

The background of the cover is a complex stained glass artwork. It features a central figure, likely a woman's face, rendered in a mosaic of various colors including blues, greens, oranges, and purples. The figure is set against a grid of dark lines, which is further overlaid by a pattern of lighter, intersecting lines, creating a web-like or crystalline structure. The overall effect is that of a multi-layered, intricate piece of art.

Juan Rafael Perdomo

Magistrado de la Sala de Casación Social

I
**CONGRESO
INTERNACIONAL
DERECHO DE FAMILIA**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Colección Eventos N°38

Caracas / Venezuela / 2011

**KHW480
C749**

**I Congreso Internacional Derecho de Familia / Juan Rafael Perdomo,
coordinador – Caracas: Tribunal Supremo de Justicia-Fundación Gaceta
Forense, 2011.**

308 p. -- (Serie Eventos N° 38)

ISBN:

- 1. Derecho de Familia -- Venezuela.**
- 2. Familia – Venezuela.**
- 3. Tribunal Supremo de Justicia – Venezuela.**

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

BARTOLOMÉ ROMERO T.
Editor

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

Serie Eventos N° 38
Depósito Legal: lf51820113404226
ISBN: 978-980-6074-71-2

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

I CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA

N° 38

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

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Dr. Francisco 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 Maria Madriz Sotillo
Dr. Malaquías Gil Rodríguez
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas 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 Porras de Roa

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Dr. Levis Ignacio Zerpa
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 Briceño
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
PRESIDENCIA

Palabras Preliminares

En el marco de las iniciativas de este Tribunal Supremo de Justicia, orientadas a la difusión de los valores científicos y culturales, debe destacarse la tarea encomendada a la Fundación Gaceta Forense, consistente en su cotidiana tarea de publicación y difusión de trabajos, ensayos y estudios, producto del intelecto de nuestra comunidad jurídica, enmarcados todos dentro de un sano espíritu de contribución académica y profesional de la ciencia del Derecho.

Es así como la Fundación Gaceta Forense ha venido desplegando un trabajo editorial diverso, publicando colecciones y series que han obtenido un elevado prestigio y aceptación en nuestro foro jurídico, dentro de las que destacan: i) Colección Estudios Jurídicos; ii) Colección Nuevos Autores; iii) Colección Libros Homenaje; iv) Serie Eventos; v) Colección Doctrina Judicial; vi) Serie Normativa; vii) la Revista de Derecho y viii) Varios.

Todas y cada una de tales colecciones y series se publican respetando los conceptos y expresiones usadas por sus autores, pero eximiendo de igual forma de toda responsabilidad o vinculación formal para con este digno Tribunal Supremo y a sus autoridades.

Es así como esperamos que esta nueva publicación –que por las presentes palabras preliminares se introduce en la ya extensa biblioteca de ediciones de la Fundación Gaceta Forense y del Tribunal Supremo de Justicia– sea acogida con entusiasmo y beneplácito por nuestra comunidad jurídica y logre enriquecer también su rigor científico y académico para el beneficio de nuestro foro.

Caracas, febrero de 2011

Luisa Estella Morales Lamuño

Índice

Presentación	9
CAPÍTULO I LA FAMILIA	
Análisis socio-antropológico de la familia venezolana. Lic. José H. Nevado	13
CAPÍTULO II LA NUEVA LOPNNA	
Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la nueva LOPNNA. Lic. Gabriela Ramírez Pérez	31
Participación de niños, niñas y adolescentes y reforma de la LOPNNA. Lic. Delia Martínez	41
Audiencia preliminar. Magistrado Juan Rafael Perdomo	67

CAPÍTULO III MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Procedimientos para resolución alternativa de conflictos. Dra. Josefina M. Rendón	93
Mediación y otras alternativas de resolución de disputas familiares. Judy K. Dougherty y Josefina M. Rendón	103
La mediación familiar en el ámbito judicial para la protección de niños, niñas y adolescentes. Dra. Miriam San Juan Armas	157
Colocación familiar y adopción. Dra. Haydée Barrios	197

CAPÍTULO IV PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Dr. Ignacio Goicoechea	243
Estudio preliminar del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños ("Convenio de La Haya de 1996"). Dr. Ignacio Goicoechea	273
Proyecto de ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños. Dr. Ignacio Goicoechea	299

Presentación

En marzo de 2008 se llevó a cabo, en la sede del Tribunal Supremo de Justicia, el I Congreso Internacional de Derecho de Familia, organizado por la Sala de Casación Social, con la participación de nueve ponentes en representación de tres países: Argentina, Estados Unidos y Venezuela.

Esta obra recoge las ponencias presentadas sobre la familia venezolana, en particular, un análisis antropológico de ésta, y sobre la Nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, específicamente, los derechos de la infancia y la adolescencia, la participación de niños, niñas y adolescentes, la audiencia preliminar, los medios alternativos de solución de conflictos, la colocación familiar y la adopción y, finalmente, la protección internacional de niños. Las mismas 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. Efectivamente, las normas esenciales de la Constitución de la República Bolivariana 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 el mismo contribuya a su mejor formación. Aprovechamos la oportunidad para reiterar el agradecimiento de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de la cual soy Vicepresidente, y a los participantes en el evento citado.

Caracas, febrero de 2011

Juan Rafael Perdomo

Capítulo I La Familia

Análisis socio-antropológico de la familia venezolana

*Lic. José H. Nevado**

Trabajo presentado para el I Congreso Internacional sobre Derecho de Familia, auspiciado por el Tribunal Supremo de Justicia y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Marzo, 5 al 7 de 2008.

1. ¿La familia o las familias?: Aproximación a una mirada antropológica

En la Venezuela contemporánea si hay algo que sea difícil de analizar y conceptualizar es la Familia. Nada hay más alejado de la realidad real que

* Licenciado en Filosofía. Magister en Antropología Social y Cultural. Diplomado en Gerencia de Proyectos. Planificador de la Oficina de Políticas y Programas del Consejo Municipal de Derechos del Niño y del Adolescente de Maracaibo (COMUDENAM). Profesor del Curso Avanzado sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Convenio URU - COMUDENAM - UNICEF. Profesor del Curso de Actualización en Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Convenio UNICA - COMUDENAM - UNICEF. Facilitador en procesos de Formación y Capacitación para UNICEF y CECODAP. Ex asesor de la Comisión Permanente de la Familia, Mujer y Juventud de la Asamblea Nacional. **Tel:** 0416-7607559 / 0261-7935284. **E-mail:** jnevado@cantv.net

los alcances legales y conceptuales proporcionados por los instrumentos normativos y gran parte de los doctrinarios vigentes en el país.

Por su parte, en las llamadas ciencias sociales, las reflexiones e investigaciones sobre la familia en América Latina se han efectuado en términos de los dominios societarios ajenos a la estructura familiar propiamente dicha; por lo tanto, sus características han sido definidas y asumidas en el marco de un seudoproceso general evolutivo de la actual sociedad.

“Así, es un hecho recurrente en la historia de las ciencias sociales entre nosotros, que tales estudios han estado principalmente en acuerdo y concordancia con teorías económicas modernas de desarrollo de la sociedad contemporánea; con su historia económica o en adaptación a los patrones modernos de trabajo en las ciudades; a la consecuencia de su incremento y crecimiento demográficos, y hasta con el fenómeno de las fuertes corrientes migratorias en el Continente Americano. Está claro que según estas perspectivas o enfoques la familia es siempre vista como un mundo social que refleja y evoca estos procesos históricos” (López-Sanz, R. 1993: 26).

Los marcos de análisis están enclavados, entonces, en los factores económicos y productivos, disolviéndose los intrincados procesos familiares en fórmulas utópicas o bajo las normas ideales de la vida familiar de la llamada “familia nuclear”, concebida de manera aislada, la cual es un producto socio-histórico de la industrialización. Aunque también es cierto que las sociedades humanas siempre han tenido un grupo familiar mínimo equiparable a esa categoría, también es cierto que se ha asumido los caracteres de este producto como si fuera universal, presentándola como el modo apropiado de vida familiar moderno, la cual reflejaría el progreso y la “evolución” social.

Por consiguiente, se hace necesario relativizar la absolutización de esta categoría impertinente a las complejas redes sociales contemporáneas, teniendo sentido sus implicaciones sólo en ciertos contextos, ya que —en palabras de Raymond T. Smith— es un “símbolo cultural” que se puede desarrollar y hasta es necesario como unidad signifiante de ciertos sistemas sociales construidos por la denominada sociedad occidental

durante la modernidad. En tal sentido, Smith afirma que la familia nuclear debe ser concebida como:

“Un sistema de roles interactuantes; es un desarrollo, en un nivel diferente, de la familia nuclear como un símbolo cultural; y es un desarrollo hecho posible, aun necesario, por el hecho de que en la clase media la familia nuclear como sistema tiene funciones importantes únicas y constituye una unidad signifiante de sistemas sociales más amplios. La familia nuclear viene a tener una identidad, un rol, sobre y alrededor de sus partes constituyentes; está personificada y es concebida como una unidad capaz de acción. Nada de esto es cierto para la clase baja”. (Citado en López-Sanz, R. 1993: 27).

Por ello, para entender la familia, es fundamental considerar el tipo de sociedad en la cual se desarrolla y asumir las particularidades y dinámicas de los sistemas sociales involucrados. Es menester liberarse de las trampas ideológicas que propulsan un tipo familiar como “modelo”; de los idearios familiares descontextualizados de la historia vivida por la sociedad y de los sentimientos generados por las relaciones familiares; de las calificaciones deterministas que sitúan a las familias en los atolladeros de los “buenos y los malos”, de los “normales o típicos” y los “anormales, atípicos o irregulares”. En el siglo XXI, debemos abrir la discusión para comprender las complejidades de las familias.

2. Nuestra madre Venezuela tiene nombre de mujer

Es muy común escuchar y decir, “*nuestro problema es la familia*”; “*la crisis venezolana es una crisis familiar*”; “*es que no se enseñan valores en la familia*”... a nivel de su desempeño se etiqueta a la familia como “*desestructurada*”, “*disfuncional*” u otras categorías... A nivel de su ubicación en status se ubican como de “*clase media*”, “*familia marginal*”, “*de buena familia*”, entre otras... Clasificaciones surgen y se extinguen, se inventan otras o se importan de alguna corriente sociológica, antropológica, psicológica o económica.

Sin embargo, esta señalización y búsqueda de un culpable, en este caso *LA FAMILIA*, es una especie de paliativo psicológico para no adentrarnos en las

profundidades del análisis social y de los referentes políticos, religiosos, económicos, históricos y éticos que le dan sentido a la sociedad venezolana.

Más allá de dictaminar como culpable a las familias y sus incomprendidas multiformidades dinámicas, lo que realmente aplica es entender y comprender el funcionamiento estructural de las mismas. De lo contrario, en nuestro país de ganadores y perdedores, las acciones gubernamentales y privadas siempre pertenecerán al bando de los buenos y las familias receptoras de las dádivas y de los intentos de control e intervención infértiles, al de los malos.

La formulación de las políticas públicas deben estar orientadas como un todo orgánico e integral al desarrollo de las familias, pero conociéndolas desde adentro. No se puede continuar sacrificando lo importante por lo urgente y colocando la mal llamada "*disfuncionalidad familiar*" como chivo expiatorio para hacerse paso y ganar terreno con mecanismos populistas que mantienen a grandes conglomerados sociales sumidos en procesos de exclusión y autoexclusión social.

Es importante acotar que al hablar de la familia venezolana nos referiremos a la criolla, rural o urbana; entendiendo que las indígenas presentan diversidades profundas de acuerdo con los patrones étnicos particulares. Según Samuel Hurtado (1998, 1999), la familia venezolana puede definirse como matrisocial, es decir que:

"... los esquemas de los comportamientos están definidos por las orientaciones originadas en el supersímbolo de la madre; esto es, no sólo la filiación (la producción del sistema de parentesco), sino también la socialidad (la producción de la sociedad) se encuentran configuradas por la imagen de la madre, y por tanto su centralidad pauta las normas de la vida familiar, así como las leyes de las relaciones sociales o vida de la sociedad. Ya no se trata de lo prescriptivo de la sociedad de linajes, sino de lo prescriptivo de las vivencias o pautas culturales, que también definen aún con más inmediatez y hondura, hasta el nivel etnopsiquiátrico, las relaciones simbólicas-reales de una sociedad o cultura". (1999: 35-36).

Esta categorización se dirige a poder generar explicaciones de los aspectos estructurales y funcionales de la familia venezolana, sin que ello

implique posturas epistemológicas estáticas o deterministas. Sin embargo, Hurtado, a partir de sus investigaciones antropológicas con diversos grupos familiares venezolanos ha reconocido algunas características que definen la matrisocialidad (1999: 37-41), tales como:

- Exaltación de la figura materna frente a una figura paterna "insignificante" y una figura femenina disminuida. En la filiación la relación con los hijos e hijas es fuerte y jerarquizada. Con los varones, la identificación es transitoria; con la llegada a la pubertad debe ir buscando la independencia, como "los hombres", por lo que se genera un "rechazo" por parte de la madre. Con las hembras, la identificación es muy estrecha, ya que hay que prepararlas para la vida, para que sean mujer de hogar y sepan asumir responsabilidades desde la segunda niñez y la adolescencia.
- Con el rechazo del adolescente que en su niñez fue consentido, se produce la oposición de los espacios sexuales; la casa, es el espacio bueno asexual, el espacio de las mujeres, y la calle, el espacio malo sexual, el espacio de los hombres. Este esquema de valores facilita el rompimiento permanente de los intercambios recíprocos a favor del hombre (macho).

En el esquema matrisocial, el matrimonio se encuentra con dificultades estructurales. Las alianzas en este contexto no generan compromisos profundos, pudiendo romperse en cualquier momento. Los lazos fuertes son los consanguíneos y son los de mayor demanda de obligaciones. La esposa no pertenece a la familia y los hijos del hijo no gozan de la misma consideración que los de la hija. En el refranero popular dice la madre: "*Los hijos de mis hijas nietos son, los de mis hijos... quién sabe si son*".

Para Hurtado existe un desorden étnico estructural de la matrisocialidad que se visualiza en el surgimiento de los conflictos familiares permanentes, fundamentalmente en las relaciones de alianza, existiendo cuatro ejes en los cuales puede observarse:

- a. Desplazamiento del padre y la mujer del hijo por parte de la madre y por la jerarquía matrisocial de las hijas. El hombre es sólo un complemento. Sus obligaciones se reducen a aportes económicos.

- b. La exclusividad del amor a la madre. Este amor implica el compromiso ineludible y permanente. El hijo se puede unir, pero no casarse. Los conflictos naturales entre nuera/yerno y madre genera el típico odio a la suegra, tan oculto en los chistes y refraneros populares. En este eje también se ubica el cuidado extremo del hijo y su orientación sexual definida.
- c. El adolescente rechazado no puede ir contra su casa, sino que se vuelca hacia la calle, que es donde finalmente aprende a ser varón, cosa que debe demostrar permanentemente por la inherencia de sus hermanas en la casa, las cuales colocan su hombría bajo sospecha. Si el hijo pierde su vida o su hombría, la madre enlutece. Sin embargo, *“Una madre, siempre es madre y aunque el hijo se vaya, siempre será su madre”*.
- d. El sometimiento de la hija adolescente a la madre y la tensión que esta sobreprotección genera en la primera. Es el real conflicto de la casa. Pese a ello este período de socialización culmina en una fuerte identificación madre/hija. La crisis de este momento sucede cuando la hija contacta el mundo de la calle en busca de su autodeterminación; la convierte en una potencial deshonrada. El conflicto de fondo es cómo la hija se convierte en madre sin dejar de ser virgen o buena.

Como vemos, la asunción de la familia criolla venezolana como matrisocial obliga a repensar las formas de sus complejas relaciones y su intervención, dado que la familia no es un elemento inmóvil en el devenir histórico, sino por el contrario ha sido forjada por un proceso sumamente dinámico y agresivo, con ingredientes que escapan a las voluntades de los individuos... No se puede escapar al análisis social las condiciones históricas objetivas de esta sociedad mestiza cargada con un altísimo componente de violencia silenciada por un aparato ideológico incongruente con su realidad, donde, por otra parte, el componente indígena y/o afro ha sido satanizado o endiosado precisamente por la odiosa pretensión de ocultarlo.

3. La familia como principal agente de socialización

El proceso de socialización es definido clásicamente como aquél que los individuos atraviesan, consciente o inconscientemente, para desenvolverse en una sociedad dada. Como proceso social, es inacabado y dinámico; potencia las capacidades de los individuos para su incorporación y desempeño social, a la vez que éstos impregnan nuevas formas y contenidos a la sociedad, por eso el carácter multidireccional del mismo.

Algunos autores conciben este proceso como **endoculturación**, ya que mediante la socialización se asumen y legitiman los patrones culturales de cada sistema social. Cada sociedad elabora sus propios códigos, pautas, formas, transmitiéndolos de generación en generación como valores asumidos en el colectivo abiertamente o de manera inconsciente en la recreación permanente de los arquetipos sociales particulares.

“Si aceptamos que cada sociedad produce una representación propia y particular del mundo, resulta consecuente que también su manera de considerar las relaciones entre adultos y niños y, en general, la definición del lugar cultural ocupado por ellos sea específica de cada cultura. Por esto, cada situación es particular y las condiciones de existencia de los niños varían según el tipo de sociedad y elaboración cultural. En este sentido, es difícil y hasta contradictorio pensar en condiciones ideales de existencia de los niños, ya que éstas pueden ser definidas cabalmente sólo en relación con las expectativas de cada sociedad, adaptadas a su idea del hombre y de la mujer ideal” (Amodio, E. 2006:19).

Es claro, entonces, que el vehículo fundamental para efectuar esta representación es la familia, que es el ámbito donde se desarrollan los niños hasta lograr su integración en el grupo social, mediante la formación de la personalidad, y la construcción de su identidad cultural. Esta última la entendemos como aquello que un individuo *sabe de sí mismo*, siendo reconocido tal cual por el resto del grupo. Por otra parte, la personalidad es entendida como proceso y no como esencia, manifiesta las condiciones particulares de los individuos (2006: 35-40). Es la familia quien confiere a los individuos los referentes primordiales para permitir su ubicación en el lugar que a cada cual corresponda.

• **Repensar la familia desde su rol humanizante y socializante**

Comenzando apenas el siglo XXI podemos analizar **SENSATAMENTE** cómo han venido desarrollándose las sociedades humanas, cómo han ocupado los territorios que habitan, cómo justifican la opresión, la violencia, cómo se manipulan las masas desde medios de comunicación, desde el aparato del Estado o desde los grupos religiosos. También analizar cómo el reconocimiento de la diversidad cultural y la valoración de las diferencias de los grupos humanos es la base de la sana convivencia que permite humanizar la sociedad. Es momento de declarar el agotamiento de los modelos, de los referentes tanto en cuanto encarcelan la dinámica del ser humano y las culturas; *“lo único absoluto en el Universo –decía el maestro Albert Einstein– es que todo es relativo”*.

Es menester, en esta coyuntura donde las máscaras se van cayendo, donde la idea de la “aldea global” es una ilusión humana y sí tecnológica, pero desproporcional, que nos deslastremos de clichés que ya hoy no sustentan las complejas estructuras de las sociedades humanas y las familias que hace vida en ellas; clichés cargados de las ideologías predominantes que nos han vendido como referentes conceptuales, incluso aquella versión seudopositivista que nos han inyectado en lo más profundo de nuestros mapas mentales, como lo es: *“La familia es la célula fundamental de la sociedad”* (¿?)... Una definición que no define nada en el fondo, pero que está al servicio de la producción y la reproducción.

Para la Venezuela contemporánea, pluriétnica y multicultural, la Familia, como noción estática, carece de sentido, se hace necesario adentrarnos en una categoría más dinámica que nos permita aproximarnos a la dimensión multiforme que la Familia posee en la cotidianidad.

Por otra parte, es un imperativo histórico relativizar lo que hasta hoy hemos venido analizando como Familia. Aun cuando desde los estudios Sociológicos, Antropológicos y de la Psicología Social, se ha caracterizado a la “sociedad venezolana” como Matrisocial, como ya hemos visto, en donde la mujer tiene un papel protagónico en la funcionalidad de los procesos societales, también es cierto que estamos criados y amparados

en culturas que propician el “machismo”, en la cual el hombre se desprende y es desprendido de las cargas de responsabilidad que se generan desde el hogar. Incluso, el exacerbamiento de esta cultura genera la violencia desmedida, donde la corrección necesaria a los hijos es cargada con violencia con la creencia que con ello se infunde respeto, desconociendo que lo generado es terror (el fracaso de un padre, que su hijo no le ame, le tema).

Hoy podemos plantearnos la familia desde una perspectiva más dinámica, en función de su rol socializante y constructor de la personalidad y la identidad, como un espacio relacional vital para el desarrollo efectivo y afectivo de las personas, donde se lleva a cabo el más elemental proceso de socialización. Considerando que más allá de las supuestas estructuras fundantes de la familia identificadas con los miembros de las mismas (la célebre tríada freudiana), en realidad el real soporte de una persona consiste en la **seguridad afectiva**, en la sanidad mental personal y relacional... Si no estamos de acuerdo, preguntémosnos ¿por qué algunas personas deciden suicidarse?, ¿qué es lo que está en juego sino es la salud mental?

“La familia siempre es un trampolín y en algún momento tenemos que plantarnos allí y saltar al mundo de todos los días. Este trampolín tiene cuatro pilares fundamentales. Tan fundamentales que si no son sólidos, ningún niño puede caminar por él sin caerse... Amor, valoración, normas y comunicación: sobre este trampolín el hijo salta a su vida para recorrer, primero, el camino de la autodependencia, y luego, el camino del encuentro con los otros”.(Bucay, J. 2002a: 132).

Por lo tanto, es momento de salir de los esquemas que definen a la familia sólo a partir de las relaciones de pareja (básicamente los legales y otros terapéuticos), para configurarlas desde una dimensión de valoración de los miembros, en donde las figuras parentales, que pudieran no estar, redefinan y experimenten sus roles desde una perspectiva de responsabilidades compartidas. Actualmente se juega con el tiempo de dedicación de los hijos por razones fundadas en lo laboral o amistades demandantes de tiempo, y apaciguamos la conciencia parental esgrimiendo el fatuo argumento *“Invierto calidad*

por cantidad de tiempo a mis hijos”... Craso error! Como si los hijos se nutrieran como una cuenta bancaria. Así como la fidelidad en las parejas es un signo de la sanidad de quienes la conforman (Riso, W. 2000), así hay que abrirse a la práctica de la fidelidad para con los hijos y de éstos para con sus padres.

Para ser cónsonos con el desafío actual, es pertinente repensar y permitirnos observar los procesos “obvios” desde otros enfoques. Por ejemplo, a nivel de las dinámicas familiares, la figura masculina debe comenzar a ensayar otras formas, ya que *“Si bien es verdad que porcentualmente se ven más hijos abandonados por los padres que por las madres, habría que ver si esto demuestra que los padres son incapaces de querer a los hijos como una prolongación propia, o si es el efecto de una derivación social, donde el lugar que se le da al padre motiva esta actitud... Si dejáramos a los padres sentir las cosas que las madres dicen sentir en exclusividad, quizá no existirían tantos papás abandonando a sus hijos.* (Bucay, J. 2002a: 112).

Realmente el reto no es fácil, amerita una toma de conciencia y sensatez por parte de la sociedad, sobre todo porque es muy duro analizar los propios procesos para DARSE CUENTA, para descubrirnos y asumir las riendas de lo que realmente queremos. La familia debe ser fortalecida desde el propio Estado que está llamado a velar por sus intereses y bienestar, a fin de hacer que ella desarrolle las potencialidades transformadoras y no sigamos en la ridícula paradoja de los superhéroes de las historietas (Bucay, J. 2002), que deben actuar como mediocres para no ser rechazados ocultando todo su poder.

Todos los arquetipos arriba mencionados, sus relaciones y sus consecuencias no son estáticos; los mitos siempre se resemantizan en el devenir, se le añaden y quitan elementos, pueden no ser determinantes, el nivel de conciencia de la sociedad que en ellos consigue sentido puede re-elaborarlos para andar caminos distintos a los ya transitados. Va a ser el trabajo de las generaciones sucesivas. Hay que preñar de nuevos contenidos, más humanizantes y responsables, no sólo a la familia, sino también a la sociedad y al Estado como el constructo aglutinador.

4. La Familia vista desde la óptica de la Doctrina de Protección Integral

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), instrumento jurídico que condensa los principios fundamentales de la Doctrina de Protección Integral, ha enfocado a la familia como el entorno fundamental para el armonioso desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, el cual es construido sobre la base del reconocimiento y relaciones de los deberes y derechos de los padres y de los hijos.

Este reconocimiento, que sale de la retórica discursiva para conferir un status socio-jurídico real distinto a la niñez y la adolescencia, tiene como núcleo la asunción de los niños, niñas y adolescentes como Sujetos Plenos de Derecho; ello implica que sus derechos se consideran en su individualidad y trascendencia para poder así **posicionarlos** como personas en proceso de desarrollo en el resto de la sociedad.

La individualidad señalada en forma alguna debe significar un distanciamiento entre los miembros de la familia pues, aunque los intereses de los padres y de los hijos no tienen que ser necesariamente coincidentes, también es cierto que no deben ni pueden ser percibidos como opuestos, ya que los derechos de la familia sólo pueden enfocarse conjuntamente desde el respeto por los derechos de cada uno de sus miembros.

En efecto, el Preámbulo de la CDN expresa:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”.

Esta perspectiva tiene que llevarnos al ejercicio de replantearnos a la Familia como Institución Social y el insustituible rol que ella posee en las sociedades contemporáneas, especialmente a la familia venezolana,

asumiendo como marco referencial los Derechos Humanos. Es así como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 75 establece:

“El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia”.

Por su parte, la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Lopna) en su artículo 5 expresa tanto los principios por los cuales se concibe a la familia venezolana, como las responsabilidades y las formas relativas a la protección de los Derechos de los hijos e hijas:

“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”.

Tanto la Convención, como la Constitución y la Lopna apuntan hacia la responsabilidad primaria que los padres y las madres poseen en materia de la crianza y desarrollo de los hijos e hijas. Al mismo tiempo, enfatizan que el cumplimiento de su tarea debe estar guiado y encuadrado por su interés superior. De tal manera que se espera que provean de guía y dirección adecuada a los hijos e hijas, tomando en consideración su capacidad evolutiva, su edad y grado de maduración. Por otra parte los padres y las madres también tienen que cumplir una función especial

promoviendo la capacidad de sus hijos e hijas para intervenir responsablemente en los asuntos familiares, además de los relacionados con la escuela y la vida en sociedad.

La familia es el ámbito por excelencia en el cual los niños, las niñas, los y las adolescentes encuentran los factores primordiales de protección. Es allí donde se aprehenden los sistemas de valores, las formas de interacción e intercambio social, las formas de establecer los vínculos interpersonales, los primeros marcos referenciales de la realidad humana y se construyen gran parte de los patrones culturales que legitiman los sistemas de creencias que, como individualidades, poseemos en nuestro entramado social.

- **Corresponsabilidad, Familia y Garantía de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia**

Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes son simplemente Derechos Humanos para ellos y ellas, de los cuales son titulares y los responsables de su garantía y protección serían: Familia, Estado y Sociedad; refiriéndonos a ellos como sujetos y a las condiciones por las cuales todos ellos pueden desarrollar su pleno potencial. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la Lopna de 1998 indica lo siguiente:

“La Convención distribuye la responsabilidad de proteger al niño entre tres actores: el Estado, la Familia y la Comunidad. Cuando éstos no asumen la cuota de responsabilidad que les corresponde para garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos del niño son ellos, los actores, quienes estarán en situación irregular. Para hacer efectivos los derechos que la Convención consagra es necesaria la plena participación y control de las personas, de las familias, de las sociedades organizadas y del propio niño y adolescente. Sólo la observancia de este principio hace posible la creación de los mecanismos efectivos de exigibilidad que garanticen el cumplimiento de los derechos. La participación de la sociedad como corresponsable de la protección de la infancia, no sólo impone la adopción de una nueva ética social y de significativos cambios en la estructura institucional del Estado sino que, de esa participación depende el éxito del nuevo paradigma”.

