 65).

⁸⁰ Facchi, Alexandra (2005). *Los derechos en la Europa multicultural. Pluralismo normativo e inmigración*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y La Ley; p. XXI.

que prima en materia de derechos de infancia (la realidad normativa); siendo algunas de las hipótesis de trabajo las siguientes: ¿Por qué los niños permanecen tanto tiempo bajo un programa de “ubicación transitoria”, conculcándose así su derecho a vivir en familia, en la de origen, o en su defecto, en otro grupo familiar? ¿Por qué ciertos padres ven en la institucionalización una estrategia de vida para afrontar las dificultades de crianza? ¿Cuál es el rol de las políticas públicas en este ámbito? ¿Funcionan acorde a los postulados de la Convención estos programas “transitorios”? ¿No debería implementarse otro catálogo de instituciones como el acogimiento familiar, el prohijamiento o el padrinazgo? ¿No debería verse revalorizada la adopción simple, en especial, en lo relativo a niños “mayorcitos”?

4.2. Objetivos y diseño metodológico del trabajo de campo

4.2. a. Los objetivos

Para revisar de manera crítica la cuestión de las “ubicaciones transitorias” de niños separados de su familia por diversas situaciones de gravedad, he considerado pertinente llevar adelante un trabajo de campo tendente a conocer las causas de dicha separación, la función que cumplen los hogares o familias de cuidado y la articulación de ellas con la instancia jurídica con el fin de elaborar soluciones posibles ante los problemas que se observan en la práctica en el derecho argentino con este tipo de instituciones de carácter transitorias. En otras palabras, se trata de explorar si las prácticas vigentes en materia de separación de un niño de su familia se condicen con el derecho humano a vivir y/o permanecer con la familia de origen y, en su defecto, en otro grupo familiar; cómo se aplica el principio de prioridad de la familia ampliada como último eslabón perteneciente a la familia de origen; la revalorización de la relación fraterna y cuál es la entidad real del factor tiempo en la vida de estos niños que viven en familias cuidadoras, solidarias, de acogida u otra denominación. En definitiva, se trata de hurgar en la realidad social para conocer si se respeta el derecho a la identidad de niños y adolescentes separados de su familia de origen.

En este marco, los objetivos específicos planteados fueron los siguientes:

- a) Describir las acciones o medidas adoptadas por los operadores que trabajan en los pequeños hogares o familias que albergan niños, con el fin de conocer si ellas se condicen con el derecho a vivir en familia –de origen en primer lugar, ampliada o en su defecto un grupo familiar ajeno.
- b) Establecer las dificultades, si las hubiere, de las acciones o medidas adoptadas y su aplicación o resultado en la práctica.
- c) Diferenciar tipos de intervención según la edad de los niños y cantidad de hermanos.
- d) Revisar el impacto o incidencia de la doctrina de la protección integral en las acciones realizadas por las instituciones, las propuestas de intervención que esgrimen, así como el modelo de informes y los datos que se recaban.
- e) Indagar si las carencias socio-económicas son una causa de separación de los niños de su familia de origen.
- f) Observar el papel de los progenitores para el posible regreso o reintegro de sus hijos al hogar, así como apreciar si a las madres se las coloca en un papel de "cuidadoras" más importante que a los padres.
- g) Analizar la relevancia del vínculo fraterno para los niños y/o adolescentes como para los operadores y las familias cuidadoras o solidarias.
- h) Conocer el tipo de interacción entre los pequeños hogares o familias (dependientes, pertenecientes o controladas por el poder administrador o ejecutivo local) y el poder judicial.

- i) Corroborar si los resultados obtenidos de la muestra son compartidos por ciertos operadores (jueces, abogados y especialistas) que trabajan en adopción, según lo expresado por ellos en las entrevistas semi-estructuradas realizadas.
- j) Determinar, de ser necesario, las bases para una reforma legal y el diseño de políticas públicas tendentes a efectivizar el derecho de los niños a vivir en familia como un derecho estrechamente vinculado con el respeto por el derecho a la identidad.

4.2. b. El diseño metodológico

La muestra de esta investigación está conformada por 67 informes que representan un total de 30 historias familiares elaboradas por operadores (por lo general, provenientes del ámbito de la psicología o de trabajo social) pertenecientes a organizaciones no gubernamentales, que tienen a su cargo el alojamiento y cuidado de niños y/o adolescentes que por distintas razones se encuentran alejados de sus familias⁸¹. Más precisamente, la muestra involucra a 8 instituciones diferentes que actúan como pequeños hogares o familias cuidadoras o solidarias. Estos informes han sido facilitados por un organismo estatal que depende del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires que, en virtud del decreto 1 527/03, mediante el cual se reglamentó el artículo 73 de la ley 114 de "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" de la Ciudad de Buenos Aires, es la autoridad competente para controlar la legalidad de las medidas de protección especial de derechos reguladas en el artículo 44 de esta ley local, entre ellas, las medidas de separación de un niño de su núcleo familiar.

⁸¹ Es decir, el total de 30 denominadas "historias de familias" pueden estar representadas por: a) un solo informe psicosocial correspondiente a un niño o joven institucionalizado; b) un grupo de informes pertenecientes al mismo niño o joven o c) varios informes pertenecientes a un grupo de hermanos. La cantidad de niños comprometidos en la muestra es de 60.

He tenido acceso a más de 120 informes sociales y/o psicológicos de niños y adolescentes –en varios casos, se trataba de grupo de hermanos– de los cuales he seleccionado de manera intencional un total de 67 informes que corresponden a 30 historias de vida (familias).

Las principales variables compulsadas han sido las siguientes:

1. Datos identificatorios del niño o joven: a) sexo; b) edad; c) documentación y d) lugar de nacimiento o residencia.
2. Datos socio- familiares: a) composición familiar: si consta filiación materna y paterna y hermanos; b) referentes afectivos indagados; c) rol –activo o pasivo– de los padres.
3. Nivel socioeconómico de los padres.
4. Causas o razones de la separación de su familia de origen.
5. Tiempo o duración de la separación.
6. Estrategias de intervención y/o perspectiva de egreso. En este último caso: a) revinculación –reintegro a la familia de origen; b) adopción; c) mantenimiento de la institucionalización.
7. Conflictiva familiar judicializada o no.

Por otra parte, la muestra recabada fue enriquecida con un total de 11 encuestas realizadas a operadores que trabajan en el campo de la adopción (jueces, defensores de menores, abogados, trabajadores sociales, directores de registros de adoptantes e integrantes de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la temática). En este sentido, otro de los objetivos de esta investigación ha consistido en confrontar si los inconvenientes que se advierten a través de los informes son observados y corroborados o no por los informantes claves.

4.3. Algunos resultados obtenidos y varios replanteos necesarios.

4.3. a. Introducción.

En primer término, cabe destacar que en esta ponencia no abordaré todas las variables compulsadas, sino sólo aquellas que sirven de base para la elaboración de algunas propuestas con el fin de acercar la brecha existente entre Derecho y Realidad, siendo que en la práctica, cuando los niños son separados de su familia de origen su regreso o reintegro al hogar es muy difícil de lograr. ¿A qué responde esta abierta violación de derechos de niños y adolescentes, al pasar éstos un largo tiempo en una situación caracterizada por la “transitoriedad”?

De este modo, aquí presentaré un recorte de dicha investigación intentando no perder su esencia.

A continuación, expondré algunos de los resultados obtenidos de la interacción de dos técnicas de recolección o fuentes de información: los informes y las entrevistas, y tras ellos esgrimiré algunas observaciones de las cuales se pueden derivar ciertas propuestas de modificación legislativa y/o en el diseño y ejecución de ciertas políticas públicas, con la clara intención de que la experiencia argentina sea de utilidad para detectar, visibilizar o modificar prácticas en otros países de la región con problemáticas sociales tan afines.

4.3. b. Acerca de la elaboración de los informes.

Ya el cuerpo principal de la muestra, los informes mencionados, nos permiten presumir algunos de los inconvenientes que se observan en las prácticas. Si bien los informes compulsados pertenecientes a 8 organizaciones no gubernamentales diferentes, en su mayoría, responden desde el punto de vista terminológico a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, al estar expresados en términos de derechos: derecho a la salud, el derecho a la educación, el

derecho a la convivencia familia y/o comunitaria, el derecho a la recreación o derecho al juego, por citar los más aludidos; sigue siendo conflictivo el ítem central sobre las estrategias que se siguen y las propuestas sobre las que deberían seguirse. Ambos apartados relativos al trabajo con la familia de origen y qué estrategias seguir para poner fin a la brevedad la ubicación transitoria han sido los puntos más débiles.

Dentro de ellos, cabe señalar que la mayoría de los informes, salvo excepciones, continúan focalizando en el concepto de "visitas" como núcleo o eje por donde pasa el sistema de revinculación y consecuente idea de regreso con la familia de origen. Por lo general se trata de las madres, quienes son las protagonistas o representantes de la familia de origen, quedando en un segundo lugar los padres, y en tercer término algún otro pariente o referente afectivo que se acerca al hogar para "visitar" a los niños por el lapso de una hora, según la edad del niño y la conflictiva familiar imperante. Si bien en ninguna ley u otro tipo de disposición se fijan ciertas reglas o pautas mínimas para la revinculación, de ordinario de manera consuetudinaria, ellas son establecidas cada 15 días. En situaciones de gravedad, tales visitas suelen estar supervisadas por algún operador del hogar, si es que a veces las propias instituciones no "decretan" la suspensión de las visitas. ¿Acaso algunos hogares y/o familias no se consideran "dueños" de los niños? ¿Cuál es la diferencia entre cuidar a un niño y sentirse "dueño" de ellos? ¿Quién controla o supervisa a estas instituciones o personas que cumplen un rol fundamental en la vida de los niños separados de sus familias?⁸²

⁸² Cabe traer nuevamente a colación el reiterado informe sobre niños y adolescentes privados de libertad en la Argentina realizado por la Secretaría de Derechos Humanos publicado a mediados de 2006, en el que se puede observar el importante rol que desempeñan las organizaciones no gubernamentales, ya sea porque el Estado se lo concede por acción o más bien, por omisión. Allí se expresa que

Conforme a la información disponible, en 54,6% de los casos, los establecimientos pertenecen a una organización de la sociedad civil, mientras que en 42,2% se trata de organismos gubernamentales" (conf. Informe Privados de libertad. Situación de niñas, niños y adolescentes en la Argentina", op. cit., p. 44).

Este tratamiento consolidado por la fuerza de la costumbre nos obliga a esgrimir el siguiente interrogante: ¿El fortalecimiento de vínculos afectivos se logra con "visitas" en la propia institución o en el hogar donde vive la familia cuidadora o solidaria, o compartiendo los padres o el referente afectivo de que se trate momentos de la vida del niño, saliéndose del concepto rígido de las "visitas"? Se trata de cambiar la concepción de que la revinculación –y a la par– el fortalecimiento familiar no es un principio teórico sino que implica o conlleva una multiplicidad de actividades e incentivos para que los padres sigan involucrándose en la vida de los hijos, de lo contrario, la distancia entre padres e hijos se agrava y ello dificulta el objetivo principal de las ubicaciones transitorias, el regreso al hogar. ¿Acaso una madre no puede ir a la institución y ser ella quien lleva a su hijo al colegio o lo acompaña al médico o concurrir a alguna actividad extracurricular? Todo esto nos obliga a revisar las prácticas vigentes, máxime cuando las leyes de protección integral, por su naturaleza, promueven el vínculo entre padres e hijos, incluso cuando éstos se encuentran separados.

4.3. c. La edad de los niños institucionalizados

Tal como lo he adelantado, el total de 30 historias de vida involucra a 60 niños y/o jóvenes. Si se adopta la clasificación seguida por varias de las legislaciones latinoamericanas de adecuación a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño (Brasil, Guatemala, México, Perú, Venezuela), en la que se distingue niñez de adolescencia, abarcando la primera a las personas hasta los 12 años de edad y la segunda, desde esta edad hasta alcanzar la mayoría de edad⁸³, se observa que un total de 35 son personas menores a los 12 años de edad; un total de 15

⁸³ En cambio, en Nicaragua y en la República Dominicana, la edad limitativa se ubica en los 13 años de edad y, de manera excepcional, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en los 14 años. Asimismo, algunas normativas como la nuestra no hace distinción alguna (conf. Méndez Costa, María Josefa y Murga, María Eleonora. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encadre internacional latinoamericano y provincial argentino. LL, 2006-A-1045).

supera esa franja etaria, desconociéndose datos precisos sobre la edad de 10 niños o adolescentes. Es decir, de los 50 niños o adolescentes de los que se tienen datos certeros sobre su edad, la muestra sobre la base de la edad es la siguiente:

Cantidad de años	Cantidad de niños o adolescentes
1	4
2	5
3	3
4	4
5	4
6	2
7	2
8	3
9	6
10	4
11	2
12	2
13	1
14	1
15	1
16	2
17	5
18	-
19	1
20	2

4.3. d. Las causas de la separación

Varias son las causas alegadas en los informes sobre el porqué de la separación de los niños de su familia. De lo que se puede concluir de la lectura de los informes, se advierte que no hubo una única causa que por sí sola y de manera autónoma, provocara la separación de un

niño de su familia, ya sea a pedido de los padres, de quien cuidaba hasta ese entonces a los niños o por intervención de un organismo administrativo o judicial. Pero sí es evidente, que una de las causas enunciadas en varios de los informes compulsados se refiere al maltrato propinado por los padres o referentes afectivos de los niños (por lo general, pareja de la madre y abuelos); ya sea maltrato por acción o por omisión. En este último supuesto, el llamado "abandono" ocupa un lugar considerable, por citar algún ejemplo, en dos oportunidades se puso de resalto el largo lapso que los padres dejaban solos a sus hijos en la casa u hotel donde vivía el núcleo familiar, así como también los casos en los que se desconoce el paradero de los padres, por lo cual dicho "abandono" también se habría configurado.

En otras historias se destacaron antecedentes de abuso sexual contra uno o varios de los hijos, por lo general, por parte de una persona cercana a los niños: padre, pareja de la madre, tíos o abuelos.

Empero ello, la concausa que se encuentra en la gran mayoría de las historias es la pobreza. De este modo, ya sea de manera directa o indirecta, el bajo nivel socioeconómico de la familia de origen signada por la carencia o precariedad de la vivienda para que uno o ambos padres puedan criar a sus hijos; la falta de trabajo o la situación de calle de los padres y/o de los niños han sido las principales plataformas fácticas reflejadas en la gran mayoría de los informes que integraron la muestra.

Reforzando la idea de complejidad que tipifica a la pobreza, cabe señalar que en varios de los informes compulsados se alude a las carencias socio-económicas como una de las principales razones del "debilitamiento" de los vínculos afectivos.

Para reafirmar esta idea sobre el peso de las carencias materiales como concausa -de peso- de la separación, cabe señalar que varios de los informantes claves aludieron a ella como elementos que subyacen detrás de dicho distanciamiento forzado, así como también, y en

definitiva, como concausa de la adopción. En este orden, al preguntarse si el régimen jurídico vigente respeta el derecho a vivir y/o a permanecer en la familia de origen de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha respondido que

No está asegurado, pero no por razones legales, sino puramente económicas. Muchas veces madres sin recursos dejan a sus hijos en familias guardadoras, los niños no viven con sus madres, tampoco son adoptados y el derecho entonces, se viola.

En esta línea, otra jueza afirma que

... si su madre es adolescente, madre soltera o sin pareja, que no tiene contención familiar, ni recursos para su subsistencia, o diversas dificultades que habría que enumerar, es una constante que ese niño no es criado por su progenitora y es entregado a quienes comercializan la situación de pobreza o marginalidad, o están los que sin llegar a hablar de comercialización, simplemente 'captan' el estado de necesidad, ligereza o desprotección para 'hacer una obra de bien'.

De manera contundente, otro de los entrevistados expresa que

En un contexto social profundamente injusto, la adopción no se realiza entre dos pares (uno que no quiere criar y otro que no puede concebir) sino entre dos personas muy desiguales en poder. Es difícil verlo como una honesta colaboración entre familias. Y en este sentido, una mejora legal no basta.

En consonancia con ello, este informante clave agrega que aquella injusticia, unida

... al hecho de que la mayoría de las madres que entregan proviene de sectores sumergidos, permite válidamente suponer que el consentimiento de la entrega no es verdaderamente tal, aunque sea informado... lo más importante, a mi juicio, es que la familia a la cual le quitan el

chico por negligencia, abandono, maltrato o abuso, o la que lo entrega, pertenecen por lo general, a un sector sumergido de la sociedad y no reciben apoyo.

Sobre este punto y a modo de propuesta, no cabe más que reiterar un tema que ha tenido un vertiginoso desarrollo en los últimos años: la efectivización de los derechos económicos y sociales y su incidencia en el derecho en general y en especial, en los derechos de niños y adolescentes. Cuestión que se ha revitalizado en las leyes de protección integral donde se focaliza en las políticas públicas de fortalecimiento familiar, así como también en las políticas universales como son salud, educación y vivienda. En este sentido, y centrándonos en el derecho argentino, el último párrafo del artículo 33 de la ley 26 061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dispone que

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

Se trata, en definitiva, de focalizar en diversas acciones positivas (Art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional) tendentes a prevenir la separación de niños de sus familias por razones asistenciales. Esta cuestión, referida a las políticas públicas, también fue puesta de resalto por varios de los entrevistados, aludiéndose a la contención y ayuda destinada principalmente a las madres. Así, una de las entrevistadas expuso como una de las causas de la adopción la

Falta de contención y fortalecimiento de la familia biológica y en especial de la madre con su maternidad y falta de abordaje comunitario o judicial de escucha, contención y orientación a la familia biológica.

Esta misma línea es seguida por otra entrevistada quien al preguntársele sobre el estado actual de la adopción, afirma que la ley 24 779 es una expresión voluntarista,

digo voluntarista dado que en la práctica careceremos de políticas de Estado que a través de organismos oficiales y privados efectivicen el cumplimiento de los derechos del niño, existiendo una declaración de principios disociada de la realidad que no actúa apoyando con medidas de protección concretas la permanencia del niño con su familia de origen si fuera posible, evitando su permanencia prolongada en instituciones y desamparando a los futuros adoptantes ...

Una tercera entrevistada considera importante que se le hubiera hecho

... hincapié en promover políticas sociales y recursos en la comunidad para trabajar la prevención del abandono (...) Todas las encuestas o programas ligados a la niñez colocan el foco, principalmente, en los futuros adoptantes, olvidando los orígenes y causas que generan la desvinculación, que no siempre son personales, muchas veces por desinformación, falta de asistencia, ausencia de otras respuestas desde la sociedad y la cultura.

Como último entrevistado, una representante de la sociedad civil dedicada a la adopción expuso como segunda dificultad que presenta la adopción la

... carencia de un servicio de ayuda y orientación ... dirigido a aquellas mujeres en conflicto con su maternidad (...) para decidir sin presiones ni señalamientos, si asumirán o no la crianza del niño, permitiendo así que pueda acceder a una familia, sea la biológica o la adoptiva.

Por su parte, actores del sistema judicial arriban a apreciaciones similares. Así al preguntársele a una jueza si la normativa infraconstitucional respeta el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, responde en forma negativa ya que

... no existen políticas públicas de fortalecimiento familiar que garanticen los derechos reconocidos en la CDN (...). Asimismo, no se

garantiza que el consentimiento que puedan prestar los padres para entregar a sus hijos en guarda para una futura adopción, sea realmente un consentimiento libre". En este sentido, un ex juez de familia tras compartir que la normativa actual no se condice con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, enumera como una de las tantas acciones para acercar esta brecha el apoyo a la familia de origen a través de políticas públicas.

En definitiva, tanto en los informes como en las entrevistas, la revalorización del papel de las políticas públicas es un denominador común como una herramienta de vital incidencia para evitar la separación de niños de sus familias.

4.3. e. *Los tiempos de la infancia y del Derecho*

Tal como lo señalé, la gran mayoría de los informes presentan deficiencias en lo que respeta a las acciones o estrategias a seguirse. En este punto, se sintetizan las principales acciones que se realizan en materia de salud, educación, tratamiento psicológico –si lo hay– como así también si continúan o no manteniendo vínculo con los padres, uno de ellos o algún referente, pero sin profundizarse sobre qué es lo que se intenta mediante este accionar. Se trata, en definitiva, de indagar qué se entiende por fortalecimiento familias y cuáles son las medidas concretas que se adoptan para alcanzar este objetivo.

En los informes donde se expresó la periodicidad de las visitas, salvo escasos supuestos –donde una madre prestaba servicios en el mismo hogar donde se alojaba el niño por lo cual se veían seguido, o uno de los padres o pariente visitaba al niño los fines de semana o los jóvenes iban solos al hogar familiar durante esos días– el plazo quincenal, tal como lo adelanté, era la regla. Una visita quincenal significa dos visitas al mes o 12 encuentros en medio año. Suponiendo que el padre o el referente afectivo no hayan faltado a ninguna de estas "visitas"; es dable preguntarse si realmente se puede lograr el fortalecimiento de los vínculos afectivos cuando uno pasa mucho más tiempo con

personas de la propia institución o los integrantes de la familia cuidadora o solidaria que con sus padres.

A su vez, esta cuestión está íntimamente relacionada con otro de los puntos nodales que encierra la separación de niños. Me refiero al reiterado tema de los plazos y al equilibrio o hasta dónde focalizar en la familia de origen y cuándo empezar a pensarse en estrategias tendientes a que los niños vivan con otro grupo familiar para ver satisfecho su derecho a vivir en familia y no a permanecer en una familia que por sus características, debería ser una contención sólo transitoria. Esta disyuntiva es central.

Las historias de vida analizadas permiten apreciar el mantenimiento de la separación a raíz de la falta de acciones integrales, múltiples y sólidas para lograr que un niño regrese con su familia o referente afectivo. Aquí cuando aludo al término "acciones", me refiero tanto a las políticas públicas universales mencionadas (salud, vivienda y trabajo), como así también a las políticas focalizadas, destinadas a las familias vulnerables como ser espacios de escucha, reflexión y contención para retomar la autonomía o re-empoderamiento necesario y así re-adquirir la capacidad de criar a un hijo. Pero este no es el único dilema que se vislumbra a través de las historias de vida compulsadas. Relacionada con ella, se observan ciertas falencias en los recursos materiales y humanos para evaluar en profundidad la capacidad afectiva de los referentes sociales (familiares o no) para hacerse cargo de los niños; y en caso que tal análisis resulte negativo, diseñar y desarrollar una estrategia tendiente a la adopción simple o plena, en aquellos países como Argentina que receptan un doble sistema jurídico adoptivo según la conflictiva planteada y la edad del niño.

Es indudable que los ordenamientos jurídicos deberían acompañar este proceso. ¿De qué manera? Estableciendo reglas más claras, reglando un proceso donde se evalúe de manera profunda e integral a la familia de origen, ampliada o referente afectivo que se tenga conocimiento durante un lapso expresamente establecido que podría ser de 6 meses, con posibilidad de verse prorrogado siempre por motivos

debidamente fundados. Es decir, el juez estaría obligado a motivar la resolución detallando qué acciones se están llevando a cabo con la familia de origen o demás referentes que amerite extender la situación de "transitoriedad" por otro plazo menor o de igual extensión. Caso contrario, el juez debería proceder a dictar el estado de adoptabilidad del niño. En mi opinión, esta fijación de plazo de carácter prorrogable de manera excepcional reduciría la discrecionalidad que prima en esta temática, obligando a los operadores a focalizar su atención en la búsqueda de soluciones posibles para que un niño pueda ver satisfecho su derecho a vivir en familia, en la de origen en primer término o en su defecto, en otro núcleo familiar.

Sobre esta cuestión relativa al tiempo, me parece interesante consignar algunas de las manifestaciones expresadas por los informantes claves. Uno de ellos ha sostenido que "Pasada la emergencia que da lugar a la institucionalización del niño éste se 'invisibiliza'". Expresándose tras esta afirmación sobre la necesidad de

... determinación del plazo para (...) la toma de decisiones judiciales en relación con la permanencia del niño en el sistema de cuidado transitorio mediante resolución fundada (podría ser de 6 meses).

Esta orientación es seguida por otra entrevistada que dirige una organización no gubernamental dedicada a la adopción, que al igual que la anterior, exalta la necesidad de

Agilizar los procesos judiciales para evitar largas permanencias en las instituciones innecesarias y dañinas para el bienestar del niño, promoviendo redes de apoyo dentro de la familia biológica, si fuere posible, interfamiliares (familias de acogimiento) o la adopción.

Alegándose más adelante en la entrevista que se debe

Establecer un plazo acotado y breve de permanencia y resolución, paralelo a un real acompañamiento y sostén de la familia biológica,

que permita evaluar la factibilidad del reingreso o no con su familia y acorde a esta evaluación, cuál es la mejor alternativa para el niño.

Por su parte, una jueza ha expresado como uno de los inconvenientes que advierte

Los tiempos prolongados (ante la ausencia de normas expresas) para considerar a un menor en estado de adoptabilidad, en especial en casos de abandono sin localización de los progenitores o familiares, con el consiguiente perjuicio que significa para el niño su prolongada institucionalización.

En consonancia con ello, agrega que se debe

Fijar plazos legales para que los menores no sean 'depositados' y 'olvidados' en institutos, hogares sustitutos, amas externas, etc., y favorecer en el menor tiempo posible su reintegro a sus hogares de origen.

Otra jueza de manera contundente propone como una de las tantas modificaciones a la ley actual de adopción "fijar un plazo, aunque flexible".

Por último, en pos de reforzar la idea sobre cómo el factor tiempo posee una incidencia vital en la resolución de conflictos como los que se abordan en esta ponencia, otro de los entrevistados enumera como primera dificultad el "tiempo, que en los chicos es definitorio, no es lo mismo la entrega de un niño pequeño que mayor". Por lo tanto, se debería lograr un buen equilibrio entre tiempo y espacio. Tiempo para conocer en profundidad la conflictiva familiar presentada, las causas o razones de la separación y la aptitud de la familia para el regreso, así como el espacio que se le debe dar a todos los involucrados, en especial, al niño y a su familia. Sólo así, después de un estudio serio y comprometido con la historia de origen del niño que arroje resultados negativos, se podrá pasar a una segunda etapa, la inserción del niño en otro grupo familiar para ver satisfecho su derecho a vivir en familia, en un núcleo social y de contención definitivo y no "transitorio".

4.3. f. Niños en ubicaciones transitorias y la figura de la adopción: ¿qué tipo de adopción?

En primer término, y de conformidad con las distintas franjas etarias que integran la muestra, habría que distinguir los niños de los adolescentes. Si bien la ley argentina de adopción (ley 24 779 de 1997 que ingresa los articulados de la adopción al Código Civil) no establece edades diferentes cuando se trata de adopción plena y simple, sino que la diferencia entre ambas se debe a situaciones fácticas diversas, entiendo que cuanto mayor se es, más alejado se está de que la adopción sea plena. Más aún, que cuando se trata de adolescentes (recordar que en el derecho argentino la mayoría de edad se adquiere recién a los 21 años), también estaríamos alejados, incluso, de la figura de la adopción, debiéndose pensar en instituciones de otro tenor para dar respuesta a la carencia de progenitores cuando se es un menor adulto.

Para poder entender esta mirada negativa o restrictiva en lo relativo a la adopción —en particular, la adopción en forma plena— y los adolescentes, es necesario admitir que el imaginario cultural —y los "deseos" de los adoptantes— giran en torno a la adopción plena. Es decir, a la idea de los hijos adoptivos en reemplazo o "como si" fueran el hijo biológico que no tuvieron; por lo cual, cuando más pequeños sean mejor, ya que se "parecerán" más a los padres adoptivos. Sin embargo, la realidad de los niños separados de sus familias que han estado o pasado varios años en estas situaciones de transitoriedad, es otra bien distinta. Es que el tiempo transcurre y los niños van creciendo, así como tejiendo y manteniendo relaciones afectivas con las familias cuidadoras o solidarias, como también con la familia de origen, si ellos siguen estando presentes en la vida de los hijos. En estos supuestos, ¿no sería más acertada, de conformidad con el respeto por el derecho a la identidad, la figura de la adopción simple? En palabras de la autora brasilera Claudia Fonseca, se trataría de revalorizar la "filiación aditiva" por sobre la "filiación sustitutiva" representada en el derecho nacional y en la mayor parte del globo por la adopción plena⁸⁴.

⁸⁴ Ver Fonseca, Claudia (1998). *Caminos de adopción*. Buenos Aires: Eudeba.

Es cierto que no debe ser sencillo aprender a convivir con la familia de origen de un hijo o al menos con la presencia de algún miembro de ella. Para ello se necesita de profesionales capacitados que preparen a los pretensos adoptantes a mantener ciertos vínculos con la familia de origen –relación triangular que subsiste después del otorgamiento de la adopción– y las ventajas que ello traería consigo en respeto por el derecho a la identidad del niño, y en la idea que todavía no está instalada en el imaginario, de la filiación aditiva. Por otra parte, se debe tener en cuenta que al carecer en el derecho argentino de un límite máximo para adoptar, sino que uno puede inscribirse en los registros respectivos cualquiera sea la edad de los pretensos adoptantes, hay varios que promedian los 50 o 55 años, y también cuando se les pregunta que “deseos” tienen, se inclinan por la adopción plena. En la práctica, los jueces no suelen seleccionarlos como adoptantes, generando en estas personas de edad avanzada una gran bronca hacia el sistema de adopción, y en respuesta a ello, se salen del circuito legal para anotar como propio un hijo ajeno y tener a su cargo un hijo bajo la llamada “guarda de hecho”, y después de pasados varios años y tras un vínculo afectivo muy consolidado, se presentan al juez solicitando la adopción y éste no puede negarse, atento la fuerza de los hechos consumados. ¿Y si estas personas que ya rondan los 55 años y tienen intenciones de inscribirse como para adoptar se los preparan para ser unos excelentes padres de chicos más grandes con una historia familiar todavía presente?

Se trata de sincerar el sistema, desterrar la idea de que la adopción plena es el único tipo adoptivo que satisface a los pretensos adoptantes, así como también que es una obligación del Estado proveerles hijos a todas las personas que se inscriben y son admitidos en los registros. Este sinceramiento, entre tantos otros temas, pasa por la necesidad de hacerles saber a las personas mayores en edad que no podrán adoptar un recién nacido en adopción plena, y como no hay un derecho exigible a que el Estado le otorgue un hijo, la posibilidad de alcanzar la paternidad es preparándose para ser buenos padres de un chico más grande.

En definitiva, este cambio que se propone de tinte cultural es uno de los más difíciles que se propone en esta ponencia porque, justamente, no pasa por una modificación en la ley sino de algo mucho más complejo.

4.3. g. El caso de los adolescentes

Más allá de que cada caso sea una situación que amerita un análisis particularizado, de manera general, cabe presumir que la adopción es una institución que no se presentaría pertinente tratándose de adolescentes. Ésta afirmación está insita en el propio concepto de adopción. Es que si la adopción produce un reemplazo total o parcial de los progenitores, a mayor edad del niño más difícil se aprecia alcanzar de manera satisfactoria tal sustitución. En este contexto, el interrogante central reside en cómo respetar el derecho del niño a vivir en familia sin violar de plano su derecho a la identidad. ¿Acaso los preadolescentes o adolescentes deberían quedarse viviendo siempre en una familia cuidadora o solidaria?