La Corresponsabilidad se traduce en la concurrencia de distintos niveles de responsabilidad frente a la protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes. Cuando nos referimos a niveles es porque tanto Estado, Familia y Sociedad tienen un nivel diferente y esencial de responsabilidad, por lo tanto iguales en importancia, rescatando el hecho de lo prioritario, inmediato e indeclinable de la responsabilidad de la familia. Es decir, y como plantea la misma Exposición de Motivos de aquella Lopna “*Los padres son los principales responsables de cuidarlos y educarlos. A tal efecto, el Estado debe brindar a la familia la ayuda necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades. Apoyando a la familia se estará apoyando al niño*”.

Es evidente que estamos en un gran cruce de caminos en nuestro país, que nos debe obligar, como ya lo he mencionado, a replantearnos el significado profundo, radical de los alcances de este nuevo Paradigma que nos presentan los tres instrumentos legales citados y, como encrucijada al fin, es momento de crisis, transformaciones y decisiones inteligentes y justas. La Doctrina de la Protección Integral en sí misma puede resultar un discurso coherente, bien ajustado lógicamente pero carente de contenido si no se asumen de forma consciente todas sus implicaciones —partiendo del hecho central del Niño como sujeto de Derecho— si el Estado, la Familia y la Sociedad no asumen de manera ética a la población de niños y adolescentes y sus Derechos Humanos, que se traduzca en políticas públicas y conductas sociales e institucionales que respeten y garanticen el cumplimiento efectivo de esos Derechos.

Estoy convencido que cuando Venezuela avance hacia una conciencia de responsabilidad, la familia y la sociedad atenderán con mayor eficacia la labor constructora de los niños, en el sentido del desarrollo de sus potencialidades como persona y en el forjamiento de su identidad. Para ello debemos salir de esa cultura culpabilizante introyectada desde los tuétanos de nuestra esencia que nos permite manejarnos a conveniencia en nuestro complejo entramado social venezolano.

Navegar en la importancia y significado real, no prejuiciado, de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, es una gran oportunidad.

Bibliografía

Código Civil.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Convención sobre los Derechos del Niño.

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

Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

AA.VV. (1993). *¿Qué piensan los niños latinoamericanos sobre la familia?* Publicación de Defensa de los Niños Internacional. Bolivia.

AGUILAR GORRONDONA, J. (2002). *Personas. Derecho Civil I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

AMODIO, Emanuele (2005) *Pautas de crianza entre los pueblos indígenas de Venezuela*. Edit. La Primera Prueba. UNICEF.

BUCAY, Jorge (2002a). *El Camino del Encuentro*. Edit. Océano. México.

_____: (2002b). *El camino de la Felicidad*. Edt. Océano. México.

CORNIELES, Cristóbal (2000). *Los Principios de la Doctrina de la Protección Integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Morais, M. (Coord.) “Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. UCAB. Caracas.

GIL VILLA, Fernando (2002). *La exclusión social*. Edit. Ariel. España.

- HURTADO, Samuel** (1998) *Matrisocialidad*. Edic. FACES-UCV. Caracas.
- _____ : (1999). *La sociedad tomada por la familia*. Edic. FACES-UCV. Caracas.
- LÓPEZ-SANZ, Rafael** (1993) *Parentesco, Etnia y Clase Social en la Sociedad Venezolana*. CDC-UCV. Caracas.
- MORALES, Georgina** (2002) *Instituciones Familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Edit. Vadell Hermanos. Caracas.
- MORALES, Georgina** (2003) *Coparentalidad en el ejercicio de la Guarda*. En: Cornieles, C. – Morais, M. (Coord) "Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". UCAB. Caracas.
- PÉREZ-ESCLARÍN, Antonio** (2005) *Educación en el Tercer Milenio*. Edic. San Pablo. Caracas.
- RISO, Walter** (2000) *La fidelidad es mucho más que amor (Jugando con fuego)*. Edit. Norma. Colombia.

Capítulo II

La nueva LOPNNA

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la nueva LOPNNA

*Lic. Gabriela Ramírez Pérez**

El proceso de reforma de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, estuvo siempre fundamentado en los principios de la Doctrina de la Protección Integral, contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención sobre Derechos del Niño y la propia Ley, siendo estos principios los siguientes:

- **Los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, que ejercen su ciudadanía.**
- **El papel fundamental de las familias en la crianza de los niños, niñas y adolescentes.**
- **El Interés Superior.**

*Defensora del pueblo.

- **La prioridad absoluta.**
- **La corresponsabilidad / participación en la protección integral.**

En ese sentido, la reforma abordó tres grandes áreas, a través de las cuales se reconocen derechos a los niños, niñas y adolescentes, a saber:

- **Sustantiva: derechos humanos e instituciones familiares.**
 - **Orgánica: Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.**
 - **Procesal: Procesos judiciales ante los Tribunales de Protección.**
- 1) **Reformas en materia de derechos humanos e instituciones familiares:**

Es importante mencionar que en aras de fortalecer el principio de la doctrina de Protección Integral, no sólo se respetó la consagración de los derechos ya reconocidos, sino que se amplió el alcance de los mismos, añadiéndose además un nuevo derecho como lo es "Derecho al Buen Trato", a continuación se enuncian y explica el alcance de cada uno de ellos:

• **Artículo 21. Gratuidad en el Registro del Estado Civil.**

Artículo 21. Gratuidad en el Registro del Estado Civil.

La autoridad del Registro del Estado Civil expedirá gratuita e inmediatamente las partidas de nacimiento, tanto la primera partida de nacimiento como las copias certificadas subsiguientes, ya sean presentados o presentadas los niños o niñas dentro del lapso indicado en el artículo anterior o fuera de éste.

Las partidas de nacimiento no tendrán fecha de vencimiento, por tanto los organismos públicos o privados no deben exigir partidas

de nacimiento vigentes, sólo deben revisar si las mismas son legibles y no contengan enmiendas ni tachaduras.

En caso de matrimonio, cuando uno o ambos contrayentes sean adolescentes, la autoridad civil deberá solicitar copia certificada de la partida de nacimiento de los contrayentes con una vigencia no superior a seis meses antes de la celebración del mismo.

Como se observa, entre los cambios más importantes en el contenido y alcance de dicha garantía, encontramos que ahora se establece expresamente la gratuidad de todas las copias certificadas de las partidas de nacimiento de los niños, niñas y adolescente.

Antes de la reforma, sólo se contemplaba la gratuidad de la primera copia de la partida, lo que se configuró en una vulneración a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes debían cancelar emolumentos por obtener sus documentos públicos de identidad, entrando dicha norma en expresa contradicción con lo previsto en el artículo 9 de la misma Ley, "el principio de gratuidad de las actuaciones".

De igual forma, se establece taxativamente que las partidas de nacimiento no tienen fecha de vencimiento, por tanto los organismos públicos o privados no deben exigir partidas de nacimiento vigentes, sólo deben revisar si las mismas son legibles y no contengan enmiendas ni tachaduras.

• **Derecho a ser criado en una familia.**

El artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce la importancia de las familias en el desarrollo integral de todas las personas y, muy especialmente, de los niños, niñas y adolescentes:

"Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

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 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”.

Con fundamento en dicha disposición Constitucional, se reformó el artículo 26 de la LOPNA de la forma siguiente:

Artículo 26. Derecho a ser criado en una familia.

Todos 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, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados o criadas y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con la ley. La familia debe ofrecer un ambiente de afecto, seguridad, solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua y respeto recíproco que permita el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Parágrafo Primero. Los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ser separados o separadas de su familia de origen cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés superior. En estos casos, la separación sólo procede mediante la aplicación de una medida de protección aplicada por la autoridad competente y de conformidad con los requisitos y procedimientos previstos en la ley. Estas medidas de protección tendrán carácter excepcional, de último recurso y, en la medida en que sea procedente, deben durar el tiempo más breve posible.

Parágrafo Segundo. No procede la separación de los niños, niñas y adolescentes de su familia de origen por motivos de pobreza u otros supuestos de exclusión social. Cuando la medida de abrigo, colocación en familia sustituta o en entidad de atención, recaiga sobre varios hermanos o hermanas, éstos deben mantenerse unidos en un mismo programa de protección, excepto por motivos fundados en condiciones de salud. Salvo en los casos en que proceda la adopción, durante el tiempo que permanezcan los niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen, deben realizarse todas

las acciones dirigidas a lograr su integración o reintegración en su familia de origen nuclear o ampliada.

Parágrafo Tercero. El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar programas y medidas de protección especiales para los niños, niñas y adolescentes, privados o privadas temporal o permanentemente de su familia de origen.

Esta norma desarrolla a la perfección, el principio del rol o papel fundamental de las familias en la crianza de los niños, niñas y adolescentes, contemplado en la Convención sobre Derechos del Niño.

El objetivo es garantizar que los niños, niñas y adolescentes vivan y se desarrollen en el seno de su familia de origen y, sobre todo, que no sean separados de ella de forma injusta o arbitraria. Por ello, se indica que dicha separación sólo procede de forma excepcional cuando sea estrictamente necesaria para preservar su interés superior, mediante la aplicación de una medida de protección dictada por la autoridad competente y de conformidad con los requisitos y procedimientos previstos en la Ley. En este sentido, uno de los cambios más importantes es la prohibición expresa de la separación del niño, niña o adolescente de su familia de origen por motivos de pobreza u otros supuestos de exclusión social, así como la obligación del Estado de realizar todas las acciones dirigidas a lograr su integración o reintegración familiar cuando se encuentren separados de su familia de origen nuclear o ampliada.

De igual forma, se consagra de manera expresa la obligación de mantener unidos a los grupos de hermanos y hermanas sujetas a medidas que impliquen la separación familiar, a fin de mantener los vínculos y hacer menos traumática la situación.

Artículo 32-A. Derecho al buen trato.

Artículo 32-A. Derecho al buen trato.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al buen trato. Este derecho comprende una crianza y educación no violenta, basada en el amor, el afecto, la comprensión mutua, el respeto recíproco y la solidaridad.

El padre, la madre, representantes, responsables, tutores, tutoras, familiares, educadores y educadoras deberán emplear métodos no violentos en la crianza, formación, educación y corrección de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de castigo físico o humillante. El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar políticas, programas y medidas de protección dirigidas a la abolición de toda forma de castigo físico o humillante de los niños, niñas y adolescentes.

Se entiende por castigo físico el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituyan un hecho punible.

Se entiende por castigo humillante cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador, realizado en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituyan un hecho punible.

A fin de apuntalar la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, particularmente para lograr el pleno reconocimiento de su dignidad e integridad personal, se incluye como un nuevo derecho humano el derecho al buen trato, el cual comprende una crianza y educación no violenta, basada en el amor, el afecto, la comprensión mutua, el respeto recíproco y la solidaridad. Para asegurar su efectividad se establece la obligación de los padres, madres, representantes, responsables, tutores, tutoras, familiares, educadores y educadoras de emplear métodos no violentos en la crianza, formación, educación y corrección de los niños, niñas y adolescentes, así como la prohibición expresa de cualquier tipo de castigo físico o humillante. Con esta nueva regulación se pretende continuar avanzando en la abolición de cualquier tipo de maltrato en contra de los niños, niñas y adolescentes, construyendo las bases jurídicas de una nueva sociedad amante de la paz.

Cabe resaltar la importancia de la corresponsabilidad en la protección del derecho humano al buen trato: Deber de los padres, madres, representantes, responsables, tutores, tutoras, familiares, educadores y

educadoras de relacionarse con los niños, niñas y adolescentes sin violencia física o psíquica.

Obligación del Estado de garantizar políticas, programas y medidas de protección dirigidas a la abolición de toda forma de castigo físico o humillante de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho / deber de la sociedad de participar protagónicamente en la promoción y cumplimiento de este derecho.

Así el artículo 358 de la reforma, sobre el contenido de la responsabilidad de crianza, prohíbe expresamente cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 358. Contenido de la Responsabilidad de Crianza.

La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto al contenido y alcance de la responsabilidad de crianza se establece entre las innovaciones:

- **Modificación de su denominación, suprimiendo el término guarda que se fundamentaba en una concepción de los “menores como objeto”.**
- **Se incluyen valores como el amor, reconociéndolo como un eje axiológico de su ejercicio, superando el positivismo jurídico y reconociendo el valor de la norma como contrato social que expresa las aspiraciones y deseos del Pueblo.**
- **Se limita la potestad de corrección, erradicando definitivamente la violencia de las relaciones familiares.**

- **Artículo 56. Derecho a ser respetados y respetadas por los educadores y educadoras.**

Artículo 56. Derecho a ser respetados y respetadas por los educadores y educadoras.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser respetados y respetadas por sus educadores y educadoras, así como a recibir una educación, basada en el amor, el afecto, la comprensión mutua, la identidad nacional, el respeto recíproco a ideas y creencias, y la solidaridad. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de castigo físico o humillante.

2) **Reformas referidas al Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes**

De conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, crea el nuevo Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, orientado a fortalecer la responsabilidad del Estado en la garantía de los derechos humanos de la infancia y adolescencia.

3) **Reformas referidas a la materia procesal y al Sistema de Justicia**

Dicha reforma tiene por objeto garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, con fundamento en el nuevo ordenamiento jurídico constitucional en materia procesal y sobre el Sistema de Justicia. Desde esta perspectiva, se desarrollan un conjunto de principios novedosos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, especialmente los previstos en su artículo 257, el cual establece:

“**Artículo 257.** El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

Desde esta perspectiva, la reforma en materia procesal se guió por seis principios rectores de especial relevancia, que constituyen una orientación fundamental para la adecuada interpretación y aplicación de las normas. Estos principios son:

- Fortalecimiento de la oralidad: que implica el predominio de la oralidad sobre la escritura, la concentración y la inmediación en el procedimiento.
- Proceso por audiencias.
- Uniformidad de procedimientos: creando tres procedimientos, uno ordinario para todos los asuntos de carácter contencioso, otro para todos los asuntos de carácter no contencioso y uno para adopción.
- Fortalecimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos: ordenando al juez o jueza su promoción y creando una oportunidad procesal dirigida exclusivamente a la mediación, de comparecencia obligatoria y previa a la fase de juicio, salvo en los casos en los cuales por la naturaleza de la pretensión no es posible la mediación.
- Redefinición de las funciones judiciales: manteniendo y promoviendo la desjudicialización de conflictos de índole social y de asuntos ajenos a la función jurisdiccional.
- Modernización de la organización del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente: creando los circuitos judiciales en esta materia y otorgándole prioridad a la función jurisdiccional en la labor del juez o jueza.

Participación de niños, niñas y adolescentes y reforma de la LOPNNA

Lic. Delia Martínez

Presentación. Conceptualización. Relación de la Participación con el resto de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aportes del Marco Jurídico Nacional. El Principio de la Participación en los Procedimientos Administrativos y Judiciales. Referencias Bibliográficas

Presentación

La participación de niños, niñas y adolescentes en Venezuela aún es un reto que amerita la cabal comprensión de su significado e institucionalización. En esta materia en los últimos años han sucedido cambios legislativos favorables que se reflejan principalmente en la Convención sobre los Derechos del niño (CDN-1990), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV-1999) y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA-2007).

En la actualidad, la definición de la niñez como sujeto pleno de derechos se contrapone a la amplia percepción social de que los niños, niñas y adolescentes “son los ciudadanos del futuro”. Es decir, la visión de derechos se asume jurídicamente pero en la cotidianidad se les sigue tratando como sujetos pasivos de protección y cuidado. La difusión y formación sobre la CDN e incluso sobre la propia LOPNA sigue siendo insuficiente y en el imaginario de muchos funcionarios/as de las distintas instancias del Estado, incluyendo al sistema de protección de la niñez, el análisis de situación y la política no implican a la participación. En su visión, lo principal es concentrar cada vez mayores responsabilidades en sí mismos y ofrecer atención fundamentalmente a la población que requiere “protección especial”, por la vía de “novedosas”, grandes y fuertes instituciones. Las remembranzas de la tutela y los parecidos con la situación irregular saltan a la vista.

Es momento ya de dar el salto y superar el “verticalismo adulto” que se traduce en la castración de las posibilidades de desarrollo de competencias para la vida de niños, niñas y adolescentes; así como, en la disminución de la responsabilidad compartida que tienen el Estado, la familia y la sociedad, en la promoción, vigilancia y defensa de sus derechos.

La urgencia está en lograr no sólo cambios legislativos sino transformaciones en la política e instituciones con los recursos necesarios para lograr la auténtica participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales y en la sociedad toda. El tema es tan complejo que no por azar UNICEF le dedicó su informe anual denominado Estado Mundial de la Infancia del año 2003.

En cualquier vía, el debate apunta a la consolidación de la visión de derechos de la niñez a partir de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y el marco legislativo nacional. El tema constituye un elemento novedoso y retador especialmente en el mundo de la educación, la familia, la comunidad, las situaciones de emergencia y los procedimientos administrativos y judiciales.

Conceptualización

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tiene un significado único dentro de un Tratado de Derechos Humanos. La idea de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos que deben ser involucrados en todas las decisiones que les afecten es de carácter central para la transformación de la sociedad del siglo XXI. La década del 90 y lo que va del 2000 sólo marcan la introducción de un proceso que amerita y demanda profundización.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ampliamente ratificada por casi todos los países del mundo ha fijado en el artículo 12 la posición siguiente:

- “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones, en función de la edad y madurez.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (Art. 12 CDN).

Sobre la base de este principio-derecho, uno de los principales artífices de la doctrina de la protección integral, los niños, niñas y adolescentes se consideran sujetos de derecho y ya no son más objetos de compasión, represión o tutela por parte del Estado, la familia o la sociedad.

El salto paradigmático supone cambios en la estructura política, social e institucional, así como, en las prácticas escolares, familiares y culturales. Lo establecido es una nueva forma de relación con la niñez; en igualdad de derechos que los adultos. Se asegura que sean escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta desde los ámbitos más íntimos del grupo familiar hasta los grandes escenarios internacionales en los que se toman muchas decisiones que como seres humanos también les conciernen.

Aún falta mucho para que el contenido del artículo 12 sea comprendido y asumido por todos y todas, incluyendo a los mismos niños, niñas y adolescentes, como un derecho humano. Una primera inquietud aparece inmediatamente: ¿Qué difícil es promover la participación cuando no hemos sido formados para ello?

Muchas madres, padres y docentes han sido sorprendidos por el principio de la participación. “¿Será que ahora hay que hacer todo lo que los niños y las niñas dicen?”, “Hemos perdido autoridad”, “por cualquier cosa nos amenazan con la LOPNA”. Todo planteamiento conduce a las mismas preguntas, ¿Qué es esto? ¿Cómo hacer con esto? Aún mucha gente teóricamente convencida se lo pregunta. El desconocimiento y las dudas han conducido a que en la práctica poco se haya avanzado.

Partamos del inicio, a lo largo de la historia encontramos que la categoría “niños” ha pasado por múltiples definiciones que igualmente han modificado la relación de ellos y ellas con los iguales y con la sociedad. En la edad media se les trataba “como adultos en miniatura” y el elevado índice de mortalidad infantil hacía verles “como una carga”. En el siglo XVIII se creía que “los padres podían tratar a sus hijos como quisieran” y las leyes marcaron todo su mayor rigor para aquellos que las infringían. El abandono, el infanticidio y la internación no eran del todo raros en los países industrializados. En lo sucesivo, la sociedad descubrió el “valor monetario” de la niñez, condenándoles a terribles formas de explotación. Adicionalmente, en las últimas centurias surgió también el peor de los terrores, participar en las guerras. Sólo a inicios del siglo XX se gestó la idea de que “hay que salvar a los niños” lo cual puede verse como un avance; pero aún con una visión de fondo más compasiva que otra cosa. La convicción de que los niños, niñas y adolescentes tienen la misma gama de derechos que las y los adultos aparece mucho más recientemente y se materializa, después de un largo proceso, en la CDN.

En el mundo actual, una integración de todo lo vivido hasta ahora más los drásticos cambios sociales y la pobreza siguen abrumando a la niñez. Ahora las leyes reconocen los derechos pero, madres, padres, adultos en general e instituciones aún suponen que como en épocas anteriores

tienen el derecho y responsabilidad de decidir por los niños, niñas y adolescentes sobre los asuntos que le conciernen.

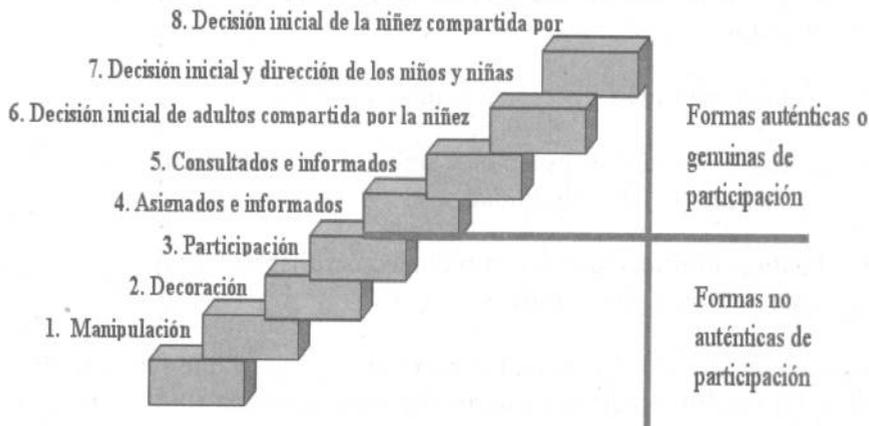
El salto paradigmático al otorgamiento de derechos y la protección integral implica la adecuada apropiación del significado de la participación. Por ejemplo, es ilógico que aún se piense que un adolescente de 14 años tiene derecho a la educación y a la salud, pero no a elegir entre opciones educativas o médicas.

Hart ha sido uno de los principales contribuyentes con la conceptualización de la participación infantil. “Es el proceso por el que se comparten decisiones que afectan la propia vida y la vida de la comunidad en la que uno habita. Es el medio por el cual se construye la democracia, y es el patrón que debe servir para su fortaleza” (Hart, 1992, p. 5). Muestra qué ejercicios constituyen “participación” en sentido estricto. Con el diagrama de la “Escalera de la Participación” ilustra ocho niveles:

Formas no Auténticas de Participación

1. El primer peldaño es una forma no auténtica de participación. Se denomina manipulación. Hace referencia a aquellas actividades en las cuales los niños, niñas y adolescentes:
 - No saben porque están apoyándolas.
 - Dan opiniones y éstas son utilizadas pero eso no se les comunica.
 - Son usados como voceros de personas adultas, con un lenguaje que no les es propio.
2. En el segundo peldaño se incluyen aquellas situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes son usados como elemento decorativo. Por ejemplo, cuando cantan y danzan en una reunión sin tener la menor idea de lo que se trata. En el caso en el que no se les tomó en cuenta para tomar decisiones o fijar prioridades; sencillamente están allí para una actuación.

La Escalera de la Participación



Tomado de: Hart (1992)

Es conveniente acotar que no siempre los niños, niñas y adolescentes tienen que moverse en los niveles más altos de la participación; lo importante es maximizar las oportunidades dentro de cada actividad o proyecto.

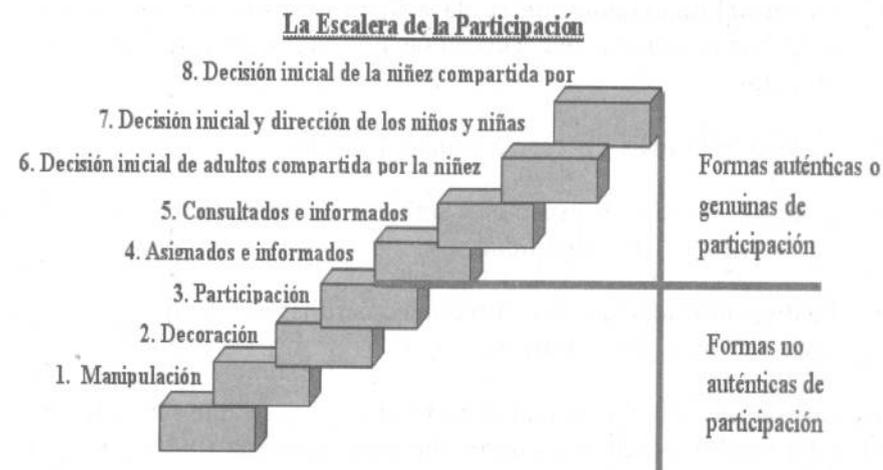
Participación = información, consulta y ser parte del proceso de toma de decisiones

El modelo de la escalera más que fijar una definición estricta contribuye

3. En el tercer nivel aparece la Participación Simbólica, es decir, se les da a los niños, niñas y adolescentes la oportunidad de expresarse pero con muy poca posibilidad de elegir el tema o la forma de comunicarlo. Por ejemplo, las conferencias y paneles a los cuales se les incorpora con información insuficiente.

Formas Auténticas o Genuinas de Participación

1. Asignados e informados: indica que aunque no son los niños y niñas quienes deciden su participación comprenden los fines de la actividad o proyecto.
2. Consultados e informados: La opinión de los niños y niñas se toma seriamente en cuenta durante todo el proceso y se les comunican los resultados.
3. Decisión inicial de los adultos compartida por los niños: Los niños y niñas son consultados y a la vez tienen una participación completa en la toma de decisiones.
4. Decisión inicial y dirección de los niños y niñas: El desarrollo completo de la actividad o proyecto está a cargo de niños y niñas.
5. Decisión inicial de los niños y niñas, compartida con los adultos: Los adultos contribuyen con los fines que se proponen de forma que dispongan, por ejemplo, de los recursos necesarios.



Tomado de: Hart (1992)

Es conveniente acotar que no siempre los niños, niñas y adolescentes tienen que moverse en los niveles más altos de la participación; lo importante es maximizar las oportunidades dentro de cada actividad o proyecto.

Participación = información, consulta y ser parte del proceso de toma de decisiones

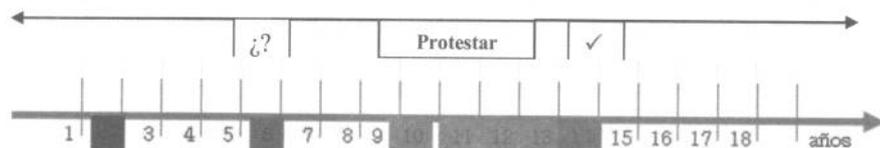
El modelo de la escalera más que fijar una definición estricta contribuye a reconocer los factores que se deben relacionar con las verdaderas formas de la participación:

- El nivel de comprensión de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema.
- El nivel de participación en la organización de la actividad, evento o proyecto.
- La oportunidad que siempre hay que dar para que los niños, niñas y adolescentes expresen sus opiniones y que estas sean tomadas en cuenta para la toma de decisiones.

- La retroalimentación que se da a los niños, niñas y adolescentes sobre todas aquellas materias en las que se les consulta o son involucrados.
- La disponibilidad y acceso a la información.
- La disponibilidad de espacios y ambientes para participar en la familia, la escuela y la comunidad.
- La disponibilidad de las instituciones familiares, sociales y políticas cada vez más democráticas.

Desde este modelo conceptual la participación tiene que ser vista como derecho y como proceso. Es un medio para lograr un fin y es un fin en sí misma. Es un derecho civil y político, una meta. Implica una libertad general para: buscar, recibir y difundir información, así como para influir, informar o tomar decisiones. También, es un proceso educativo, interactivo, permanente, sustentado en una motivación, en un proceso formativo y en una capacidad de organización.

Un aspecto importante es que el concepto de participación de niños, niñas y adolescentes necesariamente hay que relacionarlo con el de desarrollo integral. Por ejemplo, el mismo sentido común señala que no es igual la participación en una protesta a los 5 años que a los 17.



El desarrollo de los niños, niñas y adolescentes influye de forma directa en su capacidad de comprensión y en los diferentes aportes que cada quien puede hacer. La visión de desarrollo parte del postulado de que hay elementos de carácter biológico, cognitivos y socioemocionales que se integran a las experiencias formales e informales que se dan a lo largo del tiempo en los medios y culturas en los que cada quien vive.

El desarrollo depende mucho del entorno, las oportunidades y las competencias que va adquiriendo cada quien. Si bien existe una serie de teorías del desarrollo que explican el comportamiento humano en cada etapa, éstas no particularizan sobre el tema de la participación. De forma descriptiva se puede afirmar que desde muy pequeños los niños y niñas son los grandes exploradores del mundo; al final de la niñez, aproximadamente entre los 8 y 11 años, se les considera entusiastas, comprenden la pertinencia del trabajo en grupos y aprenden a aprovechar las oportunidades. Durante la adolescencia se les debe permitir la comparación entre ellos mismos, así como comprender que hay momentos en los que se hacen más introvertidos.

Desde las ideas base del concepto de participación enunciado por Hart, en muchos otros autores y en los instrumentos jurídicos más recientes se pueden encontrar otros aportes:

“La participación es un principio director clave, un derecho “facilitador”, es decir, que su cumplimiento contribuye a asegurar el cumplimiento de todos los demás derechos. No es solamente un medio para lograr un fin, ni tampoco simplemente un “proceso”: es un derecho civil y político básico para todos los niños y, por lo tanto, es también un fin en sí mismo” (Crowley en UNICEF TACRO y UNICEF-Innocenti, 1998).

“Es el proceso tendente a incrementar el poder de la niñez organizada en su relación con los adultos” (Gaitán en UNICEF TACRO y UNICEF-Innocenti, 1998).

“Es el ejercicio del poder que tienen los niños y las niñas para hacer que sus opiniones sean tomadas en cuenta seriamente y para asumir responsablemente, según su grado de madurez y desarrollo, decisiones compartidas con otros en los asuntos que afectan sus vidas y la de su comunidad” (Espinosa, A. en Castro, J. 2004).

La participación se reconoce como un fenómeno de múltiples facetas. Los distintos autores elaboran conceptos que priorizan diferentes aspectos. A la definición basada en un carácter principista se le suman ámbitos, niveles y posiciones en relación con el desarrollo evolutivo y la ciudadanía. Un hecho cierto es que el derecho a la participación facilita

la consecución de otros y éste no es un bien gratuito. Que se facilite o no buscar información, formarse puntos de vista, expresar ideas, ser consultados, iniciar propuestas y proyectos, analizar situaciones o elegir opciones tiene costos para una sociedad que puede llegar a tropezarse con adultos que desconocen o no tienen habilidades para la conciliación, la negociación, la vida en paz y en democracia.

Relación de la Participación con el Resto de los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño le otorga a la participación de niños, niñas y adolescentes el carácter de prerrequisito fundamental para su aplicación. El derecho a la participación es uno de los cinco principios pilares de la Convención.

Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

No Discriminación (Art 2):

Los Estados parte asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales (Ver también Art. 3. LOPNA)

Interés Superior del Niño (Art. 3):

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (Ver también Art. 8. LOPNA)

Prioridad Absoluta (Art. 4):

Los Estados partes dispondrán recursos hasta el máximo de los que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. Esto significa:

- Preferencia en la formulación de las políticas públicas
- Prioridad en el destino de los recursos públicos
- Primacía en recibir asistencia y socorro en cualquier circunstancia
- Protección preferente en situaciones de violación o negación de derechos (Ver también Art. 7. LOPNA)

Corresponsabilidad (Art. 5):

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas de forma que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (Ver también Arts. 4, 5 y 6 LOPNA)

Participación (Art. 12)

Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones, en función de la edad y madurez. Esto significa:

- Acceso a información
- Opinar y ser oído
 - Participar
 - Reunirse
 - Manifestar
- Libre Asociación
- Petición (Ver también Arts. 8, 80 y 81. LOPNA)

Sobre la base del principio de la **no discriminación**, en correspondencia con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace necesario asegurar que los grupos de niños, niñas y adolescentes más vulnerables, tales como aquellos afectados por conflictos armados o desastres, privados del medio familiar, institucionalizados, con discapacidades, que viven con el VIH, indígenas y afrodescendientes puedan participar al igual que lo hacen los demás niños, niñas y adolescentes. Se hace imperativo eliminar las prácticas sociales y culturales prejuiciosas y estereotipadas que subordinan a determinados grupos humanos en relación con otros; este es el caso, por Ej. de las niñas. La promoción y capacitación en derechos humanos, la disponibilidad de medios tecnológicos apropiados y la educación intercultural bilingüe, desde la visión de respeto al derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes son herramientas clave para todo plan, programa o proyecto.

El principio del **interés superior del niño** limita la toma de decisiones privilegiando la realización de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En relación con la participación de niñas, niños y adolescentes aquí corresponde tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

- a) La amplia formación y ejercicio permanente que haga necesaria la opinión de niños, niñas y adolescentes, así como, que ellos mismos estén empoderados para la defensa y promoción de este derecho en todos los asuntos que les conciernan, de correspondencia con su edad y nivel de desarrollo. Son los niños, niñas y adolescentes quienes mejor conocen sus vidas, lo que hacen y las personas que se relacionan con ellos; por lo tanto, su visión y voz que se deriva de sus propias experiencias es fundamental. Las decisiones tomadas con consideración a la perspectiva de niños, niñas y adolescentes son más efectivas y sostenibles por el propio niño, niña o adolescente y el entorno que le protege y;
- b) En los procesos de participación, la seguridad y protección de niños, niñas y adolescentes debe ser puesta en la balanza. Es decir, en algunas oportunidades puede llegar a darse que se requieran espacios de protección para favorecer la participación cuando el ejercicio de ésta expone a mayor amenaza o vulneración de derechos. Por ejemplo, cuando

un niño o niña víctima expone su opinión a un Juez o Jueza de Protección deben tenerse los cuidados de un ambiente protector que no le exponga ante su agresor o a condiciones de revictimización.

El principio de la **prioridad absoluta** promueve la adquisición de múltiples medidas judiciales, legislativas, administrativas, comunitarias, familiares, escolares y de diferente índole, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr el reconocimiento y realización del derecho a la participación. Por ejemplo, la disponibilidad de espacios adecuados en el ámbito administrativo o judicial para escuchar la opinión de niños, niñas y adolescentes, tales como, las salas de juego o la cámara de Gesell tienen que ser consideradas una inversión importante que revela la prioridad que se da al cumplimiento del derecho que tienen todos los niños, niñas y adolescentes de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el que se encuentren involucrados.

En vinculación con el principio de la **corresponsabilidad**, el Estado, la familia y la sociedad están encargados de facilitar la orientación apropiada para que niños, niñas y adolescentes ejerzan el derecho a la participación; de forma que ésta sea significativa y efectiva. En las diferentes circunstancias hay mecanismos apropiados que deben ser tomados en cuenta:

- a) La consulta, ayuda a construir conocimientos y comprender la vida de niños, niñas y adolescentes. En los procesos de investigación, planificación, desarrollo de legislación, políticas y programas es muy útil.
- b) La participación colaborativa, ofrece a los niños, niñas y adolescentes la oportunidad de incorporarse y compartir la toma de decisiones con los adultos en cualquier etapa de una iniciativa, servicio o proyecto. Esto es muy útil en los análisis de situación de infancia, educación de pares, consejería, conferencias, representación de las comunidades,...
- c) La participación guiada por niños, niñas y adolescentes. Sucede cuando son aprovechados los espacios y oportunidades para asuntos de interés e iniciativas de los propios niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, cuando establecen sus propias organizaciones o por ini-

ciativa propia hacen uso o acceden a los medios de comunicación social. En estos casos, el rol de los adultos es facilitar y apoyar el logro de los objetivos propuestos.

El Derecho a la Participación en la CDN

Art. 2: Respeto por todos los derechos sin discriminación	Art. 3: Interés superior	Art. 5: Corresponsabilidad y Respeto a la evolución de las facultades	Art. 13: Derecho a la libertad de expresión
Art. 31: Derecho al juego y a la participación en la vida cultural y artística	Art. 12: Derecho a Expresar la Opinión y que esta sea tomada en cuenta	Art. 14: Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión	Art. 15: Derecho a la libertad de asociación
Art. 30: Derecho al respeto de la propia cultura, idioma y religión	Art. 29: Educación para la ciudadanía responsable	Art. 28: Derecho a la educación	Art. 16: Derecho a la vida privada
	Art. 17: Derecho a la información	Art. 23: Participación del niño discapacitado	

El enfoque de la participación infantil es determinante para la:

- Garantía y respeto de derechos.
- Involucración en la búsqueda de soluciones a los problemas que los afectan.
- Construcción de cultura de respeto con valores democráticos.

Pero a la vez se ve limitado por:

- Persistencia de la cultura adulto-céntrica.
- Visión "proteccionista" que inhibe la participación.
- Frecuente manipulación.
- Participación como sinónimo de hacer lo que se quiera anulando el rol del adulto.

- Desconocimiento de los principios de la protección integral contenidos en la CDN y sobre cómo promover una real participación de los niños, niñas y adolescentes.

Aportes del Marco Jurídico Nacional

Un aporte clave para la conceptualización y respeto a la participación de niños, niñas y adolescentes se obtiene del marco jurídico nacional; es importante señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República es parte del cuerpo legal vigente en Venezuela. En este sentido, en materia de principios como el de la participación se pueden permitir avances, pero no hay lugar a retrocesos. En Venezuela, la Constitución y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes reconocen el derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes. Está establecido que el Estado, conjuntamente con la familia y la sociedad debe crear oportunidades para el ejercicio del derecho:

“Artículo 78. 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. 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 conciernen. 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” (CRBV).

“Artículo 79. Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta...” (CRBV).

Artículo 80. Derecho a Opinar y a Ser Oído.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

- a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Parágrafo primero: Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.

Parágrafo segundo: En los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño, niña o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. En los casos de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión (...)

Parágrafo tercero: Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, niña o adolescente, éste se ejercerá por medio de sus padres, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño, niña o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo cuarto: La opinión del niño, niña o adolescente sólo será vinculante cuando la Ley así lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos o judiciales. (LOPNA).

Artículo 81. Derecho a Participar. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural,

deportiva y recreativa; así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

El Estado, la familia y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños y adolescentes y sus asociaciones. (LOPNA).

La participación es un derecho, no una obligación. Esto significa que niños, niñas y adolescentes tienen derecho a decidir si desean participar o no y jamás deben ser forzados a expresar su opinión. Por ejemplo, cuando son convocados por una instancia administrativa o judicial para opinar en el caso de la separación de sus padres, definir visitas o lugar de residencia.

Una consideración particular hay que hacer con los grupos que ameritan "protección especial"; es decir, indígenas, con discapacidades, adolescentes en conflicto con la ley penal, víctimas de abuso o explotación,... quienes encaran serias barreras para hacer realidad su participación efectiva, más allá de lo que la legislación haya podido establecer.

La reforma de la LOPNA en diciembre de 2007 potencia el ejercicio del derecho que tienen todos los niños, niñas y adolescentes de expresar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta en todos los asuntos que les conciernen. Sea oportuno señalar que escuchar la opinión no es respaldar todo lo que otra persona dice; implica un intercambio constructivo de influencias que conduce a ciudadanos activos, tolerantes y democráticos.

He aquí los espacios de participación de niños, niñas y adolescentes afianzados con la reforma de la LOPNA.

Art. 117. Integrantes (Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes).

Consejos Comunales y demás formas de organización popular.

Art. 136. Participación Ciudadana.

Consejos Comunales, Comités de Protección Social y demás formas de organización popular, incluyendo los pueblos y comunidades indígenas, Asambleas de ciudadanos y ciudadanas.

Art. 150. Representación (Disposiciones Comunes a los Consejos de Derechos).

Espacios de consulta periódica con las y los representantes de los Consejos Comunales en los Consejos de Derechos.

Art. 221. Violación del Derecho a Opinar. Quien en el curso de un procedimiento administrativo o judicial viole el derecho a opinar de un niño, niña o adolescente, en los términos consagrados en esta Ley, será sancionado o sancionada con multa 15 a 45 UT, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad del proceso, en los casos que esto último proceda.

Art. 222. Violación del derecho a manifestación, reunión, asociación y sindicalización. Quien viole o amenace con violar el derecho de un niño, niña o adolescente a manifestar, reunirse, asociarse o sindicalizarse en los términos consagrados en esta Ley, será sancionado o sancionada con multa de 15 a 90 UT.

Art. 284. Naturaleza y principios (Procedimientos Administrativos).

(...) Derecho de intervenir, en cualquier estado y grado del proceso, y expresar su opinión.

El Consejo competente debe garantizar el ejercicio de este derecho (...) a estos efectos el N, N y A puede hacerse acompañar de una persona de su confianza.

Art. 299. Audiencia al Niño, Niña y Adolescente (Procedimientos Administrativos).

Garantía al derecho a ser oído o oída.

Art. 361. Revisión y modificación de la responsabilidad de crianza.

(...) El hijo o hija debe ser oído u oída si la solicitud no ha sido presentada por él o ella.

Art. 376. Legitimados Activos.

La solicitud para la fijación de la Obligación de Manutención puede ser formulada por el propio hijo o hija si tiene doce años o más,...

Art. 387. Fijación del Régimen de Convivencia Familiar.

El RCF debe ser convenido de mutuo acuerdo entre el padre y la madre, oyendo al hijo o hija. De no lograrse dicho acuerdo, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente podrá solicitar al juez o jueza que fije el RCF.

Art. 391. Intervención Judicial (Autorizaciones para Viajar).

(...) En caso de desacuerdo el hijo o hija si es adolescente, puede acudir ante el juez o jueza y exponerle la situación.

Art. 395. Principios Fundamentales (Familia Sustituta).

a) El niño, niña o adolescente debe ser oído u oída y su consentimiento es necesario si tiene 12 años ó más (...).

Art. 414. Consentimientos (Adopción).

(...) a) De la persona a ser adoptada si tiene 12 años o más.

Art. 429. Confidencialidad (Expediente de Adopción).

(...) El adoptado o adoptada a partir de los 12 años de edad o su representante pueden solicitar directamente el acceso a la información que se encuentre en su expediente de adopción (...).

Art. 451. Capacidad Procesal de Adolescentes (Procedimiento Ordinario).

Los y las adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la Ley les reconoce capacidad de ejercicio; en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial (...).

Art. 469. De la Fase de Mediación.

(...) En todos los casos el juez o jueza de mediación y sustanciación debe oír la opinión del niño, niña o adolescente, pudiendo hacerlo en privado de resultar más conveniente a su situación personal y desarrollo (...).

Art. 480. Testigos (Pruebas).

Pueden ser testigos bajo juramento todas las personas mayores de 12 años de edad (...) testificarán en espacios dispuestos especialmente (...).

Art. 484. Audiencia de Juicio.

Se oír la opinión del niño, niña o adolescente, de forma privada o en presencia de las partes, pudiendo solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal si se estimare conveniente a su condición personal y desarrollo evolutivo.

Art. 488-B. Pruebas y Opinión de Niños, Niñas y Adolescentes (Recursos).

El Juez o Jueza superior (...) de considerarlo necesario podrá oír la opinión del niño, niña o adolescente.

Art. 542. Derecho a ser Oído (Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes).**Art. 631. Derechos del o de la Adolescente sometido a la medida de privación de libertad.**

Art. 633. Plan Individual. (...) el plan formulado con la participación del adolescente (...).

Artículo 654. Imputada o Imputado (...) El o la adolescente tiene derecho a que se le informe de manera específica y clara sobre los hechos que se le imputa y la autoridad responsable de la investigación (...) ser asistido gratuitamente por un/una intérprete (...) presentarse directamente ante el juez/jueza con la finalidad de rendir declaración, solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido (...),

no ser obligado u obligada a declarar (...) no ser sometido o sometida a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad (...).

Art. 678. Disposición transitoria Reglamento de Participación Popular de esta LOPNA ha ser dictado por el Presidente de la República en un lapso no mayor de 120 días.

En relación directa con lo expresado en la reforma de la LOPNA, es importante tener muy en cuenta en el ámbito judicial a las **“Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección”**, lo cual es un acuerdo de la sala plena del TSJ mediante el cual se dan recomendaciones sobre el acto de oír la opinión con especial referencia al respeto por el principio-derecho del interés superior de niños, niñas y adolescentes y aspectos metodológicos a tener en cuenta antes, durante y para el cierre de las entrevistas, tomando muy en cuenta el desarrollo integral.

En estas orientaciones se respeta la visión de derechos humanos, de género e interculturalidad; se recomienda a los jueces y juezas colocar especial atención a la posibilidad de solicitar asistencia profesional especializada y a la valoración de la opinión sin estimarla como un medio de prueba.

El Principio de la Participación en los Procedimientos Administrativos y Judiciales

Existe una preocupación generalizada en relación a que en los procedimientos administrativos y judiciales la opinión de niños, niñas y adolescentes es poco tomada en cuenta o se utilizan mecanismos poco idóneos. Aun cuando se reconoce, por ejemplo, en los casos de divorcio o separación que es muy importante su visión y opinión. En todo caso, la idea es que participen en todo aquello les concierne.

En algunas oportunidades para obtener la opinión se hace uso de ayuda profesional especializada (por ejemplo, funcionarios de los equipos multidisciplinarios); en estos casos, hay que idear mecanismos para asegurar que no hayan conflictos o diferencias entre la opción técnica y la propia visión del niño, niña o adolescente.

Los niños, niñas y adolescentes trabajadores, víctimas de explotación económica o sexual, incluyendo a los que viven en las calles tienen igual derecho a ser escuchados en cualquier procedimiento administrativo o judicial, así como acceder a demandar el cumplimiento de sus derechos.

En los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hayan sido víctimas de violencia física, abuso sexual o alguna otra forma de amenaza o violación a su derecho a la integridad personal, se deben adoptar reglas y procedimientos, por ejemplo de coordinación interinstitucional y de prohibición de careos, de forma que se evite la repetición de lo vivido y con ello la revictimización. La identidad de la víctima debe ser resguardada en todo momento de tal manera que los medios y el público no deben permanecer en la misma sala con ella. En este sentido, se recomienda el uso de la cámara de Gesell y la grabación de la entrevista en video como una medida que protege derechos y especialmente la salud física y mental.

Siendo que mucho de la violencia y abuso que se comete contra la niñez recae sobre personas que tienen la responsabilidad de cuidarles, es imperativo que puedan tener acceso a personas o individuos a quienes puedan reportar la situación de forma confidencial y segura, tales como las líneas de atención telefónicas gratuitas.

La participación de niños, niñas y adolescentes con discapacidades requiere la introducción de mecanismos que logren dar efectividad al derecho. En este sentido, por ejemplo se debe disponer de intérpretes y/o apoyarse en especialistas u otras personas que puedan expresar la visión de la niñez, comunicarse con ellos en un lenguaje apropiado y hacer uso de formas de cuestionamiento que promuevan la comprensión y la capacidad de hacer escuchar su opinión.

En los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, éstos deben tener oportunidades claras para realizar consultas legales o recibir alguna otra asistencia. La opinión de los padres en ningún caso puede reemplazar a la del adolescente. El derecho a expresar su opinión y a que ésta sea oída se debe garantizar en cada etapa del proceso, y esto más que una declaración debe transformarse en una realidad. La participación

no puede ser condicionada en forma alguna. Las y los adolescentes no pueden ser considerados como objetos de control social sino como sujetos de derechos en proceso de desarrollo. Para cualquier eventual reforma del sistema penal de adolescentes contemplado en la LOPNA y para el diseño de la política relacionada con la justicia juvenil deben ser involucrados y consultados para la planificación, desarrollo, implementación y evaluación de planes y programas.

En el ámbito más particular, siguiendo el modelo establecido en la LOPNA para el abordaje de las y los adolescentes privados de libertad, se propone la utilización del plan individual con fijación de metas, medios y tiempo para cumplirlas, con la más amplia participación del adolescente en todas las medidas socioeducativas. En todos los casos, la "rehabilitación", "reintegración" o integración de nuevo en el sistema familiar está garantizada cuando expresan su opinión y ésta es tomada en cuenta.

Siempre es muy importante estar atentos a las competencias desarrolladas, la edad, la madurez intelectual y la capacidad evolutiva. Prácticamente se convierte en un imperativo disponer de un sistema de apoyo legal especializado que proporcione asistencia técnica calificada a los niños, niñas y adolescentes involucrados tanto en procedimientos administrativos como judiciales. En Venezuela, en el primer ámbito mencionado es donde en este momento se encuentran mayores debilidades, ya que en la definición del sistema administrativo de protección de la niñez si bien no se limitó, tampoco se dejó expresa la presencia de equipos multidisciplinarios de apoyo a las diferentes instancias, especialmente de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que tienen la misión de asegurar la protección, en caso de amenaza o violación de los derechos y garantías de uno o varios niños, niñas y adolescentes individualmente considerados.

Referencias Bibliográficas

- APUD, A.** (2002): *Participación Infantil*. Enrédate con UNICEF Formación del Profesorado. Tema 11.
- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial** (2006): *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2007. El Desarrollo y la Próxima Generación. Panorama General*. Washington, D.C.
- BREINBAUER, C.** (2005): *Youth: Choices and Changes. Promoting Healthy Behaviors in Adolescents*. Meeting of UNICEF Focal Points on Adolescent Development. "Reviewing Policies and Strategies for Adolescent Development in Latin America and the Caribbean". 13-15 June 2005, Kingston, Jamaica.
- CASTRO, J.** (2005): "La Infancia en Debate: Entre Derechos y Necesidades" en *Revista UNIVERSITAS* N° 5. UPS. Ecuador.
- Comité de los Derechos del Niño** (2006): *Día de Discusión General sobre el Derecho de los Niños a ser Escuchados*. (Versión no editada). Ginebra. 43 Sesión. Del 11 al 29 de septiembre de 2006.
- _____ (2007): *Comentario General Artículo 12*. (Draft). Ginebra.
- CUSSIANOVICH, A. y Márquez, A. M.** (2001): *Hacia una Participación Protagónica de Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima. Save The Children.
- ESTRADA, M. V.** (2000): *La Participación está en Juego*. Santa Fe de Bogotá, D.C. Colombia.
- HAMMARBERG, T.** (1997): *Derechos en la Escuela: Una Opción Política que Modifica la Práctica Pedagógica*. Florencia. Italia. Centro Internacional para el Desarrollo del Niño.

HART, Roger A. (1992). *La Participación de los Niños: de una Participación Simbólica a una Participación Auténtica*. Ensayos Innocenti N°4. UNICEF.

_____: (2001). *La Participación de los Niños en el Desarrollo Sostenible*. Barcelona. UNICEF/P.A.U. Education.

MARINA, J. A. (s/f): *Sobre la posibilidad de extender el derecho al sufragio activo en las elecciones municipales a las ciudadanas y los ciudadanos cuya edad se encuentre entre los dieciséis y los dieciocho años*. Informe solicitado por Alfredo Sánchez Monteseirín. Alcalde de Sevilla).

República Bolivariana de Venezuela (1998): *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente con su Exposición de Motivos*. Gaceta Oficial N° 5.859, Extraordinario. De fecha de 10 de diciembre de 2007.

República Bolivariana de Venezuela – Tribunal Supremo de Justicia (2007): *Orientaciones sobre la Garantía del Derecho Humano de los Niños, Niñas y Adolescentes a Opinar y Ser Oídos en los Procedimientos Judiciales ante los Tribunales de Protección*. Caracas. Acuerdo de Sala Plena del TSJ. 12 de junio de 2007.

República de Venezuela (1990): *Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Gaceta Oficial N° 34.541. De fecha 29 de agosto de 1990

UNICEF – TACRO y Centro Internacional de Desarrollo del Niño (1998): *La Participación de Niños y Adolescentes en el Contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: Visiones y Perspectivas*. Bogotá. Actas del Seminario. 7-8 de diciembre de 1998.

UNICEF (2000): *Adolescencia en América Latina y el Caribe. Orientaciones para la Formulación de Políticas*. Bogotá. Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe.

UNICEF (2002): *Adolescencia. Una Etapa Fundamental*. Nueva York.

_____: (2002): *Estado Mundial de la Infancia 2003*. Nueva York. UNICEF House.

_____: (2005): *Declaración de la Cumbre de Liderazgo Juvenil de Latinoamérica y el Caribe* 16 de mayo de 2005. Mimeografiado.

UNICEF, OIJ, ONUSIDA y Time Research (2000): *Encuesta de Opinión. La Voz de Niños, Niñas y Adolescentes de Iberoamérica*. Panamá. Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

UNICEF-TACRO (2003): *¿Cómo influenciar una mayor inversión social en la infancia?* Panamá. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

WHO, UNAIDS, UNFPA (2004): *Seen but not heard. Very Young Adolescents 10 - 14 years*. Oxford U. K.

Audiencia Preliminar

Magistrado Juan Rafael Perdomo

Sumario:

Concepto. Objeto. Uniformidad. Poderes del juez. Admisión de la demanda. Despacho saneador. Fases procedimentales. Notificación. Fase de mediación. Fase de sustanciación: Oportunidad, consignación del escrito de pruebas y contestación, los Terceros, preparación de las pruebas. Comparecencia. Contestación de la demanda y reconvencción. Reproducción audiovisual.

1. Concepto:

La audiencia preliminar pretende que los sujetos procesales resuelvan, mediante técnicas de mediación familiar y bajo la orientación del Juez de mediación y sustanciación, el conflicto que afecta, esencialmente, a los niños, niñas y adolescentes, sin descartar, por supuesto, las lesiones subjetivas y objetivas sufridas por la pareja¹.

¹ Mediación: La mediación es la intervención no forzada en un conflicto de una tercera persona neutral para ayudar a las partes implicadas a que lo transformen por sí mismas. Las características que lo distinguen de otros procedimientos son, entre otras: la voluntariedad de las partes, el esfuerzo de las partes por comunicarse, comprenderse y llegar a acuerdos justos y la intervención de terceras personas, denominados mediadores.

2. Objeto

Una vez que las partes han comparecido ante el juez, en el escenario creado en los Tribunales de Protección², el objeto de la audiencia preliminar promueve la búsqueda de la solución del conflicto familiar sobre las siguientes bases:

- a) Crear el clima necesario para que los contendientes arriben a una conciliación en las posiciones sostenidas. La dignidad del espacio impone a los jueces o juezas una actitud afable frente a los comparecientes. El juez o jueza extremará sus cuidados para facilitar a los comparecientes el acceso a la mediación.
- b) Disposición para oír atentamente la narración de los hechos que cada uno de los participantes esgrime como soportes de la acción. Es indispensable entender cuáles son los hechos esenciales y cuales accesorios, pues le sirven al juez o jueza para jerarquizarlos, con la finalidad de descubrir el problema. Esta búsqueda ayudará al juez o jueza a entender en dónde está el desencuentro de las partes y cómo abordar el problema con posibilidades de éxito. Con la mayor precisión localizar la transparencia en el libelo de demanda, es decir, que no sea contradictorio ni ambiguo y que se entienda, también, en el material probatorio aportado examinar su congruencia con los hechos alegados, para que el problema sea dilucidado eficazmente.
- c) Manejar los intereses de las partes con ecuanimidad, para evitar la contaminación del proceso de diálogo con observaciones no apropiadas. Es muy delicada la función del juez o jueza, pues debe ser imparcial,

² Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), Artículo 175: "...En cada circuito judicial, los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes están constituidos en primera instancia por jueces o juezas de mediación y sustanciación y, jueces o juezas de juicio; y en segunda instancia, por jueces o juezas superiores. La Dirección Ejecutiva de la Magistratura determinará en cada circuito judicial, según las necesidades del servicio, si la ejecución corresponde a los jueces o juezas de mediación y sustanciación, a los jueces o juezas de juicio o, si es necesario crear jueces o juezas de ejecución en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, podrá separar la competencia de mediación y de sustanciación, atribuyendo a jueces o juezas de primera instancia del respectivo circuito judicial cada una de estas atribuciones".

ecuánime y equitativo. Es recomendable ensayar opciones que las partes asuman eficientemente para darse a sí mismas la solución ideal. El acento para la solución debe ser el reflejo del clima de advenimiento originado en los sujetos del conflicto a fin de que éstos se den su propia solución, cuyo resultado deviene de la dirección del juez o jueza en ese espacio de mediación.