Es aquí donde entran en escena otras figuras jurídicas menos “tajantes” que la adopción y que podrían ser hábiles para dar respuesta a la especial situación en la que se encuentran los jóvenes carentes del cuidado de sus padres. Me refiero a dos institutos como el padrinazgo y el prohijamiento⁸⁵. Estas dos figuras integrarían el cúmulo de

⁸⁵ Pero estas no son las únicas figuras jurídicas intermedias. Entre ellas la de mayor arraigo es el acogimiento familiar. Dada la complejidad del tema, excede con creces los objetivos de estudio indagar sobre los caracteres, tipologías y consecuencias del acogimiento familiar. Vastísima es la bibliografía existente con relación a esta cuestión de fuerte raigambre en el derecho comparado –principalmente en el derecho europeo más que en el latinoamericano–. Para un acercamiento al tema recomiendo compulsar: George, Shanti y van Oudenhoven, Nico. (2003). *Apostando al acogimiento familiar. Un estudio comparativo internacional*, Amberes: Garant; Luna, Matilde. (1998). *Qué hacer con menores y familia*. 2a. ed. Buenos Aires: Lumen Humanitas; de la misma autora, *Menores en riesgo y acogimiento familiar* (1994). Buenos Aires: Humanitas; también *Acogimiento familiar. Respuesta social y de Estado en el cuidado de la infancia* (2001). Buenos Aires: Lumen Humanitas; Ripol - Mollet, Aleix y Rubiol, Gloria. (1990). *El acogimiento*

figuras jurídicas que podríamos rotular de "intermedias" entre el derecho a permanecer en la familia de origen y el derecho a vivir en otra familia a través de la adopción. Así, de manera acertada, se ha expresado en el derecho español que

Frente a las tradicionales y casi exclusivas medidas públicas de protección (hospicio y adopción) existentes hasta la implementación del actual sistema de protección de menores, aparecen ahora nuevas figuras que tratan de dar una respuesta flexible a la variedad de situaciones de desprotección que pueden afectar al menor⁸⁶.

¿Cuáles son los caracteres de ambas figuras? Tanto la figura del padrinazgo como la del prohijamiento han formado parte de algunos proyectos legislativos presentados en Argentina durante la vigencia de la ley anterior de adopción, la ley 19.134, que tuvo validez entre 1971 y 1997.

Así, el Código del Menor presentado por el Poder Ejecutivo en 1987 receptó la figura del padrinazgo en el capítulo IV del título VI referido a la adopción. En su artículo 237 expresaba que

... El padrinazgo se establece a solicitud de cualquier persona que por razones afectivas, de colaboración, de participación comunitaria o de solidaridad social desee establecer con un menor de edad en situación irregular declarada, una relación personal consistente en prestarle ayuda, asistencia, consejo, afecto o protección general.

Por su parte, la figura del prohijamiento fue propuesta también en el mencionado proyecto de Código del Menor. En el capítulo tercero de

familiar. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales; y Sanicola, Lia. (1996). *Redes sociales y menores en riesgo*. Buenos Aires: Lumen Humanitas.

⁸⁶ González Poveda, Pedro y González, Vicente, Pilar (coord.). (2005). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las leyes 13/2005 y 15/2005*. Madrid: Sepin Editorial Jurídica; p. 294.

la sección quinta se refería al prohijamiento, el cual era definido como aquél consistente en

... establecer la convivencia con un menor, a los fines de brindarle alimentación, educación, vivienda, vestido, atención de la salud y recreación, fundado en la comprensión y el respeto recíprocos, el marco de alegría y afecto que asegure la promoción del menor a un futuro que estuvo seriamente amenazado⁸⁷.

Asimismo, se preveía una duración mínima de un año o mayor por el tiempo que restare para que el menor alcanzase la mayoría de edad (Art. 203). Sin embargo, esta figura presentaba serios problemas al disponerse la facultad y no obligatoriedad de prohijar a más de un niño cuando ellos sean hermanos o el nulo contacto con la familia de origen.

Si bien ambas instituciones presentan, a mi entender, graves deficiencias conceptuales, son hábiles para pensar la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos vean ampliado el abanico de instituciones ante los niños y adolescentes carentes de cuidados parentales. Máxime, como se adelantó, en una sociedad cada vez más compleja y cambiante.

En esta línea, me parece interesante traer a colación una experiencia extranjera dirigida, precisamente, a adolescentes. Me refiero a un modelo de acogimiento residencial realizado en Victoria, Australia. Allí habría

... habido un aumento en el número de adolescentes (14-17 años) que no tienen hogar... [Se trataría de] un grupo etario que lucha en forma significativa con los desafíos de vivir solos debido a su limitado desarrollo social y emocional, habilidades para convivir y, a menudo, la falta de un modelo positivo.

⁸⁷ 84-PE-87.

Es decir, jóvenes con deseos de independizarse, con la creencia de que pueden vivir solos y no quieren integrarse a una familia. En este contexto, el Central Humes Support Center implementó un programa cuyas principales características son las siguientes: a) interacción entre el servicio que otorga vivienda a quienes no tienen hogar y varios servicios de protección de niños y adolescentes; b) otorgamiento de viviendas comunitarias donde los jóvenes son responsables del pago del alquiler con el fruto de su trabajo; c) la presencia de una persona –el acogedor– que reside en la vivienda sin pagar alquiler y recibiendo un estipendio por cada acogido, quien tiene la finalidad primordial de acompañar y contener a estos jóvenes; d) la duración del acogimiento es, en principio, de tres meses, periodo que se puede extender si el adolescente ha trabajado activamente para su independencia. En suma,

El programa se centra en el desarrollo de habilidades para alcanzar la independencia en adolescentes y mejorar los resultados positivos del alquiler. Pone énfasis en el apoyo y la coordinación, con una práctica dirigida a la meta a alcanzar dentro de un marco basado en el refuerzo por medio de reuniones periódicas en la vivienda, apoyo del acogedor y manejo de los casos de los jóvenes que acceden a este modelo alternativo de acogimiento⁸⁸.

Por último, cabe señalar que las instituciones compulsadas han tenido en cuenta la importancia de focalizar en acciones o estrategias que tiendan a que los adolescentes alcancen su autonomía. Todas estas propuestas han girado en torno al trabajo. Como es sabido, el trabajo no sólo posee carácter socializador y refuerza la autoestima sino, además, coadyuva para lograr una mayor autonomía mediante la capacidad de autosostenerse, imprescindible para que los jóvenes puedan independizarse al llegar a la adultez (21 años, en el derecho argentino).

⁸⁸ Rath, Joanna (2004). Promoviendo la independencia. Un modelo alternativo de acogimiento. En: *Libro de trabajos presentados en la XIII Conferencia Internacional Bienal IFCO. Desplegando las alas del acogimiento familiar*. Buenos Aires: Dunken; p. 467 y ss.

En este sentido, en varios de los informes compulsados que involucra a adolescentes, se resaltó la relevancia de que los chicos hayan obtenido una fuente de ingreso, ya sea a través de la obtención de un trabajo, una beca de capacitación o la participación en un microemprendimiento. Tal como se expresa en uno de los informes, se realizan distintas acciones para “que el joven pueda descubrir sus propias posibilidades de organización”.

4.3. h. La “profesionalización” de las personas que trabajan en instituciones o programas de ubicaciones transitorias

Un conflicto que no surgió de la compulsión de los informes pero que sí ha sido señalado por varios informantes claves, se refiere a la capacitación de las personas que están a cargo de los hogares o desempeñan el rol de ser familias cuidadoras, solidarias o de acogimiento, y que albergan niños o adolescentes. Al respecto, se afirma que se debe

... seleccionar personas que puedan vincularse adecuadamente con el niño sin competir con la madre biológica ni sustituir con el niño necesidades familiares personales para que puedan transmitirle al niño su situación de pasaje y facilitarlo.

En este sendero se enrola un juez de familia, quien vislumbra como aspecto negativo de las personas que están detrás de las llamadas “ubicaciones transitorias”:

...la falta de preparación de los operadores que sumen la guarda de los niños, quienes sólo cubren las necesidades básicas de aquellos, pero no forman parte de la red de trabajo con la familia del niño.

A mi entender, este problema se observa con mayor nitidez cuando se trata de niños pequeños que a los pocos meses de vida han sido separados de su familia de origen. Por lo cual, no sólo han vivido escaso tiempo con los progenitores, sino que desde muy pequeños han sido criados por un tercero, consolidándose así un vínculo afectivo que

llega a ser más sólido que el mantenido con los primeros. En este sentido, en una de las entrevistas se aduce que

Es frecuente la competencia con la familia de origen, a quien se subvalúa en sus condiciones (no recibe apoyo y ya llega en situación un tanto irreversible) y frecuentemente cierta tendencia a no facilitar la adopción, con sentimientos de apoderamiento del niño sobre todo si no presenta complejidad y cubre necesidades afectivas de la persona que lo tiene a su cargo.

Alguno de estos inconvenientes que presenta la separación de niños son observados en los repertorios jurisprudenciales a la luz de ciertos antecedentes en los cuales se les ha otorgado la adopción de un niño a quienes fueron su "familia de tránsito"⁸⁹ o la familia en la que estuvo el niño mientras se trataba de llevar adelante distintas estrategias

⁸⁹ En fecha 05/04/2000, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil puso de manifiesto que

Si bien resulta atendible sostener que ningún menor que se encuentre a cuidado de una ama externa, podrá ser adoptado por aquélla, para que tal criterio sea admisible, necesariamente debe ser apuntalado y completado con un eficiente y diligente servicio de justicia que no pierda de vista la transitoriedad de esa función, resolviendo sobre el destino del menor en la forma más ágil posible que las circunstancias del caso lo permitan (CNCiv, Sala F, 05/04/2000. Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nac. de Apel. en lo Civil 2001: 1).

En este mismo sendero se enroló la Suprema Corte de Justicia de la Provincia Buenos Aires al afirmarse en el voto del doctor Hitters, en mayoría, que

Aprecio que la circunstancia de recibir a la menor como un matrimonio de los 'Hogares de Belén', cuando además han cumplido con las reglamentaciones vigentes para revestir el carácter de adoptantes, y estando incluso inscritos en el Registro de esta Suprema Corte, no les impide acceder a esta opción. De ser así se impondría una limitación que el derecho positivo vigente no establece (SCBA, AC. 84.418,19/06/2002, Disponible en: www.scba.gov.ar o Lexis Nexis on line documento n° 70004339).

En otro fallo se sostuvo que

No existe prohibición legal que impida convertir el 'guardador en familia sustituta' en 'guardador con fines de adopción' cuando la problemática de los progenitores biológicos se prolonga de manera tal que lo previsto como

para que el niño pudiera regresar con su familia de origen, lo cual con el tiempo resultó imposible. Esto último es lo que aconteció en un fallo dictado por el Máximo Tribunal Federal de la Argentina en fecha 16/09/2008, en el cual la familia que cuidó al niño durante un tiempo mientras se evaluaba a la madre y se intentaba recomponer la relación entre ambos, ante la declaración en estado de adoptabilidad, exteriorizó su intención de adoptar al niño. El juez rechazó la petición aduciendo que el matrimonio no se encontraba inscrito en el pertinente registro de adoptantes. La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el contrario, hizo lugar al recurso extraordinario presentado por el matrimonio y modificó la decisión, alegándose que el matrimonio debería ser evaluado a los fines adoptivos. Entre los argumentos esgrimidos, cabe destacar los expresados por la magistrada Argibay, quien sostuvo que

Ningún argumento se dio para justificar por qué la entrega a la nueva y todavía desconocida familia que adoptaría a M. G. G. sería el mejor modo de satisfacer las necesidades del niño para la formación de su personalidad, limitándose la Cámara al falaz razonamiento de que,

una contención extraordinaria se ordinariza al dejar de ser temporaria la guarda ejercida por la familia sustituta y ser ella la única familia conocida por el menor (C1° Familia, Córdoba, 09/12/1999, "M., J. L. y J.", LLC, 2000-675 con nota de Graciela Medina y Mariana Kanesfck).

De manera más reciente, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín expresó que

No resulta procedente, conforme con los antecedentes personales de la niña y su forzado peregrinaje en búsqueda de amparo bajo la calidez de techos extraños al hogar de origen; tampoco con las constancias de este proceso, el reparo opuesto por los recurrentes empeñados en endilgar al matrimonio H. querer la adopción plena y de no respetar su compromiso de hogar de tránsito cuando, específicamente, el tema ha sido considerado, por esta Sala I, con otra integración reconociendo que 'quienes ostentan la guarda provisoria por delegación judicial (guarda judicial) como medio de protección del menor asistido, caso de los recurrentes, no tienen prohibido por el derecho substancial aspirar a transformar dicha guarda tuitiva en otra con fines de adopción o guarda adoptiva ... (Capel. Civ. y Com. San Martín, 11/04/2004, Revista Jurídica El Dial del 22/05/2006).

como el funcionamiento del Registro persigue el fin genérico de beneficiar a los niños en condiciones de adopción, necesariamente alcanza a la situación específica de M.G.G... el *a quo* no cumplió con las directrices sentadas por este Tribunal, pues ratificó una declaración con trascendentes consecuencias para la vida del niño, sin brindar razón alguna fundada en el mejoramiento de su situación... [y] Dado que el cambio de guarda (como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f de la ley 26 061) es potencialmente apto para inferir un trauma a M.G.G., debió haber justificado su resolución en que la permanencia con el matrimonio S.- B. generaría un trauma mayor, pero ninguna demostración se llevó a cabo en este sentido⁹⁰.

Por lo cual, se prefirió a la familia cuidadora antes que, y en abstracto, un matrimonio del registro de adoptantes. Esta decisión no hace más que reforzar la idea de la importancia de la faz dinámica del derecho a la identidad, es decir, el respeto por los vínculos afectivos que fue forjando el niño con sus cuidadores durante todo el tiempo que duró la convivencia con éstos.

Por otra parte, alguno de los entrevistados hizo hincapié en la falta de control estatal sobre las instituciones, organismos no gubernamentales o, incluso, personas que de manera desinteresada se ofrecen como familia solidaria o de tránsito⁹¹. En especial, una trabajadora social

⁹⁰ CSJN, 16/09/2008, Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. G. G. en la causa G., M. G. s/ protección de persona —causa N° 73 154/05. Disponible en: en www.csjn.gov.ar

⁹¹ Nuevamente la reiterada investigación sobre niños y jóvenes privados de la libertad coloca sobre el tapete este tema al expresar que:

Más de la mitad de los establecimientos pertenece a una organización de la sociedad civil, 54%. Y gran parte de ellos posee distintos tipos de convenios con el estado provincial y/o municipal. La gran participación de este tipo de organismos en relación con la institucionalización de niños/as y jóvenes debería estar acompañada por una tarea de monitoreo, evaluación y fiscalización por parte de los estados locales. (el subrayado me pertenece) (conf. Privados de Libertad, op. cit., p. 51).

que integra el equipo interdisciplinario de una organización no gubernamental dedicada a la adopción, enumeró como una de las tantas dificultades que azota a esta figura jurídica la

Falta de un sistemático seguimiento y adecuada supervisión de las ubicaciones de cuidado transitorio para que ellas no se prolonguen más de lo estrictamente necesario, velando para que el niño acceda, en el plazo más corto posible, a una familia estable y definitiva, sea la biológica y otra, adoptiva.

Esta misma entrevistada, al preguntársele sobre el rol de los programas de ubicaciones transitorias, tras afirmar que este tipo de recursos son necesarios, advierte que en la práctica

... lo que se desvirtúa es su esencia, es que no responde a la característica de transitoriedad con que fue concebido.

Agrega que

... Si una criatura se cría por años junto a quien —se supone— no debería nombrar como 'mamá', y a su vez esta persona —inevitablemente— va gestando el comprensible creciente apego y cariño por quien está cuidando, lo que se consolida es una relación insatisfactoria, irregular, poco sana, que resulta trabajoso revertir.

En esta misma línea, otra entrevistada al preguntársele sobre los programas o instituciones de ubicaciones transitorias alega:

Observamos que se encuentran desbordados, sin la adecuada supervisión de profesionales y que los niños quedan mucho tiempo allí sin que los juzgados resuelvan su situación ... También pensamos que debería haber una selección más cuidada de quienes desempeñan dicha función ya que muchas veces los niños están expuestos a familias transitorias con dificultades psicológicas o familiares severas ... es muy común que dichas familias, luego de un tiempo y frente a la ausencia

del Estado, se "apropien" del niño, dificultando una salida propicia y adecuada para el niño.

Otro de los debates que encierra el sistema formal o informal dedicado al cuidado transitorio de un niño gira en torno a la gratuidad u onerosidad de su intervención. Así, una de las entrevistadas adujo que "se ha convertido también en un negocio para las instituciones y familias cuidadoras que reciben un subsidio mensual". Otra se refirió al

Sentido de posesión, tanto de Amas Externas como de Pequeños hogares respecto de alguno de los niños, lo que los ubica en un lugar de rehenes de esas familias que mientras tanto cobran por su cuidado.

Dinero que se incrementa en proporción a la cantidad de niños a su cargo, "limitando las posibilidades de brindar una buena prestación y distorsionando el fin del programa". Por ello, una jueza propone que

... los fondos que actualmente se invierten en cada niño institucionalizado se destinen a subsidios para que las familias de origen puedan con ellos proveer al desarrollo integral de sus niños, u otras formas de auxilio como hogares diurnos, tratamientos especializados, comedores comunitarios, etc.

Otra entrevistada de manera elocuente expresa que

En Mendoza, al menos, las familias no son seleccionadas como corresponde; hoy, la mayoría de los niños son rehenes de una familia que cobra por su sostenimiento y que, lamentablemente, frente a la crisis económica, se aferra al niño.

Por último, uno de los entrevistados resaltó una dificultad de carácter operativa que, a mi entender, es de suma importancia al permitir vislumbrar la contradicción actual entre teoría y práctica en materia de fortalecimiento familiar y el consecuente regreso a la familia de origen. Me refiero a la distancia física que hay entre los hogares y el lugar o

hábitat de la familia de origen, lo que obstaculiza los encuentros entre el niño y sus padres u otros referentes afectivos. Así como también –y cuando se trata de jóvenes– que ellos visiten con mayor periodicidad el domicilio familiar.

4.3. i. *La relación intersistemas (familia-hogar del niño-hogar de los hermanos y sistema judicial)*

Otro tema relacionado con el punto anterior se refiere no ya a la composición, integración o estructura de las personas o instituciones que funcionan como "ubicaciones transitorias", sino a su interacción con el afuera, básicamente, con el sistema familiar y con el sistema judicial.

Uno de los conflictos que se advierte reside en el papel secundario que los operadores de las instituciones o los miembros de las familias cuidadoras o de acogida les endilgan a los padres –hombres– en el cuidado de los hijos. Ello trae aparejado importantes y negativas consecuencias como: 1) continúa recayendo en la madre todo el peso de la responsabilidad por el cuidado de los hijos; 2) en consonancia con ello, las acciones tendentes a la "revinculación" familiar gira alrededor sólo de la madre u otra figura de cuidado preferentemente de sexo femenino y 3) se desvaloriza la figura paterna como pieza hábil –al igual que la madre– desde donde idear una estrategia de egreso. ¿Será que los operadores seguimos considerando –valores, creencias y prejuicios a los cuales me he referido– que las madres son las más propensas para "cuidar" a los hijos, cualidad de la cual carecerían los padres?

También se observan ciertos conflictos relativos a la relación entre las familias cuidadoras y el sistema judicial. Ello se puede colegir de las escasas consideraciones en los informes sobre la interacción entre ambos, esto permite advertir un cierto "silencio" preocupante, por cierto, ya que ambos sistemas –familia cuidadora y justicia– intervienen ante la misma conflictiva familia. ¿Cuál es el tipo y la vía de comunicación que deberían existir entre ambos sistemas?

De la lectura de los informes, no pareciera que ambas organizaciones trabajen de manera conjunta, y menos aún en forma coordinada. Cada una sigue un modelo de intervención propio, al margen o sin importarles si esta modalidad se condice con la conflictiva familiar planteada o se contrapone con la estrategia que pretende llevar adelante el otro.

Esta dificultad es advertida por los propios operadores del sistema judicial e institucional. En una de las entrevistas, una trabajadora social aseveró que no se mantiene

... una adecuada coordinación Juzgado -CONNAF⁹²- Pequeño hogar, para que la situación de cada grupo de hermanos deje de tenerse presente, y si sus familiares biológicos pierden contacto con ellos, la ubicación simplemente se vaya prolongando, sin que se programe un proyecto alternativo de futuro estable para los niños.

Otro de los informantes claves, exjuez de familia, puso de resalto como los hogares o instituciones que albergan transitoriamente a niños o adolescentes "muchas veces no saben trabajar en equipo con el juez y los otros organismos". Por lo cual, propone

... Que los jueces aprendan a trabajar con la red natural del niño, recurriendo a estos soportes artificiales sólo cuando es necesario ... Que los operadores no trabajen contra la familia de origen sino que colaboren con ella. De este modo, si ellas logran que el niño vuelva al hogar, será un éxito del hogar de tránsito.

En atención a este "problema de comunicación" entre las familias cuidadoras, solidarias o de acogimiento y el judicial, pareciera relevante

⁹² Estas siglas aluden al Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia que desde hace poco y a raíz de la ley 26 061 pasó a denominarse Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. En la actualidad, tanto el programa Amas externas como el de Pequeños hogares sobre ubicaciones transitorias de niños, principalmente, domiciliados en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, han sido transferidos a la Dirección General de Niñez del gobierno local.

que se pudiera pensar en la necesidad de crear espacios donde ambos interactúen desde distintos niveles. De manera más macro o general, mediante la ejecución de jornadas, encuentros o mesas de debates para intercambiar ideas sobre los modos de intervención; y desde un nivel más restringido, a través de reuniones periódicas con los jueces o la posibilidad de solicitar supervisión de casos cuando la conflictiva familiar sea de tan gravedad que el juez y la institución o la familia cuidadora en forma conjunta deban rediseñar las estrategias a seguir.

5. Algunas conclusiones a modo de cierre

De conformidad con los resultados obtenidos y las interpretaciones esgrimidas, las principales conclusiones a las que se pueden arribar tras recorrer de manera sintética esta investigación de campo, son las siguientes:

- a) La importancia de contar con investigaciones de campo de índole cuantitativas como cualitativas, a los fines de conocer en mayor profundidad temáticas como las que aquí se han estudiado.
- b) En consonancia con lo expresado en el apartado anterior, la necesidad de incorporar a la currícula de posgrado en derecho de familia la asignatura "metodología de la investigación en derecho de familia" o "sociología jurídica de la familia" con el propósito de expandir esta herramienta de análisis de gran riqueza al permitir acercar el derecho a la realidad, de vital importancia en el campo del derecho de familia.
- c) Reafirmar los efectos negativos de las ubicaciones transitorias que se mantienen y consolidan en el tiempo, por lo cual se debe acercar la brecha existente entre Derecho y Realidad en este tema. Para este fin, la fijación de un plazo con la posibilidad de prórroga por decisión fundada podría ser una línea legislativa acorde con la habilidad de la ley para modificar las prácticas. Dentro de este lapso, se deberán llevar adelante de manera exhaustiva distintas políticas o medidas de intervención tendentes a conocer en profundidad la conflictividad familiar presentada y las posibilidades reales de que

- los padres o algún miembro de la familia de origen pueda hacerse cargo de la crianza del niño, así como también para el supuesto de que sea viable la adopción evaluar la tipología.
- d) Contrariando el mencionado "estándar regional", ciertos datos permiten observar que las carencias socioeconómicas constituyen la causa preeminente de la separación de un niño de su familia de origen.
- e) La falta de coordinación entre el hogar o las familias cuidadoras, solidarias o de acogida y el sistema judicial, por lo cual se dilatan las decisiones pertinentes sobre el futuro de los niños y jóvenes.
- f) La necesidad de tener en cuenta las distintas edades que poseen los niños y/o adolescentes separados de sus núcleos familiares de origen, ya que este elemento será de suma utilidad para analizar si la adopción constituye una institución adecuada en consonancia con los derechos del niño. En otras palabras, se advierte la siguiente regla inversamente proporcional: a mayor edad, desarrollo personal, autonomía y vínculos familiares posea un niño, más alejado se estará de la figura de la adopción.
- g) Los chicos en ubicaciones transitorias tienen, con mayor o menor extensión o intensidad, vínculos afectivos con la familia de origen (progenitores, parientes o hermanos), por lo cual la adopción en su forma plena no sería la figura jurídica adecuada. Para lo cual, en países donde sólo se admite un solo tipo de adopción, aquella que lo es en forma plena debería revisar esta postura legislativa. Sucede que si la realidad cada vez es más compleja, el Derecho debería aceptar una mayor cantidad de figuras con el objeto de *aggiornarse* a aquélla. En otras palabras, entiendo que el doble régimen de adopción, simple y pleno es el que mejor se condice con el principio rector en la materia: el interés superior del niño. Máxime cuando se trata de grupos de hermanos que no pueden ser adoptados en forma conjunta.

- h) Relacionado con lo expresado en el apartado anterior, y sobre la base del derecho argentino que permite el doble régimen adoptivo, se puede observar que cuando se trata de niños de corta edad o hasta los 10 o 12 años de edad, la adopción simple constituiría la figura jurídica pertinente para estos supuestos, ya que se trata de niños que han tenido –y a lo mejor mantienen– vínculos afectivos con algún miembro de la familia de origen.
- i) De modo preventivo, y a fin de asegurar una buena vinculación entre el niño, los padres adoptivos y la familia de origen en el marco de una adopción simple, es necesario contar con servicios especializados tendentes a preparar a estos padres adoptivos a convivir con los padres o referentes afectivos del pretense adoptado. De esta manera, se intentará flexibilizar la idea predominante (y binaria) de que los niños deben ser adoptados en forma principalmente plena. Justamente, son los niños institucionalizados los que poseen una historia presente que los adoptantes deben aprehender en respeto por el derecho a la identidad del adoptado.
- j) Cuando se trata de adolescentes separados de su familia y que están próximos a alcanzar la mayoría de edad, la adopción no se aprecia como la institución más favorable, salvo que ya haya estado al cuidado de un matrimonio o persona que después quisiera adoptarlo (conf. supuesto de la posesión de estado previsto en el inc. 2 del Art. 311 del Código Civil). Máxime en países como Argentina, cuya mayoría de edad se alcanza recién a los 21 años de edad (Art. 126 del Código Civil).
- k) Las estrategias de intervención cuando se trate de adolescentes tendrán que tener en cuenta las siguientes indicaciones:
- Seguir fortaleciendo los vínculos afectivos que se tenga.
 - Distintas acciones para lograr una mayor autonomía, como tratamiento psicológico, tareas recreativas, mantenimiento de la escolaridad.

- Una de las actividades más importantes que merece ser destacada en un punto aparte se refiere al aspecto laboral, elemento de suma relevancia para la seguridad y autoestima de estas personas.
 - Buscar un referente en carácter de "padrino" para que una vez alcanzada la mayoría de edad, el joven pueda seguir sintiéndose contenido.
- l) La necesidad de diseñar e implementar distintos tipos de espacios de escucha e intercambio para mejorar la relación existente entre los hogares o las familias solidarias o de acogida y el sistema judicial o el administrativo, si tal decisión ha sido tomada por órganos de protección de derechos. Asimismo, la relación o interacción entre las diferentes familias, si se trata de un grupo de hermanos y ellos no han podido vivir en la misma familia cuidadora o solidaria.

En suma, y tal como se puede advertir, el tema de las llamadas "ubicaciones transitorias" no es nada sencillo. Máxime cuando a la luz o bajo el tamiz obligado de la doctrina internacional de los derechos humanos, y en especial de la doctrina de la protección integral, todas las cuestiones relativas a los niños y adolescentes habrían sufrido transformaciones radicales, tanto en la teoría como en la práctica.

En otras palabras, y tal lo ha expresado de manera clara el recordado filósofo del Derecho argentino Enrique Mari:

... Si se violenta el conocimiento tal como está dado y respetado, si se genera temor y desequilibrio en la confianza de lo concentrado, no es para provocar. Es por repulsa a la anestesia y a la inexorable carrera descendente hacia el coma teórico.

Precisamente, interesados por un derecho eminentemente dinámico como el derecho de niños y adolescentes, los operadores nos vemos ante la necesidad y el compromiso de no "caer" en reiteraciones o eslóganes vacíos de contenido sino, por el contrario, batallar ante el desafío constante de acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad. Lo cual no es otra cosa que intentar alcanzar un derecho de la niñez y la adolescencia más humano.

Modificación al sistema de registro civil en Venezuela

Sandra Oblitas

Sumario:

1. Un nuevo modelo de registro civil en Venezuela. 2. Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil. 3. Modificaciones más significativas al Registro Civil 4. Artículos del Proyecto de Ley Orgánica del Registro Civil de mayor interés en cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1. Un nuevo modelo de registro civil en Venezuela

El nuevo texto constitucional trajo consigo el reforzamiento del derecho humano a la identidad, consagrado en los más diversos tratados internacionales; en su artículo 56 lo consagra de la siguiente forma:

Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.

La identidad es entendida como el atributo por el cual una persona puede ser diferenciada de otra, la define la Real Academia de la Lengua Española como "conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que lo caracterizan frente a los demás". En la sociedad los mecanismos para diferenciar a un individuo de otro son diversos, dependiendo del contexto, del entorno o de las culturas de una determinada población; me permito referirme en este caso al rasgo legal que determina la identidad y en nuestra sociedad no es otro que el nombre, pero para que ese nombre tenga trascendencia en la esfera jurídico-social de un país, debe estar reconocido por el Estado, siendo el único mecanismo válido de reconocimiento la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

El constituyente entiende que la única forma de garantizar a los ciudadanos el disfrute del derecho a la identidad es a través del Registro Civil y por ello una innovación del derecho constitucional venezolano dispone que el recién creado Poder Electoral tenga la misión de administrar la institución pública del Registro Civil.

2. Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil

El nuevo modelo de Registro Civil requiere de un cuerpo normativo que permita llevar a cabo todas las innovaciones que se pretenden implementar; no se puede hablar de transformación si no contamos con leyes que adecuen el funcionamiento de las instituciones a las necesidades reales de la población.

La sociedad actual requiere de legislaciones que den respuesta a sus cambiantes necesidades, esta realidad ha sido asumida por el Estado venezolano, y por ello a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Bolivariana, toda la estructura normativa del país ha venido reformándose, en primer lugar para poder desarrollar los nuevos preceptos constitucionales, y en segundo lugar para responder a las exigencias que demanda un Estado moderno.