- d) Estimular el posible acuerdo, creando opciones derivadas de los hechos narrados por las partes para desarrollar el aspecto antes indicado. Estas opciones deben ser equidistantes de los intereses en juego, sobre todo recabando la idea de que por encima del interés apasionado y personal de cada una de las partes, está el interés superior del niño, niña o adolescente.
- e) Puede reunirse separadamente con cada una de las partes para lograr una solución que distribuya con equidad los factores o intereses presentes en el conflicto familiar. En todo caso, deben ser los interesados en el conflicto quienes elijan la mejor opción para poner término al diferendo y no que el juez o jueza se convierta en el dador de soluciones.

3. Uniformidad del Procedimiento

Uno de los aportes fundamentales de esta Ley ha consistido en reducir a tres los procedimientos: Procedimiento ordinario, procedimiento no contencioso y procedimiento de adopción, en contrapartida a la vigencia de una multiplicidad de procedimientos que hacen más simple el acto judicial, asumiendo los principios identificados en el artículo 450 de la Ley. La importancia de esta uniformidad procedimental se pone de manifiesto tanto en la audiencia preliminar como en la audiencia de juicio. Mediante la oralidad y los medios alternos de solución de conflictos, la audiencia preliminar resuelve o decide todas las controversias a las cuales se refiere la competencia de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes previstas en el artículo 177 de la Ley. Este paradigma cambia el modelo procesal que estuvo vigente en la ley derogada y quizás es una de las conquistas de la Reforma que nos acerca a nuestro modelo constitucional.

4. Poderes del Juez:

En la audiencia preliminar se destacan los poderes o facultades que la Ley le ha conferido al juez o jueza para dirimir las controversias familiares. El artículo 450 de la Ley, en el literal "i)" dispone que la dirección e impulso del proceso está a cargo del juez o jueza. El juez o jueza dirige el proceso y debe impulsarlo hasta su conclusión.

Es significativo el poder del juez o jueza en materia de protección cuando se le agrega en el literal "j)" el principio de la primacía de la realidad. Según éste, el Juez o Jueza debe orientar su función en la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance y en sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias. Como orientación fundamental, además, debe tomarse el interés superior de niños, niñas y adolescentes para interpretar la Ley en todas las decisiones administrativas o jurisdiccionales que sean necesarias o indispensables para resolver un conflicto.

Para los jueces o juezas este interés sobrepasa cualquier reglamentación jurídica. Así se explica los poderes que debe tener el juez o jueza para conducir cualquier situación jurídica conflictiva.

En el orden administrativo como jurisdiccional los poderes del juez deben ser conducidos siempre en beneficio de la infancia y de la adolescencia. La Ley ha favorecido intensamente este principio en el proceso por audiencia a que nos hemos referido en este trabajo. El artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha establecido la oralidad, la brevedad, la celeridad y el principio finalista para que la justicia sea realmente accesible y no cubierta de formalismos o ritualismos impeditivos. Esta es una reflexión que debe estar en el ambiente de cada decisión que se tome con relación a los niños, niñas y adolescentes.

Según el anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se sigue la tendencia moderna de aumento de los poderes del juez o jueza convirtiéndolo en el director del proceso. El maestro Niseto Alcalá Zamora estimaba que entre la figura del juez dictador y el juez

espectador debía organizarse el procedimiento de modo que no fuera ni lo uno ni lo otro, sino el director. En ese orden de ideas, los autores del referido código procesal civil expresaron: "*No ignoramos los riesgos que ese aumento de poderes del tribunal puede aparejar; pero, por un lado, estamos dispuestos a asumirlos como un intento para mejorar nuestro tan deficiente proceso; y, por el otro, ello no significa desconocer los derechos y garantías que se acuerdan a las partes, incluyendo la posible responsabilidad judicial, como contrapartida*"³.

El autor Osvaldo Gozaini⁴ indica que el principio de moralidad en el proceso "*sólo puede ser controlado por quien lo dirige (el juez) sin perjuicio del deber de colaboración que tienen las partes y de respeto hacia la lealtad, probidad y buena fe que inspire sus actos*".

El balance que propone el artículo 8 de la LOPNNA para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta, permite ponderar el interés de éstos con sus semejantes, con el bien común y con la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y las garantías y derechos del niño, niña y adolescente.

Es imperativo el uso de esta orientación legal cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, aunque han de prevalecer los primeros como muy bien lo señala el parágrafo segundo del Artículo 8 mencionado.

En las relaciones humanas importa que los padres o representantes de los niños, niñas y adolescentes, así como sus familiares, estén conscientes de la validez del equilibrio que debe predominar en base al principio del interés superior del niño, niña y adolescente. Esta misma conciencia deben tenerla los educadores, los maestros así como los compañeros de los niños, niñas

³ Anteproyecto del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, p. 58.

⁴ Gozaini, Osvaldo, *La Conducta en el Proceso*, Librería Editora Platense S.L.R., La Plata, 1988, Argentina, p. 113.

y adolescentes para entender que el interés superior es una regla o norma de equilibrio que está sujeta a ser apreciada en cada caso.

Finalmente, en cuanto a la dirección e impulso del proceso por el juez o jueza, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, moderniza y modifica las estructuras solemnes, verticales, del proceso “desesperadamente escrito”, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad, en términos del honorable procesalista uruguayo, Eduardo Couture.

Se ha recurrido a un proceso por audiencia que le permite al juez o jueza ser el director del proceso e impulsarlo en beneficio del niño, niña y adolescente utilizando formas sencillas, respetando la competencia, la prescripción, la cosa juzgada, así como la iniciativa de parte, el principio de congruencia según el cual el juez o jueza no puede sentenciar más allá de lo pedido por las partes ni fuera de lo litigado, salvo lo estimado como útil y procedente para el niño, niña y adolescente. Es decir, que el principio dispositivo no aparece alterado sino en la medida en que éste colida con el interés superior del niño, niña y adolescente. Se afirma el principio del impulso procesal de oficio en base a la especialidad de la materia.

5. Admisión de la Demanda

El artículo 457 de la Ley regula la admisión de la demanda, siempre que no sea contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico. Una vez que ha sido admitida la demanda el juez o jueza ejercerá el despacho saneador si fuere el caso, ordenando la corrección mediante auto motivado e indicando el plazo para ello que, en ningún caso, excederá de cinco días según lo dispone el artículo 457 de la Ley.

El hecho de que se admita una acción no significa que la misma deba ser declarada con lugar. Lo que indica el artículo 26 constitucional es la garantía de acceso a la justicia. Para lograrla debe interponerse una acción que pone en marcha al organismo jurisdiccional, detallándose en el proceso los derechos y deberes de cada parte desde el instante en que el juez “admite o inadmite la demanda, la petición, el escrito o cualquier otra forma de inicio del proceso”.

No obstante, debe precisarse que la demanda debe ser clara, precisa, positiva, con identificación del demandante y del demandado, o bien si se demanda a una persona jurídica, con los datos concernientes a su denominación, domicilio y los relativos al nombre y apellidos de cualquiera de sus representante legales, estatutarios o judiciales. Además, el objeto de la pretensión debe determinarse con precisión indicando los datos de identificación y demás señales que contribuyan a su identidad, los datos y explicaciones que permitan conocer el contenido del derecho pretendido.

Éste nace con la acción, ésta es contradicha, se reciben las pruebas, pero como punto previo el juez debe determinar la admisibilidad o no de ella. Por eso cuando dicha demanda se rechaza, no hay negativa al derecho de acceso a la justicia, ya que está emitiendo un fallo, en pleno ejercicio de su función jurisdiccional. Por estas razones el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 1° de junio de 2001, se estableció:

Cuando se rechaza **in limine litis** la acción, no hay negativa al derecho de acceso a la justicia, ya que se está emitiendo un fallo, en pleno ejercicio de la función jurisdiccional.

A juicio de esta Sala es un requisito de la acción, que quien la ejerce tenga interés procesal, entendido éste como la necesidad del accionante de acudir a la vía judicial para que se declare un derecho o se le reconozca una situación de hecho a su favor.

Si teóricamente es irrelevante ir a la vía judicial para obtener la declaratoria del derecho o el reconocimiento o constitución de la situación jurídica, o para preservar un daño, la acción no existe, o de existir, se extingue, si cesa la necesidad de incoar la actividad jurisdiccional.

6. Despacho Saneador

Se estima esencial el ejercicio del despacho saneador de la acción conforme lo prevé el Art. 457 de la LOPNNA. Esta norma nos indica, “luego de admitirla, practicará el despacho saneador, si fuere el caso, ordenando

la corrección mediante auto motivado e indicando el plazo para ello que, en ningún caso, excederá de 5 días”⁵. Esta actividad del juez tiende a la transparencia en el proceso, siendo necesario que se corrijan los defectos observados por el juez. En caso de no acatarse la orden de corrección, el juez o jueza deberá pronunciarse sobre la conducta omisiva.

En auxilio de esta norma pudiera utilizarse el criterio de la Sala Constitucional en la sentencia N° 1064 de fecha 29 de septiembre de 2000, porque si no hay interés en la declaratoria del derecho o en el reconocimiento o constitución de la situación jurídica, o para preservar un daño, la acción no existe o, de existir, se extingue, si cesa la necesidad de incoar la actividad jurisdiccional. En esta sentencia se dice expresamente: “Pero igualmente puede ser detectada por el juez, antes de admitir la demanda y ser declarada en el auto que la inadmite, donde realmente lo que se rechaza es la acción y no el escrito de demanda”.

Lo cierto es que la facultad que tiene el juez de mediación es de admitir la demanda y luego ordenar la corrección cuando sea procedente. Debe

⁵ I CONVENCIÓN NACIONAL DE JUECES DEL TRABAJO; Tribunal Supremo de Justicia, Colección Eventos N°17, Caracas Venezuela, 2005. “... Es así como se desprende que no todos los requisitos exigidos en la ley, ante su ausencia, traerán como consecuencia un proceso nulo; es por lo que partiendo de tal circunstancia y del supuesto de tales requisitos deben estar llenos al momento de la audiencia preliminar, pudiera en consecuencia considerarse que la primera tesis planteada es la correcta. No obstante, debe acudirse a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la cual establece los principios de celeridad, brevedad, la supresión de cuestiones previas (mecanismo que permita a la contraparte ejercer su derecho a la defensa) ante tal supresión el juez debe ser extremadamente cuidadoso al momento de examinar la demanda y en caso de considerar que no se encuentran llenos los extremos de ley, requerir a la parte actora la subsanación de tales imperfecciones; por lo que de modo alguno puede considerarse que el supuesto establecido en el artículo 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no corresponda a un Despacho Saneador, máxime cuando se acude a sus orígenes, específicamente en Venezuela a lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparos sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Código de Procedimiento Civil, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Ley Orgánica del Trabajo, suficientemente desarrollados por la jurisprudencia. (omissis) Así las cosas, se puede concluir de manera contundente, sin temor a equivocarse que la institución del Despacho Saneador busca depurar de manera clara y precisa los posibles vicios del proceso, y en especial, la eliminación de las cuestiones previas contempladas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que como pudo ser analizada en su mayoría pueden ser resueltas, a través del Despacho Saneador, por lo que el juez no debe esperar la oposición de la demandada, para emitir luego su decisión, sino que es el propio juez, quien una vez observada la ausencia de los requisitos necesarios para la admisión de la demanda, o la existencia del algún vicio del proceso debe resolverlo, con lo cual se garantiza los principios de celeridad y brevedad, toda vez que el juez desempeña ahora una conducta proactiva y no pasiva.

existir un interés procesal, aunque este interés puede luego perderse. Es igualmente imprescindible que la parte actora esté legitimada para ejercer la acción presentada ante el tribunal conforme a las reglas que contiene la Ley en materia de la competencia, específicamente en lo relativo al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que marcan la legitimidad del actuante.

En el caso de la norma legal citada fue necesario establecer un lapso de 5 días para que el interesado pudiera hacer la corrección del libelo. Según la sentencia N° 1064 que dictó la Sala Constitucional en fecha 19 de septiembre de 2000, puede ocurrir la pérdida del interés procesal y la acción se extingue. Esta es una modalidad de la extinción de la acción. Como puede verse no es lo mismo que la perención donde el proceso se paraliza y luego se extingue la instancia, requiriéndose un pronunciamiento del tribunal que haga tal declaratoria de extinción del procedimiento.

7. Fases procedimentales

La audiencia preliminar está prevista en el Artículo 454 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA). La norma establece que 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 sustanciación y la fase de mediación.

La segmentación de la audiencia preliminar en fase de mediación y sustanciación crea condiciones ideales para la solución del caso que ha planteado el accionante, conforme a los hechos y derechos que conforma la demanda, ateniéndose, desde luego, a la competencia de los Tribunales de Protección previstas en el Artículo 177 de la Ley⁶.

⁶ La competencia está distribuida del siguiente modo en la Ley: Art. 177. Parágrafo primero: Asuntos de familia de naturaleza contenciosa. Parágrafo segundo: Asuntos de familia de jurisdicción voluntaria. Parágrafo tercero: asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos del Niño, Niña o Adolescentes o de los Consejos de Protección. Parágrafo cuarto: asuntos patrimoniales, del trabajo y de otros asuntos. Parágrafo quinto: acción judicial de protección de niños, niñas y adolescentes. Tradicionalmente se recurre al artículo 28 del Código de Procedimiento Civil vigente que regula la competencia materia, la competencia por la cuantía, artículo 29; la competencia por el territorio, artículo 40; la sección del Código, norma la competencia objetiva referida a los elementos objetivos de la *causa petiti* y la *causa petendi*. Se incluye las competencias citadas.

8. Notificación

Es formalidad necesaria para la validez de los juicios la notificación de la parte demandada mediante boleta, por los medios electrónicos de los cuales responda el tribunal, y si no hubiese sido posible las dos formas antes señaladas se le puede notificar, cuando sea una persona jurídica, mediante cartel o por correo. El cartel lo fijará el alguacil en la puerta de la sede de la persona jurídica y la entrega de una copia del mismo al representante legal o judicial de la persona jurídica, o bien a uno cualquiera de sus directores, directoras o gerentes, o la consignación en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. Las normas que guían el sistema de notificación son los artículos 458, 459, 460 y 461 que se refiere a que si la notificación por boleta o por medio electrónico no fuere posible, de requerirse cartel o edicto bastará, en caso de encontrarse en el país o fuera de él una sola publicación en un diario de circulación nacional o local. El contenido del cartel, dice el artículo 461 será: el nombre y apellido de las partes, el nombre y apellido de los niños, niñas o adolescentes, salvo en los casos en los cuales el procedimiento sea confidencial conforme a la Ley; el objeto de la demanda, el término de comparecencia; y la advertencia de que si no compareciese la parte demandada en el lapso señalado, se le nombrará defensor o defensora, con quien se entenderá dicha notificación. El secretario o secretaria del tribunal debe dejar constancia de que se han cubierto estas formalidades y que el cartel será agregado al expediente por la parte interesada en un ejemplar del diario en que haya aparecido publicado el cartel. Cuando la parte demandada no se encuentre en el país, se le concederá un plazo de treinta (30) días adicionales para la comparecencia de las partes. El juez o jueza debe solicitar inmediatamente a las autoridades competentes información sobre la ubicación de la parte demandada, entre ellas las competentes en registro electoral, de identificación. Esta información puede ser también solicitada en el

Recientemente la Dra. Rosa Isabel Reyes, Jueza Coordinadora del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, ha publicado una obra sobre la Competencia, titulada *La Competencia en materia de niños, niñas y adolescentes*, 2008, que puede ser leída para mayor información en materia de competencia de niños, niñas y adolescentes, pues recoge criterios jurisprudenciales de gran actividad a parte del análisis conceptual que hace de la referida materia.

Seniat. Una vez que es recibida la información solicitada se notificarán mediante boleta; en caso contrario, procederá a fijar oportunidad para la fase de mediación de la audiencia preliminar. Igualmente tenemos la notificación voluntaria y presunta consagrada en el artículo 462⁷.

La experiencia de la notificación en la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales⁸ ha sido efectiva y lo propio ocurre con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Debe acotarse que el sistema Juris 2000 facilita ese acto, tal como lo comprueba el funcionamiento actual del Circuito de Protección en el Área Metropolitana de Caracas.⁹ Estas experiencias revelan que es factible la uniformidad de trámites en todas las materias del ordenamiento jurídico venezolano. (Art. 257 de la Carta Magna).

Merece atención la experiencia llevada a cabo por el Circuito Judicial de Protección del Niño Niña y Adolescente del Área Metropolitana de Caracas referente a las dificultades confrontadas por los fiscales del Ministerio Público de Protección del Niño, Niña y Adolescente del Área Metropolitana de Caracas que tuvo por finalidad corregir las deficiencias presentadas con las notificaciones al Ministerio Público basadas en la normativa vigente (Art. 171 de la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil y Artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

El tema consistió en definir en cuáles asuntos se debe notificar sin exigir opinión al fiscal y en cuáles se debe notificar y solicitar la opinión del fiscal del ministerio público:

⁷ Artículo 462. Notificación voluntaria y presunta.

La parte demandada o su representante puede, además, darse por notificada personalmente, mediante diligencia suscrita ante el secretario o secretaria. Sin embargo, siempre que resulte de autos que la parte o su apoderado o apoderada, antes de la notificación, ha realizado alguna diligencia en el proceso o ha estado presente en algún acto del mismo, se entiende notificada desde entonces, sin más formalidad.

⁸ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Colección Textos Legislativos N° 5. Quinta Edición, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996.

⁹ Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas. Asuntos nuevos ingresados a la URDD: 16.694; Asuntos abiertos desde OAP y Archivo: 1.179.373; Actuaciones realizadas desde el despacho Judicial: 266.885 (enero-agosto 2006)

Asuntos en los cuales se debe notificar sin exigir opinión al fiscal:

1. Oposición al nombramiento y solicitud y remoción de tutor (a), protutor (a) o Miembros del Consejo de Tutela, artículo 515 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
2. Disconformidad con las decisiones, actuaciones y actos administrativos de los Consejos Municipales de Derecho y Consejos de Protección en el ejercicio de las competencias en materia de protección de niños niñas y adolescentes, artículo 321 Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
3. Disconformidad con las medidas impuestas por los Consejos Municipales de Derechos y Consejos de Protección, artículo 321 Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
4. Abstención de los Consejos Municipales de Derechos y Consejos de Protección, artículo 321 Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
5. Aplicación de sanciones a particulares, Instituciones Públicas y Privadas, excepto las penales, artículo 321 Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
6. Acción Judicial de Protección, artículo 321 Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
7. Si del resultado del juicio promovido conforme a las previsiones de los Parágrafos 3° y 5° del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, se evidencian hechos que puedan constituir causales de Privación o Extinción de Patria Potestad, Tutela o Responsabilidad de Crianza, artículo 328 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
8. Restitución de Patria Potestad, artículo 355 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

9. Procedimiento de Rectificación de Actas del Estado Civil de las personas contenidos en el artículo 769 de Código de Procedimiento Civil.
10. Interdicción, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.
11. Tacha de Instrumentos, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.
12. Acciones de Estado relativas a la Filiación, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.
13. Divorcio, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.
14. Separaciones de Cuerpos Contenciosas, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.
15. Nulidad de Matrimonio, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.
16. Oposición al Matrimonio, artículo 131 del Código de Procedimiento Civil.

Asuntos en los cuales se debe notificar y solicitar la opinión al Fiscal

1. Disposición de Bienes, artículo 267 del Código Civil (opinión vinculante).
2. Divorcio Fundamentado en el artículo 185-A del Código Civil (opinión vinculante).
3. Adopción, artículo 495 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
4. Revisión y modificación de la Responsabilidad de Crianza, artículo 361 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

5. Obligación de Manutención, artículo 382 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

9. Fase de mediación

- a) La audiencia preliminar es **privada**. Significa que el ámbito judicial le permite a las partes aislarse en determinado espacio para contar y recontar los pormenores de aquel evento que dio origen a un conflicto familiar. Por lo tanto, sólo las partes y sus abogados tienen acceso a ella, no es permitido que terceros se involucren en la secuencia de ese proceso. Es un problema de las partes que el juez o jueza deben manejar con tacto para no herir susceptibilidades ni acentuar el clima de discordancia, sobre todo, para que ellas sean las creadoras de su propia solución.
- b) Es **judicial**, según el artículo 454 de la Ley, atendiendo a la normativa constitucional, esta Ley caracteriza a la audiencia preliminar dentro del procedimiento ordinario como un trámite procesal que se desarrolla en dos fases, la fase de mediación y la fase de sustanciación, tiene por finalidad resolver la pretensión que ha sido presentada por el demandante, con la intervención activa de las partes o sus apoderados y apoderadas y el juez. En primera instancia se suscita un debate bajo la conducción del juez o jueza, quien como director del proceso conduce el debate para lograr un acuerdo que se derive del diálogo sostenido y ese acuerdo se materializa con el levantamiento de un acta en donde se deje constancia del alcance obtenido por las partes cuya actitud provoca la solución de un conflicto particular pero en el ámbito judicial. En el caso que las partes no llegaran al acuerdo antes mencionado, se termina la fase de mediación y pasa a la audiencia de juicio. Por otra parte, cuando la mediación no ha alcanzado su finalidad, en la fase de sustanciación, el demandado consigna la contestación a la pretensión y las pruebas correspondientes para luego ir a la audiencia de juicio en donde puede producirse una sentencia dictada por el juez y no por las partes si es que no hubo solución al conflicto. Igualmente, tanto en segunda instancia como en la Sala de Casación Social puede producirse la mediación del juez o jueza pendiente, las partes darse a sí mismas la

sentencia que resuelva el problema. Esta intervención procesal permite estimar que en un proceso como el detallado en la Ley, la participación del poder judicial es significativa. Es **consensual**, porque las partes, *motu proprio*, se muestran dispuestas a seguir el proceso de mediación para examinar el conflicto que las afecta. Lo ideal es que el juez o jueza como tercero en esta relación mediadora logre su cometido acercando las diferencias para obtener la solución que armonice las discrepancias en obsequio del niño, niña o adolescente. Es cierto que están obligadas a comparecer a la audiencia preliminar en la fase de mediación, pero median voluntariamente. No existe ninguna razón para decir que es obligatoria la mediación, por ello los jueces o juezas deben asumir una actitud comprensiva, pero firme, más bien estimulante para que el clima de diálogo e intercambio de ideas sea el producto de un entendimiento recíproco y con miras a la solución del caso.

Esta Ley no impone dicha institución, sino que crea los espacios indispensables para que las partes lleguen a un acuerdo y resuelvan el diferendo que las separa por sí mismas utilizándose las técnicas de mediación universalmente conocidas.

c) Sin asistencia de abogados.

La Ley establece la obligatoriedad de la asistencia de las partes o sus apoderados, en el caso de los *procedimientos relativos a responsabilidad de crianza, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar*, dada la naturaleza de las consecuencias que se derivan de cualquier acuerdo sobre los casos mencionados, es un asunto personalísimo en donde la presencia de los abogados solamente no podría resultar óptima para la justicia debido a que éstos tendrían que consultar con los interesados cualquier acuerdo que se pretenda. La lógica aconseja evitar pérdida de tiempo en un caso como el citado. Se ha consagrado, además, que las partes podrán acudir sin la asistencia o representación de abogados o abogadas, para reafirmar el carácter autónomo de esa asistencia bajo el control del Juez de mediación, quien está obligado a mantener a las partes en un plano de igualdad, de respeto por su actitud frente al

procedimiento de mediación, de consideración por la conducta que desplieguen honestamente en el espacio de mediación.

En el caso de que una de ellas cuente con asistencia de representación de abogado o abogada y la otra no, se le informará a esta última de su derecho a contar con la asistencia o representación jurídica gratuita y, en caso de ser solicitada, se suspenderá la audiencia preliminar y el juez o jueza debe designar un profesional que asuma la defensa técnica a los fines de continuar el proceso.

En la Ley ha quedado claro y, así puede constatarse en el Artículo 469¹⁰, la importancia de la mediación, lo útil que resulta la comparecencia de los interesados para dialogar sobre el problema confrontado. Expresamente se indica que las partes no quedan afectadas en el proceso de mediación, lo cual incluye tanto lo consensual como lo no vinculante del procedimiento, que lo analizado por las partes es confidencial, privado.

El derecho del niño, niña y adolescente a opinar y ser oído

Durante la secuela prevista por el artículo 469 de la LOPNNA, además de lo indicado anteriormente, se prevé también que en todos los casos, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe oír la opinión del niño, niña o adolescente. Según el Artículo 80 de la LOPNNA, todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

- a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo.

La LOPNNA ha transcrito literalmente lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño y como conclusión puede sostenerse que debe oírse a los niños, niñas y adolescentes *"en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte*

¹⁰ Artículo 469. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

*sus derechos, garantías e intereses"*¹¹ en base a la Convención de los Derechos del Niño y de la LOPNNA. El Artículo 469 de la Ley precisamente ha colocado en la fase de mediación esta disposición que afirma la necesidad de oír la opinión del niño, niña o adolescente, pudiendo hacerlo en privado de resultar más conveniente a la situación personal y desarrollo del niño, niña y adolescente. Los jueces y juezas no deben vacilar en integrar este elemento valioso al proceso llevado a cabo en los términos que expresa la norma citada.

Esta opinión debe oírse conforme a las Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección que ha emanado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia según resolución del 25 de abril de 2007¹².

Este asunto es grave para la justicia porque puede enturbiarse si actos de mala fe contaminan esa opinión.-Los funcionarios debe tomar precauciones para asegurarse que el acto se realice con la mayor transparencia y precaver daños eventuales contra el juez o jueza.

9. Fase de Sustanciación; oportunidad

En la fase de sustanciación, según lo dispone el artículo 473, se establece que el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debe fijar, por auto expreso, día y hora de inicio de la fase de sustanciación de la audiencia preliminar; una vez que ha concluido la fase de mediación, en este espacio, la parte demandante debe consignar su escrito de pruebas.

¹¹ Ver artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 80 de la LOPNNA.

¹² Resolución de la Sala Plena, de fecha 25 de abril de 2007, publicada en *Gaceta Oficial* el 14 de junio de 2007.

Las presentes orientaciones están dirigidas a garantizar el derecho a opinar y a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, brindando criterios, pautas y buenas prácticas dirigidas a asegurar su efectivo cumplimiento, especialmente sobre la forma y oportunidad para realizar dicho acto.

Estas orientaciones están dirigidas a los Jueces y Juezas de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, así como a todos los funcionarios y funcionarias judiciales que tengan un trato directo con los niños, niñas y adolescentes, entre ellos, los equipos multidisciplinarios de estos órganos jurisdiccionales.

La Ley ha creado en el artículo 475 la fase de sustanciación, cuyo objeto es tramitar el proceso durante la audiencia preliminar. Se caracteriza por su publicidad y oralidad. Es un escenario en donde el juez o jueza y las partes se reúnen, le exponen al juez, primero la parte demandante y luego la parte demandada, los argumentos que crean precedentes y puede haber un debate entre ellas bajo la dirección del juez. Según esta Ley, las intervenciones deben versar sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no, a los presupuestos del proceso, que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, para evitar infracciones al orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva. Este encuentro entre los sujetos procesales es de gran interés para corregir los vicios existentes y es misión del juez o jueza decidir los argumentos planteados por las partes en la misma audiencia.

Los poderes del juez en esta fase de sustanciación cobran validez en la medida en que el juez o jueza resuelva las observaciones de las partes y ordene las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios. Es un verdadero director del proceso y no un juez o jueza arbitrario o arbitraria que abusa de las facultades que la Ley le ha otorgado.

9.1 Consignación del Escrito de Pruebas y Contestación

Según el artículo 456, la parte actora debe presentar conjuntamente con la demanda, los instrumentos fundamentales de los cuales se derive el derecho deducido y en la fase de sustanciación, aquí referida, debe consignar su escrito de pruebas, conforme el artículo 474.

La parte demandada también está conminada a consignar su escrito de contestación a la demanda junto con su escrito de pruebas según la norma antes citada.-La consignación es oral.

Los escritos de prueba deben indicar todos los medios probatorios con los que se cuente y aquellos que se requieran materializar, para demostrar la procedencia de los respectivos alegatos; el artículo mencionado dice que los primeros pueden ser consignados con el escrito de pruebas o en la audiencia preliminar, en cambio los segundos deben ser preparados

durante la audiencia preliminar, o bien evacuados directamente en la audiencia de juicio. Se deduce del texto comentado que ésta es una actuación previa para las pruebas pero igualmente es la oportunidad para consignar la contestación de la demanda o bien, en ésta, se puede reconvenir a la parte demandante en cuyo caso la demanda reconventional debe cumplir con los requisitos establecidos en este procedimiento para la demanda, pudiendo ser oral o escrita.

Una vez interpuesta la reconvencción, siempre que no sea contraria al orden público, debe ser admitida, el juez o jueza ejercerá el despacho saneador, caso en el cual, admitirá la demanda y ordenará su corrección mediante auto motivado señalando el plazo para ello. En cuanto al demandante, éste debe contestar la reconvencción, en forma oral o escrita dentro de los siguientes cinco días agregando las pruebas pertinentes.

El demandado o demandada enterado o enterada de la pretensión esgrimida en su contra argumentará lo que estime conveniente a sus intereses, salvaguardando, decimos nosotros, el interés superior del niño, niña o adolescente; sin embargo, la audiencia preliminar, en fase de mediación promueve la solución del conflicto, su extinción con la participación del juez o jueza de mediación y sustanciación.

En cambio, la fase de sustanciación, que no descarta la posibilidad de que el proceso sea mediado, promueve la sustanciación de la causa hasta ponerla en estado de sentencia que dictará el juez o jueza de juicio. La demanda y su contestación, así como el acervo probatorio producido, son ordenados por el juez o jueza, con la participación directa de las partes y sus abogados.

La sustanciación y la tramitación de la causa imponen al juez o jueza el deber de respetar el debido proceso y el derecho a la defensa (Art. 49 de la Constitución Nacional), abstenerse de abusos o desviación del poder que le confiere la Ley, siendo éste uno de los problemas más graves por los cuales transitarán los jueces y juezas en la realización del proceso.

9.2 Los Terceros

Según esta misma norma, en esta audiencia el juez o jueza puede llamar a los terceros interesados en la causa, ordenando su emplazamiento a una nueva audiencia preliminar, dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte siguientes a aquel en que conste en autos su notificación, a fin de que los terceros, como parte derivada de la causa, puedan ejercer el mismo derecho que corresponde a las partes originarias del proceso.

9.3 Preparación de las pruebas

a) Según la Ley se concede a las partes el derecho de revisar en compañía del juez o jueza los medios de pruebas, indicados en el artículo 474, para su análisis. Según las facultades que le da la Ley a este juez o jueza pueda decidir cuáles medios de prueba requieran ser materializados para demostrar los alegatos esgrimidos. Se le otorga el poder de verificar la idoneidad cualitativa y/o cuantitativa de los medios probatorios para hacer más eficiente en el proceso y asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia o la necesidad de que sean promovidos otros medios.

b) Se permite el debate de las partes bajo la dirección del juez o jueza, sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso. El núcleo de este debate es lograr resolver los vicios o defectos que pudieran existir y es función del juez o jueza aclarar este punto que contribuirá a garantizar el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

c) Es función también del juez, ordenar las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios para que el proceso fluya con toda transparencia, equidad e igualdad de derechos.

10. Comparecencia

La comparecencia a la audiencia preliminar es obligatoria y el artículo de la Ley establece consecuencias para el demandado o demandada cuando no comparecen sin causa justificada, tanto a la fase de media-

ción como a la fase de sustanciación, de conformidad con lo previsto en los artículos 472¹³ y 477 de la Ley.

El objeto de la audiencia preliminar es lograr que las partes lleguen a un acuerdo sobre el diferendo que las separa. En este sentido, la conducta del juez o jueza debe asumir el papel de conciliar y contribuir con las partes, para que encuentren la vía que solucione el conflicto familiar. Vale decir, que este juez o jueza de la audiencia preliminar conduce el proceso de mediación para obtener el resultado que se desea. Su cometido es la resolución del caso, que las partes al retirarse de la audiencia preliminar lleven un acuerdo homologado, ya sea parcial o total. Desde luego, si se produce la incomparecencia a la que se refiere la Ley, esa posibilidad quedaría frustrada. Valió la pena asistir a la audiencia preliminar, donde un diálogo fue útil bajo la conducción del juez o jueza de mediación y sustanciación.

En la audiencia preliminar se ha dispuesto la obligación de comparecer a la misma para resolver el caso. Tratándose de un conflicto de familia, como el que regula la Ley, la incomparecencia del demandado lo afecta gravemente, puesto que se tienen por admitidos los hechos esgrimidos en la pretensión. Si es el demandante quien no acude, se tiene por desistida la pretensión. Esta es la razón que contiene la Ley para evitar que la obligación de comparecer sea solamente un trámite de admisibilidad de la pretensión.

Las materias contempladas en el artículo 177 de la Ley son susceptibles de ser mediadas. En dicha norma se encuentra un listado de la competencia de los Tribunales de Protección por razón de la materia,

¹³ **Artículo 472.** Si la parte demandante no comparece personalmente mediante apoderado o apoderada sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar se considera desistido el procedimiento, terminado el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta y debe publicarse en el mismo día. Este desistimiento extingue la instancia, pero la parte demandante no podrá volver a presentar su demanda antes de que transcurra un mes.

Si la parte demandada no comparece sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar, se presume como cierto hasta prueba en contrario, los hechos alegados por la parte demandante, excepto en aquellas materias en las cuales no procede la confesión ficta por su naturaleza y por previsión de la Ley, dándose por concluida la fase de mediación en la audiencia preliminar, dejando constancia de ello en un acta.

tanto en lo contencioso como en lo no contencioso. La competencia requiere que el juez asuma la causa en virtud de estar obligado a conocer el fondo del asunto. La incomparecencia obstaculizaría la realización del proceso para un posible acuerdo, puesto que estamos frente al juez natural, frente al principio de la defensa y la asistencia jurídica como derechos inviolables del ciudadano o bien frente a la necesidad imperiosa de la notificación de la parte afectada, el derecho a ser oído con las debidas garantías, pero si la persona incomparece a la audiencia para la cual ha sido notificada y que conozca los detalles del proceso en curso, específicamente la posibilidad de mediar el conflicto, entonces carece de sentido el proceso y retrocederíamos a las solemnidades o formalidades no siempre útiles dentro del proceso.

En la tramitación del proceso mediador es esencial el principio establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes relativo al interés superior de niños, niñas y adolescentes. El principio es de orden público, luego no se concibe su violación mediante la no comparecencia a los tribunales de protección para afrontar la acción esgrimida por el demandante. Menos es concebible recurrir a excusas o excepciones que den al traste con la necesidad de confrontar las dimensiones del conflicto para intentar la solución de paz y armonía necesarias en el medio familiar. Como ejemplo, de la eficacia de la obligación de comparecer a la audiencia preliminar, se cita el caso de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que no ha causado ofensa o infracción al debido proceso ni constituye una obligación de mediar y ha dado resultados ejemplarizantes.

La comparecencia obligatoria de las partes no debe confundirse con una obligación para mediar. En materia de niños, niñas y adolescentes es posible mediar para llegar a acuerdos en aquellos casos así establecidos por la Ley. Solamente están excluidos de la mediación: la adopción, la colocación familiar o en entidades de atención familiar, e infracciones a la protección debida según el artículo 471 de la Ley. En estos casos, el juez o jueza debe ordenar realizar directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar en el auto de admisión y las actas pasan directamente al juez de juicio.

Si no fuese obligatoria la comparecencia del demandante o demandado, como se ha indicado en este trabajo, no valdría la pena el establecimiento de un proceso oral, porque las posibilidades de acuerdos quedarían frustradas con la sola incomparecencia de una de las partes.

Es procedente asumir el principio establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para asegurar la admisibilidad de la demanda y la tramitación subsiguiente que se inicia justamente con la notificación, tener en cuenta el interés superior de Niños y Adolescentes, que es la guía para las partes, sus abogados y los Jueces en estos problemas que plantea la referida incomparecencia a la audiencia de mediación.

La audiencia preliminar da inicio al proceso establecido en la LOPNNA, se basa en el proceso por audiencia caracterizado por la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad, como se expondrá en este ensayo. Se enfatiza que los medios alternos de solución de conflicto, como son la mediación y la conciliación, constituyen el núcleo de dicha audiencia. La audiencia preliminar se sirve de la mediación como una fase destinada a permitir la continuidad del proceso hasta encontrar la solución del caso presentado ante el Tribunal de Protección.

11. Contestación de la demanda y reconvencción

En este proceso no existen las cuestiones previas porque las mismas se solucionan a través del despacho saneador. Sin embargo, el demandado está obligado a contestar la demanda y a exponer todos aquellos argumentos que estime conveniente en la defensa de sus derechos, cuando no ha sido resuelto el caso por la mediación de la audiencia preliminar.

Al contestar la demanda existe la posibilidad, para el demandado, de reconvenir a la parte demandante. Al crearse un proceso por audiencia el trámite de la reconvencción se inicia por la admisión de la misma, siempre que no fuese contraria al orden público, a la moral pública o alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico. El o juez o jueza ejercerá el despacho saneador, caso en el cual admitirá la demanda y ordenará su corrección mediante auto motivado, indicando el plazo para

ello, que en ningún caso puede exceder de cinco días. La reconvencción debe contestarse, en forma escrita u oral, dentro de los cinco días siguientes, adjuntando, si fuere el caso, el escrito de pruebas correspondiente. En estos casos, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar se debe celebrar dentro de un plazo no menor a cinco días ni mayor a 10 días siguientes, a aquel en que concluya el lapso para la contestación de la demanda reconvenccional (Art. 474 LOPNNA).

12. Reproducción audiovisual

La fase de sustanciación culmina con su reproducción audiovisual antes de remitir las actas del expediente, la reproducción audiovisual. Cuando no sea posible la reproducción audiovisual de la audiencia, dice el artículo 478 de la Ley, ésta podrá realizarse sin estos medios para lo cual los jueces o juezas tomarán las medidas de seguridad pertinentes.

Capítulo III Medios Alternativos de Solución de Conflictos

Procedimientos para Resolución Alternativa de Conflictos

Dra. Josefina M. Rendón

TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. " 154.001-154.073

Subcapítulo A. Disposiciones Generales

154.001. Definiciones

En este Capítulo:

(1) "Tribunal" incluye todo tribunal de apelación, tribunal de distrito, tribunal constitucional del condado, tribunal del condado establecido por ley, tribunal de derecho familiar, tribunal testamentario o de sucesión, tribunal municipal o tribunal de juez de paz.

(2) "Organización de resolución de conflictos" significa una persona jurídica privada con o sin fines de lucro, una subdivisión política, o una persona jurídica pública, o una combinación de éstas, que ofrecen al público servicios de resolución alternativa de conflictos.

‘ **154.002. Política**

Es la política de este estado tratar la resolución pacífica de los conflictos, con consideraciones especiales hacia los conflictos que afectan las relaciones de padres e hijos, incluso la mediación de asuntos relacionados con el dominio de protección, patria potestad y mantenimiento económico de los niños, y el arreglo temprano de conflictos pendientes a través de procedimientos de arreglos voluntarios.

‘ **154.003. Responsabilidad de los Tribunales y la Administración de Tribunales**

Es la responsabilidad de todos los tribunales de juicio y de apelación, y de los administradores de tribunales de llevar a cabo la política estipulada en la Sección 154.002.

Subcapítulo B. Procedimientos para Resolución Alternativa de Conflictos

‘ **154.021. Envío de Conflictos Pendientes a Procedimientos Alternativos de Resolución de Conflictos**

(a) Un tribunal puede, en base a su propia petición o a la petición de una parte, enviar un conflicto pendiente mediante un procedimiento alternativo de resolución de conflictos, incluso:

(1) un sistema de resolución alternativa de conflictos establecido por el Capítulo 26, Legislación de la 68, Asamblea Legislativa, Sesión Regular, 1983 (Artículo 2372aa, *Vernon's Texas Civil Statutes*) [ahora *TEX. CIV. PRAC & REM. CODE ANN.* ‘ 152.001-152.004];

(2) una organización de resolución de conflictos; o

(3) un foro no-judicial dirigido informalmente para el arreglo voluntario de litigios de ciudadanos mediante la intervención de una tercera parte imparcial, incluso los procedimientos alternativos de resolución de conflictos descritos en este subcapítulo.

(b) El tribunal debe dialogar con las partes para determinar el procedimiento alternativo de resolución de conflictos más apropiado.

‘ **154.022. Notificación y Objeción**

(a) Si un tribunal determina que un conflicto pendiente es apropiado para un envío de acuerdo con la Sección 154.021, el tribunal notificará a las partes sobre su determinación.

(b) Cualquier parte puede presentar una objeción por escrito a dicha determinación, dentro de 10 días después de haber recibido la notificación mencionada en la Subsección (a).

(c) Si el tribunal encuentra que existen bases razonables para la objeción presentada de acuerdo con la Subsección (b), el tribunal no debe referir el conflicto sujeto a la Sección 154.021.

‘ **154.023. Mediación**

(a) La mediación es un foro en la cual una persona imparcial, el mediador, facilita la comunicación entre las partes para promover la reconciliación, el arreglo o el entendimiento entre ellas.

(b) El mediador no puede imponer su propio juicio sobre los asuntos en conflicto de las partes.

(c) La mediación incluye la mediación víctima-ofensor administrada por el Departamento de Justicia Penal de Texas, descrita en el Artículo 56.113 del Código de Procesos Penales.

‘ **154.024. Mini-Juicio**

(a) Un mini-juicio se realiza sujeto a un acuerdo entre las partes.

(b) Cada parte y el asesor legal de la parte presenta la posición de la parte, ya sea ante representantes seleccionados de cada parte, o ante una tercera parte imparcial, para definir los puntos de discusión y desarrollar base para lograr acuerdos.

(c) La tercera parte imparcial puede emitir una opinión sobre los méritos del caso.

(d) La opinión no es obligatoria sobre las partes a menos que las partes acuerden que es obligatoria y suscriban un acuerdo de arreglo por escrito.

‘ **154.025. Conferencia de Arreglo Dirigido**

(a) Una conferencia de arreglo dirigido es un foro para evaluar el caso y realizar negociaciones conciliatorias realistas.

(b) Cada parte y su asesor legal presentan la posición de la parte ante un tercer grupo imparcial.

(c) El grupo puede emitir una opinión relacionada con la responsabilidad o los daños y perjuicios de cada parte, o de ambas.

(d) La opinión no es obligatoria para las partes.

‘ **154.026. Juicio Abreviado por Jurado**

(a) Un juicio abreviado por jurado es un foro temprano para evaluar el caso y desarrollar negociaciones conciliatorias realistas.

(b) Cada parte y su asesor legal presentan la posición de la parte ante un jurado.

(c) El jurado consta de seis individuos, a menos que las partes acuerden otra cosa.

(d) El jurado puede emitir una opinión relacionada con la responsabilidad o los daños y perjuicios de cada parte, o de ambas.

(e) La opinión no es obligatoria para las partes.

‘ **154.027. Arbitraje**

(a) El arbitraje no-obligatorio es un foro en el cual cada parte y su asesor legal presentan la posición de la parte ante un tercero imparcial que otorga un laudo específico.

(b) Si las partes convienen por adelantado, el laudo es obligatorio y se aplica de igual manera que cualquier obligación contractual. Si las partes no convienen por adelantado que el laudo es obligatorio, dicho laudo no es obligatorio y solamente sirve como base para futuras negociaciones de las partes.

Subcapítulo C. Terceras Partes Imparciales

‘ **154.051. Nombramiento de Terceras Partes Imparciales**

(a) Si el tribunal envía un conflicto pendiente para resolución mediante un procedimiento alternativo de resolución de conflictos de acuerdo con la Sección 154.021, el tribunal puede nombrar una tercera parte imparcial para facilitar el procedimiento.

(b) El tribunal puede nombrar una tercera parte que sea acordada por las partes, si la persona cumple con los requisitos de nombramiento estipulados en este subcapítulo.

(c) El tribunal puede nombrar a más de una tercera parte de acuerdo con esta sección.

‘ **154.052. Requisitos de una Tercera Parte Imparcial**

(a) A excepción de lo estipulado en las Subsecciones (b) y (c), para cumplir con el requisito de nombramiento como tercera parte imparcial de acuerdo con este subcapítulo, la persona tiene que haber completado un mínimo de 40 horas académicas de entrenamiento en las técnicas de resolución de conflictos, en un curso dirigido por un sistema alternativo de resolución de conflictos o alguna otra organización de resolución de conflictos, aprobada por el tribunal que otorga el nombramiento.

(b) Para cumplir con el requisito de nombramiento como tercera parte imparcial de acuerdo con este subcapítulo, en un conflicto que involucra las relaciones de padres e hijos, la persona debe completar el entrenamiento exigido por la Subsección (a) y 24 horas de entrenamiento adicional en los campos relacionados con la dinámica familiar, el desarrollo de la niñez y la ley familiar.

(c) En circunstancias apropiadas, el tribunal puede, a su discreción, nombrar a una tercera parte imparcial que no reúne los requisitos de la Subsección (a) o (b), si dicho tribunal basa el nombramiento en entrenamiento jurídico o profesional, o en experiencia de procedimientos particulares de resolución de conflictos.

‘ **154.053. Normas y Deberes de Terceras Partes Imparciales**

(a) Una persona nombrada para facilitar el procedimiento alternativo de resolución de conflictos, de acuerdo con este subcapítulo, deberá ayudar a las partes a lograr un arreglo de su conflicto, pero no debe imponer u obligar a las partes a entrar en un acuerdo de arreglo.

(b) A menos que sea expresamente autorizada por la parte divulgadora, la tercera parte imparcial no puede dejar saber a ninguna de las partes la información que haya sido presentada en confidencia por la otra, y en todo momento mantendrá la confidencialidad de las comunicaciones relacionadas con la materia objeto del conflicto.

(c) A menos que las partes acuerden de otra manera, todos los asuntos, incluyendo la conducta y el comportamiento de las partes y sus asesores legales durante el proceso de arreglo, son confidenciales y nunca podrán ser divulgados a nadie, incluso al tribunal que hizo el nombramiento.

(d) Cada participante, incluso la tercera parte imparcial, en un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, está sujeto a los requisitos de l Subcapítulo B, Capítulo 261 del Código Familiar, y el abuso, explotación o descuido bajo el Subcapítulo C, Capítulo 48 del Código de Recursos Humanos.

‘ **154.054. Compensación de Terceras Partes Imparciales**

(a) El tribunal puede establecer un honorario razonable por los servicios de una tercera parte imparcial nombrada de acuerdo con este subcapítulo.

(b) A menos que las partes acuerden un método de pago, el tribunal impondrá el honorario de servicios de una tercera parte imparcial como parte de los otros costos de la demanda legal.

‘ **154.055. Inmunidad Limitada de Terceras Partes Imparciales**

(a) Una persona nombrada para facilitar un procedimiento alternativo de resolución de conflictos de acuerdo con este subcapítulo o con el Capítulo 152 relacionado con el sistema alternativo de resolución de conflictos establecido por los condados, o nombrado por las partes, ya sea antes o después de haber instituido un proceso judicial formal, que sea voluntario y, que no actúe con negligencia injustificada o intencional contra los derechos, la seguridad o la propiedad de otros, es inmune de responsabilidad civil por cualquier acto u omisión realizada durante el transcurso y dentro de sus deberes o funciones como tercera parte imparcial. Para los propósitos de esta sección, una tercera parte imparcial es una persona que no recibe remuneración en exceso del reembolso de los gastos incurridos o del estipendio destinado al reembolso de los gastos incurridos.

(b) Esta sección no se aplica ni tiene la intención de ampliar o de disminuir ningún derecho o inmunidad a la cual tiene derecho un árbitro que participe en un arbitraje obligatorio de acuerdo con cualquier ley o tratado aplicable.

Subcapítulo D. Disposiciones Misceláneas

‘ **154.071. Efecto de un Acuerdo de Arreglo Escrito**

(a) Si las partes logran un arreglo y ejecutan un acuerdo por escrito que resuelve el conflicto, dicho acuerdo tiene la misma vigencia que cualquier otro contrato escrito.

(b) El tribunal, a su discreción, puede incluir los términos del acuerdo en la sentencia final del tribunal que resuelve el caso.

(c) Un acuerdo de arreglo no afecta ninguna orden pendiente en el tribunal, a menos que los términos del acuerdo sean incluidos en una sentencia subsecuente.

• **154.072. Información Estadística de Conflictos Referidos**

La Corte Suprema de Texas determinará la necesidad y el método de registro estadístico de los conflictos enviados por los tribunales a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos.

• **154.073. Confidencialidad de las Comunicaciones en los Procedimientos de Resolución de Conflictos**

(a) A excepción de lo estipulado en las Subsecciones (c), (d), (e) y (f), cualquier comunicación relacionada con la materia objeto de cualquier litigio civil o penal hecho por un participante de un procedimiento de resolución de conflictos, ya sea antes o después de instituir un procedimiento judicial formal, es confidencial, no está sujeta a divulgación, y no puede ser utilizada como evidencia contra el participante en ningún proceso judicial o administrativo.

(b) Cualquier registro hecho en un procedimiento de resolución alternativa de conflictos es confidencial, y los participantes o la tercera parte que facilita el procedimiento no podrán ser obligados a testificar en ningún procedimiento relacionado o que surge de la materia en conflicto, o sujetos a un proceso que requiera la divulgación de datos o de información confidencial relacionada con la materia en conflicto.

(c) Una comunicación oral o alguna materia escrita utilizada o que sea parte de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos es admisible o sujeto a descubrimiento, si es admisible o puede descubrirse independientemente del procedimiento.

(d) Un acuerdo escrito final firmado por un cuerpo gubernamental, como definido por la Sección 552.003 del Código de Gobierno, que se logra como resultado de un procedimiento de resolución de conflictos administrado bajo este Capítulo está sujeto o excluido de la divulgación obligatoria como dispone el Capítulo 552 del Código de Gobierno.

(e) Si esta sección entra en conflicto con otros requerimientos legales relacionados con la divulgación de comunicaciones o de materiales, la cuestión de confidencialidad puede ser presentada ante el tribunal que tenga jurisdicción sobre el procedimiento para determinar, *in camera*, si los hechos, las circunstancias y el contexto de las comunicaciones y de los materiales que se desean divulgar merecen una orden de protección del tribunal o si dichas comunicaciones y materiales están sujetas a divulgación.

(f) Esta sección no afecta el deber de presentar un informe sobre el abuso o descuido bajo el Subcapítulo B, Capítulo 261 del Código Familiar, y el abuso, explotación o descuido bajo el Subcapítulo C, Capítulo 48 del Código de Recursos Humanos.

(g) Esta sección se aplica a la mediación víctima-ofensor administrada por el Departamento de Justicia Penal, descrita en el Artículo 56.13 del Código de Procesos Penales.

Mediación y otras alternativas de resolución de disputas familiares

Judy K. Dougherty¹ y Josefina M. Rendón²

“A pesar de que viven uno de los peores traumas de sus vidas, se espera que los miembros de la pareja que se divorcia

¹ **Judy Kurth Dougherty** egresó en 1978 de la Escuela de Leyes de la Universidad de Houston, donde ejerció también el cargo de profesora adjunta. Además, posee una Maestría en Trabajo Social de la Universidad de Texas. Es la antigua presidenta/fundadora de la Red de Mediación de Familia de Greater Houston (*Family Mediation Network of Greater Houston*), antigua directora/fundadora de la Asociación de Mediadores Familiares de Texas (*Texas Association of Family Mediators*), antigua directora del Comité ARD de la Asociación de Abogacía de Houston (*Houston Bar Association ADR Committee*), directora de la Sección AAH-ARD (*HBA-ADR Section*) y antigua directora de la Asociación de Abogados Mediadores (*Association of Attorney Mediators*). Además, es socia de firma que reside en Houston Dougherty and Dougherty y ha sido mediadora desde 1980 para la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*), el servicio postal de los Estados Unidos, el Banco Mundial, el *U.S. Southern District Panel* y capacitadora en el Centro de Resolución de Disputas del Condado de Harris (*Harris County Dispute Resolution Center*), entre otros.

² **Josefina Muñiz Rendón** egresó del Centro de Leyes de la Universidad de Houston en 1976. Ha sido mediadora desde 1993 para el servicio postal de los Estados Unidos, la Comisión de Oportunidades de Empleo Equitativas (*Equal Employment Opportunity Commission*), la Agencia de Logísticas de Defensa de los Estados Unidos (*U.S. Defense Logistics Agency*), la Agencia de Educación de Texas (*Texas Education Agency*), el Departamento de Justicia, división de Derechos Civiles, Centro de Resolución de Disputas del Condado de Harris (*Harris County Dispute Resolution Center*), el *Better Business Bureau* y el Banco Mundial, entre otros. Ella ejerció como jueza del Tribunal Municipal N° 5 y fue la Vicepresidenta de la Comisión de Servicios de la Alcaldía de Houston. La Jueza Rendón también fue editora de *The Texas Mediator* (publicación trimestral de la Asociación de Mediadores de Texas) y fue miembro de las comisiones editoriales de *The Houston Lawyer* y de *Texas Bar Journal*. Actualmente es Jueza Municipal Asociada y mediadora en la práctica privada.

compitan entre sí en un sistema contencioso para acordar los términos del divorcio a través de abogados que no están capacitados para valorar y tratar angustias emocionales. Justo en el momento en el que las parejas que se divorcian necesitan desesperadamente entendimiento y comprensión, ellas deben comparecer ante el tribunal; luego, cada una de las partes debe escuchar a la otra hablar con desdén de (él o ella) para intentar convencer al juez de la ineptitud parental o de las maneras engañosas, deshonestas y viles del otro”³.

1. Introducción

Diferentes métodos alternativos de resolución (*ADR* por sus siglas en inglés) de asuntos familiares han surgido como respuesta a las deficiencias del sistema contencioso. Muchos de estos métodos le permiten invitar a los contendientes a estar involucrados más directamente en la búsqueda de una solución y a no dejar que un tribunal, cuyo entendimiento y creatividad puede verse obstaculizado por normas restrictivas de pruebas y procedimientos, les imponga una.

A pesar de que la historia del proceso de divorcio de naturaleza contenciosa data de la Edad Media, no todo asunto legal exige una solución contenciosa. Efectivamente, un creciente número de personas ha catalogado a este sistema combativo como inapropiado para la resolución de disputas maritales. El modelo contencioso aumenta los riesgos de trauma, intensifica el conflicto y tiene la consecuencia práctica de enseñar a “la pareja contra el otro en un combate mortal”⁴, además de que exacerba el trauma emocional ya existente y hace que los intentos de comunicación constructiva sean aún más difíciles. Por lo tanto, diferentes procedimientos como el divorcio de mutuo acuerdo, los tribunales de conciliación y otros métodos alternativos de solución de disputas, como la mediación, han surgido en respuesta a estas preocupaciones.