El Registro Civil no escapa de ello, y precisamente por esta razón el legislador patrio, mediante la sanción de la Ley Orgánica del Poder Electoral, comenzó a desarrollar las disposiciones constitucionales referidas a esta institución; en ella se establece como competencia del Consejo Nacional Electoral el controlar, planificar y normar sus actividades, atribuyendo a la Comisión de Registro Civil y Electoral la función de centralizar la información; asimismo, se crea la Oficina Nacional de Registro Civil del nuevo sistema.

La citada Ley no sólo se limitó a lo anterior sino que le estableció al Poder Electoral la obligación de asumir la iniciativa legislativa de elaborar un proyecto de Ley para el Registro Civil. Así el Consejo Nacional Electoral, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, elaboró el Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil, el cual se encuentra esperando su segunda discusión legislativa, por parte de la Asamblea Nacional.

2.1. ¿Por qué una Ley Orgánica?

Como ya mencioné, es un derecho constitucional el estar inscrito en el Registro Civil inmediatamente después del nacimiento, por lo tanto la Ley que regula este derecho tendrá rango de orgánica, tal como lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria 5.453 del 24 de marzo de 2000); en efecto en el proyecto elaborado se tratan derechos civiles de forma significativa.

También, consideramos necesario decir que la actividad registral –a ser regulada por la Ley cuyo proyecto se propone– y las competencias que en ese sentido tendrá el Poder Electoral, constituyen una de las formas a través de las cuales el Estado garantizará y protegerá a sus ciudadanos, concretamente, asegurará la protección de la familia, derecho social consagrado en el artículo 75 constitucional.

Expuesto lo anterior, debemos afirmar que las normas contenidas en el proyecto están básicamente dirigidas a regular, *de forma directa*, los derechos constitucionales establecidos en el artículo 56 y, tangencialmente el derecho a la protección de la familia, consagrado en el artículo 75 constitucional; de tal manera que se calificó como Ley Orgánica al proyecto presentado.

2.2. Estructura del Proyecto de Ley

El proyecto de ley está estructurado por siete Títulos, veinticuatro Capítulos y ciento ochenta y tres Artículos.

Siendo los títulos los siguientes:

- Disposiciones fundamentales.
- Principios.
- Sistema Nacional de Registro Civil.
- Registro Civil.
- Libros y Actas.
- Sanciones.
- Disposiciones transitorias, derogatorias y finales.

2.2.1. Disposiciones fundamentales:

En las disposiciones fundamentales se desarrolla el objeto de la Ley orientado a regular la organización, funcionamiento, formación, centralización, competencia y control del Registro Civil. Quedan así normadas todas las áreas del Registro Civil, especial mención requiere la inclusión de la centralización de la información registral en el texto de la Ley.

En el Código Civil vigente se regula, aunque con poco desarrollo legislativo, lo que respecta a la organización, funcionamiento, competencia y control del registro civil, pero nada establece respecto a la centralización de la información, siendo este el aspecto fundamental que permite garantizar la publicidad del registro civil; lo que es de trascendental importancia para lograr contar con un registro civil aún más confiable, que dé respuestas a la ciudadanía de una manera ágil, segura y lo más importante aún, dotando de seguridad jurídica a todos los actos del estado civil que queden asentados en el registro, permitiendo a su vez a los órganos del Estado venezolano contar con una base de datos de las personas que habitan en el país y su estado civil, para de esta manera planificar sus políticas públicas con base en un conocimiento demográfico real, completo y exacto.

2.2.2. Principios del Registro Civil

Toda institución registral debe estar orientada por unos principios rectores, en los cuales fundamente su funcionamiento, esto en aras de lograr que el dinamismo propio que sus funciones conllevan no relaje ni deforme la correcta actuación de sus operadores, lo que redundaría en la seguridad jurídica que dicha institución debe ofrecer.

Pues bien, el proyecto de ley recoge los principios que encaminan la actividad del registro civil, éstos son:

- a) Obligatoriedad.
- b) Inmutabilidad.
- c) Publicidad.
- d) Eficacia administrativa.
- e) Actividad administrativa al favor de las personas.
- f) Accesibilidad.
- g) Unidad e identidad.
- h) Fe pública.

- i) Gratuidad.
- j) Primacia.
- k) Informatización.

2.2.3. Sistema Nacional de Registro Civil

Se entiende por Sistema Nacional de Registro Civil, el conjunto integrado por los órganos del Poder Público que, de manera coordinada, ejecutan las actividades que garantizan el adecuado registro, control y archivo de los hechos y actos que afectan el estado civil, en el ámbito de las competencias que le son propias a cada uno (Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil. Artículo 16. Noviembre 2007).

En la formación de los actos y hechos que deben inscribirse en el registro civil intervienen distintos órganos del Estado, en sus diferentes ramas del poder público; sin embargo, éstos han venido actuando sin coordinación legal alguna, o mejor dicho: la coordinación de su actividad no está supeditada a normativa legal que lo regule, por ello es que se creó el Sistema Nacional de Registro Civil, conformado por el Consejo Nacional Electoral, como rector, los alcaldes y alcaldesa de los municipios y las representaciones consulares del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, como órganos operadores y los ministerios de Salud y Relaciones Interiores y Justicia, cada uno con funciones específicas y actuando coordinadamente. Esto garantiza la prestación de un servicio óptimo e integral a la ciudadanía en todas las instancias correspondientes.

2.2.4. Registro Civil

Otro objetivo que se persigue con la presentación del Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil es la organización definitiva de las competencias y actividades que la institución del registro civil tiene por desarrollar. Se ordena el ámbito de atribuciones específicas de cada

una de las unidades que conforman el registro civil, también se organiza de manera estructural las acciones y los procesos que se llevan a cabo en el transcurso de la actividad registral.

En lo que respecta a las competencias se atribuye al Consejo Nacional Electoral, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, la de mantener, organizar, supervisar y dirigir el registro civil.

Por otra parte se les atribuye de manera directa a los alcaldes y alcaldesas la función de inscribir en el registro civil los actos y hechos susceptibles de inscripción que ocurran dentro de su ámbito territorial, y a los funcionarios de las representaciones consulares acreditados en el exterior también se les da la atribución para aquellos actos que ocurran fuera del territorio de la República. De igual manera, se crea una distribución de las unidades del Registro Civil, dependientes de los alcaldes o alcaldesas.

Estas atribuciones de competencias claras, específicas, únicas e inequívocas redundarán en la seguridad jurídica de los actos que emanen del registro, toda vez que son estos órganos los únicos que tienen facultades directas y específicas en la propia actividad registral, aunadas a la formación de los funcionarios registrales y la elaboración e implementación de manuales de procedimientos conjuntos que estandarizarán la actividad registral.

Así las cosas, se presenta la estructura operativa siguiente:

2.2.5. Libros y actas

En el Proyecto de Ley, además de los tres libros tradicionales de nacimiento, matrimonio y defunción, se establecen cinco libros adicionales en los cuales se harán constar los demás actos que afectan el estado civil de las personas, sobre los cuales no existía regulación alguna en cuanto a la forma de ser incorporados al Registro Civil.

En armonía con el resto del ordenamiento jurídico venezolano post constitucional, se recogen todos aquellos actos que por legales deben ser registrados, a los efectos de darles publicidad e impregnarlos de la fe pública y seguridad jurídica que les confiere el registro civil.

Se establecen ocho libros, a saber:

- **Nacimientos:**

Nacimientos
Presentaciones tardías.
Reconocimientos.
Adopciones.
Inserciones

- **Matrimonios:**

Matrimonios.
Divorcios.
Nulidad.

Inserciones [Oficina Nacional de Registro Civil. Base de datos central. Oficina Municipal de Registro del estado civil de las personas. Consulados. Oficina Parroquial de Registro Civil. Unidades de Registro Civil en los establecimientos de salud y cementerios. Poder Electoral. MPPRJ (Migración)(cuerpos de seguridad del Estado) (registros inmobiliarios). MPPSDS -INE- Educación Básica, Diversificada y Superior. Ministerio Público. Gobernaciones. Alcaldías. Protección Civil. Cooperativas, asociaciones civiles y compañías. Otros].

- **Defunciones:**

Rectificaciones.
Declaración de ausencia.

Presunción de ausencia.

Presunción de muerte.

Inserciones.

- **Uniones estables de hecho**

- **Nacionalidad:**

Naturalizaciones.
Declaración de voluntad.
Adquisiciones.
Pérdida de la nacionalidad.
Nulidad de la naturalización.
Renuncia de la nacionalidad.
Revocatoria de la nacionalidad.
Recuperación.

- **Capacidad:**

Interdicciones.
Emancipaciones.
Revocatoria de interdicción.
Inhabilitaciones.

- **Extranjeros:**

Otorgamiento de la condición migrante permanente.
Revocatoria de la condición.
Pérdida de la condición.

• **Residencia:**

Declaración de residencia.

Cambio de residencia.

Por último se consagra la creación del libro electrónico o versión digital del libro.

En lo que respecta a las actas, en el texto del proyecto se establece con exactitud el origen del registro, quiénes son los declarantes de esos hechos y actos, el lapso para registrar, según corresponda, y las formalidades que deben revestir para su inscripción, así como las generalidades de forma que deben reunir todas las actas del estado civil.

En este punto, y tomando en cuenta el objetivo principal de este Foro, me detendré a explicar lo relacionado a las actas de nacimiento, como el documento fundamental y originario de la identidad de los ciudadanos, para ello me parece oportuno citar un extracto del informe jurídico sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Registro Civil:

El Capítulo III del Título V 'De los nacimientos' regula todo lo relativo a esta materia, hecho natural que marca el inicio de la vida humana, debiendo tenerse en cuenta para la elaboración de esta regulación lo establecido en el artículo 56 Constitucional que reza:

Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación,

De la norma constitucional precedente, se desprende que la identidad y la inscripción gratuita en el registro civil son derechos constitucionales que el Estado debe garantizar, de allí que sea necesario crear los mecanismos legales para hacer posible su ejercicio. Cabe destacar que nuestro país ya venía dando pasos significativos hacia una reforma sustancial del registro civil en materia de nacimientos. Es así como en fecha 20 de noviembre de 1989, en el seno de las Naciones Unidas, se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por el Congreso de la República, mediante Ley aprobatoria, y fue promulgada por el Ejecutivo Nacional el 29 de agosto de 1990, pasando entonces a formar parte del derecho interno. En esta Convención se otorga una importancia fundamental al derecho a la identidad de los niños y niñas, previéndose la inscripción inmediata después de su nacimiento...

Todo esto estimuló internamente la actividad del Estado en el sentido de procurar el cumplimiento de lo establecido en la Convención, causando la modificación del derecho interno con la aprobación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuyo artículo 10 dispone lo siguiente:

Artículo 10. Niños y Adolescentes Sujetos de Derecho. Todos los niños y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados a favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En atención a la normativa suscrita internacionalmente que protege los derechos de los niños y los adolescentes, es imperativa la aprobación de una Ley que regule el registro civil, en perfecta armonía con dichas normas, lo que contribuirá a garantizar la inscripción de todos los actos que forman parte de la vida civil de las personas, garantizándose de esta forma el derecho a la identidad, nacionalidad y ciudadanía.

Corresponde ahora la centralización, coordinación y organización del registro del estado civil de las personas al Poder Electoral, por

ello se propone una regulación que indique, en primer término, lo atinente al origen del registro de los nacimientos; en tal sentido, observamos que puede darse por un acto voluntario de los interesados, es decir, mediante una declaración; también por mandato judicial y, finalmente, por un documento auténtico emitido por autoridad extranjera que deje constancia del nacimiento y que sea reconocido por la autoridad competente. Asimismo, la ley debe considerar como declarantes naturales o principales los padres del niño o niña, y como declarantes secundarios los parientes consanguíneos o afines, el médico, la partera (en el caso de partos extrahospitalarios) y cualquier otra persona que represente o sea responsable del niño, utilizando para ello una terminología consona con el nuevo marco regulatorio, específicamente con la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente (Lopna).

Ahora bien, ante la imperiosa necesidad de asegurar la protección del interés superior del niño o niña, se decidió incorporar otro aspecto novedoso en este campo, y tiene que ver con la no autorización del egreso en aquellos casos de establecimientos de salud, públicos o privados, que cuenten con unidades de registro, hasta tanto no se verifique de manera efectiva la inscripción, previsión que se justifica si lo que queremos es, precisamente, que en los centros de salud en los cuales se produzca una cifra significativa de nacimientos, muchos de ellos de carácter público y en los que se atienden a personas de bajos recursos, éstas puedan acceder de forma inmediata al registro civil, intentando disminuir el tráfico de niños o niñas, así como la falta de inscripción en el registro civil. Por ello, resulta necesario que ésta sea una labor compartida entre los distintos organismos y actores que de alguna forma intervienen en los nacimientos.

En este contexto, se justifica y hace necesario que los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente, como órganos de protección en esta materia, asuman deberes específicos sobre su inscripción en el registro civil; por ello, se propone incluir una disposición que les atribuya la competencia de velar por el cabal cumplimiento de la Ley, asegurando que desde su nacimiento el niño sea inscrito, lo cual

le asegurará y garantizará, además de su derecho a la identidad, otros derechos constitucionales, tales como el derecho a la nacionalidad, a la identidad, conocer sus padres biológicos, proveerlo del documento fundamental para su posterior cedulación, que es la partida de nacimiento, a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de Identificación y, en fin, garantizar su inclusión y participación en la sociedad.

En los demás casos de nacidos en establecimientos de salud que carezcan de unidades de registro, el lapso para la inscripción será de noventa (90) días. Se incorpora así una de las disposiciones más trascendentales e importantes de la Ley, la cual viene a llenar un vacío del Código Civil en el que también incurrió el legislador en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, pues no se disponía tratamiento alguno para los casos en que no se produjera la presentación en el tiempo establecido. En la práctica sucede que se presentan personas mayores de edad al registro civil a inscribirse y se procede a extender la correspondiente partida, ya que la Ley establece un lapso de noventa (90) días para hacer la presentación, pero no se regulan las situaciones en las que no se hiciera ésta en dicho lapso. La norma propuesta establece tres supuestos: la presentación temporánea, la presentación extemporánea, hasta los 17 años en vía administrativa y la activación de un procedimiento judicial, cuando se exceda esta edad.

En el caso de niñas o adolescentes que hayan dado a luz, contempla el proyecto presentado la posibilidad de que puedan declarar al niño o niña recién nacido ante la respectiva unidad de registro, sin que medie autorización de sus padres, representantes o responsables, lo cual no es más que la materialización del derecho fundamental de oír la opinión de los niños, niñas y adolescentes

2.2.6. Sanciones

Se consagra un régimen de sanciones dirigido a los funcionarios del registro civil que incumplan con las obligaciones impuestas por la ley, adecuándose las multas pecuniarias al sistema de unidades tributarias.

Las sanciones se clasifican dependiendo de la categoría del funcionario que incurra en los supuestos punibles según la ley, así tenemos que existen sanciones para los alcaldes, los registradores civiles, los funcionarios del Registro Civil y los particulares.

3. Modificaciones más significativas al Registro Civil

3.1. Incorporación de otros actos y hechos susceptibles de registro civil (ver punto 2.2.5)

3.2. Implementación de la informatización:

Como objetivo primordial del proyecto de ley presentado, destaca la informatización del registro civil, por cuanto hasta la presente fecha los procesos y procedimientos de registro civil se han venido desarrollando de forma manual, con todas las limitaciones que ello conlleva.

Producto de esa informatización del registro se podrá:

- Crear la base de datos del Registro Civil, centralizándose así toda la información, lo que permitirá contar con el Expediente Civil Único, en el cual se archivarán de manera digital todos los actos civiles de una persona que se encuentren inscritos en el registro civil, iniciándose con el nacimiento y culminando con la defunción.
- Un Registro Civil en línea que incorporará en tiempo real todos los actos y hechos que se registren en la base de datos.
- Pleno valor probatorio de las actas digitales, como documento público, esto a través de la certificación electrónica de las actas, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley Sobre Datos y Mensajes Electrónicos en concordancia con el articulado del Proyecto de Ley Orgánica del Registro Civil, lo que implicará en un futuro la modificación de nuestro Código de procedimiento Civil.

Esto último trae como consecuencia la simplificación del trámite de expedición y certificación de actas en general.

3.3. Previsión de la vía administrativa:

Se prevé que las rectificaciones de las actas procedan por vía administrativa, cuando se trate de errores materiales, definidos éstos como los cambios de letras o números, mal escritos o con errores ortográficos, transcripción errónea de apellidos y nombres, así como sus traducciones; derogándose las disposiciones del código civil relativas a la jurisdicción exclusiva del poder judicial en materia de rectificación de partidas.

En la redacción del proyecto se partió del concepto de que las actas del estado civil son actos administrativos de carácter constitutivo, ya que a partir de la intervención del funcionario público en la formación de dicha acta se generan efectos jurídicos que serán oponibles a terceros y que son ejecutables y ejecutoriales sin intervención de otra actuación adicional.

Siendo así, se deja en manos del particular la posibilidad de atacar las actuaciones administrativas en torno a las rectificaciones de actas, por medio de recursos administrativos, los cuales serán ejercidos contra las decisiones de los funcionarios del registro civil.

3.4. Cambio de nombres:

Entre las actuaciones que se pueden tramitar por vía administrativa se encuentra la del cambio del nombre de la persona, el cual podrá realizarse por una vez y en el caso de los niños, niñas y adolescentes tendrán la facultad de cambiar su nombre antes de alcanzar la mayoría de edad y después de esta.

3.5. Número único de identidad:

El texto constitucional vigente consagra el derecho a la identidad desde el nacimiento, señalando que se patentiza con la inscripción del nacimiento en el registro civil.

Con lo dispuesto constitucionalmente se establece que la identidad de la persona se origina con la emisión del acta de nacimiento, la cual deberá contener todos los mecanismos que permitan resguardarla, por lo cual el nombre, como parámetro de identidad, debe ir acompañado de otros elementos que hagan más segura la identificación de la persona, permitiendo de mejor manera su individualización ante la sociedad.

Con ese propósito se crea el Número Único de Identidad, el cual se otorgará al momento del nacimiento y se estampará en el acta correspondiente, garantizando de esta manera la inviolabilidad de ese derecho humano fundamental.

3.6. Régimen de sanciones: (ver punto 2.2.6)

3.7. Libros y actas bilingües en idioma castellano e idiomas indígenas:

Con esta novedad se hace efectivo el derecho constitucional de los pueblos y comunidades indígenas a preservar su identidad.

3.8. Creación del concurso de Registrador Civil:

Un aspecto novedoso que propone el proyecto es la profesionalización del Registro Civil, y para ello se establece el concurso como mecanismo para obtener el cargo de registrador.

También se prevé la posibilidad de hacer carrera dentro de la institución, con el fin de dar estabilidad a los funcionarios del registro civil y que no se pierda la experiencia acumulada durante años de ejercicio, la cual guarda una relación directa con la calidad del servicio y de las actas.

4. Artículos del Proyecto de Ley Orgánica del Registro Civil de mayor interés en cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Protección especial para niños, niñas y adolescentes

Artículo 64. La publicidad de los asientos referentes a niños, niñas y adolescentes, en aplicación del interés superior de éstos, tendrá la protección legal debida en todo momento. La información sobre el contenido referido a la calificación de la filiación sólo podrá ser suministrada a sus padres o mandatarios, representantes legales y a la autoridad administrativa o judicial, encargada de tramitar algún asunto relacionado con niños, niñas y adolescentes.

Obligación de declarar

Artículo 92. Es obligatorio la declaración del nacimiento, en el siguiente orden: la madre o el padre, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o afines hasta el segundo grado, el médico tratante, la partera, o cualquier persona mayor de edad bajo cuya representación o responsabilidad se encuentre el niño o la niña.

Toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos. Si la madre estuviere casada y el padre biológico fuere distinto al cónyuge, el registrador civil omitirá el apellido de casada de la madre. En estos casos el registrador civil exigirá a los presentantes la decisión judicial que así lo declare o prueba fehaciente de la filiación biológica paterna, la cual podrá ser acreditada mediante la experticia de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otra afin.

Consejos de protección

Artículo 94. Los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente velarán por el cabal cumplimiento de la inscripción del recién nacido o recién nacida, en las unidades de registro civil ubicadas en los establecimientos de salud, públicos o privados.

Declaración extemporánea

Artículo 95. Cuando la inscripción del nacimiento en el Registro Civil no sea efectuada dentro de los noventa (90) días siguientes al nacimiento, se considerará extemporánea. Vencido dicho plazo y hasta el término de diecisiete (17) años después del nacimiento, la Oficina Nacional de Registro Civil podrá admitir la inscripción, a solicitud de los interesados previa evaluación de los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente, cuando existan causas justificadas acreditadas fehacientemente. Dicha solicitud estará acompañada del informe explicativo de las causas que impidieron el oportuno registro.

Toda solicitud de inscripción en el registro civil de personas mayores de edad procederá en virtud de decisión judicial que ordene la inserción del nacimiento en los libros del registro civil.

En el caso de personas nacidas en el extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, cuyo hecho vital no fue declarado ante las Representaciones Diplomáticas de la República Bolivariana de Venezuela, podrá hacer la declaración ante el registrador civil venezolano, previa verificación de la autenticidad del documento de nacimiento emitido por autoridad extranjera y su correspondencia con la persona a ser inscrita.

Declaración por niña o adolescente

Artículo 96. Toda niña o adolescente podrá declarar el nacimiento de su niño o niña recién nacido ante la respectiva unidad de registro civil, sin que medie autorización de sus progenitores, representantes o responsables.

Recién nacido abandonado

Artículo 97. Quien encuentre un niño o niña recién nacido, dejado en lugar público o privado, hará la participación ante el Consejo de Protección del Niño, Niña y Adolescente más cercano al lugar del ha-

llazgo, el cual hará la declaración del nacimiento dentro de los tres (03) días siguientes, ante las autoridades del registro civil, indicando todas las circunstancias de tiempo y lugar en que se haya encontrado. Se extenderá acta circunstanciada de la presentación, expresándose en ella edad aparente, sexo, dos nombres y dos apellidos, los cuales serán escogidos por el registrador civil, quien cuidará de no lesionar intereses legítimos del niño, niña o adolescente ni de terceros.

Las certificaciones de estas actas no contendrán calificación alguna de la filiación o de las circunstancias del hecho.

Certificado de nacimiento

Artículo 98. El certificado de nacimiento es el instrumento indispensable para efectuar la declaración y promover la inscripción en el registro civil. Las personas debidamente autorizadas para asistir los nacimientos están obligadas a emitir este certificado.

Programas extraordinarios de inscripción

Artículo 101. La Oficina Nacional de Registro Civil, por acto motivado y previa aprobación de la Comisión de Registro Civil y Electoral, podrá: organizar, coordinar, dirigir y ejecutar operativos extraordinarios de inscripciones de nacimiento.

Manifestación de voluntad de los niños, niñas y adolescentes

Artículo 145. La manifestación de voluntad de los niños, niñas o adolescentes extranjeros o extranjeras deberá ser efectuada por su representante legal, oída la opinión del niño, niña o adolescente.

Residencia de los niños, niñas y adolescentes

Artículo 154. Los niños, niñas y adolescentes tendrán como residencia la de sus padres o representantes, hasta que cumplan la mayoría

de edad y decida cambiarla. En caso de divorcio, separación de cuerpos o separación de uniones estables de hecho, será la del progenitor que ejerza la custodia. El emancipado fija por sí mismo su residencia. Los entredichos tendrán como residencia la de sus tutores.

Cambio de nombre propio

Artículo 157. Toda persona mayor de edad podrá cambiar su nombre ante el registrador civil una sola vez.

En los casos de niños, niñas y adolescentes, sus progenitores, representantes o responsables podrán solicitar el cambio de nombre ante el registrador civil, quien deberá garantizar el derecho de éstos de opinar y ser oídos. Alcanzada la mayoría tendrán derecho a cambiar su nombre por segunda vez.

El registrador civil procederá a su tramitación mediante el procedimiento de rectificación por vía administrativa.

Finalmente, es importante señalar que con la promulgación de la Ley Orgánica de Registro Civil, el Poder Electoral, cumpliendo con su mandato constitucional, garantizará y resguardará el derecho a la identidad de los ciudadanos y ciudadanas en la República Bolivariana de Venezuela, para beneficio de todos nosotros y de las generaciones futuras.

Partidas de nacimiento

Yanitza M. Hernández Chirinos

Sumario:

1. Atribuciones de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en la inserción y rectificación de las partidas de nacimiento. *Introducción. 2. Contenido y alcance del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Componentes del concepto. Registro Civil. Etapas del proceso de identidad. Definición de identidad. Definición de Registro Civil. 3. Los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente. Características y atribuciones.*

1. Atribuciones de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en la inserción y rectificación de las partidas de nacimiento

Introducción

La garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en lo que al aspecto de identificación se refiere, exige un esfuerzo inefable por parte de los operadores de justicia, dada la amplitud de aspectos que su vulneración comporta, toda vez que causa daños irreversibles a los niños y niñas, pues se convierte en un enemigo letal para el resto del desarrollo integral de la vida.

Las consecuencias para todos los niños y niñas son de elevada entidad, tanto para sus derechos humanos como, desde el punto de vista social y político, para los países que por una u otra razón no respetan, incumplen o vulneran este derecho, bien sea ante la falta de inscripción oportuna en el Registro Civil o por que ésta se realice con inobservancia de alguna disposición vigente.

En este sentido, resulta trascendental el papel que juegan los Consejos de Protección en el ámbito de las medidas que les acuerda como atribuciones la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Lopnna, 2007), constituido por una especie de mandato de conciencia social, que es lo que caracteriza o debe caracterizar la actuación de los Consejeros de Protección y que a su vez constituye el compromiso que inspira a la autora en el abordaje del tema, toda vez que la delimitación de la competencia de los Consejos de Protección y los Tribunales de Protección con respecto a la inserción y rectificación de las partidas de nacimiento ha sido objeto de no pocas controversias desde el inicio de la aplicación de la LOPNN, de allí la fundamental relevancia del asunto, con el que, vale aclarar, de forma magistral, contribuye ampliamente el legislador de la reforma de 2007, a instancia e insistencia de la Asociación Nacional de Consejeros y Consejeras de Protección del Niño, Niña y Adolescente (Asonacop), en la oportunidad de la consulta pública de la Reforma.

De tal suerte que el reto de la presente investigación es de tan amplia ambición que pretende introyectar en las aún reticentes mentalidades de paradigma positivista y por ende irregular (por algunos llamado sencillamente civilista), "el imperativo de avanzar más allá de la tradición, doctrina y legislación en la materia" (Perdomo, 2008; p. 10), que en la Lopnna se traduce en el hecho cierto y tangible de la desjudicialización de problemas de la infancia, que son la base y razón de existencia de los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente, como órganos encargados de impartir justicia a nivel municipal, y más aún como la expresión más específica de acercamiento de la justicia al justiciable, en términos de redefinición de funciones judiciales y más

aún como "una apuesta por hacer efectivo el acceso a la justicia de todos y todas, especialmente de las personas que se encuentran en exclusión social" (Perdomo, 2008; p. 12).

De lo expuesto se hace menester recalcar en la circunstancia cierta de que la vulneración del derecho a la identidad es de tan amplia magnitud y de derrotero irreparable en la vida jurídica del niño, niña o adolescente, tanto cuando no existe (lo cual puede ser responsabilidad del Estado, la familia o la sociedad), como cuando existiendo se realiza de forma errónea, con el agravante en este caso de que ello es responsabilidad del Estado, en la persona de la administración pública y de allí la inclinación de las modernas legislaciones de insistir en la aplicación del principio de autotutela de la administración pública, que le exige corregir los errores en los que incurra.

En el análisis del tema encomendado se abordará en principio la definición de *identidad*, seguidamente se determinarán los componentes del concepto, para luego realizar una aproximación de la definición de Registro Civil, y dar paso a las etapas del proceso de identidad y al fundamento legal de éste en la legislación venezolana, todo lo cual de manera sucinta servirá como preámbulo para adentrarse en el tema de la rectificación en el nivel administrativo.

A tales efectos se hace necesario conocer las características del Consejo de Protección del Niño, Niña y Adolescente, revisar sus competencias y dentro de ellas muy especialmente la de dictar medidas de protección, analizando de forma amplia la relativa a la inserción y rectificación de partidas, así como el objetivo de la medida, sus destinatarios, requisitos y alcance; todo lo cual redundará en la comprensión de la controversia respecto a la inserción y rectificación de partidas y las soluciones que la legislación, doctrina y jurisprudencia, plantean al respecto. Esto permitirá finalmente abordar, aunque no de forma exhaustiva, el análisis de situaciones concretas de vulneración de derechos más frecuentes relacionadas con el tema, referidas por consejeros y consejeras de Protección.

Básicamente, se pretende desnudar los alegatos que se han esbozado respecto a la ejecución de la medida establecida en el literal h), del artículo 126, que no es más que la negatoria del principio de legalidad objetiva que caracteriza la actuación de la administración pública, de las mentalidades que aún ancladas en la vieja doctrina se niegan a reconocer, alegando razones de debilidad jurídica del organismo, inejecutabilidad de las decisiones, inexistencia de formación legal de los consejeros y consejeras, valor probatorio de las actas de Registro Civil, entre otras.

2. Contenido y alcance del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Componentes del concepto. Registro Civil. Etapas del proceso de identidad

Definición de identidad

La definición de *identidad*, que a los efectos pedagógicos se presenta como más sencilla, es la que la refiere como el derecho de todos los niños y niñas inmediatamente después de su nacimiento a tener y ser reconocidos social, legal y familiarmente con un nombre, a adquirir una nacionalidad, a tener una familia, a ser criado y cuidado por ella, y a preservar estas condiciones, que se diferencia de la del Registro Civil porque éste no es más que la materialización de aquél.

De esta conceptualización inicial, se derivan los componentes del concepto identidad, que a los fines didácticos, es posible esquematizar de la siguiente manera:

Identidad individual o personal:

- Conocer y ser conocido por un nombre sujeto de derechos.
- Nombre de pila y apellido.
- Consecuencias jurídicas.

Identidad socio-familiar:

- Relación del nombre con los familiares.
- Filiación y sus consecuencias (exigibilidad de derechos con la familia y su comunidad)
- Personalidad social (acceso en la historia familiar y social).

Nacionalidad:

- Pertenencia a un país determinado (deberes y derechos, historia, cultura, tradiciones, etc.).
- Relación entre nacionales.
- Sistemas de reconocimiento de los nacionales de cada país, territorialidad.
- Soberanía del Estado (excusa para trabas burocráticas).

Definición de registro civil

El Registro del Estado Civil es una institución de carácter administrativo, a cuyo cargo está la publicidad de los hechos relacionados directa o indirectamente con el estado civil de las personas físicas, permitiendo con ello, la individualización jurídica de los mismos dentro de la comunidad, proporcionando títulos de legitimación de estado a tales personas (La Roche, 1984).

En otras palabras, es un trámite administrativo de tipo civil que sencillamente permite materializar, operativizar, el derecho al nombre, hecho este que posibilita el ejercicio pleno de la ciudadanía, toda vez que no basta la circunstancia fáctica de existir y tener un nombre sino el trámite administrativo de publicitarlo, en atención a que, de lo contrario, se carece de existencia legal, quedando excluido de privilegios y protecciones, de la posibilidad cierta de que el Estado asuma la previsión legal de "contarle" como ciudadano.

El devenir histórico personal de la ciudadanía en la legislación venezolana, desde el nacimiento hasta su registro y publicación, permite distinguir en varias etapas o fases, como a continuación se sintetizan, a efectos de enfatizar la importancia de asumir la identificación de un niño o niña como componente del derecho a la identidad, que se inicia desde el momento del nacimiento, y se concreta en tres etapas:

- a) *La constancia de nacimiento*: Certificación en la que consta el acto biológico del nacimiento y sus respectivos datos, expedida por el médico responsable de dicho acto. Es una prueba de filiación entre el recién nacido o recién nacida y su madre.
- b) *La partida de nacimiento*: Documento público donde consta la inscripción del hecho concreto del nacimiento. En el caso de las instituciones, centros y servicios de salud públicos, el artículo 19 de la Lopna.
- c) *La cédula de identidad*: Documento principal de identificación para los actos civiles, mercantiles, administrativos y judiciales, expedido por la Dirección de Identificación y Extranjería.

3. Los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente. Características y atribuciones

Los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente, según disposición del artículo 158 de la Lopna, son órganos administrativos, de carácter municipal, para garantizar la protección en caso de amenaza o violación de los derechos y garantías de uno o varios niños, niñas y adolescentes, individualmente considerados.

Esta amenaza o violación implica que existen circunstancias en las que un niño, niña o adolescente o un grupo determinado de ellos es sujeto pasivo de un hecho, que impide el libre ejercicio de un derecho o garantía, que les perjudica en su desarrollo, supervivencia o participación dentro de la sociedad, en situaciones de naturaleza básicamente social,

pues para situaciones netamente jurídica, vale aclarar, corresponde al Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente.

Más allá de la mera definición del Consejo de Protección, interesa a los efectos pedagógicos destacar su dimensión criminológica, que le erige como órgano de administración de justicia a nivel municipal, cuyo único antecedente en la legislación venezolana lo constituyen los juzgados de menores, que eran en el régimen tutelar los encargados de administrar "justicia" y "resolver" o más bien "tutelar", las situaciones de carencia de la población infantojuvenil.

Ello explica por qué para quienes, en diferentes roles, laboramos en los Tribunales Correccionales de Menores, al conocer y aprehender el anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en 1998, nos fuera inevitable casarnos con ella y a la postre con su reforma, pues aplicando lo que para entonces eran incipientes conocimientos criminológicos, daba respuesta a las inquietudes generadas por las circunstancias de la población atendida; en vigencia de la Ley Tutelar no trascendía, en el mejor de los casos, de meras intenciones sin mayor exigibilidad al núcleo familiar, de tal suerte que el diagnóstico biopsicosocial, más allá de la evaluación del grupo familiar, permitía básicamente saber qué "pedir" a la familia, como condición para "retornar a ella" a su "menor", sin mayor posibilidad de seguimiento y exigibilidad, como tal.

Esta innegable similitud histórica, es la evidente explicación de la distribución en cantidad de las medidas de protección que a la luz del artículo 126 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, se otorgan como atribución a los dos órganos encargados de impartir justicia: Consejos y Juzgados de Protección del Niño, Niña y Adolescente, el primero de ellos con mayor cantidad y el segundo, con sólo dos medidas de protección, circunstancia que se erige en la cristalización del criterio de redefinición de funciones judiciales o desjudicialización de los problemas de la infancia. Todo lo cual es explicado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la

Protección del Niño y del Adolescente (1998), en la que se señala que la

... mención más detenida merecen las medidas de protección previstas en el artículo 125, porque su concepción o desarrollo suponen la superación de una de las características más importantes de la doctrina de la situación irregular: La judicialización de todos los problemas de la infancia. De acuerdo a este paradigma, el Juez de Menores tiene competencia para resolver problemas sociales, y jurídicos, para todo lo relacionado con el niño, se encuentre este en situación de abandono, de peligro o sea infractor. La moderna concepción de la protección integral obliga a conceder un tratamiento diferente a las dos situaciones antes mencionadas y en consecuencia, encontramos en este proyecto dos sistemas claramente diferenciados: Uno, el Sistema de Protección para los Niños, Niñas y Adolescentes, que son víctimas y otro, el Sistema Penal de Responsabilidad Penal del Adolescente (título V), para los victimarios. A los primeros se les aplica las medidas de protección y a los segundos, sanciones con finalidad socio-educativa. En el primer caso interviniera la autoridad administrativa, en el segundo, la judicial. El proyecto, acogiendo plenamente los mandatos de la Convención, reduce los márgenes de discrecionalidad y desjudicializa el proceso de imposición de las medidas de protección. En tal sentido, atribuye competencia para la imposición de las medidas, salvo las de colocación familiar o en entidad y la adopción, que por su alcance y consecuencia serán aplicadas por el Juez, a los Consejos de Protección, órganos administrativos que ejercen función pública y estarán ubicados en cada municipio del país...⁷.

Lo expuesto es la explicación de los apasionados sentimientos que esa similitud de estos dos entes de administración justicia inspira, para unos, alinearnos con sus postulados, para otros la resistencia, por demás legítima, que no necesariamente legal, para que una persona distinta al juez pueda afectar incluso el ejercicio de la responsabilidad de crianza, por ejemplo, circunstancia que ha generado innumerables controversias, en algunos casos como el que nos ocupa, justificada antes

de la reforma, con la que, tal como antes se dijo, se aclara lo que para algunos admitía discusión, pero en todo caso y en aplicación al principio de legalidad, no queda al foro más que deslindar los límites de intervención de uno u otro organismo, en materia de restituir los derechos vulnerados a los Niños, Niñas y Adolescentes, respecto a las partidas del Registro Civil.

Tan diversa y amplia es la gama de vulneración de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en lo que a identidad concierne, como variada resultan las acciones a emprender por parte de los consejeros de Protección en la preservación o restitución de éstos, que obviamente van más allá del mero dictamen de medidas de protección y se encuentran desde el punto de vista legal previstas en el artículo 160 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, el cual, vale la pena aclarar, sólo ilustra las acciones legales, toda vez que la creatividad y sensibilidad social es la medida, obviamente bajo la estricta observancia del principio de la legalidad.

Como quiera que el tema encomendado se circunscribe a la rectificación, conviene evidenciar lo que implica la función del Consejo de Protección del Niño, Niña y Adolescente en materia de identidad y las garantías que de ese derecho se derivan, toda vez que garantizar una verdadera Protección Integral, va mucho más allá del dictamen de una medida de protección, y gira transversalmente al derredor de la ejecución de la misma, pasando por la conciliación, con matices como la denuncia en los casos donde se evidencie infracciones de carácter civil, penal o administrativo, todo lo que, complementado con los enunciados planteamientos de criminología avanzada, y la tendencia de justicia social que actualmente caracteriza a la legislación venezolana, conducían indefectiblemente a que el legislador minoril de 1998 atribuyera esta materia a los Consejeros y Consejeras de Protección y no a otro organismo, y que el legislador de reforma en el 2007, pues ampliara en términos de aclarar, tal atribución.

a) Instar a las partes a conciliar

Los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente, así como el resto de los actores del sistema de Protección, tienen el deber incluso de rango constitucional de excitar a las partes en conflicto a buscar medios alternativos, a través de acuerdos para resolver aquellas situaciones que sean de naturaleza disponible; es decir, circunstancias en las que no exista impedimento en la Ley para realizar acuerdos y que a su vez puedan ser resueltas mediante una medida de protección, por lo que ante el Consejo de Protección no le es posible realizar acuerdos en materia de régimen de convivencia familiar, etc., por ser de naturaleza eminentemente judicial.

En este sentido establece el artículo 160 de la Lopnna,

a) "instar a la conciliación entre las partes involucradas en un procedimiento administrativo, siempre que se trate de situaciones de carácter disponible y de materias de su competencia, en caso de que la conciliación no sea posible, aplicar la medida de protección correspondiente".

Al respecto, es menester destacar que a criterio de quien escribe, la naturaleza misma del derecho a la identidad y la entidad del bien jurídico tutelado por la norma excluyen el reconocimiento de tal derecho, como uno de naturaleza disponible; no obstante, se considera procedente la conciliación en algunos casos concretos, respecto a las circunstancias de tiempo y espacio para garantizar su ejercicio, vale decir, por ejemplo, aquellos casos en los que la vulneración del derecho viene dada por la falta de inscripción, producto de falta de material en el registro correspondiente, en cuyo caso efectivamente pudiesen avenirse las partes, respecto al momento de proceder a la inscripción, para lo que conviene advertir se requiere que los acuerdos al respecto gocen de tal precisión, espacio temporal, que permitan su exigibilidad.

De lo expuesto resulta evidente la necesidad, convertida en atribución, de llevar un registro de control y referencia de los niños, ado-

lescentes o sus familias a quienes se les haya aplicado medidas de protección, pues ello permitirá, en una visión prospectiva, su consideración a los efectos de previsión de políticas públicas, en ello se ha evidenciado que la función primordial del Consejo de Protección, no redundará en "buscar y perseguir a los culpables, sino ejecutar las acciones necesarias para garantizar derechos los niños, niñas y adolescentes".

b) Dictamen de medidas de protección

De las atribuciones conferidas por Ley a este órgano administrativo municipal, que le caracteriza como ente que administra justicia, destaca la de dictar medidas de protección para preservar los derechos amenazados o restituir los derechos violentados a niños, niñas y adolescentes.

Al respecto señala el artículo 126:

... dictar las medidas de protección, excepto las de adopción y colocación familiar o en entidad de atención, que son exclusivas del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Para dictar estas órdenes administrativas, reguladas en los artículos 125 y 126 *eiusdem*, el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente debe considerar muy especialmente, además del procedimiento administrativo establecido en el artículo 284 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, las normas, tratados y demás documentos internacionales, suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

El dictamen de medidas de protección comporta por sí una necesaria restricción de derechos de aquél en contra de quien obren, de allí que en esta atribución, el órgano de protección objeto de este estudio debe inspirar su actuación en el criterio de integralidad, en el que el legislador basó la construcción del sistema de protección, básicamente en el sentido de adoptar las decisiones que garanticen mayor cantidad de derechos, comportando menos restricciones, lo que se traduce

además en adoptar las medidas más pedagógicas y que fortalezcan los lazos familiares y comunitarios.

El artículo 126 de la norma comentada, además de enumerar las medidas de protección a dictar, alude a la comprobación de la amenaza o violación del derecho, por parte del órgano de protección, lo cual debe hacer con base en un procedimiento administrativo, revestido de principios y garantías, para todo aquél cuyos derechos subjetivos pudieran resultar vulnerados.

El referido procedimiento administrativo implica no sólo la comprobación de la vulneración del derecho (a título de amenaza o de violación), sino además las causas y actores (activo y pasivo) de tal vulneración y, por obvio que resulte, es menester evidenciar, que aún cuando el sujeto pasivo, vale decir la víctima de tal vulneración, siempre resulta el propio niño, niña o adolescente, éste a su vez, al igual que el Estado, la familia y la sociedad, resultan los sujetos activos, de acuerdo con la situación individualmente considerada y cuando del derecho a la identidad se trata, dado el carácter indivisible e interdependiente de los derechos, su vulneración implica y/o es consecuencia de la vulneración de otros igualmente importantes.

En este sentido, el consejo de protección es por excelencia el órgano de protección llamado a abordar no sólo las causas finales de la vulneración del derecho inicialmente invocado, sino emprender acciones para atacar también las causas estructurales e intermedias, toda vez que la restitución del derecho violentado sólo será real cuando la medida de protección esté dirigida a los tres niveles de atención, esto es, a la atención directa de tipo asistencial o compensatoria, para salvaguardar inmediatamente la vida o la salud, vulneradas por falta de identificación del niño, niña o adolescente, a la acción en las condiciones de la familia como agente inmediato de producción de la situación determinada y a la inserción del niño, de su familia, del educador o de la escuela, según el caso, en las estrategias de los diversos sectores de la política pública.

En este sentido, el Consejo de Protección mal puede limitarse a resolver el derecho inicialmente invocado (identidad y/o como consecuencia de éste, salud o educación,). pues por imperativo de Ley, debe investigar todas aquellas situaciones que generen vulneración de derechos.

Es de destacar la amplitud que el legislador de reforma de 2007 otorga al dictamen de medidas de protección de carácter inmediato, que en vigencia de la Lopna 1998 se reducía sólo a los casos de vulneración del derecho a la vida, salud, integridad personal y educación, extendiendo su aplicación a todos los derechos y por ende a identidad.

De acuerdo con lo pautado por el artículo 296 *eiusdem*, es posible dictar medidas de protección dentro de las 24 horas de haber tenido conocimiento del hecho, para lo cual se hace imprescindible acotar la fundamental relevancia que en la legislación venezolana tiene la motivación de los actos administrativos, que se constituyen en *conditio sine qua non* para su ejecución, en virtud de lo que se exige que el acto administrativo señale, el sujeto activo, el sujeto pasivo, las razones de hecho, las razones de derecho, muy específicamente el objeto de la medida y aún más conducta exigida, bien sea de hacer o de no hacer, así como los recursos de los que dispone el administrado.

De seguidas se abordará básicamente las medidas que a criterio de la autora son susceptibles de aplicación en relación con el derecho a la identidad, con la salvedad de que se analizará en cada caso cuándo la medida está dirigida a garantizar directamente el derecho a la identidad u otro derecho relacionado con éste:

Inclusión de los niños, niñas y adolescentes o su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios programas a los que se refiere el artículo 125 de la Lopna.

La medida de protección en este caso, más que en ningún otro, se comporta no como un ejercicio mecánico de aplicación exegética de la norma legal, sino que tiene por objeto ontológico resolver sustancialmente el conflicto que da lugar a la violación del derecho.

En este orden de ideas, el Consejo de Protección, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, impondrá la inclusión en cualquiera de los programas a los que alude el artículo 125, excepto los de colocación familiar o entidad de atención y los socio educativos, los cuales quedan reservados al órgano judicial, específicamente el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente y el Juzgado Penal de Responsabilidad del Adolescente.

Algunos de los programas a los que se pudiera remitir el niño, niña o adolescente y sus familias son los programas de identidad o en otras circunstancias, los programas asistenciales, dado el caso de que la falta de recursos económicos haya generado la vulneración del derecho a identidad, los programas de localización, para ubicar a su familia de origen en aquellos casos en los que ésta se encuentre extraviada, impidiendo la filiación.

Orden de matrícula obligatoria o permanencia según sea el caso, en escuelas, planteles o institutos de educación

Esta medida está dirigida a evitar la exclusión de los niños, niñas y adolescentes del sistema educativo, lo cual no se logra con la sola orden de permanencia, sino que se ordena lo conducente a restituir o preservar los otros derechos que entorpecen el ejercicio del derecho a la educación, comúnmente generado por falta de identidad o de documentos públicos que la comprueben (Hernández, 2007; p. 285):

Esta medida de protección es la que de inmediato asalta la mente, cuando de la garantía del derecho a la educación se trata, no obstante como se evidenciará, no es la que exclusivamente permite la garantía de derechos en el ámbito educativo.

El dictamen de esta medida, supone la existencia de situaciones que violenten o amenacen la inscripción o permanencia de los niños, niñas y adolescentes, en escuelas, planteles o institutos de educación, tales como la aplicación inadecuada de disciplina escolar, la falta de

documentos que comprueben la identidad, o la garantía de responsabilidad de los padres en materia educativa, entre otros...

Cuidado en el propio hogar del niño o adolescente, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño o adolescente, a través de un programa

Esta medida de protección tiene por finalidad,

... resguardar el principio de la unidad familiar, garantizando el derecho a ser criados en el seno de la familia de origen y a ser cuidado por sus padres. De acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 130 antes indicado, es de aplicación preferente... (Guevara, 2004; p. 296)

La referida autora estudió con mayor profundidad esta medida, de la que corresponde en la presente investigación, toda vez que no pareciera viable en la garantía del derecho a la identidad, no obstante, los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar tienen como consecuencia la vulneración de otros derechos, entre ellos identidad y obtención de documentos públicos que la comprueben.

Es el caso, por ejemplo, de los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de conflictos armados, a quienes la posibilidad de reintegrarlos a su medio familiar a través de esta medida, exigiría el seguimiento a través de un programa, mandato que ha dictarse simultáneamente con medidas como la orden inserta al literal h) del artículo 126 o cualquier otra que se requiera y que incidan en garantizar su derecho a la identidad.

Declaración de los padres, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo su responsabilidad en relación con el niño o adolescente

Claramente revisada por (Guevara, 2004; p. 297) quien afirma que

Con la aplicación de esta medida, se persigue comprometer a los padres, representantes y responsables para que asuman las responsabilidades que como guardadores legales tienen con relación a los niños y/o adolescentes. La disposición señala que los padres, parientes o responsables, deben 'declarar' en un acta escrita, que reconoce su 'responsabilidad' con relación al niño y/o adolescente.

Respecto a esta medida, vale insistir en un aspecto que ha sido norte para quien escribe, como es la delimitación espacio temporal de las medidas de protección, como condición *sine qua non* de exigibilidad, lo que implica básicamente que la declaración a la que se hace referencia debe contener expresamente las condiciones de tiempo y espacio de la responsabilidad a cumplir, por quienes son los comprometidos naturales en la garantía de estos derechos, indicando explícitamente su compromiso de inscribirlo en el Registro Civil o de realizar los trámites para la obtención de la cédula de identidad o pasaporte, con indicación incluso de lapso y demás circunstancias que se precisen para garantizar el ejercicio del derecho a la identidad.

Intimación a los padres, representantes responsables o funcionarios de identificación a objeto de que procesen y regularicen, con estipulación de un plazo para ello, la falta de presentación e inscripción ante el registro del estado civil o las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad de niños y adolescentes, según sea el caso

La finalidad de esta medida es evidente, garantizar la inscripción en el registro civil de nacimientos y la obtención de documentos públicos de identidad a los niños, niñas y adolescentes, circunstancias que inciden de forma por demás directa en el ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que el dictamen de otras medidas, sin la restitución de los derechos conexos a esta medida, haría nugatoria la intervención del Consejo de Protección.

Obviamente, la ausencia de presentación o inscripción ante el registro del estado civil, así como las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad, que han sido objeto de estudio de la autora, inciden en el ejercicio del derecho a la educación y son, además, circunstancias que no son susceptibles de resolver en el ámbito educativo, sino mediante la intervención del Consejo de Protección, que no puede limitarse a ordenar la inscripción o permanencia en el instituto educativo.

El mero análisis literal de la medida permite evidenciar una circunstancia que en estudios previos ha sido objeto de insistencia de la autora, como requisito a la ejecución de las medidas de protección: la delimitación espacio temporal de las mismas, por lo que se considera oportuno que el legislador no se conforme con exigir o con "intimar al padre, a la madre, representantes, responsables o funcionarios y funcionarias de identificación, a objeto de que procesen y regularicen", sino que además incluya la estipulación del plazo para ejecutar las acciones que el organismo de identidad exija a los fines de regularizar la situación que vulnera el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, tales como la falta de presentación ante el registro del estado civil o las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, la amplísima previsión legal de la Lopna en materia de identidad exige una especial subsunción (adecuación del caso concreto al supuesto de hecho que contiene la norma), de tal suerte que la medida de protección dictada, sea por sí misma, con su ejecución capaz de garantizar el disfrute del derecho amenazado y/o restituir el derecho violentado, según sea el caso, para lo cual conviene destacar la obligación que impone el legislador de reforma de crear servicios auxiliares, para los Consejos de protección de niños, niñas y adolescentes, toda vez que la transdisciplinariedad con la que en lo sucesivo se evaluarán las situaciones de vulneración de derechos, permitirá un enfoque global del mismo y por ende asumir los correctivos necesarios, no sólo desde el punto de vista legal, sino psicológico y social.

En efecto y muy especialmente en lo que a las medidas objeto principal del presente estudio se refiere, entre otros argumentos se ha argüido el hecho de que a los Consejeros y las Consejeras de Protección no se les exige ninguna profesión en específico, como tampoco se le exigía a los funcionarios de Registro Civil, amén de que aún teniendo alguna profesión, queda envestido de la figura de Consejero o Consejera y no le está dado conducirse como psicólogo o psicóloga, abogado o abogada o la profesión que tenga, por lo que contar dentro de los servicios auxiliares con un abogado o una abogada, proporciona mayor seguridad jurídica a su actuación.

Tal como se ha señalado con no poca insistencia en estudios previos, la motivación de las medidas de protección, de un lado garantiza el debido proceso y del otro la posibilidad de ejecución inequívoca de la medida, toda vez que al analizar en el acto administrativo quién es el sujeto pasivo del hecho, que indudablemente en los casos de aplicación de la medida en estudio siempre es el niño, niña o adolescente de cuya identidad se trate; quién es el sujeto activo del hecho, vale decir, quién o quiénes son las personas cuya acción generó la vulneración del derecho y qué acciones ejecutadas o dejadas de ejecutar por esos sujetos, quedaron demostradas como causas de la vulneración del derecho, que a su vez le convierten en sujetos pasivos de la medida, pues es la persona o las personas sobre quienes recae el peso de ejecución de la acción reivindicativa, que resulta perfectamente analizado en la Sentencia N° 38, de fecha 22 de julio 2008, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Juez Unipersonal N° 3, al afirmar que:

El sujeto pasivo de la medida puede ser: por una parte, el padre, la madre, los representantes (por ej. tutor), los responsables (por ej. responsable de la colocación familiar, responsable de la entidad de atención), y, por la otra: los funcionarios o las funcionarias de identificación, entre éstos: a) los encargados o las encargadas del Registro del Estado Civil (primera autoridad civil del municipio, jefe o jefa civil, registrador o registradora principal, entre otros), si se trata

de partidas; b) los encargados o las encargadas de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería, si se trata de la cédula de identidad o el pasaporte, como documentos públicos de identificación.

Objeto de la medida: según sea el caso, procesar y regularizar: a) la falta de presentación ante el Registro del Estado Civil; o b) las ausencias o deficiencias que sean errores materiales, que presenten los documentos de identidad.

Muchas son las discusiones que la aplicación de esta medida ha generado en la práctica, básicamente con origen en las imprecisiones que al respecto contenía la Lopna (1998), ante cuyas ambigüedades algunos especialistas se irguieron en alegar razones de naturaleza civil, básicamente las relativas al valor probatorio de las partidas del Estado Civil, que estando debidamente registradas, mientras no sean declaradas falsas, hacen plena fe *erga omnes* y por lo tanto para garantizar tal valor probatorio, ninguna partida podría ser reformada, después de extendida y firmada, sino en virtud de sentencia ejecutoriada y por orden del Tribunal de Primera Instancia, por lo que la rectificación de las partidas del Registro Civil presupone un juicio, salvo la corrección que puede hacer el mismo funcionario de Registro Civil, cuando estando presente el declarante y los testigos se diera cuenta de alguna inexactitud u omisión.

Sin dejar de reconocer la vaguedad de contenido que para tan trascendente materia adolecía la Lopna (1998), a todas luces era clara la atribución de la competencia que el legislador habría impuesto al órgano administrativo para "corregir ausencia y deficiencias" o, lo que es lo mismo, corregir errores materiales; no obstante, para quienes asumieron el compromiso de difusión y la defensa de la Lopna (1998) y de la Lopna (2007), no le resulta extraño que aún exista resistencia de admitir que un funcionario administrativo le corresponda por mandato de la ley asumir funciones que antes correspondieron exclusivamente al juez.

Así pues las cosas, esta resistencia redundará en una evidente violación al principio de legalidad tanto en vigencia de la Lopna (1998) como de la Lopnna (2007), valga la diferenciación a los fines pedagógicos, toda vez que la actuación de la administración pública no le está dada a esta decidir entre ejecutar o no las atribuciones que por ley le son impuestas, sino que está obligado a hacerlo, como es el caso del tema que nos ocupa, por lo que el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente tenía la obligación de dictar la medida y promover su ejecución, so pena de denegar justicia y el Registro Civil de ejecutarla e interponer los recursos que en ley se establecen.

Obviamente, que tal discusión debería concluir en el caso que nos ocupa (mas no es de extrañar que aún continúe la resistencia, producto del arraigo del paradigma), con lo contenido en el artículo 516 de la Lopnna, en el que el legislador, al hacer referencia a los nuevos actos del estado civil, advierte clara e indefectiblemente que

En caso de rectificación de partidas, salvo los referidos a la corrección de errores materiales cometidos en las actas del Registro Civil que son competencia de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes...

De lo que sin más dilación, se evidencia la necesidad de distinguir qué es una ausencia y qué es una deficiencia:

Cuando se trata de ausencias, la finalidad es insertar (inserción según el artículo 516 de la Lopnna) el dato o requisito omitido, para lo que el artículo 448 del Código Civil establece los requisitos que toda acta debe contener: a) nombre y apellido del funcionario que las autorice, con la mención del carácter con que actúa; b) el día, mes y año en que se extiendan; c) el día, mes y año, la hora, si es posible, y la casa o sitio en donde acaeció o se celebró el acto que se registra; d) las circunstancias correspondientes a la clase de cada acto; e) el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio o residencia de las personas que figuren en la partida, ya como partes, ya como declarantes del acto, ya como testigos; y d) los documentos presentados.

En el caso específico de actas de nacimiento, según lo previsto en el artículo 466 del Código Civil, además de lo estatuido en el artículo anterior, debe contener: a) sexo y nombre del recién nacido. Si el declarante no le da nombre lo hará la autoridad civil ante quien se haga la declaración. b) si el parto fuere de gemelos, se mencionará esta circunstancia en cada una de las partidas que deberán extenderse y se expresará el orden de los nacimientos. c) cuando no estuviere vivo el niño en el momento de hacerse la declaración de su nacimiento, la autoridad civil lo expresará así, sin tener en cuenta la declaración de los comparecientes de haber nacido vivo o muerto. Se extenderá además, al mismo tiempo, la partida de defunción correspondiente, sin expresar si nació o no con vida.

Mientras que, cuando se trata de deficiencias, la finalidad es corregir (corrección según el artículo 516 de la Lopnna) o subsanar el error material, entendiendo como tal, los cambios de letras o números, palabras mal escritas o escritas con errores ortográficos, transcripción errónea de apellidos y traducciones de nombres, tal como lo establece el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

En los casos de errores materiales cometidos en las actas del Registro Civil, tales como cambio de letras, palabras mal escritas o escritas con errores ortográficos, transcripción errónea de apellidos, traducciones de nombres, y otros semejantes, el procedimiento se reducirá a demostrar ante el Juez la existencia del error, por los medios de pruebas admisibles y el Juez con conocimientos de causa resolverá lo que considere conveniente...

En este sentido señala La Roche (1984; p. 290) que:

Es común que en las actas del Estado Civil se incurra en errores, como escribir mal el nombre de la persona que se presente, o de uno de los contrayentes, o del difunto, esto da lugar a lo que técnicamente se conoce por rectificación del acta (correspondiente); empero, conviene establecer previamente la diferencia entre rectificación y cambio

o adición del nombre; ambas tienen objetivo diferente, por una parte; y por la otra, la rectificación es un derecho; derecho subjetivo que yo tengo a que mi identidad sea correcta, lo que presupone una relación jurídica directa entre ese derecho y la posibilidad de intentar la rectificación de mi acta de Estado Civil, con el propósito de establecer mi verdadera identidad. En tal sentido, se deduce de lo expuesto por el Legislador patrio, en los precitados artículos que, la rectificación de un acta de estado civil, procede: a) Cuando existe alguna inexactitud o error material (por ej. a un varón se le menciona –en el acta– como del sexo femenino). b) Cuando hay alguna omisión; o sea, el acta está incompleta por faltarle alguno de los requisitos pedidos por la ley; c) Cuando existe en el acta una mención prohibida por la ley (caso concreto: se menciona el color del presentado, o se indica que es hijo ilegítimo)".

El precepto legal transcrito limita el procedimiento a la simple aportación de los medios probatorios pertinentes que evidencien la existencia del error que se pretende rectificar. Sin embargo, la norma aludida se refiere sólo a los casos de equivocaciones materiales producidas en lo impreso o manuscrito y no a errores esenciales, tales como la identidad del niño, de la persona que hace su presentación o de sus progenitores.

La advertida imprecisión y por ende, argumento de sustentación de la tesis civilista de la Lopna (1998), era complementada con lo contenido en el artículo 177, parágrafo segundo, literal "I", mismo que en la reforma, refuerza la aclaratoria de la Lopnna, al prever que el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es competente para conocer de las siguientes materias:

Rectificación y nulidad de partidas relativas al estado civil de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de las atribuciones de los consejos de protección de niños, niñas y adolescentes...

De lo expuesto se hace obvia la distinción de la frontera entre el órgano administrativo y el judicial, respecto a la competencia en mate-

ria de rectificaciones; la corrección de los errores materiales, cuyo contenido ya se aclaró, corresponde a los consejos de protección de niños, niñas y adolescentes, mientras que la rectificación de errores sustanciales, así como la nulidad de partidas, corresponde al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tal como advierte la decisión de fecha 22 de julio de 2008, signada con el N° 38, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Juez Unipersonal N° 3, de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, donde se afirma que:

De todas las normas legales y la Exposición de Motivos antes transcritas, es relevante acotar que los niños, niñas y adolescentes han sido reconocidos como sujetos plenos de derechos por el Legislador, lo que obliga a crear vías efectivas y expeditas para la defensa y garantías de sus derechos individuales, colectivos o difusos, entre ellos el derecho a obtener documentos públicos de identidad (Vid. Art. 22 de la Lopnna). Este derecho implica no sólo obtener el documento de identidad; además, para que estos documentos tengan plena eficacia jurídica, se extiende a que los documentos estén expedidos correctamente conforme a la Ley, sin errores.

Para ello la Lopnna establece claramente los actores, instancias, órganos, estrategias y procedimientos (tanto administrativos como judiciales), idóneos para lograr ese objetivo esencial, definiendo claramente las competencias de cada uno de los integrantes, para la solución de cada caso en específico, teniendo, además, como principio orientador el interés superior del niño, y sobre todo, en procura de la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías de la población infanto-juvenil, propiciando que la justicia debe ser accesible a los ciudadanos y ciudadanas y la desjudicialización de aquellos asuntos que antes correspondían al conocimiento del Juez y que ahora los son de la autoridad administrativa.

Este proceso de redefinición de las funciones judiciales (desjudicialización) constituye un medio idóneo para garantizar a los niños, niñas y adolescentes la tutela efectiva de sus derechos y garantías, así

como para mejorar la calidad y celeridad de los servicios de administración de justicia. Igualmente, busca garantizar el acceso efectivo de todas las personas al Sistema de Justicia y del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral, especialmente a quienes se encuentran en situación de pobreza o exclusión social, al facilitar el acceso a los órganos, incluso por estar más cercanos a su lugar de residencia.