De estos métodos alternativos de resolución de disputas, la mediación ha sido el más representativo y el más usado en asuntos familiares. Por esta razón este Capítulo estará enfocado en la mediación. Otros méto-

³ Umbreit, *Mediating interpersonal conflicts: a pathway to peace*, página 92 (1995).

⁴ Pearson, Thoennes & Vanderkooi, *The Decision to Mediate*, 6 *MEDIATION Q.* 17-35 (1982).

dos alternativos de resolución de disputas como el arbitraje de casos familiares serán cubiertos en menor medida. También mencionaremos el derecho colaborativo que, a pesar de que nos es parte de la norma de alternativas de resolución de disputas, sigue siendo un método alternativo de resolución.

2. Mandato legal para alternativas de resolución de disputas familiares

Promover la resolución pacífica de las disputas⁵ es una política directa del Estado de Texas expresada en la Ley de Procedimientos Alternativos de Resolución de Disputas de Texas (**de ahora en adelante Ley ADR de Texas**). La ley enfatiza los casos de derecho de familia al establecer que se harán consideraciones especiales con “disputas que involucren relaciones padres-hijos, incluyendo la mediación de asuntos relacionados con la tutela, posesión y manutención de niños”, así como el acuerdo anticipado de litigaciones pendientes a través de procedimientos de resolución voluntarios⁶. La ley impone la responsabilidad a todos los tribunales y sus jueces de ejecutar esta política y autoriza a cada tribunal, en moción propia o por moción de cualquier parte, a referir una disputa pendiente a un procedimiento alternativo de resolución de disputas como la mediación⁷.

3. Definición de mediación familiar

El derecho de Texas define la mediación como un foro en el que una persona imparcial, el mediador, facilita la comunicación entre las partes para promover la reconciliación, el acuerdo o el entendimiento entre las mismas⁸. Se entiende por mediación familiar las mediaciones que traten de casos bajo el Código de Familia, principalmente los divorcios que involucren niños y casos de modificación. Las mediaciones familiares también incluyen casos bajo servicios de protección al menor, relación

⁵ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafos 154.001 y 154.073 (Vernon Supp. 2000).

⁶ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.002 (Vernon Supp. 2000).

⁷ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.021 (Vernon Supp. 2000).

⁸ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.023 (a) (Vernon Supp. 2000).

padres-hijos y asuntos de justicia juvenil. Sin embargo, este artículo se enfocará en asuntos de divorcios y modificaciones.

La mediación es la intervención de una tercera parte imparcial que intenta ayudar a las partes contendientes a identificar y clarificar los conflictos y a finalmente resolver la disputa. El mediador ayuda a las partes a encontrar nuevos métodos de manejo de conflictos y de comunicación para resolver la disputa.

El acuerdo resultante de la mediación generalmente facilita la cooperación y comunicación, promueve los métodos de resolución de futuras disputas y, en el caso de parejas con niños, desarrolla un plan específico para continuar con la crianza de los hijos que resulte justo tanto para los padres como para los hijos.

La contribución de las partes para encontrar la solución dependerá únicamente de los problemas y necesidades de las partes. Las resoluciones iniciadas por la pareja pueden ser más flexibles que aquellas impuestas por otros mecanismos, lo que promueve una situación en la que todos ganan. El proceso de mediación le permite a las partes discutir lo que consideren importante en un ambiente menos restringido y más informal que una sala de tribunal. Si bien la mediación no es una terapia, puede ser terapéutica en el sentido de que ayuda a que el divorcio sea un agente de cambio creativo tanto a nivel individual como a nivel interpersonal. Es inevitable que ocurran cambios durante la crisis del divorcio. La mediación facilita una atmósfera más cooperativa que genera una energía renovada de cambio constructivo.

Finalmente, la mediación, aunque no es un sustituto del tribunal, es una prometedora alternativa a los procedimientos judiciales contenciosos. Los jueces están limitados por normas temporales, probatorias y procedurales, al igual que por la naturaleza de su papel judicial. Cuando las partes no están de acuerdo, el papel del juez neutral es imponer una decisión. En este mismo sentido, el papel de los abogados de las partes no permite la neutralidad, a pesar de que generalmente resuelven las disputas a través de la negociación con los abogados adversarios. En cambio, los mediadores no representan

a ninguna de las partes. Ellos ayudan a los clientes a discutir y resolver directamente los asuntos en disputa.

4. Diferencias de la mediación familiar con otros tipos de mediación

Las mediaciones familiares incluyen generalmente múltiples niveles de asuntos, partes y relaciones, lo que las hacen más complejas, intrincadas y dinámicas que otros tipos de mediaciones. Por un lado, esta complejidad inherente hace que la mediación familiar sea más difícil y extensa, ya que comprende más asuntos a discutir y resolver. Por el otro lado, dicha multiplicidad hace que sea más factible llegar a un acuerdo debido a que los diferentes asuntos generan más oportunidades de negociación.

La mediación familiar involucra las relaciones de una manera en que ningún otro tipo de mediación lo hace. Luego de la disolución legal del matrimonio, la relación entre las partes puede mantenerse a través de lazos de paternidad/maternidad o de lazos emocionales (sean positivos o negativos) que puedan perdurar años después de que el matrimonio se haya disuelto. Las partes pueden romper el nexo de pareja mas no el familiar⁹. Por lo tanto, la mediación familiar debe ser tratada como un problema del sistema familiar y no sólo como un problema de pareja o como un problema legal¹⁰.

La mediación familiar también se maneja a dos niveles separados de la relación familiar: el nivel legal y el nivel emocional. La pareja generalmente experimenta tanto un divorcio emocional como un divorcio legal. A pesar de que estos dos niveles pueden estar presentes en otras mediaciones, ellos son mucho más complejos e interdependientes en las mediaciones familiares. Pocas mediaciones incluyen la profunda ira y el dolor emocional que a veces están presentes en las mediaciones de divorcio, especialmente en aquellas de parejas con niños. La pareja sufre

⁹ Lois Gold, *Between Love and Hate: A Guide to Civilized Divorce* (1992) at 255 (de ahora en adelante citado como *Between Love and Hate*), citando a Constance Athrons & Roy Rogers, *Divorcing Families* (1987).

¹⁰ Mark Umbreit, *supra* nota 3, página 91.

diferentes etapas de divorcio que se asemejan a las etapas de duelo relacionadas con la pérdida de un ser querido¹¹. La capacidad de cooperar y negociar con el otro se ve afectada significativa y particularmente por la etapa de dolor en el divorcio emocional. Las partes a veces sufren de "sobrecargas emocionales" que dificultan su capacidad de tomar decisiones racionales¹². Si esto no se remedia a tiempo, las intensas emociones de las partes podrían sabotear la mediación. Si el mediador y los abogados de las partes no toman en consideración esas dimensiones emocionales, los asuntos legales podrían nunca ser resueltos satisfactoriamente.

Diferentes asuntos surgen en cualquiera de los niveles, sea el legal o el emocional. A nivel legal, los asuntos en una situación de divorcio pueden ser divididos en tres categorías generales: 1) asuntos de menores (custodia o residencia principal, régimen de visitas, manutención, plan de crianza); 2) asuntos de propiedad (disposición del hogar y otros inmuebles o propiedades personales; y 3) otros asuntos financieros (deudas, jubilación, impuestos y pensión compensatoria). A nivel emocional están los asuntos como la ira, el deseo de venganza, la confusión y la duda que pueden afectar, e incluso sabotear, el proceso de toma de decisión de las partes¹³.

Lois Gold, una reconocida autora y mediadora estadounidense, determinó los diferentes tipos de conflictos relacionados con los divorcios: los conflictos pueden basarse en viejas historias y emociones; o en diferencias en valores como por ejemplo en la religión. Los conflictos pueden nacer de la desconfianza o de recursos limitados, falta de dinero, falta de tiempo o de un hogar adecuado. El desconocimiento de la causa real del conflicto podría afectar la capacidad de las partes de negociar o de preferir el acuerdo en una mediación. Un mediador resultará ser poco eficiente si ignora las fuentes subyacentes del conflicto y prefiere una resolución

¹¹ Mona Barsky, *When Grief Underlies the Conflict*, 11:1 Mediation Q (1993) at 39-53.

¹² Lois Gold, *Influencing Unconscious Influences: The Healing Dimension of Mediation*, 11:1 Mediation Q. 55 (1993) at 63.

¹³ Para un estudio sobre los aspectos emocionales del divorcio, ver: John M. Haynes, *Divorce Mediation a Practical Guide for Therapists and Counselors* (1981).

basada en los asuntos legales. Incluso si el mediador lograra ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, la resolución no sería tan buena o tan duradera como una que resolviera las causas subyacentes del conflicto.

La mediación familiar también difiere de otros tipos de mediación, ya que hay diversas partes involucradas¹⁴. Una mediación típica de divorcio, por ejemplo, incluiría a la pareja que solicita el divorcio pero también involucraría, directa o indirectamente, presente o no, a otras partes como los hijos de la pareja, allegados, abuelos y sus respectivos abogados.

En las modificaciones, las partes adicionales que pudieran afectar el resultado de la mediación pueden incluir a las nuevas parejas, nuevos hijos, hijastros e incluso abuelastros. La interdependencia entre los miembros de la familia crea otra "red de emociones" y entrelaza otros asuntos¹⁵.

5. Remisión a la mediación

La ley de Procedimientos Alternativos de Resolución de Disputas de Texas (*Texas ADR Act*) establece que un tribunal puede, por moción propia o por moción de una de las partes, referir una disputa pendiente por resolver a un procedimiento alternativo de resolución de disputas¹⁶. El tribunal consultará a las partes y determinará el procedimiento alternativo de resolución de disputas que considere más apropiado, entre ellos la mediación,¹⁷ minijudicio¹⁸, conferencia de acuerdo moderado¹⁹, el procedimiento sumario²⁰ y arbitraje²¹.

Conforme con la ley ADR, el Código de Familia de Texas le da autoridad al tribunal, por acuerdo escrito y firmado por las partes o por mo-

¹⁴ Ver sección 0, *infra*, sobre las partes adecuadas en la mediación familiar.

¹⁵ Margaret Shaw & W. Patrick Phear, *New Perspectives on the Options Generation Process*, Mediation Q. no. 16, 65-73 at 66 (1987).

¹⁶ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.021(a) (Vernon Supp. 2000).

¹⁷ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.023 (Vernon Supp. 2000).

¹⁸ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.024 (Vernon Supp. 2000).

¹⁹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.025 (Vernon Supp. 2000).

²⁰ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.026 (Vernon Supp. 2000).

²¹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.027 (Vernon Supp. 2000).

ción propia, para someter a la mediación o al arbitraje demandas²² a las demandas que incluyan la disolución de matrimonio o que afecten la relación padres-hijos²³.

La partes podrían decidir mediar por alguna de las siguientes razones: el Tribunal lo ordenó y las partes consideran que es preferible no objetar dicha orden; las partes prefieren mantener la privacidad y confidencialidad; para evitar la incertidumbre y los gastos de un juicio; para evitar el retraso de la resolución; en caso de una relación duradera que pudiera beneficiarse de un proceso menos contencioso; y/o para tener más control sobre el proceso y el resultado de su caso.

Si el tribunal determina que la disputa puede referirse a métodos extrajudiciales, el tribunal notificará a las partes de su determinación²⁴.

6. Razones de los jueces para referir casos familiares a la mediación

Existen tanto razones cuantitativas como cualitativas para que los tribunales refieran casos familiares a la mediación, especialmente cuando hay niños involucrados en la disputa.

En California, cuando la mediación se estableció como obligatoria en casos de custodia en 1981, las audiencias de custodia se redujeron en un 75% tanto en Los Ángeles como en San Francisco²⁵. Otros estudios presentan una reducción similar en el número de casos en todo el país²⁶.

²² TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 6.601(a) (Vernon Supp. 2000) (arbitraje para demandas de divorcio) y párrafo 153.071(a) (arbitraje para demandas que afectan la relación padres-hijos).

²³ TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 6.602(a) (Vernon Supp. 2000) (mediación para demandas de divorcio) y párrafo 153.071(c) (mediación para demandas que afectan la relación padres-hijos).

²⁴ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.022 (a) (Vernon Supp. 2000).

²⁵ King, *Handling Custody and Visitation Disputes Under the New Mandatory Mediation Law*, 2 CAL LAW. 40 (Enero de 1982).

²⁶ Dane A. Gaschen *Mandatory Custody Mediation: The Debate Over its Usefulness Continues*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 10:2 1995; American Bar Assoc., Special Committee on Dispute Resolution, Monograph series N° 2, *Legislation on Dispute resolution* 18 (1984); Robert E. Emery & Melissa M. Wyer, *Child Custody Mediation and Litigation: An experimental Evaluation of the Experience of Parents*, 55 L. Consulting & Clinical Psychol. 179, página 182 (1987).

También se evidenció una reducción de los costos y un alivio en las abarrotadas listas de casos²⁷.

En los condados más grandes de Texas, parte del ímpetu por recurrir a la mediación familiar fue para aligerar las listas de casos con más rapidez. Los beneficios para los condados fueron la reducción de costos, menor sobrecarga de los trabajadores y mayor disponibilidad y tiempo para casos más complejos. Se evidenció que la mediación le tomaba menos tiempo a los Servicios de Tribunales de Familia (de una a dos horas) mientras que los estudios sociales tomaban veinte horas. El proceso entero de estudios sociales generalmente retrasa el caso en al menos tres meses en las zonas metropolitanas mientras que un caso se resuelve por mediación en siete días²⁸.

Las razones principales para que los tribunales familiares opten por la mediación quizás sean subjetivas y difíciles de cuantificar. Las investigaciones de los sociólogos Pearson y Thoennes de Denver demuestran que es mucho más probable que los padres que resolvieron judicialmente la disputa de custodia de sus hijos afirmen que dicho proceso ha perjudicado las relaciones con sus ex parejas que los padres que optaron por la mediación para solucionar la disputa de custodia.

Incluso en aquellos casos en los que se necesita una única provisión a nivel económico, parental o de régimen de visitas, el gran número de expedientes puede sofocar el proceso de toma de decisión de los jueces. Los jueces podrían tender a usar parámetros legales y soluciones pro forma que funcionaron en casos pasados y hacer que las partes se atengan a la decisión. Por ejemplo, el tribunal puede imponer un régimen de visitas a pesar de que el trabajo de uno de los padres no le permitiera cumplir con dicho horario. Tanto los tribunales como las partes se beneficiarían si refieren a este tipo de casos a la mediación.

²⁷ Dane A. Gaschen *Mandatory Custody Mediation: The Debate Over its Usefulness Continues*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 10:2 1995; Joan Kelly, *Is Mediation Less expensive?: Comparison of Mediated and Adversarial Divorce Costs*, 8 Mediation Q. Fall 1990, at 15, 19; Jay Folberg, *Mediation of Child Custody Disputes*, 19 Colum. J.L. & Soc. Probs. 413, 427 (1985).

²⁸ Entrevista con el Juez Dee Miller de Dallas, el 16 de julio de 1990.

Al mismo tiempo, el sistema judicial ha hecho casi imposible que las partes se hablen entre sí, mucho menos para desarrollar habilidades efectivas para negociar conflictos futuros. Como afirmó el Juez Dee Miller, de Dallas, en 1990: "Si el contacto de los padres con el sistema judicial ayuda a las partes a aprender algunas técnicas para resolver las confrontaciones comunes —tales como dejar algunas de las posesiones del niño en la casa del otro padre— que generalmente involucran al niño, habremos dado un gran paso hacia el mejor funcionamiento entre padres e hijos²⁹". Es por esto que tanto la familia como los tribunales se benefician al referir estos asuntos a la mediación. Además, la participación de jueces familiares en las sesiones de orientación de la mediación les daría a estos jueces la oportunidad única de ser "buenas personas" con sus electores³⁰.

Un estudio de casos de custodia de niños en Denver demuestra una ventaja adicional de las remisiones a la mediación para el poder judicial. Aquellas partes que participaron en la mediación son menos propensas a re-litigar³¹.

A diferencia de los procesos judiciales formales, la mediación hace posible analizar los asuntos o causas subyacentes que generaron la disputa. Una vez determinadas estas causas, la mediación permite un resultado más satisfactorio y duradero³².

A finales de los años 80, el Servicio de Mediación Northwest de Bellevue, Washington, hizo un estudio basado en familias que habían experimentado divorcios mediados y divorcios contenciosos. Los adolescentes cuyos padres usaron la mediación para resolver las disputas de divorcio no mostraron cambios de comportamiento ni antes ni después del divor-

²⁹ Pearson & Thoennes, *Child Custody, Child Support Arrangements & Child Support Payment Patterns*, 36 JUV. & FAM. CIS. J. 49 (Otoño de 1985).

³⁰ Una técnica utilizada por la Jueza Carolyn Wright, de Dallas, ilustra cómo un juez puede alentar a las partes a tomar responsabilidad por las decisiones relacionadas con sus hijos. Ella señala que los padres aman a sus hijos mientras que el juez ni siquiera los conoce. Donald, *A Case for Mediation*, D MAG. 70, 91 (Diciembre de 1988).

³¹ Pearson & Thoennes, *supra* nota 34.

³² 18 Matz, *Why Disputes Don't Go to Mediation*, 17 MEDIATION Q. 3, 8 (Fall 1987).

cio. Por el contrario, los hijos de aquellos padres que no mediaron mostraron un aumento significativo en el comportamiento delincuente³³.

Otros estudios indican que estar expuesto e involucrado en conflictos entre padres tiene una repercusión negativa en los hijos del divorcio³⁴ y que los hijos de un divorcio altamente conflictivo, a diferencia de uno menos conflictivo, presentan más dificultades psicológicas³⁵. Si los conflictos entre padres tienen un efecto negativo en los hijos, resulta contradictorio optar por un medio (el sistema contencioso) que está en oposición directa al objetivo a alcanzar (el interés superior del niño)³⁶. Algunos datos que comparan la mediación con el litigio sugieren que el *proceso* de resolución de disputa, y no sólo la disputa en sí, es una fuente significativa de insatisfacción³⁷.

Estudios estadísticos han demostrado que las partes que han colaborado con la preparación de su propio acuerdo de divorcio también tienen mayores probabilidades de conformidad y menos desacuerdos pos divorcio³⁸. La mediación tiene la capacidad de ayudar a las partes a descubrir nuevas maneras de comunicarse entre sí y de lidiar con los conflictos.

³³ Asociación de Texas de Mediadores Familiares, *Nuevos Estudios de Mediación*, TAFM NEWS I (Sept. - Oct. de 1987).

³⁴ Emery, *Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce*, 92 PSYCHOLOGICAL BULL. 310-330 (1982); J. Wallerstein & J. Kelly, *SURVIVING THE BREAK-UP: HOW CHILDREN AND PARENTS COPE WITH DIVORCE* (1980).

³⁵ Chess, Thomas, Kim, Mittelman & Cohen, *Early Parental Attitudes & Divorce*, 22 J. AM. ACAD. CHILD PSYCHIATRY 47-51 (1983).

³⁶ Emery & Weyer, *Divorce Mediation*, AMERICAN PSYCHOLOGIST (de J. CONSULTING & CLINICAL PSYCHOLOGY, 1987).

³⁷ Cavanaugh & Rhode, *The Unauthorized Practice of Law* 86 YALE L.J. 104 9 (1976); Spanier & Anderson, *The Impact of the Legal System on Adjustment to Marital Disputes*, 41 J. MARRIAGE & FAM. 605-613 (1979).

³⁸ Ver: Jessica Pearson, *An Evaluation of Alternatives to Court Litigation*, Just. Syst. 5.420, at 439-41 (1992); J.B. Kelly, *Parent Interaction After Divorce: Comparison of mediated and Adversarial Divorce Processes*, 9 Behavioral Sci. & Law 387, 394 (1991); Mark Umbreit, *supra* nota 3 en la página 107 -108 (1995) citando a R. E.Emery & J.A. Jackson, *The Charlottesville Mediation Project Mediated and Litigated Child Custody Disputes*, 24 Mediation Quarterly (1989); M. Duryee *Mandatory Court Mediation: Demographic Summary and Consumer Evaluation of one Court Service*, Family and Conciliation Courts Review (1992); J.B. Kelly, *Mediated and Adversarial Divorce: Respondent's Perceptions of Their Process and Outcomes*, 24 Mediation Q. (1989).

Este factor, como muchos otros factores en la situaciones familiares, genera un efecto sistémico, es decir, que mientras las partes se comuniquen mejor y manejen el conflicto, menos posibilidades habrá de que regresen al tribunal por mociones de modificación.

Una de las razones principales por las cuales un tribunal debería referir los casos a la mediación es por el interés superior de los niños. Según el autor y mediador Mark Umbreit:

Los niños nunca escapan del todo del dolor del divorcio y pueden cargar con este dolor por muchos años. Ellos sienten que su mundo se les cae encima cuando sus padres les hablan de un divorcio inminente. La reacción de los hijos al matrimonio puede ser variada, dependiendo de la edad y de muchos factores. Generalmente están consternados y en negación desde que se enteran del divorcio. El tiempo que les toma ajustarse a la separación está directamente relacionado con la duración del conflicto entre los padres³⁹.

El Profesor Umbreit concluyó que la mediación puede ofrecer un proceso superior de acuerdo de divorcio que invite a las partes a concentrarse en el futuro y no en el pasado y que los ayude a encontrar respuestas a sus problemas particulares. Umbreit añade:

Ayuda a soltar el dolor del pasado, que generalmente se expresa a través de la amargura y venganza hacia la otra parte. Este proceso intenso, detallado, perfeccionado, práctico y concienzudo satisface con sus necesidades y los asiste en la recuperación. Los abogados de mediación de divorcio creen que la mediación es terapéuticamente valiosa, además de que es una de las mejores opciones de disolución del matrimonio⁴⁰.

Las personas que se benefician de la Ley ADR de Texas son: 1) los litigantes, quienes se sienten más satisfechos por el servicio; 2) los tribunales, ya que tienen otra herramienta para enfrentar los casos; y 3)

³⁹ Mark Umbreit, *supra* nota 3 en la página 94 citando a Wallerstein & Kelly, *supra* nota 39

⁴⁰ Mark Umbreit, *supra* nota 3 en la página 93.

los abogados, quienes tienen métodos adicionales para ofrecer una buena representación y satisfacer a sus clientes⁴¹.

En conclusión, los siguientes son ejemplos de situaciones en las que una remisión a la mediación podría ser útil:

- Cuando hay dos padres igualmente calificados y una propuesta inadecuada de crianza de los hijos.
- Cuando los clientes quieren resolver el asunto rápidamente y/o en privacidad.
- Cuando los clientes desean un control más amplio del proceso de divorcio que el que el sistema tradicional puede ofrecer.
- Cuando los clientes desean minimizar los costos de una situación legal potencialmente compleja.
- Cuando los clientes no pueden lidiar, sea económica o emocionalmente, con una extensa batalla legal.
- Cuando existe conformidad voluntaria entre las partes (por ejemplo, la crianza conjunta y la toma de decisiones no se logra si ocurre un litigio de custodia con anterioridad).
- Cuando los abogados y las partes tienen problemas para negociar.
- Cuando la resolución requiere sacrificios de la pareja.
- Cuando las partes aún tienen una relación.

7. Objeción a la remisión del Tribunal

A pesar de los efectos positivos de la mediación (o de otros tipos de procedimientos alternativos de resolución de disputas), hay veces en

⁴¹ HANDBOOK OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: NEW HORIZONS FOR THE TEXAS JUSTICE SYSTEM 22 (Abogacía del estado de Texas & Asociación de Jóvenes Abogados de Texas, 1987).

que una de las partes no desea mediar y prefiere atenerse a la decisión de un tribunal. Algunas de las razones para refutar la mediación pueden ser: la necesidad de establecer un precedente legal, la certeza de que el precedente legal está a favor de una de las partes, sospecha de que la otra parte está actuando de mala fe, temor de violencia o deseo de retrasar el caso.

La Ley de Procedimientos Alternativos de Resolución de Disputas establece claramente el mecanismo para objetar la mediación y otros procedimientos. Cualquiera de las partes puede, en los 10 días subsiguientes a la recepción del comunicado, presentar una objeción escrita a la remisión⁴². Si el tribunal encuentra una base razonable para la objeción, éste podría no referir la disputa⁴³. Por otro lado, el tribunal también tiene la potestad de denegar la objeción y forzar a las partes a mediar⁴⁴. Es importante destacar que, a pesar de que el tribunal tiene autoridad de ley para obligar a las partes a mediar, no puede ordenarle a las partes a participar de buena fe durante la mediación⁴⁵. Sin embargo, un tribunal de apelación puede estimar que el tribunal puede de hecho sancionar a alguien que no participe de buena fe, pero nunca ha podido presentar una objeción a la mediación⁴⁶.

El Código de Familia facilita la objeción de remisiones en casos relacionados con violencia familiar⁴⁷. Tras la presentación de la objeción, la demanda no podrá ser referida a mediación a menos que, por petición de la otra parte, se realice una audiencia en la que el tribunal determine que la preponderancia de la evidencia no respalda la objeción. De esta manera, el Código de Familia coloca la responsabilidad en la parte no

⁴² TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.022 (b) (Vernon Supp. 2000).

⁴³ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.022 (c) (Vernon Supp. 2000).

⁴⁴ (*Decker V Lindsay* 824 SW2d 247, 250 (Tex. App-Houston {1st } 1992, no writ.))

⁴⁵ *Id.* at 250-251; Alan S. Rau & Edward F. Sherman, Texas ADR and Arbitration Statutes (2000).

⁴⁶ "Entendemos que no es un abuso de discreción si un tribunal evalúa los costos cuando una de las partes no presenta una objeción escrita a la orden de un tribunal de mediar pero que, sin embargo, se resiste a mediar de buena fe". *Texas Dep't of Transp. v. Pirtle*, 977 S.W.2d 657, 658 (Tex. App.—Fort Worth 1998, no pet.)

⁴⁷ TEX. FAM. CODE ANN. párrafo 6.602(d) (Vernon Supp. 2000)

objetante para demostrar que la evidencia no respalda la objeción⁴⁸. Si después de una objeción y de una audiencia el tribunal aún refiere el caso a la mediación, el Código de Familia establece que el tribunal ordene que "se tomen las medidas adecuadas para resguardar la seguridad física y emocional de la parte que presentó la objeción⁴⁹". Una de estas medidas es que el tribunal establecerá que las partes no deberán tener contacto directo y que, además, las partes estarán ubicadas en habitaciones separadas durante la mediación⁵⁰.

8. Modelos, estilos y el proceso de mediación familiar

Siempre han existido tensiones dentro de los diferentes defensores de los modelos y estilos de mediación. Cada defensor considera que su estilo es el mejor o el único método efectivo para mediar. Algunos de los primeros mediadores en Texas limitaron en principio su definición de mediación a una conferencia o a un modelo conjunto de sesiones múltiples. Otros utilizan el modelo de asambleas privadas para definir su concepción de mediación. Los defensores de cada uno de estos modelos tienden a diferir en el uso y participación de abogados, la duración y número de sesiones de mediación, el papel de las partes y su control sobre el proceso y el papel del mediador, que puede ser estrictamente un facilitador o también más evaluador o director. Al escoger un mediador, es importante entender los elementos esenciales de los diferentes modelos de mediación familiar.

Modelo de conferencia

Los pioneros de la mediación desarrollaron un modelo de mediación que excluía a los abogados de la mediación inicial entre las partes. Esto se

⁴⁸ Rau, Sherman & Shannon, *supra* nota 50.