Tal es el caso de la inserción o corrección de las ausencias o deficiencias que sean de tipo error material, no sustancial, que contengan las actas o partidas, cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del municipio donde reside el menor de edad interesado.

En el caso de autos, se ha solicitado la corrección de un error material, la cual es la inserción del segundo apellido de la progenitora, motivo por el cual, este Tribunal forzosamente debe declarar inadmisibile la presente solicitud por contraria a derecho, debido a que el Legislador con el objeto de desjudicializar los asuntos sociales y acercar la administración de justicia a los justiciables (niños, niñas y adolescentes), ha atribuido la competencia para la rectificación de las actas del estado civil, por errores materiales al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, según lo establecido en el artículo 516 de la Lopnna y en las normas jurídicas antes citadas. Así se declara.

A todo lo expuesto, cabe agregar que en fundamento del principio de autotutela administrativa, en cuya virtud la administración pública está obligada a corregir los errores en los que incurra, se hace evidente la moderna tendencia de acentuar la aplicación de dicho principio, tal como se encuentra previsto en el Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil, que propone que en esta materia sea el mismo registrador civil quien dilación alguna corrija los errores en los que incurra, y a tal efecto en su título V dedica el capítulo X a la rectificación, inserciones, notas marginales, reconstrucción de actas y certificaciones.

c) *Registro de control, referencia y seguimiento de las medidas de protección y de los niños, niñas y adolescentes o sus familias a quienes se les haya dictado*

Se considera una de las atribuciones fundamentales en lo que al criterio de integralidad se refiere, pues genera la garantía individual y también colectiva y difusa, del derecho a la identidad, pues de un lado conmina a los consejos de protección de niños, niñas y adolescentes, a llevar un archivo completo de los casos atendidos, con el que se facilita la elaboración de estadísticas nacionales relacionadas con niños, niñas y adolescentes e igualmente facilita el seguimiento y revisión de las medidas, por lo menos cada seis (6) meses, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 eiusdem,

Al respecto, el artículo 160 de la Lopnna establece como atribución de los Consejos de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes:

... llevar un registro de control y referencia de los niños, niñas y adolescentes o sus familias a quienes se les haya aplicado medidas de protección; hacer seguimiento del cumplimiento de las medidas de protección y decisiones...

d) *Ejecución de las decisiones de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*

Esta atribución es consecuencia lógica del carácter ejecutorio de los actos administrativos dictados por los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y no es otra cosa que la posibilidad que tienen las órdenes dictadas por el ente municipal para ser ejecutadas, acatadas de manera voluntaria por parte de aquél en contra de quien se hayan impuesto o de manera forzosa, por la misma administración pública.

Al respecto, la Lopna de 1998 preveía tal posibilidad, de manera para algunos tímida, pues se refería a la facultad de "promover" la ejecución de sus decisiones, o lo que es lo mismo acometer, iniciar, a través de

programas u otros servicios públicos. No obstante, una vez más el legislador de reforma resulta mucho más específico al indicar:

... ejecutar sus medidas de protección y decisiones administrativas, pudiendo para ello requerir servicios públicos o el uso de la fuerza pública, o la inclusión del niño, niña o adolescente y su familia en uno o varios programas...

Esta atribución es fundamental en la restitución de derechos; toda vez que el solo dictamen de medidas de protección, en sí mismo, resultaría un acto meramente declarativo, si no se hubiese proveído dichos actos de esa naturaleza ejecutiva.

Una vez que el acto administrativo es dictado por el ente competente, su consecuencia lógica es la referida ejecutividad, lo que no obsta que la decisión sea susceptible de revisión, mediante los recursos que al efecto prevé la Lopnna (2007), vale decir por el mismo órgano Consejos de Protección de niños, niñas y adolescentes, llamado Recurso de Reconsideración o ante una autoridad superior e imparcial, que en este caso es el Tribunal de Protección de Niño, Niñas y Adolescente, con un Recurso Jerárquico especial.

Lo cierto es que a la disconformidad con el acto administrativo procede la solicitud expresa de revisión por parte del interesado, según lo dispuesto en los artículos 305, 306 y 307 de la Lopnna; no obstante, esta posibilidad no excluye la obligación de acatar y dar cumplimiento a lo ordenado, aun a pesar de que pueda ser modificada la decisión adoptada, con lo que se persigue evitar la aplicación de sanciones por desacato de las medidas dictadas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 270 de la mencionada Ley.

e) Interponer las acciones correspondientes ante el órgano judicial competente en caso de incumplimiento de sus decisiones

Esta atribución es consecuencia lógica del carácter integral del sistema de protección, tal como se explicó precedentemente; se reviste al ente administrativo de suficiente autoridad para garantizar derechos, no obstante, si aún ante su acción existiere resistencia para acatar las decisiones, se dispone entonces de otros medios para garantizar la protección debida.

En este orden de ideas, el objetivo de esta acción ante el órgano judicial tiene un doble fin: por un lado, que el ente judicial ordene los medios adecuados para la restitución del derecho y por el otro, castigar la conducta rebelde del sujeto pasivo de la medida (que en el caso que nos ocupa, resulta la propia administración pública), de desacatar lo ordenado por los Consejos de Protección del Niño, Niña y Adolescente, aún más cuando dispone de los medios para atacar la decisión.

Esta atribución por Ley establecida para los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cobra una importancia fundamental en lo concerniente al derecho a la identidad, a fin de operativizar este Sistema blindado de protección, con el objetivo de evitar que de forma alguna los derechos y garantías relacionados directa o indirectamente con el derecho a la identidad, resulten irrisorios, más aún cuando es el propio Estado, mediante la función de Registro Civil, quien lejos de garantizar derechos, termina vulnerándolos con la imposibilidad de validez de los documentos de identidad, por ejemplo.

f) Denunciar ante el Ministerio Público cuando conozca o reciba denuncias de situaciones que configuren infracciones de carácter administrativo, disciplinario, penal o civil contra niños, niñas o adolescentes

Es una facultad por demás justificada en lo que a identidad se refiere, toda vez que su vulneración, tanto cuando no existe como cuando existiendo adolece de vicios, genera indefectiblemente la violación de otros derechos; de allí la importancia de que situaciones de desafuero en contra de la población objetivo de esta Ley, merecen ser conocidas con obligatoriedad por el Ministerio Público, tal es el caso de solicitud de requisitos ilegales, exigidos a niños, niñas y adolescentes, para la expedición de documentos públicos de identidad.

g) Solicitar la expedición de documentos

Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes están facultados para

... solicitar ante el Registro del Estado Civil o la autoridad de identificación competente, la extensión o expedición de partidas de nacimiento, defunción o documentos de identidad de niños, niñas y adolescentes, que así lo requieran.

Esta función tiene como objetivo, sencillamente, resolver la posibilidad de garantizar la obtención de tales documentos, en aquellos casos en los que no se requiera la tramitación de todo el procedimiento administrativo, y permite reservar la aplicación de tal procedimiento a aquellos casos que, como se evidenció, trascienden de la amenaza del derecho a la violación concreta del mismo, sin la posibilidad cierta de resolverlo con una mera solicitud, que de no obtener respuesta oportuna, exigirá pues la aplicación del procedimiento y de ser necesario las denuncias correspondientes.

Bibliografía

- Aguilar, J. (1965). *Derecho civil, personas*. Caracas: Ucab.
- Buaiz, Y. (2000) Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños. En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Caracas: Ucab.
- _____ (2004). "Importancia social de las medidas de protección a niños y adolescentes". En: *Cuarto año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Ucab.
- Calvo, E. (2008). *Código Civil Venezolano, comentado y concordado*. Caracas: Libra.
- _____ (2008). *Código de Procedimiento Civil Venezolano, comentado y concordado*. Caracas: Libra.
- Consejo Legislativo del Estado Zulia. Ley para la Protección e Integración de las Personas con Discapacidad en el Estado Zulia y su Exposición de Motivos. *Gaceta Oficial del Estado Zulia* N° 3.215, marzo 15, 2001.
- Guevara, M. (2004). Actuación de los Consejos de Protección con relación a las situaciones de carácter disponible. En: *Cuarto año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Ucab.

- Hernández, Y. (2003). La medida de separación de la persona que maltrate a un niño, niña o adolescente de su entorno. En: *Tercer año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Ucab.
- _____ (2007). Competencias de los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente en relación al ámbito educativo. *VIII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Reconciliación de los Educadores con la Ley. Caracas: Ucab.
- La Roche, J. (1984). *Derecho Civil I*. Maracaibo: Metas.
- Moraís, M. (2006). Presentación. *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Ucab.
- Tribunal Supremo de Justicia. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007). Caracas 2008.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 del 24 de marzo de 1999.
- Código Civil de Venezuela (1982). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 2.990, Extraordinario del 26 de julio de 1982.
- Ley Aprobatoria de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1990). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 34.541 del 29 de agosto de 1990.
- Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. (2005). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Oficial N° 38.347 del 30 de diciembre de 2005.

- Ley Orgánica del Ministerio Público (1998). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Oficial N° 5.262 del 11 de septiembre de 1998.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (1998). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Oficial N° 5.266 Extraordinario del 2 de octubre de 1998.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Oficial N° 5.266 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* de fecha 1 de julio de 1981.
- Ley Para la Integración de Personas Incapacitadas (1993). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Oficial N° 4 623, Extraordinario del octubre de 1993.
- Ley Tutelar de Menores y sus Reglamentos (1980). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Oficial N° 2 710, Extraordinario del 30 de diciembre de 1980.

Aspectos prácticos de la colocación familiar o en entidad de atención

Haydée Barrios*

Sumario:

1. Marco conceptual. 2. Programas para los que se han dictado directrices en esta materia. 3. Programas que requieren que se dicten directrices que desarrollen esta materia. 4. Tratamiento práctico de los principales supuestos en los cuales procede la colocación en familia sustituta o en entidad de atención. 4.1. Inicio del procedimiento judicial en el supuesto de vencimiento del lapso de treinta (30) días de haberse dictado la medida de abrigo, a) sin localizar a la familia de origen o, b) sin lograr la integración o reintegración en dicha familia, del respectivo niño, niña o adolescente, siendo imposible constituir la tutela ordinaria. 4.2. Inicio del procedimiento judicial en el supuesto de imposibilidad de continuar la tutela ordinaria, por causas relativas al tutor, en caso de que no pueda

* Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, y de Derecho Internacional Privado, de pre y postgrado en las universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Corredactora de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, de 1998, y miembro del equipo técnico redactor de la reforma procesal contenida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de 2007.

nombrarse otro tutor. 4.3. Inicio del procedimiento judicial en el supuesto de que haya sentencia de privación o de extinción de la patria potestad o de afectación de la responsabilidad de crianza, siendo imposible constituir la tutela ordinaria. 4.4. Inicio del procedimiento en el supuesto de dificultad del padre y/o la madre o, de uno solo de ellos cuando no exista el otro, de continuar ejerciendo la responsabilidad de crianza (incluida la custodia) y/o la representación del hijo o hija. 5. Medidas preventivas. 6. Actuaciones del juez de mediación y sustanciación. 7. Decisión de la colocación familiar por el juez de juicio. 8. Improcedencia de la colocación familiar. 9. Finalización de la colocación familiar. 9.1. Integración o reintegración del niño, niña o adolescente en su familia de origen, nuclear o ampliada. 9.2. Adoptabilidad del niño, niña o adolescente. 9.3. Designación de tutor. 10. Conclusiones.

1. Marco conceptual

Antes de abordar los aspectos prácticos de la colocación familiar⁹³ es conveniente puntualizar los elementos teóricos o conceptuales de esta figura, que enmarcan su aplicación, evitando así que se confunda con otra modalidad de familia sustituta que, aunque tenga un supuesto semejante, persigue fines distintos. Dichos elementos también permiten comprender mejor el alcance que pueden tener las actuaciones de los órganos administrativos y judiciales, vinculadas con esta materia.

1.1. Lo primero que debe tenerse presente es que la colocación familiar es una medida de protección⁹⁴, temporal⁹⁵, mediante la cual se protege el derecho de todo niño, niña o adolescente, a ser criado en una familia⁹⁶.

⁹³ La expresión *colocación familiar* comprenderá también la colocación en entidad de atención.

⁹⁴ Artículo 126, letra i) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo Lopna).

⁹⁵ Artículo 396 de la Lopna.

1.2. La colocación familiar es una modalidad de familia sustituta que sólo puede ser decidida por vía judicial, esto significa que su dictado es competencia exclusiva de los jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁹⁷ o, de aquellos jueces civiles que puedan tener atribuida competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

1.3. La colocación familiar comprende las submodalidades de colocación en familia sustituta y en entidad de atención, las cuales deben aplicarse en este orden de prelación⁹⁸.

1.4. La colocación familiar procede cuando es imposible o inviable la integración o reintegración de un niño, niña o adolescente a su familia de origen, nuclear o ampliada⁹⁹.

2. Programas para los que se han dictado directrices en esta materia

La colocación familiar requiere para su aplicación práctica de la existencia de determinados programas¹⁰⁰. Algunos de estos programas han sido previstos expresamente en la Ley especial que rige la materia, habiéndose dictado directrices referidas a ellos, las cuales tienen por objeto suministrar información a las personas naturales, jurídicas o entidades de atención, interesadas en participar directa y activamente en la ejecución de las políticas de protección, relacionadas con esta materia. Dichas directrices son:

- a) Directriz para la estructuración y funcionamiento del programa de localización de familia de origen, dictada por el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, en fecha 2 de agosto de 2006¹⁰¹.

⁹⁶ Artículos 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 26 y 5 de la Lopna.

⁹⁷ Artículos 128 y 177, letra e) de la Lopna.

⁹⁸ Artículo 398 de la Lopna.

⁹⁹ Artículos 397-C y 397-D de la Lopna.

¹⁰⁰ Artículo 123 de la Lopna.

¹⁰¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.531 de fecha 27 de septiembre de 2006. A este programa se refiere expresamente la letra g) del artículo 124 de la Lopna.

- b) Directriz para la estructuración y funcionamiento del programa Familia Sustituta, modalidad Colocación Familiar, dictada por el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, en fecha 07 de junio de 2006¹⁰².

3. Programas que requieren que se dicten directrices que desarrollen esta materia

Dada la complejidad y especialidad de la materia, se requiere que, con prontitud, el mencionado Consejo Nacional de Derechos proceda a dictar las directrices correspondientes a otros programas; que faciliten la aplicación práctica de las disposiciones sustantivas en dicha materia y permitan que la colocación familiar resulte exitosa, al suministrar una solución verdaderamente temporal, que no la desnaturalice en cuanto se refiere a su duración.

Entre estos otros programas deben mencionarse los siguientes:

- Fortalecimiento familiar¹⁰³.
- Fortalecimiento de roles parentales: materno y paterno.
- Seguimiento del proceso de integración o reintegración del niño, niña o adolescente en su familia de origen, nuclear o ampliada.

4. Tratamiento práctico de los principales supuestos en los cuales procede la colocación en familia sustituta o en entidad de atención

Una de las interrogantes más frecuentes en la práctica de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se refiere a los supuestos

¹⁰² Publicada en Gaceta Oficial N° 38 513 de fecha 1 de septiembre de 2006. A este programa se refiere expresamente la letra c) del artículo 124 de la Lopnna.

¹⁰³ En la letra b) del artículo 124 de la Lopnna se hace referencia a un programa de apoyo u orientación, el cual podría ser equivalente a un programa de fortalecimiento familiar, al cual se alude, en términos generales, en el artículo 397-D de la Lopnna.

en los cuales debe dictarse una colocación familiar. Las dudas en este punto están íntimamente relacionadas con lo que se debe hacer en cada caso, a los efectos de aplicar las normas procesales que correspondan.

En consecuencia, y a los fines del desarrollo del objeto del presente trabajo, estimamos conveniente aludir a las actuaciones que deben cumplirse en cada uno de los supuestos, en los cuales resulta procedente proteger al respectivo niño, niña o adolescente mediante la colocación familiar. A tal efecto, recordemos que el artículo 397 de la Lopnna se refiere a algunos de los supuestos de procedencia de la colocación familiar. Sin embargo, si bien éstos constituyen los más frecuentes, no son los únicos, para que proceda el dictado de esta modalidad de familia sustituta.

Por tal motivo, nos valdremos de lo que expresa dicha norma para desarrollar los aspectos prácticos de la colocación familiar, en lo que se refiere a los supuestos contenidos en ella y adicionando lo que corresponda a los otros supuestos no mencionados en la misma.

4.1. Inicio del procedimiento judicial en caso de que haya transcurrido el lapso de treinta (30) días después de haberse dictado la medida de abrigo, prevista en el artículo 127 de la Lopnna, sin haberse resuelto el asunto por vía administrativa.

4.1.1. Actuaciones administrativas previa.

El procedimiento judicial está precedido, en este supuesto, de las actuaciones que debe cumplir el respectivo Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, conforme lo previsto en el artículo 397-A de la Lopnna.

En tal sentido, dicho Consejo de Protección debe tener conocimiento por sus propios medios o por información que le suministre alguna persona de la existencia de un niño (a) o adolescente que carece de sus progenitores (por ejemplo, por haber fallecido), o que está separado de ellos, porque se desconoce quiénes son éstos progenitores

(por ejemplo, la madre deja al hijo (a) después de nacido, sin proporcionar dato alguno para su identificación), o dónde se encuentran (por ejemplo, el niño (a) está extraviado).

Ante uno cualquiera de estos eventos, el respectivo Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debe buscar al niño (a) de que se trate y, según el caso, localizar a sus progenitores y/o a su familia de origen ampliada. De ser efectiva la localización de la correspondiente familia el mismo día que se tuvo conocimiento del caso, el niño (a) le será entregado a ésta y con ello concluye la labor del Consejo.

De ser imposible localizar a dicha familia, el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dictará en beneficio del niño (a) una medida de abrigo, la cual debe cumplirse en una familia inscrita en el respectivo registro de elegibles en materia de abrigo, que responda a las necesidades y características del respectivo niño (a). De no disponerse de esta familia, la medida se cumplirá en una entidad de atención.

De haberse localizado la familia de origen nuclear o ampliada del niño (a), antes del transcurso de treinta (30) días continuos, contados desde la fecha en que se dictó la medida de abrigo, el respectivo Consejo de Protección adoptará las medidas necesarias para la integración o reintegración del niño (a) en esta misma. El seguimiento de tales medidas estará a cargo del Consejo de Protección que las dictó, hasta tanto se cumpla el lapso máximo de duración de la medida de abrigo.

En caso de que transcurran treinta (30) días de haberse dictado la medida de abrigo sin localizarse a la correspondiente familia de origen, y no se ha tenido conocimiento, a través de terceros, de la existencia de tutor (a), nombrado por uno o ambos progenitores, que permita proceder a constituir la respectiva tutela ordinaria¹⁰⁴ o, si habiéndose localizado dicha familia no ha sido posible lograr, durante

¹⁰⁴ Artículo 397-B de la Lopnna.

ese lapso, la integración o reintegración del respectivo niño (a) en esta familia, concluye la labor del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y el caso debe proseguir por vía judicial.

A tal fin, el correspondiente expediente administrativo debe ser remitido al juez competente por el respectivo Consejo de Protección, y se dará inicio al procedimiento judicial de colocación familiar, según lo previsto en el artículo 397-C de la Lopnna. El juez de mediación y sustanciación, a quien corresponda el conocimiento del caso, dará copia certificada del expediente administrativo al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para su archivo, ya que dicho Consejo no tendrá participación alguna en el procedimiento judicial que se inicia, excepto si el juez requiere que le suministre alguna información adicional relativa al caso.

4.1.2. Actuaciones judiciales

En el supuesto de que no haya sido posible la localización de la respectiva familia de origen, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 457 de la Lopnna, el juez de mediación y sustanciación debe fijar, en el auto de admisión, la oportunidad de la audiencia preliminar, por cuanto se considera que, al no haber en este caso persona a quien notificar, no debe retardarse innecesariamente el curso del procedimiento.

En el supuesto de no haberse logrado la integración o reintegración del niño (a) a su familia de origen, el juez de mediación y sustanciación ordenará la notificación del o de los progenitores y/o la de aquellos parientes que hayan sido localizados, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Lopnna.

4.2. *Inicio del procedimiento judicial en el supuesto de imposibilidad de continuar la tutela ordinaria, por causas relativas al tutor, en caso de que no pueda nombrarse otro tutor.*

La colocación familiar puede ser dictada aun en los casos que se haya constituido, previamente, la tutela ordinaria de un niño (a) o adolescente. Ello puede ocurrir en aquellos casos en los cuales, por causas relacionadas con el tutor, resulte imposible continuar dicha tutela. Dichos casos pueden ser los siguientes: muerte, abandono, remoción, inhabilidad sobrevenida o renuncia del tutor. Por supuesto que, en todos estos casos, debe existir la imposibilidad de nombrarse otro tutor, lo cual podría ocurrir si el protutor se encuentra afectado por las mismas razones que afectan la continuación del tutor en el cargo o por otra razón que le impida asumir dicho cargo. Respecto al suplente de protutor, es oportuno recordar que si bien el Código Civil prevé la existencia de este cargo, no le confiere al mismo la importancia que tiene el de protutor, a los fines del ejercicio del cargo de tutor.

En caso que el tutor muera o abandone su cargo, corresponderá al protutor y, en su defecto, a uno de los miembros del Consejo de Tutela, solicitar la colocación familiar, en caso de que no pueda nombrarse como tutor a uno de ellos, para lo cual se tendrá presente lo dispuesto en el ordinal 2° del artículo 337 del mencionado Código. De no haber parientes que puedan ser notificados por el juez de mediación y sustanciación, éste fijará la oportunidad de la audiencia preliminar en el auto de admisión, según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 457 de la Lopnna.

En todos los demás casos, y por aplicación analógica del artículo 394-A de la Lopnna, no procede iniciar el respectivo procedimiento ordinario para decidir la colocación familiar, ya que el juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ante el cual se haya planteado la imposibilidad del tutor de continuar en el cargo, debe disponer lo relativo a la colocación familiar.

En consecuencia, en el caso de remoción del tutor, la decisión sobre la procedencia de la colocación familiar debe preverse en la sentencia que decreta la remoción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 341 del Código Civil. En los casos de inhabilidad sobrevenida del tutor,

de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 330 del mencionado Código, o si aquél renuncia al cargo, para lo cual puede invocar alguna de las causales contenidas en el artículo 342 del mismo Código, la colocación deberá preverse en la decisión judicial que acepte la procedencia de la inhabilidad sobrevenida o la renuncia del cargo de tutor, respectivamente, en atención a lo dispuesto en el artículo 346 del Código Civil.

4.3. Inicio del procedimiento judicial en el supuesto de que haya sentencia de privación o de extinción de la patria potestad o de afectación de la responsabilidad de crianza, siendo imposible constituir la tutela ordinaria.

Este supuesto está expresamente previsto en la Lopnna, la cual dispone en su artículo 394-A que la colocación familiar debe preverse en la sentencia que declare con lugar la privación o extinción de la patria potestad o la afectación de la responsabilidad de crianza, y siempre que no sea posible constituir la tutela ordinaria en los dos primeros casos. Por lo tanto, tampoco procede, en este caso, iniciar el respectivo procedimiento ordinario para decidir la colocación familiar.

4.4. Inicio del procedimiento en el supuesto de dificultad del padre y/o la madre o, de uno solo de ellos cuando no exista el otro, de continuar ejerciendo la responsabilidad de crianza (incluida la custodia) y/o la representación del hijo o hija.

Éste es uno de los supuestos que se presentan con bastante frecuencia en la práctica. De hecho, muy a menudo se nos formulan consultas relacionadas con estas situaciones, tanto por parte de aquel de los progenitores (que en la totalidad de los casos consultados han sido las madres) que han confiado el cuidado permanente de sus hijos a otras personas, como por parte de aquellas mujeres a quienes, algunas madres, les han confiado el cuidado y atención permanentes de sus hijos (as).

Las razones por las cuales se presenta este supuesto son variadas, pudiéndose mencionar entre las más frecuentes: la carencia de recursos económicos, problemas relacionados con el estado de salud, la falta de tiempo para cuidar los hijos (as) debido a la naturaleza del trabajo que la madre realiza o a lo alejado del sitio de trabajo, el elevado número de hijos e, incluso, el interés en conservar la pareja de turno quien ha manifestado su desagrado por tener que convivir con hijos (as) habidos en anteriores uniones.

En estos casos, la solicitud debería formularla el correspondiente progenitor (a). Sin embargo, podría también formularla la persona a quien le son entregados los niños (as), lo cual ocurre a menudo en la práctica, especialmente cuando surgen dificultades para representar a los niños (as), por ejemplo, inscribirlos en el colegio, asistir a las reuniones de padres y representantes, inscribirlos en pólizas de hospitalización y cirugía, etc.

En el escrito de solicitud debe mencionarse si el niño (a) o adolescente ha sido entregado para su crianza a un tercero, las razones para que esto ocurriera, el tiempo transcurrido desde la entrega del niño (a) o adolescente y el contacto que el o la progenitora ha tenido con este hijo (a) durante el tiempo que el mismo ha permanecido bajo el cuidado de esa tercera persona, así como cualquier otra información que permita al Juez de mediación y sustanciación conocer la verdadera situación en que se encuentra del respectivo niño (a) o adolescente. Si de acuerdo al informe respectivo, resulta apta la persona a quien se ha confiado el cuidado y atención del niño (a), para ejercer su responsabilidad de crianza, dicho Juez la considerará como la primera opción, tal y como lo prevé el artículo 400 de la LOPMA.

Si la solicitud la formula la madre del niño (a), debe notificarse al padre, de ser el caso, y a los miembros de la familia de origen ampliada, si los hubiera, a fin de que el Juez de mediación y sustanciación constate, previas las evaluaciones del caso, si resulta inviable o imposible la permanencia del niño, niña o adolescente en su familia

de origen, nuclear o ampliada. Salvo que exista evidencia de que ello resulta inconveniente o es contrario al interés del niño (a), éste permanecerá con la persona que lo ha venido cuidando y atendiendo hasta ese momento, mientras se realizan todas estas actuaciones.

Si la solicitud la formula la persona que ha venido cuidando y atendiendo al niño (a), debe notificarse a los progenitores y, en su defecto, a los miembros de la familia de origen ampliada, si los hubiera.

5. Medidas preventivas

El Juez de mediación y sustanciación, en ejercicio de los poderes que le confiere el artículo 465 de la LOPMA, puede dictar, de oficio o a solicitud de parte, una serie de medidas preventivas relacionadas con los aspectos que puede plantear el conocimiento de una solicitud de colocación familiar. Es oportuno recordar que la incorporación de estas medidas constituye una de las grandes novedades aportadas por la reforma procesal de esta Ley. En efecto, el juez puede valerse de una serie de soluciones provisionales, que mitigan los efectos perjudiciales que podría ocasionar un indebido retardo en el dictado de la correspondiente sentencia y en su posterior ejecución.

Una de estas soluciones provisionales está referida a los casos de colocación familiar o en entidad de atención, ya que, conforme a la letra e) del párrafo primero del artículo 466 *ejusdem*, dicha colocación puede ser dictada de manera provisional, durante el trámite del respectivo procedimiento. Los beneficios que esta medida puede proporcionar en materia de colocación familiar podrán variar de un caso a otro. Pensemos, por ejemplo, en los casos de niños (as) a quienes se les ha dictado previamente una medida de abrigo y que, por no haberse resuelto su situación en el lapso de los 30 días que puede durar dicha medida, debe remitirse el respectivo expediente al juez de mediación y sustanciación para que dé inicio a un procedimiento de colocación familiar. Por cuanto estos niños (as) no pueden continuar con la misma persona o pareja, seleccionada para ejecutar la medida de

abrigo¹⁰⁵, la posibilidad de dictarse una colocación familiar provisional permite que haya una protección inmediata para dichos niños (as), quienes quedarían al cuidado de una persona o pareja que, probablemente, sea la responsable de la colocación familiar que se decida en la correspondiente sentencia.

También podría considerarse beneficioso el dictado de esta medida de colocación familiar provisional en aquellos casos en los que la medida de abrigo se deba ejecutar en una entidad de atención, por no haberse localizado una persona o pareja inscrita en el correspondiente registro. En estos casos, podría acortarse la permanencia de estos niños (as) en la respectiva entidad de atención si, al iniciarse el procedimiento judicial de colocación familiar, existe una persona o pareja inscrita en el correspondiente registro de elegibles para colocación familiar en quien pueda recaer el dictado de una medida provisional en esta materia.

Otro ejemplo se podría presentar en los casos de niños (as) y adolescentes, cuya madre o padre lo ha entregado a un tercero para su cuidado y atención, y posteriormente, decida este progenitor regularizar la situación de su hijo (a) mediante la colocación familiar. En estos casos, al dictar el juez de mediación y sustanciación una colocación familiar provisional, podrían estos niños (as) o adolescentes continuar bajo el cuidado y atención de la persona escogida por sus progenitores, mientras transcurre el respectivo procedimiento judicial y se dicta la sentencia que regularice su situación.

Por otra parte, no podemos omitir la consideración acerca de la importancia que reviste la existencia de los programas de colocación familiar, y de los correspondientes registros de elegibles en materia de colocación familiar, para que los jueces puedan localizar, con prontitud, el candidato a desempeñarse como responsable de una colocación familiar provisional.

¹⁰⁵ Así lo dispone expresamente el artículo 397-C de la Lopnna.

Otra de las medidas preventivas que puede dictar el juez de mediación y sustanciación dentro de un procedimiento de colocación familiar, es un régimen de convivencia familiar provisional, conforme al artículo 466, letra d) de la Lopnna. Esto podría suceder en casos como los previstos en el artículo 397-D de la Lopnna, en los cuales se inicia el procedimiento de colocación familiar como consecuencia de no haberse logrado la integración o reintegración del niño (a) a su familia de origen, durante el lapso de duración de una medida de abrigo. La existencia de este régimen de convivencia familiar provisional permitiría que se mantengan los contactos necesarios entre el respectivo niño (a) y su familia de origen, a objeto de determinarse, con posterioridad, si tal integración o reintegración pueden producirse o no en el curso de la colocación familiar. De hecho, la misma disposición prevé que, de resultar negativa la evaluación de unos progenitores que manifiestan su intención de lograr la integración o reintegración del niño (a), la colocación familiar debe continuar, situación que claramente plantea la posibilidad de fijar un régimen de convivencia provisional, incluso supervisada, para dichos progenitores.