⁴⁹ TEX. FAM. CODE ANN. § 6.602(d) (Vernon Supp. 2000)

⁵⁰ TEX. FAM. CODE ANN. § 6.602(d) (Vernon Supp. 2000). Nota: Este artículo no aplica para demandas presentadas en el Capítulo 262. Existe la preocupación entre los mediadores, particularmente en aquellos que están a favor del estilo de mediación de conferencia, que una vez hechas las alegaciones de abuso, sean probadas o no, el mediador estará limitado a alentar a las partes a discutir cara a cara. Muchos mediadores, especialmente los que prefieren la mediación de conferencia, consideran que las partes, aunque no sea obligatorio, deberían tener la opción de animarse a mediar frente a frente.

debía en parte a la creencia de que, de cierta manera, los abogados podrían crear una atmósfera que obstaculiza la exploración creativa de ideas⁵¹. Se creía que la participación de los abogados podría desalentar a las partes y limitar su involucramiento. Además, existía la necesidad de compartir las habilidades con el fin de reestructurar la familia según la unicidad de cada una y no según una directriz establecida. Se consideraba que un proceso que incluyera a una tercera parte neutral podría crear un ambiente seguro para una interacción positiva, además de crear una estructura base para lidiar con problemas futuros.

En el modelo de conferencia tradicional, las múltiples sesiones comienzan con el proceso y tienden a ser más cortas, incluso pueden comenzar antes de que se presente la demanda de divorcio. A continuación encontrarán una descripción del modelo de conferencia tradicional.

Luego de que una de las partes haya decidido que la separación y el divorcio son inevitables o que la modificación de un acta de divorcio ya existente es necesaria, las partes acuerdan reunirse con un mediador para una sesión de orientación en la que se explicará el proceso. Se discuten las directrices relacionadas con la confidencialidad, la conducta de las partes y del mediador y todas sus ventajas. Otro de los puntos a discutir son el régimen de visitas y de manutención, custodia, costos anticipados y la consulta a abogados y otros expertos. Además, se hace énfasis en los beneficios de la cooperación, específicamente cuando está relacionada con las necesidades de los niños, y el compromiso de alcanzar un acuerdo justo, como se determine entre las partes con el asesoramiento adecuado de un experto. Las partes declaran los asuntos que tienen que solucionar y sus metas a corto y largo plazo.

Si las partes y el mediador deciden que este proceso no es el más adecuado para ellos, se procederá a firmar un acuerdo de mediación. Este acuerdo, que se regirá por las directrices antes establecidas, manifiesta que el mediador no representa ni representará a ninguna de las partes, además de que manifiesta la necesidad de representación y/

⁵¹ O.J. Coogler, *Structured Mediation in Divorce Settlement: A Handbook for Marital Mediators* (1978).

o asesoramiento de un abogado y establece la no aplicación del derecho de llamar al mediador como testigo. Existe, además, la posibilidad de establecer un acuerdo temporal que le permita a la familia estabilizarse mientras se trabaja en los acuerdos finales.

A las partes se les asigna tareas que son necesarias para su educación. Después, comienzan las pruebas de realidad en relación a los períodos de posesión y a los presupuestos. Se le pide a las partes que hagan una lista de sus activos y pasivos y que adjunten la documentación de sus posesiones, si aplica.

Durante las sesiones de mediación se recopila información en un ambiente que invite a la objetividad y a la cooperación. Además, se aclaran los asuntos y se facilita la comunicación productiva para la solución de los conflictos. Las partes comienzan a darse cuenta del problema inherente a la manutención de dos casas con un presupuesto que apenas puede mantener una. Con la ayuda del mediador, las partes buscan diferentes opciones creativas para continuar con sus labores de crianza y lidiar con los problemas económicos, siempre apuntando a encontrar intereses mutuos que generen un resultado más beneficioso para todos los miembros de la familia.

El papel de los abogados en el modelo de conferencia tradicional no tan activo como en el modelo de asamblea. Sin embargo, se invita a las partes a consultar y a mantener informados a sus abogados antes y después de las sesiones de mediación, especialmente en casos complejos, de los que se escriben memorandos luego de cada sesión con el fin de aclarar los aspectos que quedan por discutir y para que los revisen cada uno de los abogados de las partes. En algunas sesiones de asuntos legales o complejos, los abogados estarán presentes pero generalmente se les pide que eviten tomar el control de las negociaciones. Las partes pueden consultar a otros expertos, tales como contadores, evaluadores, tasadores y psiquiatras, cuando sea necesario. De igual manera, se les invita a escoger un experto neutral para ambas partes en vez de que cada uno contrate a una persona. Luego de que se toma una decisión con respecto a los niños, se les podrá pedir a estos últimos su opinión y su aporte, además de que se les asegurará que sus padres están haciendo todo lo posible por mantener la estabilidad en sus vidas.

Ya que la confianza es uno de los problemas principales, un mediador de familia generalmente ve a los clientes en conjunto y evita las reuniones separadas (en las que los clientes están separados y el mediador debe trasladarse de un sitio a otro), excepto en negociaciones que lleven a un punto muerto. A diferencia de otros modelos de mediación, el propósito de las asambleas, en este caso, no es mantener la confidencialidad sino desarrollar otras estrategias para compartir la información de manera más productiva y para superar expectativas y barreras irreales.

Luego de que se obtiene un acuerdo final en todos los asuntos, se prepara un memorando de acuerdo en el que se reflejan todas las decisiones tomadas por las partes. Asimismo, este memorando refleja los acuerdos alcanzados y puede proveer razones de desviación de la norma. Se les solicita a las partes que hagan llegar este acuerdo final a sus respectivos abogados para su revisión minuciosa como protección de las partes. Si se sugieren cambios significativos, se invita a las partes a regresar a la mediación para resolver sus diferencias. Una vez alcanzado el acuerdo final, uno de los abogados prepara una orden de tribunal y cualquier otra documentación necesaria para concluir el asunto.

Modelo de asamblea

Muchos abogados que fungieron de mediadores en los años 90 se han sentido más cómodos y efectivos con un estilo mediador que se enfoque en asambleas privadas y que requiera la participación activa y la dirección del abogado de cada una de las partes. Existe la preocupación de que las partes que no tengan una asistencia directa de sus asesores puedan estar mal preparadas para tomar decisiones con implicaciones legales.

La mayoría de las mediaciones basadas en el modelo de la asamblea se llevan a cabo después de presentada la demanda de divorcio y como resultado de la remisión del tribunal según el código⁵². A pesar de que la mediación ocurre a menudo antes de una audiencia temporal impugnada,

⁵² TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.021(a) (Vernon Supp. 2000).

es más frecuente que ésta ocurra la noche anterior al juicio. Cabe destacar que la mediación antes del juicio generalmente no se ordena o se requiere antes de que la proposición de pruebas se haya completado, incluso si este proceso es más costoso económica y emocionalmente.

Las sesiones pueden durar sólo medio día y hasta entrada la noche, aunque generalmente requieren más de un día. La sesión de orientación en la que se explica el proceso de mediación y las directrices es el único momento en el que las partes y el consejo se reúnen con el mediador. A veces esta sesión conjunta se evita debido a preocupaciones del abogado o del mediador en relación al nivel de conflicto entre las partes. El mediador asiste a reuniones privadas y confidenciales con las partes y sus abogados. En general, el mediador pasará más tiempo con partes desconfiadas o problemáticas. Se puede alcanzar un acuerdo con ofertas y contraofertas que cubran los asuntos esenciales para resolver las disputas contenciosas entre las partes.

El mediador que utilice un método de asamblea puede ser un más evaluador al ayudar al abogado a presentar una perspectiva práctica del caso de las partes ante el tribunal y de las limitaciones reales del proceso legal. Se bosqueja un memorando del acuerdo, el cual consiste en una lista de problemas de toma de decisiones preparada por el mediador. Este último podrá también utilizar cualquier otro formato que esté basado en los elementos que el abogado considere importantes para la resolución de la disputa entre las partes. En general se usa la cláusula irrevocable⁵³ y, por lo mínimo, las partes y los abogados firman un acuerdo Rule 11⁵⁴.

Otros modelos y estilos

A pesar de que los mediadores de Texas han intentado definir la mediación con mayor precisión a través de los principales modelos como

⁵³ Ver nota 99, *infra*.

⁵⁴ El TEX. CIV. RULE PROC. 11 (Vernon Supp.1999) establece que, a menos que se prevea lo contrario en estas normas, ningún acuerdo entre los abogados o las partes involucradas en cualquier demanda pendiente será ejecutado a menos que esté por escrito, firmado y presentado con los requisitos necesarios como parte de un documento o a menos que sea hecho en audiencia pública.

los son el modelo de conferencia y de asamblea, los profesionales de la mediación tienen diferentes modelos que utilizan y consideran efectivos como el transformativo, el terapéutico, el tecnológico⁵⁵, mediación/arbitraje⁵⁶, entre otros.

El estilo y el grado de participación del mediador varían significativamente dentro de los muchos modelos de mediación. Respecto al grado de intervención, el mediador puede escoger ser: 1) director, que lleva a las partes a lo que el mediador considera como lo más conveniente para ellos; 2) evaluador, que toma en cuenta los argumentos legales de las partes y las oportunidades ante el tribunal; o 3) facilitador, que sólo ayuda a las partes a negociar sin imponer sus ideas propias y sin evaluar el caso de las partes; o 4) relacional, que se enfoca en las partes y en su relación a lo largo del proceso.

La mediación orientada al acuerdo contra la mediación orientada al proceso o mediación relacional

La mayoría de los modelos y estilos de mediación tiene en común un enfoque en los acuerdos y en la solución de los problemas. Este enfoque ha sido criticado debido a que los mediadores, como guías de las partes al acuerdo y la solución, tienden a minimizar o reemplazar los problemas y necesidades de las partes⁵⁷. Además, un enfoque en el acuerdo o en la solución del

⁵⁵ Especialmente cuando los niños no son el asunto principal, algunas personas se identifican más con un enfoque más racional, basado en la tecnología que tiende a separar a las emociones de este proceso con tareas específicas. Este enfoque utiliza programas computarizados, libros de tarea y pancartas que clarifican los valores, los activos y las responsabilidades y presenta diferentes opciones en una hoja en una pantalla de computadora. Ver: Adams Mediation and Financial Resources Center, Plans for Parenting Workbook, (1997).

⁵⁶ Mediación-arbitraje tiene diferentes definiciones incluidas en el término. La tercera parte neutral puede fungir tanto de mediador como de árbitro o se puede utilizar dos neutrales diferentes en el mismo proceso. El permiso para implementar la mediación-arbitraje se obtiene de las partes antes del comienzo de la mediación. El arbitraje ocurrirá cuando el resultado sea alcanzado.

⁵⁷ Bush, Robert A. & Folger, Joseph P. **The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition**, (1994), página 75.

problema puede estar acompañada de una mayor preocupación sobre la cantidad mas no sobre la calidad de los acuerdos⁵⁸.

Muchas mediaciones familiares también tienen efectos colaterales a través de los cuales los cónyuges obtienen nuevas perspectivas de sí mismos o de los demás o adquieren un nuevo sentido de autoestima o de los problemas de la otra persona⁵⁹.

A veces la gente supera las expectativas del proceso contencioso y se hacen conscientes de la humanidad de su oponente y hacen ofertas voluntarias que benefician a las otras partes y a los miembros de la familia. Estos efectos colaterales de mejor entendimiento, reconciliación y búsqueda de un punto en común o de una mayor moral afecta a las partes a un nivel más personal que el mismo acuerdo.

Un nuevo movimiento de modelos de mediación orientados hacia las relaciones deja de lado la búsqueda del acuerdo y prefiere enfatizar los aspectos humanos y relacionales del proceso. Tres de estos modelos son: mediación humanística⁶⁰, la mediación narrativa⁶¹ y la mediación transformativa, siendo esta última la más conocida. En la mediación transformativa, los efectos "colaterales" de la mediación son, de hecho, la meta principal. Los autores R.A.B. Bush y J.P. Folger sostienen que tanto el conflicto como la mediación dan la oportunidad de transformar y alcanzar el crecimiento moral y la madurez, ya que la gente fortalece

⁵⁸ *Id.* at 75; Fleisher, Janice M., *Directing and Administering a Mediation Program: The Transformative Approach*, 13 *Mediation Q.* 295 (Summer1996) at 298-299; Pope, Sally Galong, *Inviting Fortuitous Events in Mediation: The Role of Empowerment and Recognition* 13 *Mediation Q.* 287 (Verano de 1996); Sander, Frank E.A. *The Obsession with Settlement Rates*, *Negotiation J.* (Oct. 95) 329.

⁵⁹ Bush & Folger, *supra* note 60.

⁶⁰ La mediación humanística está basada en la creencia de: 1) la interconexión de todas las cosas; 2) el poder curador de la mediación cuando las partes comparten sus sentimientos y usan sus últimas reservas de fortaleza para superar la adversidad; 3) la dignidad y la autodeterminación que proviene de enfrentar el conflicto directamente.

⁶¹ La mediación narrativa está basada en la premisa de que: 1) cada parte tiene su historia propia con una trama coherente con principio y fin; 2) en una historia saturada de conflicto como es el divorcio, el que cuenta la historia se ve a sí mismo como la víctima y a la otra parte como al villano; 3) el mediador debería evitar jugar el papel de héroe pero, al mismo tiempo, debe ayudar a cada parte a reconocer a la víctima, al villano y al héroe usando las preguntas adecuadas.

sus "yo" y salen de sus parámetros para relacionarse con los demás. La mediación transformativa tiene dos dimensiones, el empoderamiento⁶² y el reconocimiento⁶³. Este modelo de mediación alcanzó la credibilidad nacional cuando fue adoptado por el Servicio Postal de los Estados Unidos para resolver sus disputas laborales. De la misma manera, parece ser particularmente útil para mediaciones familiares.

Integración de modelos y estilos

Quizás una perspectiva más pragmática de la mediación efectiva sería reconocer que cada uno de estos enfoques puede tener lugar dependiendo del caso y de las necesidades y habilidades de las partes. Al considerar cuál tipo de mediación es el más apropiado, existen factores que resultan esenciales como lo son el desarrollo emocional, cognitivo y psíquico de los individuos y el progreso de los padres en el proceso de divorcio⁶⁴. Por ejemplo, la sanación emocional es quizás uno de los factores principales al comienzo de la mediación y, por ende, puede ser un factor en la escogencia del modelo de mediación. Si se escoge el proceso correcto para cada familia en particular, existen más probabilidades de que la sanación emocional ocurra. Sin embargo, existe un gran debate en torno a este asunto. Algunos consideran que la sanación es una expectativa poco realista que ocurre sólo por azar, que la resolución de la disputa le permitirá a las partes y a la familia continuar su camino y que sólo el tiempo es el mayor consejero para la sanación. Otros piensan que las metas de la sanación y la mejoría de la relación entre las partes tienen un significado de tan amplio alcance para las familias que resultan más importantes que el acuerdo en sí.

⁶² El empoderamiento significa "darse cuenta y fortalecer la capacidad inherente a cada quien de lidiar con todo tipo de dificultad al utilizar la reflexión consciente y deliberada, el libre albedrío y la acción". *Id.* Nota 60 at. 81 Se logra el empoderamiento cuando las partes "experimentan una conciencia fortalecida de su propia estima y de su propia capacidad de lidiar con cualquier dificultad que enfrenten, sin importar los límites externos" *Id.* at 84.

⁶³ El reconocimiento es definido como "ir más allá del yo para relacionarse con otros" y se logra cuando, luego de haber adquirido el sentido de empoderamiento, las partes "experimentan una voluntad repartida de reconocer y responden a las situaciones de las otras partes y a las cualidades humanas comunes" *Id.* at 84.

⁶⁴ Jane Walden, C.P. Roth, et al, *A Therapeutic Mediation Model for Child Custody Dispute Resolution*, 3 *Mediation Q.* 5 at 19 (1983).

Cualquiera de los factores antes mencionados podría determinar el modelo o estilo adecuados de mediación a ser implementado en casos particulares. Si los problemas giran en torno a las propiedades o a asuntos legales o de alta carga conflictiva y no hay niños, se sugiere el uso de asambleas o reuniones privadas para conocer las necesidades de las partes. El mismo método podría utilizarse en casos en los que las partes tengan preocupaciones referentes a su salud mental o a su seguridad debido a abusos físicos o emocionales. Por otro lado, las mismas partes y sus abogados podrían beneficiarse de sesiones conjuntas con un mediador especialmente capacitado y con un profesional de la salud mental.

Es importante resaltar que el modelo tradicional de mediación en conferencia ya le ha dado pie a un modelo de conferencia modificado más eficiente en el que las partes se encuentran en sesiones más largas que promueven la interacción cara a cara entre las partes. Este modelo a veces requiere una mayor participación de los abogados aunque sigue enfatizando la participación, autodeterminación y la relación entre las partes.

Algunos mediadores pueden tener la experiencia, las habilidades y el interés de ajustar su estilo de mediación a las necesidades cambiantes de la situación. La escogencia del mediador puede diferir según las necesidades del caso. Incluso puede ocurrir que no pueda implementarse un estilo en particular sino un compendio de métodos que se ajuste a los asuntos y a las necesidades de las partes. En otras palabras, quizás la mejor elección del mediador es la que está basada en la capacitación, la que considera los diferentes modelos, estilos y filosofías de mediación y la que es capaz de aplicarlos según la situación.

9. Confidencialidad del proceso⁶⁵

Incluso antes de que la Ley de Alternativas de Resolución de Disputas entrara en vigor, los mediadores y las partes de las mediaciones familiares tenían diferentes opciones para asegurar la confidencialidad. En primer lugar, los mediadores firmaban contratos por escrito con las partes para mantener la confidencialidad. En segundo lugar, las exclusiones evidenciales legales impedían la admisibilidad de evidencias en el tribunal; y, en tercer lugar, las negociaciones de compromiso y acuerdo estaban protegidas por el derecho y la ley. De la misma manera, la Ley ADR de Texas impone estándares de confidencialidad tanto en el mediador como en los participantes.

La confidencialidad y el mediador

En relación a los estándares y deberes de confidencialidad del mediador, la Ley establece que, a menos de que las partes acuerden lo contrario, todos los asuntos, incluidos la conducta y el comportamiento de las partes y de sus abogados durante el proceso, son confidenciales y nunca serán divulgados a nadie, incluyendo al tribunal designado⁶⁶. La Ley también establece que, excepto en casos de autorización expresa de la parte divulgadora, el mediador no podrá divulgar a ninguna de las partes información alguna dada en confidencialidad por la otra parte, y siempre mantendrá la confidencialidad en relación a las comunicaciones emitidas respecto al asunto de la disputa⁶⁷.

⁶⁵ Para excelentes estudios sobre la confidencialidad, ver: Walter Wright; *A Comparison of the Confidentiality Provisions of the Texas ADR Act and the Proposed Uniform Mediation Act*, 14 *The Texas Mediator*, (Winter 2000) at 8.; O& Sherman, *supra* note 50; Richard C. Reuben and Nancy H. Rogers, *Major Step Forward: Proposed Uniform Mediation Act goes public for comments*, *Dispute Resol. Mag.*, Summer 1999, at 18; Edward F. Sherman, *Confidentiality in ADR Proceedings: Policy issues arising from the Texas experience*, 38 *S. Tex. L. Rev.* 541 (1997); Irene Stanley Said, Comment, *The Mediator's Dilemma: The Legal Requirements Exception to Confidentiality Under the Texas ADR Statute*, 36 *S. Tex. L. Rev.* 579 (1995).

⁶⁶ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.053 (c) (Vernon Supp. 2000).

⁶⁷ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.053 (b) (Vernon Supp. 2000).

La confidencialidad y los participantes de la mediación

La Ley ADR de Texas también asegura, excepto en casos significativos, la confidencialidad de la mayoría de las declaraciones relacionadas con el asunto de cualquier disputa criminal o civil hechas por un participante en cualquier proceso de resolución de disputas, sea antes o después de que se haya entablado un procedimiento judicial formal⁶⁸. Tales comunicaciones no podrán ser reveladas ni podrán ser usadas como evidencia contra el participante en ningún procedimiento judicial.

Las excepciones de la regla de confidencialidad establecidas en el artículo 154.073 de la Ley ADR son las siguientes:

1. Informaciones que puedan descubrirse o admitirse independientemente de la mediación⁶⁹,
2. Un acuerdo final por escrito del cual un cuerpo del gobierno es signatario⁷⁰,
3. Abuso o negligencia infantil o abuso, negligencia o explotación de ancianos⁷¹,
4. Si los requerimientos de confidencialidad entran en conflicto con cualquier otro requerimiento de divulgación de información, grabaciones o materiales⁷².

Confidencialidad de mediación en los tribunales

La confidencialidad del proceso de mediación ha sido probada en tribunales de Texas en casos que no están directamente relacionados pero que son representativos del contexto de mediación familiar. En el

⁶⁸ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.073 (a) (Vernon Supp. 2000).

⁶⁹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.073 (c) (Vernon Supp. 2000).

⁷⁰ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.073 (d) (Vernon Supp. 2000).

⁷¹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.073 (e) (Vernon Supp. 2000). Nota: el párrafo 154.073 tiene dos secciones (e). También ver: *Tex. Fam. Code*, Capítulo 261. Subcapítulos b, (Abuso y negligencia infantil) y Human res. code (Vernon Supp. 1999) Capítulo 48, Subcapítulo c (Abuso y negligencia de ancianos).

⁷² TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. párrafo 154.073 (e) (Vernon Supp. 2000).

caso *In re Acceptance Insurance Co.*⁷³, el tribunal de apelación mantuvo la confidencialidad afirmando que el tribunal de primera instancia abusó de su discreción y violó las provisiones de confidencialidad de la Ley ADR. El tribunal de primera instancia acudió a una relatora para que testificara sobre la manera en la cual ella había negociado y sobre la comunicación con otros participantes y con otros representantes de relatoría durante la mediación, además de que se le preguntó si ella había negociado de buena fe.

De la misma manera, otros tribunales de Texas han reconocido, en principio, la importancia de la confidencialidad para la mediación, a pesar de que en la práctica generalmente han permitido la divulgación de la conducta y los eventos ocurridos durante la mediación. Por ejemplo, *In Re Daley*,⁷⁴ expresó que la confidencialidad de mediación establecida en el artículo 154.073 no es tan amplia como para evitar que toda la evidencia relacionada con todo lo que ocurre en la mediación pueda ser presentada ante el tribunal de primera instancia. El tribunal de apelación consideró que, en vez de ser una regla de confidencialidad general para los participantes, la ley declara como confidencial “toda comunicación relacionada con el asunto de cualquier disputa civil o criminal hecha por un participante de un procedimiento ADR”. Si la persona esperaba lograr la mediación o si tenía el permiso del mediador de partir cuando lo hizo no incumbe al asunto de la demanda subyacente o a la manera en la que los participantes negociaron y, por consiguiente, no es confidencial⁷⁵. En el caso *In Re Learjet*⁷⁶ también se consideró que los videos presentados en la mediación constituyen material que puede descubrirse; que las actividades de mediación no otorgan una protección general para tales materiales y que este material en particular no está protegido por dicho privilegio. Finalmente, en el caso *Avary v. Bank of America*⁷⁷ se consideró que cuando una demanda está basada en un agravio nuevo e

⁷³ *In re Acceptance Insurance Co.*, 33 S.W.3d 443 (Tex. App.-Fort Worth 2000, orig. proceeding).

⁷⁴ *In Re Daley*, 29 S.W.3d 915 (Tex. App.-Beaumont 2000- orig. proceeding).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *In Re Learjet*, 59 S.W.3d 842 (Tex. App. - Texarcana 2001,orig.proceeding)

⁷⁷ *Avary v. Bank of America*, 72 S.W.3d 779 (Tex. App.-Dallas 2002, pet. for review pending)

independiente cometido durante los procedimientos de mediación y que dicho agravio engloba un deber de divulgación (por ejemplo, el deber fiduciario de divulgación), el artículo de confidencialidad (154.073) no limita el descubrimiento de la demanda cuando el juez de primera instancia encuentra a la vista los “hechos, circunstancias y el contexto”, por lo que se justifica la divulgación.

10. Partes adecuadas para la mediación

A diferencia de los casos de litigio, que en general requieren mediaciones entre diferentes partes, la participación en la mediación familiar es simple. Las partes evidentes en las mediaciones de divorcio son los cónyuges y el mediador. Asimismo, los abogados de los cónyuges generalmente están presentes en la mayoría de las mediaciones⁷⁸. Ocasionalmente acuden otras partes como abuelos involucrados y sus abogados, un representante del Ministerio Público de Texas y el guardián o abogado de los niños.

Además, la participación en una mediación familiar puede ser mayor que lo esperado, ya que estas mediaciones pueden incluir “partes fantasmas”. Las partes fantasmas son aquellas partes que, a pesar de que no están físicamente presentes, juegan un papel importante y están presentes en espíritu durante la mediación. Entre éstas están, por ejemplo, los niños y las nuevas parejas de las partes. Ellos están “presentes” incluso cuando no están físicamente en la mediación, ya que se ven afectados e influenciado por el resultado de la misma.

Determinar quién más debería estar presente en la mediación, además de los cónyuges, generalmente se somete a discusión y a negociación entre las partes, sus abogados y/o el mediador. Tal determinación también puede depender de las expectativas de las partes, del origen cultural⁷⁹ y del estilo de mediación escogido por el mediador.

⁷⁸ Ver sección 11.

⁷⁹ Ver: J. Rendón, *When You Can't Get Through to Them: Cultural Diversity in Mediation*, 11:3 *Alternative Resolutions* (2000); W. Wright, *Cultural Issues in Mediation: A Practical Guide for Individualist and Collectivist Paradigms*. Página web de la Asociación de Abogados Mediadores: <<http://www.attorney-mediators.org/wright.html>> .

Pueden existir casos en los que los cónyuges no sean partes apropiadas para la mediación por presentar comportamientos violentos, sexualmente abusivos, mentalmente inestables o drogadictos, además de las partes que esconden activos o que, de una u otra manera, actúan de mala fe. A pesar de que la mediación ha tenido resultados exitosos en casos en los que la violencia situacional ha estado presente, la mediación podría ser inadecuada cuando la violencia es crónica. Además, la mediación es un proceso que intenta encontrar un balance de poder a través de las habilidades de la comunicación y la educación. A veces, debido a una hostilidad duradera o a algunos de los factores antes mencionados, las partes son incapaces o no tienen la voluntad de negociar justamente y la mediación resulta imposible si un estilo más controlador del mediador⁸⁰. Por otro lado, esta clase de partes generalmente se beneficia más de los intentos de mediación⁸¹.

Las partes que no tienen la voluntad de mediar a veces reciben la orden del tribunal de asistir a la mediación⁸². Dado el hecho de que las partes no están legalmente obligadas a participar de buena fe, podría resultar evidente que las partes reticentes no son los candidatos adecuados para la mediación. Este no necesariamente es el caso en la mediación familiar. Dichos participantes reticentes aun pueden convertirse en participantes exitosos en la mediación. En primer lugar, la reticencia no indica necesariamente un acto de mala fe⁸³. En segundo lugar, muchos mediadores logran convencer a las partes de que confíen en el proceso, de que participen de buena fe e incluso de que hagan sus mejores esfuerzos para la resolución.

⁸⁰ Entrevista con Linda Hahn, Directora del Servicio de Tribunales de Familia de Dallas, 16 de julio de 1990.

⁸¹ Algunos estilos de mediación tratan de asuntos relacionales en vez de legales. Estos estilos buscan asistir a las partes en lograr el empoderamiento, el entendimiento mutuo y el reconocimiento y no a alcanzar un acuerdo per se. Ver la sección ocho.

⁸² Tex. Fam Code Ann. párrafo 6.602(a) (Vernon Supp. 2000) (mediación para demandas de divorcio) and párrafo 153.071(c) (mediación para demandas que afectan la relación padres-hijos), Tex. Civ.Prac. & Rem. Code, párrafo 154.021 y párrafo 154.022. *Decker vs Lindsay*, 824 S.W.2d 247 Tex. App.- Houston [1st Dist.] (1992).