También podría acordarse como medida preventiva la custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 466, letra c) de la Lopnna. Si bien podría tratarse de una situación no muy frecuente, hemos tenido conocimiento de que se ha presentado en la práctica, por lo menos un par de veces. En ambos casos, la madre ejercía la custodia de la hija, y el padre nunca había querido reconocerla, a pesar de requerirsele la madre, insistentemente. Debido al precario estado de salud de la madre, desde su nacimiento y durante varios años, el cuidado y atención de la hija estuvo a cargo de una pareja, en cuya casa de habitación trabajaba la madre. Poco antes de morir la madre, le pidió a la pareja cuidadora que introdujera la correspondiente solicitud de colocación familiar ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. Para la fecha en que dicha solicitud fue admitida por el mencionado Tribunal, la madre había fallecido y el padre, sin ella saberlo había reconocido la hija poco antes de la muerte de la progenitora. El padre acudió

ante el juez de la causa solicitando la custodia de la hija, habida cuenta de la muerte de la madre que la ejercía y la condición de terceros de los miembros de la pareja que había venido cuidando de la niña, durante todos sus años de vida. De inmediato, el juez consideró procedente la petición del padre y declaró sin lugar la colocación familiar. Esta solución nos parece apresurada, por cuanto el juez ha debido disponer de las respectivas evaluaciones, antes de decidir. En todo caso, de presentarse casos semejantes luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal de la Lopnna, al padre podría concedérsele como medida preventiva un régimen de convivencia familiar provisional, posibilidad antes mencionada y, en el mejor de los casos, una custodia provisional, mientras se disponen de los elementos de juicio para determinar lo que verdaderamente corresponde al interés superior de ese hijo (a).

Finalmente, consideramos que mientras entra en vigencia la reforma procesal de la Lopnna, las medidas mencionadas pueden ser dictadas por los jueces de Protección del Niño y del Adolescente, si bien no como medidas preventivas sino como cautelares, que es la figura utilizada en la reformada Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, de 1998, con fundamento en sus artículos 466 y 467.

6. Actuaciones del juez de mediación y sustanciación

La colocación familiar es una de las materias en las cuales no procede la mediación, tal y como expresamente lo menciona el artículo 471 de la Lopnna. En efecto, la naturaleza de esta materia no permite la aplicación de ningún medio alternativo de resolución de conflictos, habida cuenta de que de lo que se trata es de otorgar la responsabilidad de crianza de un niño (a) o adolescente a una persona, pareja o entidad de atención, de manera temporal y mientras se determina una modalidad de protección permanente para el mismo¹⁰⁶. No se trata, por tanto, de resolver un conflicto, sino de evaluar las condicio-

¹⁰⁶ Artículo 306 de la Lopnna.

nes en que se encuentra el respectivo niño (a) o adolescente, su familia de origen y el tercero a quien podría concederse la colocación familiar, aspectos todos estos en los que no tiene cabida la mediación.

Como consecuencia de lo anterior y siendo el procedimiento aplicable el ordinario, previsto en los artículos 450 a 492 de la Lopnna¹⁰⁷, se omite la fase de mediación y el juez debe ordenar, en el auto de admisión, que se realice directamente la fase de sustanciación en la audiencia preliminar. Para ello, en este mismo auto se indicará el día y hora en que se realizará dicha audiencia, dentro de un plazo no menor de quince (15) ni mayor de treinta (30) días, siguiente a la fecha en que se dicte el auto en cuestión¹⁰⁸. En esa audiencia, el juez de mediación y sustanciación, una vez oídas las partes¹⁰⁹, debe ordenar, entre otros, los proveimientos que sean necesarios¹¹⁰, entre ellos los siguientes:

- 1) Realización, por el equipo multidisciplinario, de informe integral del niño (a) o adolescente, de sus progenitores y de los miembros de su familia de origen ampliada, de ser el caso¹¹¹.
- 2) La audición, por el juez, del niño (a) o adolescente, así como de los terceros interesados indisolublemente en la causa, que sea necesario llamar.

¹⁰⁷ De conformidad con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero del artículo 177 *ejusdem*, se trata de una materia de naturaleza contenciosa.

¹⁰⁸ Artículo 473 de la Lopnna.

¹⁰⁹ A los efectos, de la comparecencia de las partes, debe tenerse presente aquí lo dispuesto en el párrafo único del artículo 457 de la Lopnna.

¹¹⁰ Artículo 475 de la Lopnna.

¹¹¹ Por mandato expreso de la Ley, el juez para decidir la modalidad de familia sustituta que proceda en el respectivo caso, debe hacerlo con el auxilio del equipo multidisciplinario. Por lo tanto, dicho equipo debe haber evaluado la familia de origen nuclear y/o ampliada del niño (a) o adolescente del cual se trate, para poder brindar al juez dicho auxilio.

- 3) Realización, por el respectivo programa de colocación familiar, de informe integral de la (s) persona (s) a quienes puede concederse la colocación, a fin de determinar su idoneidad o, disponer la inscripción de dicha (s) persona (s) en un programa de éstos, para que se les capacite y se determine su idoneidad.
- 4) Recabar información acerca de la entidad de atención más adecuada, dadas las características del respectivo niño (a) o adolescente, y bajo cuya responsabilidad éste podría colocarse, en caso de agotarse las posibilidades de su colocación en familia sustituta, sin que ésta se haya podido lograr.

7. De las actuaciones del juez de juicio

7.1. Improcedencia de la colocación

De constatarse por el juez de mediación y sustanciación, durante el curso del procedimiento, la posibilidad cierta de integración o reintegración del respectivo niño (a) o adolescente en su familia de origen, nuclear o ampliada, remitirá el expediente al juez de juicio, a fin de que éste declare sin lugar la colocación familiar.

La correspondiente sentencia debe establecer:

- 1) El programa de protección que tendrá a su cargo hacer seguimiento durante un año, del desarrollo de la integración o reintegración, y la obligación de remitirle, al juez de mediación y sustanciación, por lo menos, cuatro evaluaciones durante dicho lapso.
- 2) El programa o programas de fortalecimiento familiar en el (los) cual (es) debe incluirse la respectiva familia de origen, y la remisión, al mismo Juez de mediación y sustanciación, de los correspondientes informes de seguimiento de las evaluaciones realizadas por dicho programa.

7.2. Procedencia de la colocación familiar

Determinada por el juez de mediación y sustanciación la imposibilidad de integrar o reintegrar al respectivo niño (a) o adolescente a su familia de origen, nuclear o ampliada, dicho juez debe remitir el expediente respectivo al juez de juicio, a fin de que éste decida, con el auxilio del equipo multidisciplinario, lo que proceda en cuanto a la colocación familiar.

La sentencia que dicte dicho juez debe establecer, entre otros aspectos:

- a) La identidad de la(s) personas a quienes se les conceda la colocación en familia sustituta, del respectivo niño(a) o adolescente, y si dicha colocación comprende sólo la responsabilidad de crianza o también la representación de éste¹¹²; así como el señalamiento del programa de colocación familiar en que está(n) inscrita(s) la persona(s) y la identidad del responsable de dicho programa. De disponerse la colocación en entidad de atención, deben expresarse las razones por las cuales no fue posible la colocación en familia sustituta. En este último caso, también debe señalarse en la sentencia la identidad de la respectiva entidad de atención y del responsable de la misma, a quien le será concedida la responsabilidad de crianza y la representación del respectivo niño(a) o adolescente, a menos que, debido al número de niños(as) o adolescentes que se encuentran ya bajo su responsabilidad y representación¹¹³, deba ser otra la persona a quien, formando parte del personal de dicha entidad de atención, le serán concedidas tales responsabilidades y representación. La respectiva entidad de atención tendrá a su cargo el seguimiento de la colocación y la remisión de los correspondientes informes de sus resultados al juez de mediación y sustanciación, y a la respectiva oficina de adopciones, cada tres meses¹¹⁴.

¹¹² Artículo 396, último párrafo de la Lopna.

¹¹³ Artículo 398 *in fine*, de la Lopna.

¹¹⁴ Artículos 401-B y 493-D de la Lopna.

- b) La obligación de los terceros responsables de la colocación en familia sustituta o en entidad de atención, de colaborar en el fortalecimiento de los lazos familiares con la familia de origen del niño(a) o adolescente¹¹⁵. Esta colaboración conlleva actuaciones, tales como, facilitar los contactos personales, telefónicos o de cualquier otra índole, de acuerdo con las características del régimen de convivencia familiar, fijado para estas personas por el mismo juez de juicio. Permitir la asistencia del niño(a) o adolescente a las actividades diseñadas por el programa de fortalecimiento de vínculos familiares.
- c) La obligación del responsable del correspondiente programa de colocación familiar, de hacer seguimiento de la colocación e informar de sus resultados al juez de mediación y sustanciación, y a la respectiva oficina de adopciones, cada tres meses¹¹⁶.

8. Finalización de la colocación familiar

Debido a su carácter temporal, la colocación familiar está llamada a concluir cuando sobrevenga una de las siguientes situaciones:

8.1. Integración o reintegración del niño, niña o adolescente en su familia de origen, nuclear o ampliada.

Con fundamento en los informes trimestrales favorables de la colocación, y previa constatación del juez de mediación y sustanciación de la posibilidad cierta de que el respectivo niño(a) o adolescente puede ser integrado o reintegrado a su familia de origen, dicho juez debe remitir el expediente al juez de juicio, a fin de que éste dicte una nueva sentencia en el caso, que ponga fin a la colocación.

Debido a las dificultades que se evidenciaron en las relaciones familiares previas a esta nueva decisión, y a que la conducta de los miem-

¹¹⁵ Artículo 397-D de la Lopna.

¹¹⁶ Artículos 401-B y 493-D de la Lopna.

bros de la familia de origen no fue la más favorable al interés superior del niño(a) o adolescentes, ya que la protección del mismo por su familia de origen nuclear o ampliada ha requerido la intervención judicial para lograr su normalización, el Legislador consideró indispensable prolongar, por algún tiempo, la protección proporcionada tanto al niño como a su familia, a fin de evitar que se repitan, en lo sucesivo, dichas condiciones, con la consiguiente afectación a los derechos del niño (a) o adolescente a vivir realmente en su ambiente familiar originario¹¹⁷. Por tales razones, la sentencia que se dicte en estos casos, debe establecer lo siguiente:

- a) Determinación de un programa de protección, que tendrá a su cargo hacer seguimiento de la situación familiar de dicho niño(a) o adolescente, durante un año, contado a partir de la fecha de la respectiva integración o reintegración. Este programa tendrá la obligación de remitirle al juez de mediación y sustanciación por lo menos cuatro (4) evaluaciones, durante dicho lapso.
- b) Determinación de un programa o programas de fortalecimiento familiar, en los cuales debe incluirse la respectiva familia de origen. Este programa(s) también tendrá la obligación de remitirle a dicho juez un número igual de evaluaciones, durante el mismo lapso.

Una vez recibidas dichas evaluaciones y de su consideración favorable por el juez de mediación y sustanciación, éste ordenará la conclusión del respectivo expediente. De no considerarse totalmente favorables dichas evaluaciones, el mismo juez podrá prorrogar el seguimiento por parte de los anteriores programas u otros de la misma especialidad, por un tiempo adicional, que él tendrá la facultad de determinar, dado lo casuístico de la situación.

¹¹⁷ Artículo 397-D, segundo párrafo, de la Lopna.

8.2. Adoptabilidad del niño, niña o adolescente

Los respectivos informes de seguimiento de la colocación familiar deben ser remitidos a la correspondiente oficina de adopciones, tanto por el juez de mediación y sustanciación, como por el responsable del respectivo programa de colocación en familia sustituta o en entidad de atención o, por el responsable de la correspondiente entidad de atención¹¹⁸. La finalidad de dicha remisión es proveer a dicha oficina de los elementos de juicio necesarios para ayudar a determinar, con prontitud, aquellos niño (as) o adolescentes que pueden ser integrados o reintegrados a su familia de origen o que son adoptables o pueden llegar a serlo. La determinación oportuna de la adoptabilidad de un niño(a) o adolescente permitirá que no se prolongue, indebidamente, una medida de protección temporal como lo es la colocación, cuando puede ser protegido con una medida permanente, para lo cual debe procederse a acreditar, cuanto antes, su adoptabilidad biopsicosocial legal.

De manera que una vez establecida la inviabilidad o imposibilidad del establecimiento o restablecimiento de los vínculos del niño(a) o adolescente con su familia de origen, nuclear o ampliada, y determinada la adoptabilidad del respectivo niño(a) o adolescente¹¹⁹, el juez de mediación y sustanciación debe remitir el expediente de colocación familiar al juez de juicio, para lo cual dictará un auto en el cual señale las razones por las cuales se llegó a esa conclusión.

Por tanto, corresponderá al juez de juicio dictar el auto en el cual se ordene que la colocación familiar, sea en familia sustituta o en enti-

¹¹⁸ Artículo 493-D de la LOPNA.

¹¹⁹ Conforme al artículo 493-F de la LOPNA, el juez de mediación y sustanciación es el competente para dictar el correspondiente auto de adoptabilidad. Para ello tendrá como base el correspondiente informe integral, elaborado por la respectiva oficina estatal de adopciones, y la verificación del consentimiento otorgado por el o los progenitores del niño(a) o adolescente o, la constatación de que se trata de un supuesto en que tal consentimiento es inexigible, conforme al artículo 417 *ejusdem*.

dad de atención, debe continuar mientras se tramita la respectiva adopción¹²⁰, y que concluirá en el momento en que se dicte la colocación con miras a la adopción.

De esa manera, el niño(a) o adolescente seguirá bajo la protección de la persona(as) responsable(s) de la colocación familiar, tanto en el caso en que el solicitante de la adopción sea dicho responsable(s)¹²¹, como si se trata de una persona distinta a éste, y no se le desprotegerá en ningún momento, ya que la colocación familiar terminará cuando se inicie la colocación con miras a la adopción, y así se evitará que ambas existan simultáneamente sobre el mismo sujeto.

8.3. Designación de tutor

Por cuanto en muchos casos, a partir de cierta edad, los niños(as) o adolescentes tienen pocas posibilidades de ser adoptados, y dado el carácter eminentemente temporal de la colocación familiar, es conveniente tener presente la posibilidad de designárseles tutor, por cuanto esta modalidad de familia sustituta si puede prolongarse hasta que alcancen la mayoría de edad y no está sujeta al seguimiento y a las evaluaciones integrales propios de la colocación familiar.

En consecuencia, si una vez que el juez de mediación y sustanciación remite el expediente de colocación familiar al juez de juicio, por haberse determinado la adoptabilidad de respectivo niño(a) o adolescente, previa constatación de que resulta inviable o imposible el establecimiento o restablecimiento de sus vínculos con su familia de origen, transcurre un lapso razonable, que puede ser de un año (1), contado a partir de la fecha en que el juez de juicio dicta el auto mediante el cual ordena que la colocación familiar continúe mientras se tramita la respectiva adopción, sin que dicho niño (a) o adolescente

¹²⁰ Por disponerlo así, expresamente, el tercer párrafo del artículo 397-D de la LOPNA.

¹²¹ En el caso que se llenen los requisitos del artículo 493-H de la LOPNA.

sea adoptado, el juez de juicio decidirá la conveniencia de ampliar el lapso de espera para dar la oportunidad a que la adopción se concrete o que se adelanten las actuaciones necesarias para tratar de designarle un tutor a ese niño(a) o adolescente.

La posibilidad de designación de tutor estará orientada a conferir una mayor protección a dicho niño(a) o adolescente, y a no desvirtuar el objeto de la colocación familiar, manteniéndolo indefinidamente en una especie de limbo jurídico, que favorecerá la violación permanente de su derecho constitucional a ser criado en una familia.

9. Conclusiones

La colocación familiar es, quizás, la modalidad de familia sustituta que presenta los mayores desafíos, en cuanto al logro de su objetivo.

Los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en los supuestos legales para que se les aplique dicha modalidad, en la mayoría de los casos son muy vulnerables, ya que pueden ser víctimas fáciles para que se les separe indefinidamente de su familia de origen, y se "apropien" de ellos, bajo las más variadas excusas, personas que no están dispuestas a ser evaluadas con miras a determinar si sus condiciones son las más apropiadas para convertirse en responsables de una colocación familiar o en adoptantes.

Varios son los aspectos prácticos que preocupan con relación a esta figura, entre los cuales podemos mencionar: a) la falta de uniformidad, por parte de los operadores jurídicos, en cuanto a la aplicación de la normativa legal que la rige, lo cual favorece constantes y numerosas violaciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tal y como puede observarse en la práctica; b) la violación de los lapsos fijados por la ley para concluir o proseguir un procedimiento, por ejemplo, la prolongación indebida de la duración máxima de la medida de abrigo y de la oportuna remisión del correspondiente expediente administrativo a los jueces de Protección de Niños, Niñas y Adoles-

centes, c) la carencia de los programas requeridos para la localización de la familia de origen de aquellos niños (as) y adolescentes que encontramos, a diario, en evidente situación de desprotección familiar, así como de los programas requeridos para el fortalecimiento de lazos familiares; d) la falta de políticas públicas dirigidas a la consecución de recursos económicos por parte de aquellas madres, padres o, como dice el artículo 75 de la Constitución en la parte final de su primer párrafo, de quienes ejercen la jefatura de la familia, que carecen de lo mínimo indispensable para alimentar y educar a sus niños, niñas y adolescentes, y evitar así que sean separados de ellos; e) la falta de recursos destinados a permitir el funcionamiento de las entidades de atención, que verdaderamente responden a las necesidades del Estado de amparar y proteger a los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar originario.

En esta ocasión, nuestro esfuerzo ha estado dirigido a ayudar a resolver el primero de los aspectos señalados, motivo por el cual exhortamos a quienes tienen la responsabilidad de dar respuesta apropiada a los numerosos casos que se llevan ante su consideración, a aplicar las normas que rigen la materia, de manera uniforme y ajustándonos al espíritu, propósito y razón que animó al legislador venezolano, cuando aprobó las soluciones en ellas contenidas.

Las consideraciones expuestas en el presente trabajo pretenden ayudar en tal sentido.

Custodia compartida - Aspectos jurídicos

Tanya María Picón Guédez¹²²

Sumario

Introducción. 1. Fundamentos constitucionales y legales. 2. Parámetros de las disposiciones legales. 3. ¿Qué significa legalmente que sea en interés del hijo o hija? 4. Modalidades o formas de la custodia compartida. 5. Fundamento legal de la custodia compartida. Conclusiones

Introducción

“El espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”, de este modo caracteriza nuestro texto constitucional el concepto *familia*, que otorga una visión amplia de esta institución, cónsona con los tiempos actuales en los que el reconocimiento del ser humano y la solución de sus conflictos son objetivos a alcanzar; sin embargo, quizás de una forma más natural y simple sin otros argumentos más que el afecto, un niño, niña o adolescente definiría *familia* con dos palabras:

¹²² Presidenta de la Corte Superior Segunda de Apelaciones de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas.

“mamá y papá”; y con mucha más contundencia mantendrían su tesis, si ese espacio que identifican con esas dos figuras se les desnaturaliza y deja de ser uno para convertirse en dos, producto del divorcio o la separación, mientras que él o ella, niño o niña, siguen siendo uno.

Así como en materia de niñez y adolescencia se ha hecho necesario idear nuevas y mejores formas tendentes a mantener la unidad e integridad del espacio que sirve para el desarrollo integral de la persona, en este caso de los niños, niñas y adolescentes, que así lo demandan amparados por convenios internacionales y constitucionalmente. Por ello, ante la ruptura o imposibilidad de la vida en común de los progenitores como ejes centrales de su familia, de acuerdo con la reflexión inicial, es imperioso hacer el reconocimiento de formulas legales que bajo nuevas formas de interacción paternofiliales procuren la estabilidad deseada, es preciso entonces referirnos a la custodia compartida, en su aspecto jurídico previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y a la cual nos referiremos en este breve trabajo.

1. Fundamentos constitucionales y legales

Los basamentos jurídicos o fundamentos legales que determinan el ejercicio a la custodia compartida, entre el padre y la madre sobre sus hijos e hijas, como parte del nuevo Derecho de Familia encuentra su asidero en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la reforma a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, hoy Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La custodia es uno de los atributos de la Responsabilidad de Crianza, antes denominada Guarda. En el novedoso instrumento jurídico como lo es la Reforma a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se establece la obligatoriedad de que la Guarda, hoy Responsabilidad de Crianza, sea compartida; mientras que en el caso de la custodia el que sea compartida es excepcional, como lo veremos.

Debemos indicar que la custodia compartida tiene su desarrollo y fundamento legal en los mismos artículos que dan paso a la obligatoriedad de compartir la Responsabilidad de Crianza, ellos son los artículos 9, 3 y 18.1 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. El primero de ellos establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño a mantener relaciones y contacto directo con ambos padres de modo regular; el segundo expresa que los Estados partes garantizarán que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño, dando nacimiento con estas disposiciones al principio de la co-parentalidad.

Nuestro país, como suscriptor y ratificante de la referida Convención sobre los Derechos del Niño, consagró en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el capítulo titulado “De los derechos sociales y de las familias”, el principio de la co-parentalidad, siendo el artículo 76 el que directamente lo establece en su último párrafo cuando expresa: “El padre y la madre tienen *el deber compartido e irrenunciable* de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas...”.

El antes transcrito mandato constitucional se patentiza en nuestra ley interna especial en el artículo 5 de las Disposiciones Directivas, en la reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, hoy Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Lopnna), cuando determina que

... El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas...

El artículo 5 de la Ley especial consagra entonces el derecho a compartir la custodia, siendo expresado el supuesto jurídico junto al desarrollo de la forma de su ejercicio en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas y Adolescentes en el modo siguiente:

... Para el ejercicio de la custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza. El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos e hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre. *Excepcionalmente, se podrá convenir la custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija...*

Como vemos, se fija legalmente la custodia compartida.

2. Parámetros de las disposiciones legales

Determina entonces la Ley especial que el ejercicio del atributo de la Custodia implica que el padre y/o la madre debe convivir con el hijo o hija, es decir, vivir en la misma residencia, compartir el espacio físico, por lo que se introduce en la reforma la figura de la Custodia compartida que en materia de Responsabilidad de Crianza quiere decir que el hijo o hija, aun cuando en su cotidianidad se beneficia de la influencia y cercanía de ambos padres, en cuanto a su residencia podría convivir con uno y con otro en forma alterna por periodos regulares e irregulares.

Ahora bien, se hace necesario destacar que la custodia compartida dentro de la Ley es de carácter excepcional, es decir, que el ser compartida no es la regla como sí lo son los otros atributos de la responsabilidad de crianza, como sería el amar, educar, orientar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a los hijos e hijas.

La custodia compartida es facultativa, cuando se establece que se podrá convenir la custodia compartida. ¿Conveniría entre quiénes? Por supuesto entre el hijo, la madre y el padre, respetándose ese orden, porque el más importante de los requisitos es que sea *en interés del hijo*.

En cuanto al ser facultativa, se discute entre los doctrinarios si el juez sólo deberá acordarla si hubiese sido objeto del debate en el curso del

juicio, o si el juez puede determinarla por el interés y protección del niño, niña o adolescente; es decir, si debe ser solicitada por una de las partes, o si se desprendiéndose su posibilidad del material probatorio, es acordada por el juez.

Ante las posiciones explanadas en el párrafo anterior, en cuanto a si sólo puede ser acordada cuando haya convenio entre las partes o puede ser decidida en protección del infante por el juez, es criterio de quien escribe, que asumiendo cualquiera de las dos tendencias en la doctrina, se hace necesario que el juez en el curso del proceso ordene la elaboración de peritajes especiales como son los informes integrales, para que la aplicación de tal figura jurídica logre el resultado deseado en el desarrollo integral del sujeto protegido, habiendo sido entonces producto de un debate. Siendo importante destacar que sin duda alguna nuestra legislación dota a los padres de la posibilidad de elegir entre la custodia exclusiva y la compartida y el juez de Protección sólo deberá acordarla si hubiese sido debatida en el curso del juicio, y su única intervención tendría como objetivo orientar a los padres sobre las bondades de la misma.

3. ¿Qué significa legalmente que sea "en interés del hijo o hija"?

En interés del hijo o hija entendemos pues, que no es lo que le convenga a los padres, como erróneamente, a mi criterio, algunos estudiosos e investigadores del tema se han pronunciado a favor de la custodia compartida, expresando que padre y madre se conservan guardadores, que ello ayuda a que se conciertan en la organización de su tiempo personal y profesional para atender al hijo o hija, aliviándose las cargas de un custodio único, siendo muy acertado cuando por el contrario se ha expresado que se minimizan los problemas para los hijos e hijas sobre las lealtades a los padres, tan angustiantes para los hijos, y que desaparecen los padres periféricos, por cuanto ambos estarían al tanto de las necesidades diarias de sus proles. Se trata entonces de determinar este interés del hijo desde la aplicación del principio rector del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente; en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9.3 que establece:

Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

En respeto a este derecho, nuestra legislación lo ha garantizado en la Ley especial interna a través del artículo 359, pero exigiendo se determine además el Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente como instrumento de interpretación de obligatorio cumplimiento para la aplicación de la Ley, consagrado en su artículo 8; el cual, en materia del atributo de la custodia compartida, debe ser aplicado con carácter concreto y no abstracto; es decir, los padres, los jueces y juezas deberán examinar y evaluar los hechos, situaciones y circunstancias de cada niño, niña o adolescente en específico, desarrollando en su decisión los parámetros del Parágrafo primero del referido artículo, que dispone apreciar la opinión del niño, niña o adolescente, equilibrar el derecho del niño, niña y adolescente a compartir el contacto directo con ambos padres (después de su separación) con el cumplimiento de sus deberes, como sería tener que cumplir sus obligaciones en materia de educación y al libre desarrollo de su personalidad, entre otros. Equilibrar, asimismo, entre las exigencias del bien común y los derechos del niño, los cuales en esta materia tendrán total paridad y acoplamiento, por cuanto el bien común exige ciudadanos sanos, tanto física como emocionalmente, lo cual se logra, como ha expuesto la psicología evolutiva, cuando los hijos o hijas han crecido disfrutando de la protección y del amor de ambos padres; por el contrario, la ausencia de una de las figuras parentales, por conflictos entre éstas, ocasiona en la infancia déficit de desarrollo afectivo y en la adolescencia un daño psíquico y moral. Equilibrar de igual manera entre los derechos de las demás personas y los del niño, niña y adolescente, por lo que siendo los padres las otras personas sobre las que deberán equilibrarse, tendrá preeminencia el derecho del hijo, por lo cual comparto lo expuesto por la ministra francesa de Familia en la administración de Lionel Jospin: "La continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño, y después un derecho y un deber del padre". Por último, apreciar la condición de los niños, niñas y adolescentes como perso-

nas en desarrollo, parámetro en el que el juez o jueza deberá auxiliarse con la psicología evolutiva para determinar, según la edad, la forma o modalidad del ejercicio de la custodia compartida.

4. Modalidades o formas de la custodia compartida

La incorporación del atributo de la custodia compartida, por ser reciente en nuestro país, es de escasa experiencia, por lo que nos basaremos en derecho comparado y doctrinas de autores extranjeros.

Expone la autora Tayli Rodríguez*, que existen tantas formas de custodia compartida como se pretendan, por cuanto cada caso será muy particular, debiendo atender a factores como la edad, ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos o hijas, etc. Expresa la autora que existe una subclasificación que puede incluir muchas otras formas de custodia compartida y es la que se dirime entre custodia física conjunta y custodia legal conjunta.

La custodia física conjunta implica que la permanencia de los hijos e hijas se divide en intervalos similares con uno u otro progenitor, la cual puede tomar muchas formas, llegando a situaciones tan originales como que el niño, niña o adolescente, habite en una misma casa y sean los padres los que roten de residencia; tal modalidad es más usual en Francia. Mientras que la legislación anglosajona señala un mínimo de 35% de convivencia con cada uno de los padres, límite que fue impuesto a partir de un estudio realizado por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (National Center for Health Statistics, NCHS 1995), que encontró mucha disparidad en los porcentajes y propuso fijar una cifra mínima.

* Tayli Rodríguez: "Custodia compartida: una alternativa contra la disolución de la familia". Disponible en: http://www.revistafuturos.info/autores/ait_2005/tayli_rdgz.htm

En la custodia legal conjunta, el o los hijos e hijas residen exclusivamente en la casa de habitación de uno de los progenitores, pero mantiene una relación fluida con el otro; sin los límites ni rigores del régimen de convivencia familiar, antes "régimen de visitas". Los progenitores comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todos los asuntos de importancia que afecten al hijo o hija. En la legislación estadounidense, en algunos estados (California Art. 3 003, Montana) la custodia compartida comprende tanto la física como la legal.

En cuanto al tiempo de convivencia, expresa la autora, no deberíamos aferrarnos al reparto equitativo del tiempo, por cuanto dicho reparto sería el referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos e hijas. Aun cuando la Ley francesa ha impuesto la tendencia de encuadrar periodos alternos por semanas y que a juicio de Ségolène Royal (ministra francesa)

... la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño,

No debe interpretarse esta propuesta de solución como la única en forma taxativa, cada caso tendrá su mejor forma de garantizarla, por lo que siempre será más sano que sea del acuerdo del hijo o hija con sus padres.

Conclusiones

Para que pueda otorgarse legalmente la custodia compartida, debe ser acordada por los padres y/o solicitada o alegada por una de las partes para debatirse en juicio, tal como lo dispone el último aparte del artículo 359 de la Lopnna.

La custodia compartida se acuerda en interés del hijo o hija y no porque beneficie a los padres.

La forma o modalidad no se encuentra dispuesta normativamente, será tarea de construcción entre los padres, quienes deberán abandonar conflictividades insalvables después de su separación, de los abogados como parte del sistema de justicia, orientando a sus clientes sobre esta alternativa, los jueces y juezas de protección, quienes debemos seguir profundizando sobre esta novedosa figura legal, y por supuesto la jurisprudencia, la cual irá delimitando sus parámetros.

Por último, todos nos entusiasamos con el reto de que nuestros niños, niñas y adolescentes puedan hacer vida su derecho a desarrollarse integralmente, manteniendo contacto regular y directo con ambos padres, aun cuando los mismos éstos estén divorciados o separados.

Formas de ejercicio compartido de la responsabilidad de crianza y de la custodia

Lic. Erna Perfetti Holzhauser

Sumario:

1. Beneficios del ejercicio compartido de la custodia. *Con la custodia compartida se mitigan los sentimientos de abandono que surgen en los hijos e hijas como consecuencia de la separación o divorcio de los progenitores. Continuidad en los contactos madre e hijo(a) y padre e hijo(a). Crecer con un modelo femenino y masculino en la cotidianidad. Se evita la estigmatización de un padre como "bueno" y otro como "malo".* **2. Exigencias del ejercicio compartido de la custodia.** *La custodia compartida debe ser acordada por uno o ambos progenitores con la participación progresiva de los hijos e hijas y atendiendo su situación personal. Ambos progenitores deben estar en capacidad de dar estabilidad emocional a los hijos e hijas bajo custodia compartida. Continuidad en las normas y valores. Los hijos e hijas deben adaptarse a dos hogares.* **3. Conclusiones.**

1. Beneficios del ejercicio compartido de la custodia

Con la custodia compartida se mitigan los sentimientos de abandono que surgen en los hijos e hijas, como consecuencia de la separación o divorcio de los progenitores.

El divorcio o la separación de los progenitores no es una situación ajena ni indiferente para los hijos e hijas. Por el contrario, suelen invadirles una mezcla de emociones que por lo general se expresan en el sentimiento de temor a ser abandonados por sus progenitores o por aquel que no tiene su custodia.

La separación entre los progenitores genera inseguridad en los niños, niñas y adolescentes en relación con la firmeza y consistencia del amor que sienten sus progenitores por éstos y éstas: "Si ellos ya no se quieren, puede que también dejen de quererme a mí" (Poussin y Lamy, 2005).

En tal sentido, la convivencia cotidiana con cada uno de ellos de manera alternada –y no sólo los contactos durante los fines de semana con el progenitor no custodio– mitiga, en gran parte, los sentimientos de temor a ser abandonado por el o la progenitora no custodio. Hijos e hijas saben y ven materializada esa continuidad del vínculo afectivo, a pesar de que sus progenitores ya no están juntos, conservándose también las relaciones con la familia extendida materna y paterna.

En otras palabras, para el niño, niña y adolescente el temor al abandono es superado al darse cuenta de que su familia sigue siendo la misma que tenía en el sentido de que no ocurren sustituciones (el abuelo pasa a ser el padre para el hijo o hija), ni exclusiones o ausencias de ninguno de las dos figuras parentales: ambos están allí como antes para la crianza de sus hijos e hijas.

Continuidad en los contactos madre e hijo(a) y padre e hijo(a).

Los niños, niñas y adolescentes necesitan continuar el contacto que tenían antes de la separación de sus progenitores. Ello no sólo porque mitiga el sentimiento de abandono, tal y como señalamos anteriormente; sino también porque se está garantizando la eficacia en el ejercicio de las funciones maternas y paternas. En consecuencia, se fortalecen los lazos afectivos entre progenitores e hijos y aumenta el nivel de responsabilidad y compromiso en la crianza de ellos y ellas. La ganancia para los hijos e hijas radica en la seguridad de contar con dos figuras guardadoras, nutritivas y formadoras en su rutina diaria.

Esta ganancia supone que los progenitores conciben la custodia compartida como una nueva reorganización familiar que se elige para el beneficio de sus hijos e hijas y que, por tanto, va mucho más allá de compartir simplemente el tiempo con ellos y ellas o de dividirlos en dos por porcentajes iguales de convivencia, ni tampoco ha sido propuesta o aceptada para obtener mayor información sobre las actividades del otro progenitor. Por el contrario, los progenitores entienden que el ejercicio conjunto de la custodia significa compartir respetuosamente las responsabilidades parentales, bajo una distribución equitativa, según las diferencias de cada progenitor en cuanto a la forma de ser, de expresar afecto y enfrentar la vida, de los recursos materiales con que cuente, del apoyo de la familia extendida, entre otros (Alcala, Seba y Pedrini, 2004).

Creecer con un modelo femenino y masculino en la cotidianidad.

Padre y madre cumplen roles perfectamente diferenciados que contribuyen en el desarrollo de la personalidad de los hijos e hijas, personalidad que se construye bajo la confluencia de sus dos vertientes de origen. La interacción de los niños, niñas y adolescentes con el padre y la madre, les permitirá obtener una apropiada identificación con ambas figuras, puesto que éstos y éstas cuentan en su vida cotidiana con un modelo masculino y femenino (Poussin y Lamy, 2005).

En el marco de una custodia compartida se espera que los hijos e hijas se identifiquen con un adecuado referente paterno y materno, respectivamente, cargado de atributos tales como: ser activo y no pasivo en el ejercicio de sus funciones parentales, ser comprometido y no indiferente ante las necesidades de los hijos e hijas, brindar protección sin excesos, etc. Ciertamente, la forma en que los progenitores ejercen sus funciones parentales, así como la forma de tratarse entre ellos, lo que se dice uno del otro, modela en los hijos e hijas las oportunidades de desempeñarse en un futuro como padres o madres.

Se evita la estigmatización de un padre como "bueno" y otro como "malo".

La convivencia alternada es una oportunidad para que el hijo o hija conozca cada vez mejor y con más profundidad a cada progenitor. Incluso, suele suceder que el hijo o hija "redescubra" a su progenitor anteriormente no custodio (Poussin y Lamy, 2005).

De esta manera se facilitan en los hijos e hijas el proceso de integración de los aspectos positivos y negativos de cada progenitor. No hay uno que es el bueno y otro que es el malo, simplemente son seres humanos con sus virtudes y defectos.

2. Exigencias del ejercicio compartido de la custodia

El sistema de custodia compartida genera exigencias para los hijos e hijas y sus progenitores, exigencias que variarán de un caso a otro, según sus particularidades y la situación personal del niño, niña o adolescente; sin embargo, se pueden prever ciertas exigencias comunes, a saber:

La custodia compartida debe ser acordada por uno o ambos progenitores con la participación progresiva de los hijos e hijas y atendiendo su situación personal

En primer lugar, la custodia compartida tiene que ser una elección estudiada y acordada por ambos progenitores o, al menos, deseada por aquel que no goza de la custodia, con la participación de los hijos e hijas, según su edad y madurez mental, de tal manera que no sean los últimos en enterarse de la decisión que tomen sus progenitores, ni que sea cada día una sorpresa con cuál progenitor van a estar.

Para determinar en cada caso en particular la forma de ejercicio compartido de la custodia, es necesario tomar en cuenta la situación personal del niño, niña o adolescente, incluyendo el criterio de edad y madurez mental.

En relación con la edad y madurez mental de los hijos e hijas, algunos autores consideran que cualquier fórmula de custodia compartida exige que tengan más de 11 o 12 años de edad; es decir, que sean adolescentes. Ello debido a que en la adolescencia se espera la adquisición de mayor madurez emocional para adaptarse y tolerar las separaciones reiterativas que implica este sistema (Mizrahi, 2001).

Para otros autores el sistema de custodia compartida no exige un límite de edad para los hijos e hijas. Parten de la idea de que las separaciones forman parte de la vida de todos y los hijos e hijas, independientemente de su edad, también podrán adaptarse a su nueva reorganización familiar. Sin embargo, para estos autores la edad sí puede condicionar la frecuencia y duración de los reencuentros familiares. En este sentido, explican que cuando se trate de infantes menores al año de vida, los contactos paternofiliales deberían ser de 2 a 3 veces por semana y de tres a cuatro horas. Progresivamente, a medida que el niño o niña crece, se podrá aumentar la frecuencia y duración de los contactos familiares. Las convivencias de varios meses y hasta de un año con cada progenitor se deben reservar para los adolescentes (Poussin y Lamy, 2005).

En cuanto a la situación personal del niño, niña y adolescente, en lo que se refiere a sus condiciones físicas y/o mentales, es necesario señalar que para los hijos e hijas con autismo la fórmula más conveniente

a su situación personal es aquella que consiste en la alternancia únicamente de los progenitores, quienes serían los que entran y salen del domicilio del hijo o hija autista. Para los autistas es indispensable que su espacio vital permanezca inalterado, de lo contrario no debe adoptarse este sistema, puesto que una mínima alteración les genera alteraciones o la exacerbación de los síntomas de angustia, desorganización, autoagresiones, etc.

Ambos progenitores deben estar en capacidad de dar estabilidad emocional a los hijos e hijas bajo custodia compartida

Desde un enfoque psicológico, los cambios espaciales asociados al hecho de tener dos hogares no generan por sí mismos inestabilidad emocional en los niños, niñas y adolescentes. La inestabilidad emocional se ha asociado con la actitud y comportamiento de los progenitores, específicamente, cuando uno o ambos intentan atacar la relación del otro progenitor con los hijos e hijas, dada la dificultad de discernimiento entre el conflicto personal y lo que estrictamente atañe a los hijos e hijas. Esta práctica nociva que envenena a los hijos en contra de uno de sus progenitores, genera en los hijos e hijas la sensación de inseguridad en relación con el afecto de su madre o de su padre.

Cuando los niños, niñas y adolescentes en custodia compartida viven en una permanente guerra por partida doble, en ambientes cargados de hostilidad y rivalidad parental, no cabe duda de que este panorama familiar trae como consecuencia inestabilidad emocional en ellos y ellas. Por lo tanto, es necesario que los hijos e hijas bajo custodia compartida cuenten con unos progenitores que sean cooperativos y respetuosos, tanto de la figura materna y paterna como de la relación entre progenitor e hijo o hija.

Continuidad en las normas y valores

La custodia compartida exige que los progenitores sean seres maduros con capacidad de discernimiento, pero también les exige un mí-

nimo nivel de entendimiento entre sí para poder establecer acuerdos en relación con los puntos fundamentales de la educación y formación que quieren para sus hijos e hijas (Poussin y Lamy, 2005).

En efecto, la custodia compartida coloca a los progenitores en la exigencia de establecer normas y valores familiares de manera consistente, coherente y uniforme, de tal manera que pueda haber una unidad de dirección en la conducción de los hijos e hijas por el camino hacia la autonomía. Esto se traduce en que los niños, niñas y adolescentes deberán acostumbrarse a vivir de forma alternada en dos hogares con sus respectivas reglas domésticas, pero con un único conjunto de normas y valores que madre y padre han acordado para ellos y ellas.

Los hijos e hijas deben adaptarse a dos hogares

No cabe duda de que el doble domicilio y lo que ello implica, requiere de un proceso de adaptación para el niño, niña o adolescente bajo custodia compartida. Para facilitar el proceso de adaptación, los especialistas concuerdan en que cada hogar debe contar con un espacio o dormitorio destinado para la pernocta del hijo o hija y decorado con los objetos que son de su gusto y uso, de tal manera que obtenga progresivamente la sensación de tener su propio territorio, su propio espacio dotado con los objetos necesarios: juguetes, vestido, calzado, útiles escolares, etc. A su vez, estos objetos pueden ir y venir de una casa a otra; así, puede traerse consigo su juguete predilecto, puede comenzar un rompecabezas en una casa y querer terminarlo en la otra, puede traerse una fotografía del otro progenitor, etc. Se trata de utilizar las propias técnicas del niño, niña y adolescente para crear puentes de unión de una casa a la otra y para mantener la proximidad con el otro progenitor.

Además, se debe evitar que los cambios de domicilio generen cualquier otro cambio espacial y social, por ejemplo, cambio de guardería en los días que corresponde convivir con el padre, o bien, cambio de lugar de entrenamiento deportivo, musical, artístico, entre otros.

3. Conclusiones

- a) El sistema de custodia compartida hace más eficaz el ejercicio coparental de los progenitores, al tiempo que estrecha los lazos afectivos entre progenitores e hijos e hijas.
- b) La custodia compartida rescata la importancia de que el niño, niña o adolescente cuente con sus dos figuras guardadoras: padre y madre. Dejando de lado la postura tradicional que privilegia a la madre como la figura significativa por excelencia.
- c) Esta forma de ser familia no es aplicable en todos los casos, en virtud de las exigencias que resultan para los hijos e hijas y sus progenitores. No obstante, el avance tecnológico en telecomunicaciones y la diversidad de formas de custodia compartida que pueden existir, permite encontrar aquella que se ajuste mejor a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Referencias bibliográficas

- Alcalá, A. Seba, S. y Pedrini, F. (2004). *Avances prácticos sobre tenencia compartida*. Disponible en: www.google.co.ve/search?hl=es&q=Alcala%2C+Seba+y+Pedrini+y+custodia+compartida&btnG=Buscar&meta=
- Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.266 (Extraordinaria), diciembre de 2007.
- Mizrahi, M. (2001). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea.
- Poussin, G y Lamy, A. (2005). *Custodia compartida*. Madrid: Espasa Calpe.

Autorizaciones para residir y viajar fuera del territorio nacional de niños, niñas y adolescentes (medidas preventivas)

Abg. Alberto Herrera Coronel

Sumario:

1. De las medidas cautelares en general. 2. Medidas preventivas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 3. Retención de pasaporte. 4. Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

1. De las medidas cautelares en general

Las medidas preventivas se solicitan en juicio para asegurar los resultados del mismo. En tal sentido, se deben comprobar los elementos para su procedencia y posteriormente dictarlas para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. A tal efecto, el artículo 26 constitucional establece:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los

colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Como se puede apreciar, este principio no se limita exclusivamente, a que nuestros tribunales dicten sentencias oportunas, toda vez que, nada hace un ciudadano con obtener una decisión favorable cuando no es posible su ejecución, por no haberse dictado las medidas cautelares necesarias. Por ello, el Estado debe garantizar el acceso a la justicia, mediante la disposición de un número suficientes de tribunales, y tomar las medidas disciplinarias necesarias para que sus funcionarios cumplan cabalmente su misión. En consecuencia, con las medidas preventivas se persigue que la actividad jurisdiccional evite situaciones lesivas a derechos de una de las partes en un procedimiento y evitar que la futura ejecución de un fallo sea ilusoria. De igual forma, los jueces son personalmente responsables de sus actuaciones por retardo judicial, que como ya se acotó, dicho retardo puede producirse por la lentitud para dar respuesta ante cualquier requerimiento dentro del proceso, tal y como lo establece el artículo 255 de nuestra Carta Magna, que reza:

... Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

De lo anterior se concluye que la tutela judicial efectiva comprende el acceso a los órganos jurisdiccionales a obtener medidas preventivas oportunas, el derecho de obtener una decisión motivada dentro de los lapsos procesales, con la posibilidad de recurrir del fallo en alzada y el derecho a su ejecución.

2. Medidas preventivas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

De conformidad con el artículo 465 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el juez puede de oficio dictar cualquier medida preventiva que no hubiere sido dictada en el auto de admisión y que sea necesaria para garantizar derechos de las partes. Dentro de la gama de medidas, se pueden observar unas específicas relativas a los procedimientos para viajar y para residir fuera del país. A tal efecto, el artículo 466 de la citada Ley, establece:

... Parágrafo primero. El juez o jueza puede ordenar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

- a) Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza.
- b) Restitución de la Custodia al padre, la madre o terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.
- c) Custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente.
- d) Régimen de Convivencia Familiar provisional.
- e) Colocación familiar o en entidad de atención provisional durante el trámite del procedimiento de colocación familiar.
- f) Separación de la persona que maltrate un niño, niña o adolescente de su entorno.
- g) Retención del pasaporte del niño, niña o adolescente.
- h) Restitución de bienes o enseres del hogar propiedad del niño, niña o adolescente, de su madre o padre, para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado.

- i) Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente...

En el procedimiento ordinario, las medidas preventivas se acuerdan una vez que conste en autos la existencia del riesgo que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo y se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de tal circunstancia, conforme a lo establecido en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, en materia de niños, niñas y adolescentes, el tratamiento es diferente, considerando que existen juicios exclusivamente patrimoniales y otros que no son susceptibles de valoración económica. En consecuencia, según la circunstancia, el tratamiento es distinto, ya que en el primero de los casos se deben probar los elementos antes señalados, y en el segundo de ellos, no hace falta la presencia total de tales supuestos para que sean acordadas por el juez. En ese orden, citado el artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece:

Las medidas preventivas pueden decretarse a solicitud de parte o de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. En los procesos referidos a instituciones familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, es suficiente para decretar la medida preventiva, conque la parte que la solicite señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla. En los demás casos, sólo procederán cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama. (Art. 466 de la LOPNA).

Particularmente, consideramos acertada esta disposición, debido a que en ciertos asuntos de familia se hace difícil para la parte solicitante el hecho de tener que demostrar el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, para su procedencia. En consecuencia, en casos relativos a las instituciones familiares, por ejemplo, responsabilidad de crianza,

basta con que el peticionante de la medida pruebe la legitimidad con la que actúa, para que el juzgado proceda a acordarla. Sin embargo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia sentenció en materia cautelar lo siguiente:

...De las consideraciones expuestas, se advierte entonces, que en los casos de aplicación del artículo 466 al cual se ha hecho referencia anteriormente, tratándose de asuntos patrimoniales donde estén involucrados intereses de niños y adolescentes, la facultad del juez cuando opta por decretar la medida requerida que constituye, como ha dicho este Máximo Tribunal, una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, está condicionada a la consideración del *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, expresando los fundamentos y razones que lo llevan a dar por demostrados estos elementos de procedencia, dado que éste es un requisito de la motivación del fallo.

En este orden de ideas, considerar acertada la tesis asumida por la Corte Superior de Apelaciones, de no aplicar subsidiariamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en los asuntos cautelares cuando la pretensión sea de naturaleza patrimonial, contraviene la disposición del artículo 451 de la Ley Orgánica de Protección, que establece su aplicación subsidiaria en cuanto no se opongan a las normas de la ley especial, puesto que en el caso *sub iudice*, no existe en forma alguna contradicción entre los preceptos contenidos en las referidas leyes, sino que, por el contrario, las condiciones para la procedencia de las medidas se complementan con lo tradicionalmente previsto en el proceso ordinario e igualmente contraria los criterios establecidos en la doctrina patria y extranjera, en la jurisprudencia y en la propia legislación, el sostener que pueden los jueces actuar con tal discrecionalidad en materia cautelar, más en asuntos patrimoniales cuando no debe la Sala dejar de considerar que sus efectos pueden vulnerar los derechos de los niños y adolescentes, quienes como sujetos plenos de derechos, bien pueden encontrarse en la condición de demandados y verse así afectados por la declaratoria de una medida cautelar, si no se observaran los referidos criterios de procedibilidad.

resultando contradictoria tal situación con el carácter tuitivo insito en la Ley y con los principios de derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva del que gozan las partes en un juicio. Así se establece... (Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2001).

Como se puede apreciar, en la sentencia anterior, la propia Sala de Casación Social de nuestro Máximo Tribunal consideró que en los asuntos donde se ventilan intereses patrimoniales, el poder cautelar del administrador de justicia se limita a que la parte solicitante demuestre los elementos esenciales para su procedencia, y así evitar actos arbitrarios por parte de los operadores de justicia. Ahora bien, en los asuntos relativos a las instituciones familiares, el juez puede incluso de oficio, dictar las medidas preventivas que considere convenientes a beneficio del niño, aunque la parte solicitante no haya demostrado los hechos que le hagan inferir que existe riesgo manifiesto de que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo. Esto es un verdadero avance a nuestro parecer, que no vulnera el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional, toda vez que, la parte contra quien obre dicha medida puede oponerse a la misma según el contenido del artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y así probar en la audiencia respectiva sus alegatos, que adicionalmente, lo resuelto por un Juez de instancia tiene apelación garantizando de esta forma la doble instancia.

Conforme a lo anteriormente señalado, analizaremos las medidas cautelares sobre esta materia de forma individualizada: 1. Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza;

En las autorizaciones para viajar o para residir en el extranjero, el administrador de justicia está en el deber de dictar las medidas asegurativas para evitar el traslado del niño mientras dure el proceso. En tal sentido, es importante diferenciar lo que constituye un traslado ilícito y

una retención indebida. Por el primero se entiende aquel traslado que se realiza violando los derechos de guarda, custodia o convivencia familiar y sin la autorización respectiva de las autoridades nacionales o del otro progenitor. Por el segundo, se debe entender el supuesto donde el niño es trasladado fuera del país con la autorización respectiva, pero es retenido en el extranjero sin el consentimiento del otro padre. En tal sentido, la medida de arraigo precisamente busca evitar que se traslade al niño de manera fraudulenta con el inicio del proceso.

Ahora bien, trataremos de definir lo que debe entenderse por *arraigo*. Sobre este particular, el doctor Walter Raña Arana (El arraigo como instrumento jurídico que limita a libertad de locomoción. Bolivia) considera lo siguiente:

Existen varias definiciones, pero citaremos las siguientes:

- **Arraigo.** Acción y efecto de arraigar o arraigarse, en la acepción forense de afianzar la responsabilidad a las resultas del juicio. Dícese así porque esta fianza suele hacerse con bienes raíces, pero también se puede hacer por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado (Dic. Acad.). En algunas legislaciones, como en la argentina, el **arraigo** constituye una de las excepciones previas que puedan ser opuestas a la demanda, cuando el demandante no tuviera domicilio o bienes inmuebles en la república.

- **Arraigo.** Situación que deviene de la permanencia continuada en un territorio durante un tiempo determinado, así como de una oferta de empleo viable que demuestre la real y efectiva incorporación a su mercado de trabajo, así como de los lazos familiares estrechados con extranjeros residentes en territorio nacional o con los propios nacionales. (Alejandro Suárez del Real González).

Definición de arraigo en sentido amplio. Concepto que el *Diccionario Jurídico Mexicano*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam (Editorial Porrúa, décima edición, 1997) establece como:

Arraigo (acción y efecto de arraigar; del latín *ad* y *radicare*, echar raíces). Se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

A nuestro entender, la medida de arraigo debe dictarse en casos estrictamente necesarios, para garantizarle al niño su permanencia en el país, tomando en consideración que esta medida limita el ejercicio al libre tránsito consagrado en el artículo 50 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, es una medida temporal que busca garantizar las resultas del juicio, bien sea de una autorización para viajar, o para residenciarse en el extranjero. Particularmente, estas medidas eran tomadas por nuestros tribunales, por estar facultados para dictar cualquier medida para salvaguardar los derechos de los niños. Sin embargo, en el nuevo procedimiento contenido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), tales cautelares están claramente determinadas (Art. 466) para ser decretadas a instancia de parte o de oficio según en caso.

Un aspecto importante, recogido por el Legislador, es la posibilidad de extender la prohibición de salida del país a los padres del niño o de las personas que ejerzan la responsabilidad de crianza. Por ejemplo, aquellos casos de colocaciones familiares en familia sustituta, en los que el padre o la madre que solicita la restitución de la custodia, pide al juez de Protección este tipo de medida para evitar que la persona responsable del cuidado temporal del niño salga del país, en detrimento del derecho que tiene a relacionarse con sus padres. La práctica usual, en los casos de colocaciones familiares, es que el propio administrador de justicia señala en la sentencia que el niño no puede ser trasladado fuera del territorio nacional sin la autorización del tribunal, precisamente para que cuando el responsable de los cuidados del niño se

presente en algún aeropuerto le exijan la autorización respectiva para el traslado del infante.

Sobre esta medida de arraigo, la Corte Superior de Circuito Judicial de Protección de Niños, Niños y Adolescentes del estado Zulia confirmó una decisión emitida por el juzgador de instancia, quien acordó la medida cautelar solicitada y negó el permiso para viajar de una niña, considerando que la madre, en una oportunidad, trasladó a su hija con un pasaporte de Estados Unidos sin la autorización del otro progenitor. Ante tal solicitud, el padre se opuso a dicho viaje, y el juzgador, en aplicación de la sentencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de julio de 2005 (caso Reinaldo Cervini Villegas), ponencia del magistrado doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero, en la que se determinó que ante la oposición a la autorización para viajar o residir en el extranjero de un niño, por parte del otro progenitor, la solicitud debe ser negada para que tales circunstancias sean ventiladas en un procedimiento especial de guarda (responsabilidad de crianza). En tal sentido, la Corte Superior antes señalada sentenció lo siguiente:

Revisadas las actas que integran la presente causa, esta Corte Superior observa que la ciudadana [OMITIDO] solicitó autorización judicial para viajar en compañía de su hija [NOMBRE OMITIDO], a la ciudad de Miami, Estados Unidos de Norte América y a la isla de Aruba, Antillas Neerlandesas, del 18 de marzo de 2008 al 23 de marzo de 2008, con motivo del asueto de la Semana Santa, a los fines de garantizarle el derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego.

Notificado el requerido, éste manifestó que el régimen de visitas convenido con la progenitora no se ha cumplido, por lo que tiene aproximadamente mes y medio que no puede compartir con su hija. Que la ciudadana [OMITIDO], haciendo caso omiso a su negativa de autorizar el viaje, en una oportunidad sacó a la niña ilegalmente del país, aprovechándose de que la misma tiene pasaporte americano. Por último, pide se decrete medida de prohibición de salida del país

y medida de arraigo a la niña [NOMBRE OMITIDO], así como de prohibición de salida del país.

Con estos antecedentes es necesario precisar lo siguiente:

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes contempla en su artículo 39, que los Niños, Niñas y Adolescentes tienen derecho al libre tránsito, el cual comprende la libertad de circular en el territorio nacional, permanecer, salir e ingresar al territorio nacional, cambiar de domicilio o residencia en el territorio nacional y de permanecer en los espacios públicos y comunitarios, sin más restricciones que las establecidas en la ley y las derivadas de las facultades legales que corresponden a sus padres, madres, representantes o responsables.

En ese sentido, el artículo 391 de la precitada Ley Especial establece que todos los niños, niñas y adolescentes pueden viajar dentro del país acompañados por sus padres, madres, representantes o responsables; pero que en el caso de viajar solos o con terceras personas, requieren autorización de un representante legal expedida por las autoridades competentes.

Para el caso de que el niño, niña o adolescente tenga programado un viaje fuera del territorio nacional acompañado por uno solo de sus padres, el artículo 392 *eiusdem*, establece que se requerirá la autorización del otro expedida en documento autenticado.

Ahora bien, dispone el artículo 393 *eiusdem*, que en el caso de que el padre o madre a quien corresponda otorgar la respectiva autorización se negare a ello, o exista desacuerdo con relación a la misma, el padre o la madre que autorice el viaje, o el hijo o hija si es adolescente, puede acudir ante el juez de Protección y exponer la situación, a fin de que éste decida lo que convenga a su interés superior.

En el caso de autos, la ciudadana [NOMBRE OMITIDO], desea disfrutar las vacaciones de Semana Santa con su hija en la ciudad de

Miami y en la isla de Aruba por lo que, en principio, debe atenderse al derecho de la niña [NOMBRE OMITIDO], a recrearse conjuntamente con su progenitora; sin embargo, éste es un derecho que por implicar el traslado de la referida niña fuera del territorio nacional, está condicionado por las restricciones establecidas en la propia Ley, a saber, que el ciudadano [NOMBRE OMITIDO] conceda la autorización para dicho viaje. En ese sentido, esta Corte debe considerar en primer lugar, que el ciudadano [NOMBRE OMITIDO], según expresa la progenitora en su solicitud se niega a conceder el permiso, y en segundo lugar, que el referido progenitor en su propio escrito de contestación a la solicitud formulada por la progenitora, manifiesta que en una oportunidad anterior se negó a conceder la autorización requerida para que su hija viajara en compañía de su madre fuera del país y que ante su negativa, ésta la sacó ilegalmente.

Sin embargo, aun cuando en esta oportunidad el referido ciudadano no ha manifestado en forma expresa que se opone formalmente a la autorización solicitada, sí procede a solicitar el decreto de medidas cautelares tendentes a evitar el traslado de su hija fuera del territorio nacional, hecho éste que debe interpretarse como una negativa del mismo a conceder dicha autorización, llevando a esta alzada a concluir, que entre los ciudadanos (...) existe desacuerdo con relación a la autorización de la niña [NOMBRE OMITIDO] para viajar a la ciudad de Miami de los Estados Unidos de Norteamérica y a la isla de Aruba del 18 de marzo de 2008 al 23 del mismo mes y año.

Similar situación a la planteada en la presente causa fue analizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 25 de julio de 2005, con ponencia del magistrado Jesús Cabrera Romero, en la cual se restableció lo siguiente:

‘En consecuencia, cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño

y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje'.

Al aplicar el criterio antes señalado al caso de autos, debe esta Corte Superior negar la autorización de viaje al extranjero solicitada por la ciudadana [NOMBRE OMITIDO] e instar a las partes a iniciar el procedimiento especial contencioso, que hasta tanto entren en vigencia las disposiciones adjetivas contenidas en la recién reformada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, deberá ventilarse según las normas del procedimiento de Guarda, previstas en la actual Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, según lo dispuesto en la sentencia antes comentada, la cual tiene el carácter vinculante por ser un recurso de interpretación constitucional, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.251 del 16 de agosto de 2005. Así se decide.

Como consecuencia de lo antes expuesto, en la solicitud de autorización para viajar introducida por la ciudadana [NOMBRE OMITIDO], a favor de su hija [NOMBRE OMITIDO], debe esta alzada declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto confirmándose el fallo apelado, dictado en fecha 18 de marzo de 2008, por el Juez Unipersonal Temporal N° 3 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Así se decide. (Exp-01143-08 de fecha 29 de abril de 2008, destacado añadido).

Como podemos apreciar, en las solicitudes de permisos para viajar se deben analizar todas las opiniones, incluyendo la del Ministerio Público, para verificar si existe objeción ante el traslado requerido, considerando que conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional, los padres tienen iguales derechos en relación con el ejercicio de la crianza de sus hijos. Por tal motivo, creemos que la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal consideró prudente que, ante algún vestigio de contención dentro del procedimiento, el juicio a seguir debe

ser el especial de Guarda, para determinar si es beneficioso para el niño la autorización para viajar o de cambio de residencia, según el caso.

3. Retención de pasaporte

Esta modalidad de medida no estuvo incluida taxativamente en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998); sin embargo, no era difícil su aplicación de conformidad con el artículo 466 debido a que "...el juez decretará las medidas que considere necesarias para garantizar la protección y seguridad del niño o adolescente...". Ahora bien, con esta cautelar se puede evitar que el niño pueda trasladarse en puertos donde existan autoridades aduanales. Circunstancia positiva valorando el enorme cúmulo de solicitudes ante las autoridades centrales de los respectivos países, para la restitución de niños retenidos de manera ilegal por uno de sus progenitores, violando los derechos de custodia o frecuentación del otro.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 34 de la Constitución Nacional, la nacionalidad venezolana no se pierde por adquirirse otra; esto genera la posibilidad de que una persona posea dos pasaportes, situación que debe poner en alerta no sólo a los integrantes del Sistema de Protección, sino de las autoridades de aduana, en el sentido de requerirle a todo niño que presente un pasaporte de país distinto al momento de su salida, cuando en el mismo observe que dicho pasaporte carece de entrada al territorio nacional, hecho que debe hacer inferir al respectivo funcionario que posee adicionalmente la nacionalidad venezolana, y su ingreso se debe haber consumado con dicho instrumento nacional. En consecuencia, ante un hecho de esta naturaleza debe requerirse la autorización respectiva para dicho traslado.

De igual forma, cuando el niño o el adolescente nacen en territorio venezolano, pero adquiere otra nacionalidad, en el nuevo pasaporte se especifica claramente la ciudad donde nació dicho ciudadano, en tal sentido, si el funcionario logra apreciar al momento del sellado respectivo que en el pasaporte de un país extranjero se señala como

lugar de nacimiento Barquisimeto, por ejemplo, es a todas luces evidente que el niño posee igualmente la nacionalidad venezolana.

Conforme a lo anterior, cuando se solicite una medida de retención de pasaporte, la parte solicitante debe indicar al juzgador sobre el particular de que el niño posee otra nacionalidad, para que se tomen las medidas necesarias y evitar el traslado ilícito.

4. Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente

Esta es una medida, que al contrario de las anteriores, lo que busca es precisamente que se autorice el viaje del niño en casos excepcionales. Esto significa que el solicitante debe probar la gravedad del caso para su procedencia. Por ello, no basta con que se mencione la urgencia como tal, porque el juez debe a nuestro modo de entender, consultar con expertos sobre el diagnóstico del niño, para evitar de esta forma que ciertos padres amparados en esta excepción logren persuadir al tribunal haciéndole creer que su hijo se encuentra con severos problemas de salud, y obtener de esta manera la autorización, que el otro progenitor no desea otorgar.

Finalmente, a manera de conclusiones, creemos importante que el juzgador pueda, de oficio, dictar las medidas cautelares cuando se trate de Instituciones Familiares solamente con la demostración en autos de la presunción del buen derecho y la legitimación para actuar. A su vez, creemos importante que a nuestros niños con doble nacionalidad se les exija la autorización para viajar del otro progenitor. Sin embargo, pese a que estos asuntos carecen de recurso de casación, cuentan con el control de la legalidad para que sea la Sala especializada quien dicte las pautas en estos casos, considerando los acuerdos internacionales y las normas de derecho internacional privado.

Bibliografía

- Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores. (Convención de la Haya).
- Carlos Toloza, Juan. Tutela Judicial Efectiva. Disponible en: juancarlostoloza.googlepages.com/tutelajudicialdefectiva.pdf
- Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.859 de fecha 10 de diciembre de 2007.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario de fecha 1998.
- Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto, 1994).
- Raña Arana, Wálter. El arraigo como instrumento jurídico que limita el valor y el derecho a la libertad de locomoción. (Desarrollo Jurisprudencial Constitucional) Bolivia.
- Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (www.tsj.gov.ve).

Autorizaciones para viajar dentro y fuera del territorio nacional

Carlos Luis Morales García

Sumario:

1. Introducción. 2. Definición. 3. Autoridades competentes para expedir u otorgar la autorización para viajar. 4. Personas que deben manifestar su consentimiento para viajar dentro y fuera del territorio nacional. 5. Naturaleza jurídica de las autorizaciones para viajar. 6. Intervención judicial en las autorizaciones para viajar. 7. Sanciones establecidas en la Lopnna. 8. Consideraciones finales.

1. Introducción

El derecho a la libertad de circular o transitar libremente dentro y fuera del territorio nacional ha sido poco estudiado, y partiendo de la premisa de la doctrina de la protección integral de niños, niñas y adolescentes, el mismo encierra limitaciones y restricciones, dado el principio del ejercicio progresivo de los derechos de los sujetos especiales de protección, que reconoce su condición de ciudadanos o ciudadanas sin distinción o discriminación alguna, sin que se vea comprometida su esencia como derecho, que debe ser garantizado de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva.

En este sentido, este derecho ha sido poco desarrollado por la doctrina; su alcance, descripción y delimitación han sido producto de la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, que aclara y desarrolla las normas relativas para expedir y/o autorizar los traslados de los niños, niñas y adolescentes dentro y fuera del territorio nacional.

2. Definición

Así encontramos que según la jurista Lilian Montero (2000; 381), en su trabajo publicado por la Universidad Católica Andrés Bello con ocasión del segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, define la autorización para viajar de la siguiente manera:

Son permisos expedidos por las autoridades competentes, otorgados por los padres o representantes legales a los niños, niñas y adolescentes, con el objeto de garantizarles el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo del derecho a transitar libremente dentro o fuera del territorio nacional, así como el derecho a estar protegido en contra del traslado y retenciones ilícitas.

En mi criterio podemos entender la autorización para viajar como el mecanismo a través del cual las autoridades competentes, expiden o autorizan, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, el traslado de un niño, niña o adolescente dentro o fuera del país, a través de documento público, ya sea con el consentimiento de sus padres, representantes o responsables o por decisión del órgano judicial en caso de negativa o desacuerdo del padre o la madre, o cuando se desconozca el paradero del progenitor no custodio, pero en ejercicio de la patria potestad.

Este mecanismo, al cual se hizo referencia anteriormente, se constituye en un verdadero dispositivo de protección articulado con el principio de la corresponsabilidad, que se fundamenta en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, y el respeto

recíproco entre sus integrantes, pues por una parte se protege el derecho que tiene todo niño, niña o adolescente a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre o la madre, y por otra parte se protege el derecho de convivencia familiar del padre o la madre que no ejerza la Patria Potestad o que, ejerciéndola, no ejerza la custodia como contenido de la Responsabilidad de Crianza de sus hijos.

Es preciso señalar que en la Reforma Parcial a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, no fueron objeto de modificación los artículos relativos a esta materia, contenidos en el Título IV, Capítulo II, Sección Quinta, específicamente las normas contenidas en los artículos 391, 392 y 393. Sin embargo, con relación a las Atribuciones del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contenidas en el artículo 160, literal "f" de la Lopna, hoy literal "h", se reformó y en ese sentido quedó redactada la norma de la siguiente manera:

Art. 160. Atribuciones:

h) Expedir las autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes dentro y fuera del territorio nacional, cuando dicho traslado se realice sin compañía de su padre y madre, representantes o responsables, excepto cuando haya desacuerdo entre estos últimos, en cuyo caso decidirá el juez o la jueza.

Se hace preciso delinear el contenido y alcance de esta norma, por cuanto el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no concede "autorización", pues sólo los padres y representantes legales tienen esta potestad; a este órgano administrativo sólo le está dada la atribución de dar fe pública de la manifestación de voluntad realizada por estas personas en y garantizar el cumplimiento de determinados requisitos en protección de su derecho a la libertad de tránsito y evitar la retención ilícita de los niños niñas y adolescentes.

Hechas estas consideraciones, se desprenden los elementos que conforman la expedición o la autorización para el traslado de forma lícita de

los niños, niñas y adolescentes dentro y fuera del territorio nacional, los cuales serán desarrollados a continuación.

3. Autoridades competentes para expedir u otorgar la autorización para viajar:

3.1. Dentro del territorio nacional (Art. 391 de la Lopnna):

- a) Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- b) Jefaturas civiles.
- c) Notarías públicas.

3.2. Fuera del territorio nacional (Art. 392 de la Lopnna):

- a) Notarías públicas.
- b) Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, analizando los supuestos planteados en concordancia con el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, corresponde a la autoridad judicial su intervención de manera excepcional, conocer y decidir en los siguientes supuestos:

- 1) Cuando el padre o la madre que en ejercicio de la Patria Potestad o el representante legal llamado a manifestar su consentimiento se negare sin causa justificada a otorgar la autorización para viajar, o cuando exista desacuerdo entre los mismos.
- 2) Cuando se desconozca el paradero del padre o de la madre que ejerce la patria potestad, o del representante legal llamado a otorgar su consentimiento.
- 3) En caso de adopciones internacionales, una vez decidida favorablemente la medida permanente de Colocación Familiar, por parte del juez de Protección.

4. Personas que deben manifestar su consentimiento para viajar dentro y fuera del territorio nacional:

4.1. Progenitores:

Los padres en el ejercicio de la patria potestad tienen deberes y obligaciones respecto a sus hijos, por su misma condición, por lo que en ellos recae la responsabilidad de autorizar el traslado de los mismos, ya sea dentro o fuera del territorio nacional.

En el caso de que un niño, niña o adolescente deba viajar con uno solo de los progenitores, requiere de la autorización del otro, evitando con ello el traslado ilegal o ilícito. El Estado deberá implementar mecanismos efectivos a través de los medios de protección con los que cuenta el Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes, a fin de evitar que se vulnere o viole la garantía de protección contra el traslado ilícito.

4.2. Representantes:

Los padres en el ejercicio de la patria potestad ejercen la representación de los hijos que aún no hayan alcanzado la mayoría y que no estén emancipados; sin embargo, puede suceder que uno o ambos progenitores puedan ser afectados por decisión judicial del ejercicio de la patria potestad en forma temporal o indefinida.

En los casos de niños, niñas o adolescentes, en los cuales ambos progenitores o uno solo de ellos haya fallecido o se desconozca su paradero, corresponde al tutor o tutora autorizar el traslado, a objeto de garantizarles su derecho al libre tránsito.

De igual manera en los casos de niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar, a través de la aplicación de la medida de protección de colocación familiar, ya sea en familia sustituta o en entidad de atención, corresponde a la persona que ejerza la responsabilidad

de crianza y representación autorizar el traslado. Nótese que esta autorización sólo puede hacerla el representante cuando se trata de traslados dentro del territorio nacional, y que en caso de requerirse un traslado fuera del territorio esta autorización debe ser tramitada a través del Tribunal de Protección.

4.3. Responsables:

En pocas palabras son los guardadores de hecho de los niñas, niños y adolescentes, no siendo los padres, o su representante legal; desde todo punto de vista, para mi entender, esta práctica se encuentra actualmente en desuso, debido a que en estos casos, por lo general, las personas que detentan la Responsabilidad de Crianza de hecho acuden a los órganos competentes del Sistema Rector Nacional con el propósito de legalizar y regularizar la situación jurídica de estos sujetos especiales de protección que están bajo su custodia y vigilancia.

Cabe destacar que estos responsables en ningún caso están autorizados por la ley a manifestar su consentimiento para el traslado dentro o fuera del territorio nacional; caso contrario pudiera configurarse el traslado ilícito.

4.4. El niño, niña y/o adolescente:

Tal como se define en el artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se considera niño toda persona con menos de 12 años, y se es adolescente con 12 años de edad y menos de 18.

Tomando en consideración lo establecido en los artículos 10 y 13 de la LOPNA, los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho, y en consecuencia gozan de todos los derechos y garantías consagrados en el ordenamiento jurídico, y que los mismos pueden ser ejercidos de manera personal, directa, y conforme a su capacidad evolutiva.

La reforma parcial incorporó en su artículo 451 que los adolescentes tengan plena capacidad procesal para ejercer de manera personal las acciones dirigidas a la defensa de sus derechos y garantías, y en el caso que nos ocupa, las solicitudes de autorización para viajar dentro y fuera del país, en los casos de negativa o desacuerdo por parte de sus padres o representantes, podrán ser interpuestas directamente por los hijos o hijas adolescentes.

5. Naturaleza jurídica de las autorizaciones para viajar

Las autorizaciones para viajar dentro y fuera del país constituyen una verdadera garantía inserta dentro del Derecho Positivo especial vigente, pues en una dimensión regula los derechos protegidos de los niños, niñas y adolescentes tales como: el derecho al libre tránsito, derecho al descanso, recreación, esparcimiento y juego, a la no separación de sus padres, a la protección contra el traslado ilícito; y en otra dimensión, protege el derecho que tiene el padre o la madre no custodio, su familia de origen nuclear o extendida, pues lo que se pretende no es otra cosa que tutelar de manera efectiva el derecho ambivalente a la Convivencia Familiar que tienen tanto el niño, niña o adolescente y sus progenitores.

Por otra lado, es menester analizar el contenido de la norma constitucional prevista en el artículo 76, la cual coloca en un plano de igualdad al padre o la madre en el ejercicio de la responsabilidad de crianza, cuando señala: "El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...".

Asimismo, la norma prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no hace distinción alguna, en cuanto al ejercicio de la coparentalidad, creando obligaciones comunes e iguales al padre o la madre con respecto a sus hijos. Dicha norma dispone:

La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo, garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

En este sentido, ambos progenitores se encuentran en un plano de igualdad en relación con las responsabilidades y obligaciones comunes para con sus hijos, donde no existe predominio de uno sobre otro, pero cuando los padres deciden romper su vida en común y se separan, la Ley especial aporta medios para evitar las separaciones arbitrarias de los niños, niñas y adolescentes de su entorno familiar, garantizándoles el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre y la madre, a la libertad de tránsito y el derecho a ser protegidos contra el traslado ilícito dentro y fuera del territorio nacional.

La razón de ser de estas distinciones estriba en la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes puedan ser ubicados fácilmente, y que tengan relaciones personales y contacto directo con sus progenitores, como deber de Estado de protección de la familia, como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tal como lo señala el artículo 75 constitucional; y ese deber del Estado se ejerce por medio de sus di-

versos poderes, entre los cuales se encuentra el judicial, quien interviene en las autorizaciones para viajar, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Igualmente es conveniente revisar el contenido del artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala:

Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

Siendo éste un derecho de todo niño, niña o adolescente como sujeto pleno de derecho, corresponde al Estado garantizar y preservar que éstos no pierdan el contacto directo con el padre o la madre, lo que sucedería si el menor es desarraigado, o llevado fuera del territorio nacional con la finalidad de vulnerar sus derechos.

6. Intervención judicial en las autorizaciones para viajar

6.1. Órgano competente.

El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es el órgano del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, competente para el otorgamiento de las autorizaciones para viajar en aquellos casos en los que no hay acuerdo entre las personas llamadas por mandato de la Ley a manifestar el consentimiento.

Por ello el Estado tiene una responsabilidad indeclinable, para tomar todas las medidas judiciales y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar a todos los niños niñas y adolescentes el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Cuando sea necesaria la intervención del órgano judicial, éste debe hacerlo siguiendo la doctrina establecida por la Sala Constitucional

de nuestro máximo Tribunal, en sentencia de fecha 25 de julio de 2005, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en la cual establece:

En estos casos de oposición a la autorización donde hay que acudir ante el juez a fin de que este decida lo que convenga, el juez menoril debe hacerlo oyendo a los padres y al menor, ponderando la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el menor no sea desarraigado de su familia, ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella; razones por las cuales al juez debe probarsele de cuál es la verdadera situación del menor viajero, de su regreso a la esfera del otro padre, de la posibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 76 constitucional; y el juez puede exigir pruebas a los padres, indagar las condiciones de vida en el exterior tanto del niño como del padre que viaja con él, si fuere el caso, la condición legal de los viajeros si fuera para otros países, la dirección donde se encontrará el menor, así como el medio de comunicación con el padre, y todo lo que le permita formarse una idea cabal, a fin de que se cumplan los artículos 75 y 76 constitucionales, tal como examinar visas, documentos, etc.

Siendo de advertir que el juez puede imponer condiciones para el viaje, garantizarle al padre que queda en el país la accesibilidad al hijo, las facilidades para comunicarse con él, y que su incumplimiento puede entenderse como traslado o retención ilícita del menor a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Cabe destacar a este respecto que aun cuando el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no precisa la naturaleza del proceso aplicable para el otorgamiento de las autorizaciones para viajar, por cuanto la norma no fue objeto de reforma; sin embargo, en aquellos casos que existan negativas o desacuerdos de los llamados, este procedimiento dentro de los asuntos de familia de naturaleza contenciosa pasará a ventilarse por el procedimiento ordina-

rio contenido en los artículos 450 y siguientes; de igual manera se le atribuyó al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes esta competencia expresamente en el literal "f" del artículo 177 de la Ley especial en materia de infancia y adolescencia.

En esencia, debe puntualizarse que el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo que esboza en el fondo es un asunto que rebasa el simple otorgamiento de la autorización, lo que podía compararse a un simple acto administrativo, pues se trata del establecimiento, límite y alcance de los derechos tanto del padre, como de la madre o el niño, niña o adolescente involucrados en la diatriba familiar referente a la autorización para viajar.

Es preciso reseñar que en cumplimiento de la disposición transitoria prevista en el artículo 680 de la Lopnna, el procedimiento ordinario para tramitar los asuntos de familia de naturaleza contenciosa antes señalado se aplicará cuando entren en funcionamiento los Circuitos Judiciales de Protección de Niños Niñas y Adolescentes, y en aquellas Circunscripciones Judiciales en las cuales no se haya instaurado la vigencia plena de la Lopnna; a tenor del carácter vinculante de la Sentencia que antes mencionamos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ventilaran por el procedimiento especial de alimentos y guarda establecidos en los Artículos 511 y siguientes de la Lopna.

6.2. *Legitimados' activos para solicitar la autorización judicial para viajar*

Conforme a lo previsto en el artículo 393, pueden acudir por ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes los siguientes sujetos:

- 1) El padre o la madre en ejercicio de la custodia que desea que el hijo o hija viaje, ante la negativa del otro progenitor, o en caso de desacuerdo de éste sobre el viaje.

- 2) El padre o la madre que no quiere perder el contacto directo ante la posibilidad de separación del hijo o hija del domicilio o residencia habitual.
- 3) El o la adolescente en defensa de sus derechos que quiere viajar, y existe negativa o desacuerdo del o de los padres en ejercicio de la patria potestad, llamados a manifestar su consentimiento para el viaje.

Además de los supuestos anteriormente descritos, la norma se hace aplicable en aquellos casos de niños, niñas y adolescentes privados temporalmente de su medio familiar, los cuales han sido objeto de la aplicación de la medida de protección de colocación familiar o en entidad de atención, cuya representación la ejerce la familia sustituta o el responsable de la referida entidad.

En todo caso la autorización o negativa del juez obedece a reconocer un derecho o en cabeza del peticionante o en quien niega el permiso y tal derecho emana directamente de la Constitución y de instituciones como la patria potestad y la responsabilidad de crianza, reconocimiento éste que busca únicamente impedir u ordenar el viaje, a fin de que no sea arbitrario y que se ajuste al sentido y alcance de la norma citada, por lo que la misma debe estar precedida de un procedimiento contencioso por tratarse no solamente de una simple autorización sino de aspectos que tienen que ver con elementos de la responsabilidad de crianza.

7. Sanciones establecidas en la Lopnna

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece un conjunto de sanciones de carácter administrativo y penal a las infracciones a la protección debida, a todas aquellas personas que incurran en el tráfico transporte o entrega ilegal de niños, niñas y adolescentes. Las sanciones de carácter administrativo se encuentran consagradas en los artículos 231 y 232 de la Lopnna, y corresponde conocer para su imposición a los Tribunales de Protección de Niños,

Niñas y Adolescentes, tal cual lo dispone el artículo 214 del cuerpo especial normativo,; en ellas se establecen multas entre sesenta (60) y ciento veinte (120) unidades tributarias, para todas aquellas personas naturales o jurídicas que transporten o entreguen ilegalmente a un niño, niña o adolescente sin la debida autorización expedida por la autoridad competente del Sistema Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Del mismo modo la Ley consagra en los artículos 266 y 267 las sanciones de tipo penal aplicables en los supuestos de tráfico y lucro indebido por la entrega de niños niñas y adolescentes; en este sentido, se establece prisión de diez (10) a quince (15) años para las personas que incurran en el tipo penal del tráfico, y con respecto al lucro indebido se prevé penas de dos (02) a seis (06) años de prisión, además de la sanción penal establecida en el artículo 270 de la Lopnna, referente al desacato a la autoridad, el cual contempla pena de prisión de seis (06) meses a dos (02) años.

8. Consideraciones finales

La Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes constituye un avance de suma importancia en garantía del derecho a la libertad de tránsito y a la protección del traslado ilícito de niños, niñas y adolescentes. Se adiciona dentro de las competencias de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo relativo a la negativa o desacuerdo en las autorizaciones para viajar dentro y fuera del país, cuya controversia en relación con el contenido, alcance y limitaciones deberá ser tramitada por el procedimiento ordinario previsto en ley especial.

Anexo

LINEAMIENTOS SOBRE AUTORIZACIONES PARA VIAJAR DENTRO O FUERA DEL PAÍS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

(Gaceta Oficial N° 37.432 del 29 de abril de 2002)

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

CONSEJO NACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Caracas, 25 de abril de 2002

Años 191° y 143°

DECISIÓN

El Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, en su carácter de Máxima Autoridad del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes en ejercicio de las atribuciones conferidas en los Literales "a" y "b" del Artículo 137 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en concordancia con lo establecido en los Artículos 10, 40, 133, 184, 391, 392 y 393 *eiusdem*, fundamentado en lo preceptuado en los Artículos 50 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 10 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

CONSIDERANDO

Que es deber del Estado garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio pleno y efectivo del derecho al libre tránsito, así como su protección debida contra el traslado ilícito dentro y fuera del territorio nacional.

CONSIDERANDO

La corresponsabilidad del Estado, las familias y la sociedad en cuanto a la protección de todos los niños, niñas y adolescentes contra el traslado ilícito, para lo cual deben instrumentarse acciones conjuntas destinadas a garantizar dicha protección.

CONSIDERANDO

Que los funcionarios y todas aquellas personas que laboren directamente en los distintos medios de salida del país, ya sean aéreos, marítimos, fluviales o terrestres deben ejercer el control exhaustivo de la documentación que acredite la condición en el traslado de niños, niñas y adolescentes dentro y fuera del territorio nacional, a los efectos de evitar el tráfico de éstos.

CONSIDERANDO

La necesidad de disponer un conjunto de disposiciones que aclaren y desarrollen las normas relativas a la expedición por parte de las autoridades competentes de las autorizaciones requeridas para que puedan viajar dentro y fuera del país los niños, niñas y adolescentes, establecidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

DECIDE

Dictar los siguientes:

LINEAMIENTOS SOBRE AUTORIZACIONES PARA VIAJAR DENTRO O FUERA DEL PAÍS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Capítulo I Disposiciones Generales

Artículo 1 Definición Las autorizaciones para viajar dentro o fuera del país son permisos expedidos por las autoridades competentes y otorgadas a los niños, niñas y adolescentes por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad o representantes legales, con la finalidad de garantizarles de manera segura el ejercicio del derecho a desplazarse libremente dentro o fuera del territorio nacional.

Artículo 2 Objeto Las autorizaciones para viajar tienen por objeto brindar a los niños, niñas y adolescentes protección integral en el ejercicio pleno del derecho al libre tránsito para su protección contra el traslado ilícito.

Artículo 3 Ámbito de Aplicación Las normas relativas a las autorizaciones para viajar establecidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y en los presentes Lineamientos, serán aplicables por igual y sin discriminación alguna a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional.

Capítulo II Autorizaciones para Viajar dentro del País

Artículo 4 Viajes sin Autorización Todos los niños, niñas y adolescentes pueden transitar dentro del territorio nacional sin requerir autorización alguna, siempre que estén acompañados por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, por ambos, o en su defecto por el representante legal.

Parágrafo Único: No se requerirán autorización para viajar, los adolescentes ya emancipados.

Artículo 5 Requerimiento de Autorización Todos los niños, niñas y adolescentes que viajen con terceras personas o solos, requerirán de una autorización para viajar otorgada ante las autoridades competentes por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, por ambos o en su defecto por el representante legal.

Parágrafo Único: Se entiende por terceras personas a los efectos de estos Lineamientos aquellas que no siendo el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad o el representante legal, tales como parientes o responsables, viajen con el niño, niña y adolescente.

Artículo 6 Autoridades Competentes Las autoridades competentes para el otorgamiento de las autorizaciones para viajar dentro del país, destinados a niños, niñas y adolescentes, son los siguientes:

- a. Consejos de Protección del Niño y del Adolescente;
- b. Jefaturas Civiles o Prefecturas; y
- c. Notarías Públicas

Capítulo III Autorizaciones para Viajar Fuera del País

Artículo 7 Viajes sin Autorización Todos los niños, niñas y adolescentes pueden trasladarse fuera del territorio nacional, sin requerir autorización alguna, siempre que estén acompañados por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, por ambos, o en su defecto por el representante Legal.

Parágrafo Único: No requerirán autorización para viajar, los adolescentes ya emancipados.

Artículo 8 Requerimiento de Autorización Los niños, niñas y adolescentes que viajan con terceras personas o solos, requerirán de una auto-

rización para viajar otorgada por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, por ambos, o en su defecto por el representante legal.

1. En el caso que el niño, niña o adolescente viaje con el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, o bien con uno de los representantes legales, requerirá de la autorización para viajar otorgada por el padre, madre o representante legal que no lo acompañe en el viaje.
2. Cuando los niños, niñas y adolescentes viajen solos, requerirán de una autorización para viajar otorgada por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, por ambos, o en su defecto por el representante legal.
3. Cuando los niños, niñas y adolescentes se trasladen fuera del país en compañía de terceras personas, requerirán de una autorización para viajar otorgada por el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, por ambos, o en su defecto por el representante legal.
4. En el caso de niños, niñas y adolescentes que deseen trasladarse fuera del país solos o en compañía de terceras personas y el padre o la madre haya fallecido, hubiere sido privado de la Patria Potestad o no esté establecida la filiación, requerirán de la autorización del padre o madre sobreviviente, del que ejerza la Patria Potestad o respecto de quien esté establecida la afiliación.

Parágrafo Único: Cuando el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad o el representante legal llamado a dar su consentimiento, se encuentre fuera del territorio nacional, podrá otorgar la autorización para viajar por ante el Consulado de la República Bolivariana de Venezuela correspondiente.

Artículo 9 Autoridad Competente Las autoridades competentes para el otorgamiento de las autorizaciones para viajar fuera del país destinadas a niños, niñas y adolescentes, son las siguientes:

- a. Consejos de Protección del Niño y del Adolescente; y
- b. Notarías Públicas

Capítulo VI Situación Excepcional

Artículo 10 Niños, Niñas y Adolescentes Extranjeros con Pasaporte o Visa de Turista que Ingresen Solos o Acompañados Los niños, niñas y adolescentes cuya residencia habitual sea otro Estado, que hayan ingresado al país en compañía de sus padres, representantes legales o solos con pasaporte o visa de turista, deberán regirse por la legislación aplicable, en el Estado de su residencia habitual.

Parágrafo Único: En el caso de que un niño, niña y adolescente cuya residencia habitual sea otro Estado desee viajar al país sin la compañía de sus padres o representantes legales, la autorización debe estar legalizada por el Consulado de la República Bolivariana de Venezuela correspondiente.

Capítulo V Disposiciones Comunes

Artículo 11 Intervención Judicial. El Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente es el órgano jurisdiccional competente para el otorgamiento de las autorizaciones para viajar en los siguientes casos:

1. En los supuestos planteados en el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente cuando el padre o la madre que ejerza la Patria Potestad o el representante legal llamado a dar su consentimiento se negare sin causa justificada a otorgar la autorización para viajar, o bien cuando exista desacuerdo entre los mismos, el Juez de Protección, previa solicitud del padre o de la madre que ejerza la Patria Potestad, del representante legal o del adolescente interesado, podrá otorgar o no la autorización para viajar, decidiendo lo que más convenga al niño, niña, o adolescente involucrado, atendiendo al principio de Interés Superior del Niño.

2. Cuando se desconozca el paradero del padre o de la madre que ejerza la Patria Potestad, de ambos, o del representante legal llamado a otorgar su consentimiento para el traslado de niños, niñas o adolescentes dentro o fuera del país, el Juez de Protección deberá decidir y resolver lo que más convenga basándose en el Interés Superior del Niño.
3. En caso de adopciones internacionales, una vez decidida favorablemente la colocación del niño, niña o adolescente por parte del Juez de Protección, será éste último, por decisión expresa y otorgada por escrito, quién autorizará el traslado de éstos al destino fijado fuera del territorio nacional, ello de conformidad con lo normado en el artículo 502 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En todo caso el niño, niña o adolescente debe ir acompañado por uno o ambos solicitantes de la adopción
4. De manera transitoria, ante la ausencia del Consejo de Protección del Niño y del Adolescente correspondiente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 676, literal a, de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Artículo 12 Contenido de la Solicitud La solicitud de autorización para viajar debe contener:

Identificación del padre o la madre que ejerza la patria potestad, de ambos o del representante legal del niño, niña o adolescente, según sea el caso.

Identificación de la persona con quien viaja el niño, niña y adolescente.

Nombre del país y ciudad hacia donde viajará el niño, niña y adolescente.

El tiempo de duración del viaje.

Identificación de la persona quien recibirá al niño, niña o adolescente en su destino, en caso de viajar solo.

Parágrafo Único: Las autorizaciones para viajar deben ser específicas para cada viaje o por grupo de viaje dentro de un lapso determinado.

Artículo 13 Requisitos Exigidos A los efectos de la expedición de las autorizaciones para viajar dentro o fuera del territorio nacional destinadas a niños, niñas y adolescentes por parte de las autoridades competentes, deberán presentarse los siguientes recaudos:

1. Partida de Nacimiento del niño, niña y adolescente que va a viajar, la presentación del documento en mención debe ser requerida sólo a los efectos de comprobar de manera fehaciente el vínculo entre quien otorga la autorización para viajar y el niño, niña y adolescente y a tal efecto no se requiere que este documento tenga expedición inferior a los seis (6) meses.
2. Cédulas de identidad del padre o la madre que ejerza la Patria Potestad, de ambos o del representante legal otorgante de la autorización para viajar.
3. Cédula de identidad del niño, niña y adolescente que desee trasladarse dentro o fuera del país, si la tuviere.
4. Documento que compruebe suficientemente la condición del representante legal llamado a dar su consentimiento para el traslado de niños, niñas y adolescentes, dentro o fuera del territorio nacional.
5. Partida de matrimonio, en caso de adolescentes emancipados.
6. Partida de Defunción del padre o madre fallecido.

Artículo 14 Principio de Gratuidad Las autoridades competentes para el otorgamiento de las autorizaciones para viajar, tramitarán estas solicitudes en papel común y sin estampillas, las despacharán con preferencia y no podrán cobrar emolumento alguno, ni aceptar remuneración.

Capítulo VI Sanciones

Artículo 15 Régimen Sancionatorio Todas aquellas personas que de cualquier manera realicen actividades vinculadas al transporte ilegal de niños, niñas y adolescentes, serán sancionadas con multa de uno (1) a diez (10) meses de ingreso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 231 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Todas aquellas personas que estén incurso en el delito de envío al exterior de niños, niñas y adolescentes con el propósito de obtener lucro, serán penadas con prisión de dos (2) a seis (6) años, de acuerdo a lo establecido en el artículo 266 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Quedan a salvo las sanciones de carácter administrativo, civil y penal, consagradas en el Código Civil, Código Penal y otras Leyes de la República.

Disposiciones Derogatorias

Queda derogada la Decisión del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente de fecha 13 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.933 de fecha 14 de julio de 2000.

Comuníquese y Publíquese

POR EL CONSEJO NACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO
Y DEL ADOLESCENTE...

Bibliografía

- Asamblea Nacional (2007). Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.859 de fecha 10-12-2008, Caracas.
- Asamblea Nacional Constituyente (2000). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 extraordinaria del 24-03-2000, Caracas.
- Congreso de la República de Venezuela (1990). Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño. Gaceta Oficial N° 34.541 del 29-08-1990, Caracas.
- Congreso de la República de Venezuela (1998). Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Gaceta Oficial N° 5.266 extraordinaria del 02-10-1998, Caracas.
- Cornieles, Cristóbal (2005). Consejos y Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente. Cuaderno Docente N° 6. Caracas: Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello.
- Cornieles, Cristóbal (2001). Los derechos y los deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En: Cornieles, Cristóbal (coord.) (2001). Segunda jornadas sobre la Lopna: Primer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

- Documentos sobre autorizaciones para viajar. Área Defensa de Derechos Difusos y Colectivos. Caracas: Consejo Nacional de Derechos.
- Montero, Lilian (2002). Autorizaciones para viajar. En: Cornieles Cristóbal y Morais María (coord.) (2002). Terceras Jornadas sobre la Lopna: Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Morales, Georgina (2002). Instituciones Familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: Vadell Hermanos.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Magistrado ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, dictada en fecha 25-07-2005, expediente N° 07-0130. Disponible en www.tsj.gov.ve.

*Este ejemplar se terminó de imprimir en la
ciudad de Caracas - República Bolivariana
de Venezuela, en el mes de octubre de 2011,
en los talleres de las prensas venezolanas de
Organización Gráficas Capriles C.A.
ogcapriles@gmail.com*