⁸³ *Texas parks and Wildlife Dep't vs. Davis*, 988 S.W. 2d 370 (Tex. App.- Austin 1999,n.w.h.).

11. El papel de los abogados en la mediación

Las partes pueden mediar con o sin un abogado. Sin embargo, el papel del abogado en la mediación familiar se ha vuelto más importante debido a la cláusula de irrevocabilidad de muchos acuerdos mediados. El abogado de las partes debe estar consciente de que no tiene que estar presente en la mediación para que el acuerdo de mediación familiar sea irrevocable⁸⁴. Si el abogado no puede estar presente, debe aconsejarle al cliente no firmar ningún documento sin antes consultarlo con el abogado o evitar firmar un acuerdo que incluya una cláusula de irrevocabilidad.

Un mediador ha descrito el papel tradicional de los abogados en casos de familia, de la siguiente manera:

Antes de ir al tribunal donde la pareja decide divorciarse, cada parte acude a un abogado capacitado en el campo contencioso. Ambos abogados representan a un cliente contra el otro. La mayor parte del proceso de decisión se extrae de primera mano de los clientes mientras que el abogado se enfrenta al sistema legal. Este proceso sirve para alimentar la destructividad y la ira ya presentes en la pareja que se divorcia⁸⁵. Los abogados representan a sus clientes hasta el límite de sus capacidades, sin importarle los posibles efectos en la otra parte. De esta manera, cada abogado empuja a su cliente a ganar en cada aspecto posible. Esta táctica le abre a la pareja otro campo de batalla en el que se discuten las razones del divorcio y, al mismo tiempo, intentan negociar un acuerdo. El proceso contencioso para alcanzar acuerdos en aspectos económicos sólo puede empeorar la ya deteriorada relación social⁸⁶.

En otros tipos de casos ante tribunales, los abogados que representan a los cónyuges pueden jugar diferentes papeles durante la mediación. Pueden cubrir una amplia gama de estilos que van desde ser agresivamente contencioso hasta ser negociadores efectivos o

⁸⁴ Tex.Fam.Code Ann., párrafo 6.602(b) (2000).

⁸⁵ John M. Haynes, *Divorce Mediation a Practical Guide for Therapists and Counselors* (1981) at 5.

⁸⁶ *Id.*

conciliadores colaboradores. Ya que las partes generalmente dependen de la guía de sus abogados, éstos pueden tener una gran influencia en el proceso de mediación⁸⁷. Un abogado puede aportar elementos de objetividad, pericia e incluso reflexión al proceso de mediación. Además, si el abogado es demasiado agresivo, podría exasperar a su cliente o dejar de lado los intereses de los niños⁸⁸.

El papel de los abogados en la mediación familiar está, sin embargo, evolucionando paulatinamente y está dejando atrás el papel contencioso que enfrenta a los padres y que define a un buen abogado como aquel que obtiene la mayor parte de los derechos y concesiones para su cliente a través de la negociación agresiva y la ley. En cambio, el papel de los abogados en la mediación familiar está evolucionando hacia un papel de guía o de consejero que asiste a los clientes en un proceso de toma de decisiones único y mutuamente satisfactorio⁸⁹. Este nuevo enfoque incluye un ambiente más relacional, colaborador y orientado hacia la familia que toma en consideración los intereses superiores de los niños y va de la mano con la voluntad de las partes sobre lo que satisface las necesidades de la familia, en vez de enfocarse en beneficios económicos⁹⁰. Esto incluye la decisión de hacer concesiones a corto

⁸⁷ Shepard, Andrew, *Taking Children Seriously: Promoting Cooperative Custody After Divorce*, 64 Tex. L. Rev. 687 (1985).

⁸⁸ *Id.* at 739-40 "El procedimiento contencioso legitima la noción de que los padres son enemigos después del divorcio promueve la aceptación social de amenazar con un juicio de custodia para beneficiarse de las concesiones económicas del acuerdo. Las negociaciones custodia-dinero resultantes significan que a uno de los padres puede pedírsele que negocie parte o la totalidad de su involucramiento con el niño a cambio de tener menores responsabilidades económicas; o pueden significar que un padre tenga que sacrificar el necesitado apoyo económico para mantener la relación con el niño. Además, relacionar la custodia con el dinero retrasa la solución de la custodia hasta que se hagan concesiones financieras en vez de resolver las disputas según la percepción del tiempo del niño. De cualquier forma, un ambiente contencioso distrae a los padres del asunto principal, que debería ser resolver el asunto teniendo en cuenta lo que es más beneficioso para la relación con ambos padres y no cuál es el interés, económico o de otro tipo, de alguno de los padres".

⁸⁹ Ver: J. Rendón, *Blessed are the Lawyers*, The Lookout (22 de octubre de 1995) para un estudio sobre cómo los abogados adoptan el papel de conciliadores.

⁹⁰ Para una discusión más amplia de este movimiento más relacional y colaborador entre abogados, ver: J. Rendón & J. K. Dougherty, *Going Postal: A New Definition and Model for Employment ADR*, The Houston Lawyer (Jan/Feb. 2000).

plazo para asegurar un ambiente de trabajo más adecuado y beneficios futuros satisfactorios para ambas partes.

La mayoría de los mediadores invitan a las partes, e incluso algunos se lo exigen, a que busquen a un abogado independiente durante el proceso de mediación. Incluso en el modelo tradicional de conferencia de mediación, el abogado puede y debe ser consultado en la etapa de pre-remisión, durante el proceso de mediación y durante la fase de revisión.

Durante la etapa de prerremisión, un abogado puede determinar cuál modelo o estilo de mediación será más beneficioso para su cliente. Los clientes tienen que tener la madurez necesaria y la habilidad de dejar a un lado la hostilidad y compartir la responsabilidad de negociar un resultado favorable. El abogado puede preparar a su cliente para esta etapa, explicándole qué tipo de información será necesaria, además de presentarle sus derechos y posibilidades legales. El abogado permanecerá disponible para consulta durante el proceso, incluso cuando las partes hayan escogido un modelo tradicional de conferencia.

Durante la mediación, el abogado puede ayudar con las evaluaciones, la clarificación de los asuntos, las cuestiones legales, el desarrollo de opciones, la consideración de la gama de posibles decisiones judiciales en casos particulares y el desarrollo de intercambios. El abogado está en contacto directo con el cliente durante esta etapa. Frecuentemente, en mediaciones en las que los abogados no están presentes, el mediador se prepara memorandos de cada sesión para que las dudas legales queden claras y para que los abogados puedan identificar los asuntos más problemáticos antes de que las partes puedan alcanzar un acuerdo final.

Cuando las partes han participado en una mediación tradicional de conferencia, la fase de revisión puede ser bastante variada e incluso bastante difícil, dependiendo de la coordinación de la participación del abogado en el proceso de mediación. El entendimiento que alcanza el abogado con el cliente con respecto al papel del abogado debe estar plasmado por escrito, especialmente en lo relacionado con la investigación necesaria que se espera hacer durante la revisión. Sin embargo, algunos clientes quieren que los abogados sólo revisen el acuerdo y hagan una primera versión de la orden.

El abogado debe expresar claramente su papel y educar al cliente en relación a la ley aplicable y a las consecuencias de las decisiones⁹¹. Es importante que el abogado esté atento a las necesidades de autonomía del cliente durante el proceso de mediación, además de que debe tener un sentido de justicia, lo que podría ser de alguna forma inconsistente con el análisis estrictamente legal. Es extremadamente importante conocer si el cliente está satisfecho con el acuerdo debido a que la mediación general es un resultado muy personal. Esto puede determinarse analizando si el cliente entendió sus derechos y pensó que el proceso fue justo para ambas partes. Generalmente, los cambios significativos que están en conflicto deben volver a la mediación.

Además, los abogados deben aconsejar a sus clientes sobre la aplicabilidad de las decisiones, a la vez que asegura la integridad del acuerdo debido a las inusuales provisiones que a menudo son parte del acuerdo de mediación.

El papel de los abogados en los casos de derecho de familia ha cambiado significativamente con el advenimiento del derecho colaborativo. La ley colaborativa es un nuevo método de resolución de casos de familia en la que las partes y sus abogados colaboran con el fin de obtener una solución del caso sin litigio. (Ver artículo 17).

12. Problemas luego del Acuerdo: Cumplir con el acuerdo mediado

La ley ADR estipula que, si las partes alcanzan y formalizan un acuerdo escrito que resuelve la disputa, este acuerdo es ejecutable como cualquier otro contrato escrito⁹². El tribunal podrá entonces a discreción incorporar los términos del acuerdo en el decreto final del tribunal que resuelve el caso⁹³.

⁹¹ 26 Samuels & Shawn, *The Role of the Lawyer Outside the Mediation Process*, 2 MEDIATION Q. 3 (1983).

⁹² TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.071 (a) (Vernon Supp. 2000).

⁹³ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.071 (b) (Vernon Supp. 2000).

En 1997, la Asamblea Legislativa de Texas añadió provisiones en el Código de Familia referentes a la ejecutabilidad de los acuerdos mediados en demandas de disolución de matrimonio y en demandas que afecten la relación padres-hijos (en inglés *Suits Affecting Parent Child Relationship*)⁹⁴. El Código, enmendado en 1999, establece que:

Un acuerdo mediado (para casos SAPCR o de disolución de matrimonio) es vinculante para las partes si el acuerdo:

1. dispone, de manera evidente, en letras impresas en negrillas o en letras mayúsculas o subrayadas, que el acuerdo no está sujeto a la revocación;
2. está firmado por cada parte del acuerdo; y
3. está firmado por los abogados de las partes, si existiera, quien estará presente al momento de la firma del acuerdo.

El Código de Familia va más allá para asegurar la ejecutabilidad de un acuerdo mediado, estipulando que si dicho acuerdo cumple con los requerimientos antes mencionados, una parte tiene el derecho a un juicio sobre el acuerdo mediado, a pesar de la norma 11 de las Normas de Procedimiento Civil de Texas o cualquier otro principio de legalidad⁹⁵.

Estudiaremos cuatro asuntos interrelacionados que surgieron de las provisiones de acuerdo de la ley ADR y de las nuevas provisiones de irrevocabilidad del Código de Familia:

1. ¿Una de las partes puede cambiar de parecer unilateralmente y rechazar el acuerdo mediado luego de que éste haya sido firmado?
2. ¿El tribunal con jurisdicción sobre un caso mediado puede rechazar la incorporación de los términos del acuerdo?
3. ¿Qué sucede si el acuerdo mediado no incluye uno de los asuntos significativos?

⁹⁴ TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 6.602(a) y párrafo 153.0071 (d) (Vernon Supp. 2000)

⁹⁵ TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 6.602(c) y párrafo 153.0071(e).

4. ¿Qué sucede si las partes alcanzan un acuerdo que modifica a una orden judicial existente?

Muchas de estas interrogantes relacionadas con la ejecutabilidad de los acuerdos mediados en casos de familia aún no están resueltas en la jurisprudencia. Sin embargo, estos son asuntos importantes que los mediadores familiares deben tener en cuenta cuando participan en un proceso escrito del acuerdo.

Capacidad de las partes para rechazar el acuerdo mediado

Una vez que un acuerdo se logra y se firma en la mediación, un período de tiempo debe pasar antes de que el tribunal presente, y luego concluya, la decisión. En ocasiones una de las partes cambia de parecer y rechaza el acuerdo. Algunos tribunales de apelación han dictaminado que las partes no pueden repudiar su acuerdo ADR una vez que éste ha sido concluido, lo que hace que la decisión sea válida incluso en casos en los que el lenguaje de irrevocabilidad no era aplicable⁹⁶. Ellos basaron su decisión en normas establecidas por la Ley ADR de resolución pacífica de disputas y acuerdo anticipado de litigio pendiente a través de procedimientos voluntarios de acuerdo⁹⁷. Sin embargo, en los casos en que el lenguaje de irrevocabilidad no aplique, la mayoría de los tribunales ha dictaminado que la repudiación del acuerdo impide que el tribunal presente y concluya la decisión acordada. Estos tribunales han defendido que una decisión presentada después de que una de las partes ha retirado su consentimiento deja de ser una decisión acordada válida⁹⁸. Con el fin de hacer cumplir el acuerdo, la parte ejecutante deberá presentar una acción separada de ejecución basada en la ley contractual. Esta segunda causa será vista

⁹⁶ *Matter of Marriage of Ames*, 860 S.W.2d 590, 592 (Tex. App. Amarillo 1993, no writ).

⁹⁷ G. Murr, *In the Matter of Marriage of Ames and the Enforceability of Alternative Dispute Resolution Agreements: A Case for Reform*, 28 Tex. Tech. L.Rev. 31, at 34-35 (1997).

⁹⁸ *Mantas vs. Fifth Circuit of Appeals*, 925 S.W.2d 656 (Tex. 1996); *Cary v. Cary*, 894 S.W.2d 111 (Tex. App. Houston [1st Dist.] 1995, no writ). Ver., Sherman & Shannon, supra, note 50 at 39-44; Comment: Agreements in Crisis: The Stinging Effects of Texas Rule of Civil Procedure 11 on Settlement Agreements and Alternative Dispute Resolution Process, 31 Texas Tech L. Rev. 87 (2000).

simultáneamente con el original. Esta nueva causa estará sujeta a las declaraciones, pruebas y defensas disponibles por ley contractual⁹⁹.

La promulgación de las provisiones de irrevocabilidad del Código de Familia ha hecho que la jurisprudencia anterior sea menos relevante en casos de familia en los que las partes deciden firmar un acuerdo irrevocable. Si las partes convienen presentar un acuerdo irrevocable, muchos tribunales han dictaminado que al tribunal familiar se le permite presentar decisiones basadas en el acuerdo mediado, incluso después de que una parte lo repudie, siempre y cuando cumpla con los requerimientos de provisiones irrevocables establecidos por la ley¹⁰⁰. Para permitir que las partes rechacen tales acuerdos, el tribunal como tal, haría de la promulgación del artículo 6.606 (y por analogía el del artículo 153.0071) una ley inútil y sin sentido¹⁰¹. Una vez presentada, la entrada de una orden es parte de los deberes ministeriales de un tribunal¹⁰².

Sin embargo, por requerimiento de una de las partes, algunos tribunales escogieron la discreción y rechazaron los acuerdos "irrevocables". Dos de las razones por las cuales el acuerdo no ha sido ejecutable (a pesar de que cumplía con los requerimientos estatutarios de irrevocabilidad) fueron: una de las partes no proporcionó información importante intencionalmente¹⁰³ y las partes acordaron en acto criminal¹⁰⁴. Cada uno de estos asuntos será discutido a continuación.

⁹⁹ Ver: Rau Sherman & Shannon, Supra nota 50. Texas ADR & Arbitration Statute and Commentary (2000), páginas 39-44.

¹⁰⁰ Normas del artículo 6.602: *Alvarez v. Reiser*, 958 S.W.2d 232, 234 (Tex. App. -Eastland 1997, writ denied); Ruling on 153.0071: *Spinks v. Spinks*, 939 S.W.2d 229 (Tex. App.-Houston [1st] 1997, no writ); *In the Interest of J.A.W.N.*, 2002 Tex. App. LEXIS 7949(Tex. App.-Corpus Christi 2002).

¹⁰¹ *Cayan v. Cayan*, 38 S.W.3d 161, 166 (Tex. App.- Houston [14th Dist] 2000, pet. denied).

¹⁰² *McLendon v. McLendon*, 847 S.W.2d 601, 610 (Tex. App.—Dallas 1992); *Matter of Marriage of Ames*, supra nota 89, página 593.

¹⁰³ *Boyd v. Boyd*, 67 S.W.3d 398 (Tex. App.—Ft. Worth 2002).

¹⁰⁴ *In Re Kasschau*, 11 S.W. 3d 305, 313 (Tex. App.—Houston [1st] 1999)-.

Discreción del tribunal para rechazar o incorporar acuerdos mediados

¿Qué sucede si el tribunal, en asuntos de políticas públicas, interés superior del niño u otras razones, se niega a incorporar algunos de los términos del acuerdo mediado?

La Ley ADR estipula específicamente que el tribunal puede incorporar a discreción los términos del acuerdo en el decreto final del tribunal que resuelve el caso¹⁰⁵. Por otro lado, el Código de Familia de Texas establece que un acuerdo es vinculante e irrevocable, “a pesar de la norma 11 o de cualquier otro principio de legalidad, siempre y cuando las partes cumplan con los requerimientos establecidos por la ley”. Esta cláusula, promulgada posteriormente a la Ley ADR, parece dejar poco margen para la discreción judicial¹⁰⁶ y también parece estar apoyada por la provisión de políticas públicas de la Ley ADR¹⁰⁷. Sin embargo, al menos un tribunal sostuvo que “la frase “a pesar de la norma 11 o de cualquier otro principio de legalidad” no requiere que un tribunal de primera instancia ejecute un acuerdo mediado simplemente porque cumple con el artículo 6.602(b), al margen de lo que el acuerdo establece de cómo fue alcanzado”. Para lograr esto “se requiere la ejecución de un acuerdo que sea ilegal o que fue obtenido por fraude, amenaza, coacción u otro medio deshonesto”¹⁰⁸.

Otro tribunal de apelación declaró que el tribunal puede, a su discreción, disolver la provisión inválida y ratificar aquellas provisiones que no estén en conflicto o que afecten la integridad del acuerdo¹⁰⁹. El tribunal podría

¹⁰⁵ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.071 (b) (Vernon Supp. 2000).

¹⁰⁶ Ver el texto que acompaña las notas 89 y 90.

¹⁰⁷ *Cayan v. Cayan*, página 166.

¹⁰⁸ *Boyd v. Boyd*, 67 S.W.3d 398, 403 (Tex. App.—Ft. Worth 2002. El tribunal declare: “No creemos que la Asamblea Legislativa tuviera la intención de generar un resultado tan absurdo en la promulgación del artículo 6.602(b). Podemos interpretar la frase de tal manera que los requerimientos de la norma 11 y del derecho que se aplican ordinariamente a los acuerdos no aplica a la ejecución de acuerdos en procedimientos de divorcio si los acuerdos cumplen con los tres requerimientos estipulados en el artículo 6.602(b)”, página 403.

¹⁰⁹ *In Re Kasschau*, 11 S.W. 3d 305, 313 (Tex. App.—Houston [1st] 1999).

invalidar el acuerdo por completo y solicitarle a las partes que litiguen o renegocien¹¹⁰.

Un asunto importante sobre el que aún no se ha decidido es sobre lo que sucede si un tribunal, a su discreción, considera que un acuerdo mediado no es del interés superior del niño. El Código de Familia impone el deber de dictaminar en el mejor de los intereses de los niños¹¹¹. Por otro lado, el artículo 153.0071 del Código de Familia parece permitir que un acuerdo irrevocable supere el interés superior del niño. La cláusula de interés superior del artículo 153.002 y algunos de los casos mencionados anteriormente parecen establecer lo contrario¹¹².

¿Qué sucede si el acuerdo mediado no incluye un asunto importante?

Otro de los problemas frecuentes en la ejecución de acuerdos surge cuando las partes y los abogados no logran incluir un asunto importante en el acuerdo mediado. ¿El tribunal entonces incorpora sólo las partes estipuladas del acuerdo y deja los otros asuntos sin resolver? ¿Puede el tribunal añadir términos a petición de las partes o *sua sponte*? ¿El tribunal le permite a las partes rechazar el acuerdo por completo y litigar?

La jurisprudencia explica que el tribunal de primera instancia no puede añadir términos al acuerdo de las partes¹¹³. La mayoría de los tribunales de familia presentan decisiones sobre asuntos acordados y sólo algunos, en la práctica, han añadido términos basándose en las provisiones legales sin la objeción de las partes. (Por ejemplo, las provisiones de manutención de niños cuando hay más de un niño).

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ “El interés superior del niño debería ser la consideración primordial del tribunal al determinar asuntos de custodia y acceso al niño” Tex. Fam. Code Ann., § 153.002 (Vernon Supp. 2000).

¹¹² A pesar de que estos casos no involucran el interés superior del niño, sirven de guía para determinar qué tipo de acuerdos no serían ejecutables. *Boyd v. Boyd* – en los que una parte escondió información intencionalmente, *In Re Kasschau* – en los que las partes convinieron un acto potencialmente ilegal.

¹¹³ *Matter of Marriage of Ames*, supra nota 89, página 593;

En un caso en el que las partes intencionalmente escondan información durante la mediación, el tribunal de apelación sostuvo la decisión del tribunal inferior de invalidar el acuerdo¹¹⁴. El tribunal diferenció entre casos que involucran "la ocultación intencional de activos maritales importantes" y aquello en los cuales la información fue "omitida inadvertidamente".

Otro tribunal de apelación sostuvo que el tribunal puede, a discreción, disolver la provisión inválida y ratificar aquellas provisiones que no estén en conflicto o que afecten la integridad del acuerdo¹¹⁵. El tribunal podrá, en cambio, invalidar el acuerdo por completo y solicitarle a las partes que litiguen o renegocien¹¹⁶.

Acuerdos mediados para modificar decretos previos

Una última cuestión referente a los acuerdos surge cuando las partes alcanzan un acuerdo que difiere con las órdenes temporales ya instauradas o busca modificar un decreto final. La ley ADR especifica que un acuerdo mediado no afecta una orden pendiente de un tribunal a menos que los términos del acuerdo estén incorporados en un decreto subsiguiente¹¹⁷.

13. Calificaciones de un mediador de familia

Se cree erróneamente que Texas otorga certificados de mediación. Hasta noviembre de 2003, no existía ninguna agencia de certificación de mediadores. En noviembre de 2003, la Asociación de Acreditación de Mediadores de Texas (TMCA por sus siglas en inglés) anunció el comienzo de una acreditación voluntaria es el estado de Texas¹¹⁸.

¹¹⁴ *Boyd v. Boyd*, 67 S.W.3d 398, 403, at 405.

¹¹⁵ *In Re Kasschau*, 11 S.W. 3d 305, 313 (Tex. App.—Houston [1st] 1999).

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.071 (c) (Vernon Supp. 2000).

¹¹⁸ Judy K. Corder, *Texas Mediator Credentialing Association Update*, *The Texas Mediator*, 17:4 (1999), página 5;

Por consiguiente, al menos técnicamente, cualquiera puede ser un mediador de familia en Texas. Sin embargo, se requieren ciertas calificaciones legales para que los mediadores de familia opten por la designación del tribunal, como lo son¹¹⁹:

1. Un mínimo de 40 horas de capacitación en técnicas de resolución de disputas; y
2. 24 horas adicionales de capacitación en dinámicas familiares, desarrollo infantil y derecho de familia en disputas basadas en la relación padres-hijos.

La ley también estipula que, incluso cumpliendo con estos requisitos, el tribunal podrá, a discreción y en casos específicos, designar a una persona que *no* califique con ninguna de las exigencias si basa la designación en capacitación o experiencia legal o de otra índole profesional en procesos de resolución de disputas.

También es importante señalar que la ley ADR, a pesar de que en general requiere capacitación adicional en asuntos relacionados con la familia, no exige que un mediador de familia sea abogado. En la práctica, la mayoría de los tribunales designa mediadores abogados. Sin embargo, se considera que los profesionales de la salud mental y otros profesionales pueden ofrecer beneficios especiales a los cónyuges en la mediación¹²⁰. Un gran número de mediadores de familia en Texas y en todo el país son contadores y profesionales de la salud mental, así como también hay muchos abogados con capacitación especial en manejo de conflicto, negociación y habilidades de mediación. Además, muchos mediadores abogados han preferido co-mediación con mediadores de otras disciplinas diferentes al derecho y consideran que esta práctica es mucho más efectiva, inclusiva y propicia al acuerdo¹²¹.

¹¹⁹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.052 (Vernon Supp. 2000).

¹²⁰ F. Mosten, *The Complete Guide to mediation* (1997), páginas 123-131.

¹²¹ En la Conferencia Anual de la Asociación de Mediadores de Texas (The Healing Power of Mediation, Houston, Texas (2000)) se presentaron dos foros de co-mediación interdisciplinaria. El primero lo presentaron el abogado Don Gaul y la contadora Carol Hoffman; y el Segundo el abogado "Bud" Silverman y su esposa Rena Silverman (MSW-AP).

La Asociación de Acreditación de Mediadores de Texas publicó recientemente sus estándares de acreditación voluntaria. Otras organizaciones, tanto en Texas como en el país, han publicado estándares de conducta o de calificación para la afiliación. Algunas de estas organizaciones son: la sección ADR de abogacía del estado de Texas, la Asociación de Mediadores de Texas (*TAM*), la Asociación de Mediadores Abogados (*AAM*) y la Asociación Estadounidense de Abogacía junto con la Asociación de Resolución de Conflictos (*ACR*)¹²².

Algunos tribunales designan a los mediadores mientras que otros dejan que las partes escojan a un mediador en consenso o designan a un mediador sólo si las partes no alcanzan dicho consenso. Al escoger un mediador, es importante investigar la reputación del mediador, su experiencia y su afiliación a organizaciones profesionales, como las mencionadas anteriormente, así como también su afiliación a grupos locales de mediadores de familia. En el sector privado existen listas de mediadores capacitados que se pueden obtener en publicaciones de las asociaciones antes mencionadas. Algunas de estas organizaciones, como la *TMCA* o la *TAM* tienen niveles de afiliación que indican la experiencia del mediador.

Otros de las cualidades que se deben considerar al escoger un mediador son su experiencia, su capacitación, su estilo de mediación y su área de especialización. Un autor sugirió que "la mediación de familia requiere capacitación de mediación especializada y debería ser reconocida como una subespecialidad"¹²³. Además, otros expertos piensan que la capacitación especializada debería exigirse para lidiar con casos difíciles como casos de abuso doméstico o de servicios de protección al menor¹²⁴.

¹²² Para mayor discusión de estos estándares, ver el capítulo "Ethics and Confidentiality" de este libro.

¹²³ Eric Galton, *Mediation: A Texas Practice* (1993).

¹²⁴ Marilyn McKnight, *Mediating on the Shadow of Domestic Violence*, documento presentado en la Red de Mediación Familiar de Greater Houston (Octubre de 1995). Las mediaciones del Servicio de Protección al Menor fundado por la Ley de Justicia Infantil estipula una capacitación adicional de 24 horas en el sistema legal, el desarrollo infantil y las dinámicas de abuso y negligencia; ver: Josefina Rendón, *Children First: A Collaborative Mediation*, The Houston Lawyer (Mayo/Junio de 2000); Gregory Firestone, *Dependency Mediation: Where Do We Go From Here?* 35 Fam. & Conciliation Courts Rev. 223 (1997); S. Palmer, *Mediation in Child Protection Services: An Alternative to the Adversary System*, 68:1 Child Welfare 21 (1989).

14. Efectos de la mediación en la práctica del derecho de familia

La cantidad de parejas que optaron por la mediación de divorcio en Texas, a finales de los años 80 y a principios de los 90, era relativamente reducida. Algunos abogados temían que la mediación tuviese un impacto negativo en su práctica, por lo que se rehusaban a aplicarla. Sin embargo, mientras que la cantidad de mediaciones ha aumentado significativamente, la práctica del derecho de familia no ha disminuido. Esto se debe, en parte, a que los mediadores de divorcio responsables invitan a las partes a contratar a un abogado, incluso en el modelo tradición de mediación de conferencia.

Los abogados podrán desear que los mediadores lidien con los asuntos no legales, personales o emocionales. Estos asuntos "no legales", como lo son la universidad, la crianza de niños mayores y aun dependientes, las relaciones sin estados "legal" con nuevas parejas, etc.) podrían interferir en los asuntos legales que necesitan resolverse. Muchos abogados no ven la división entre los temas sentimentales de propiedad personal como su función legal, lo que puede ser un proceso muy lento y poco beneficioso generalmente ligado a emociones fuertes. Los abogados, en este punto, podrían usar a un mediador, lo que le permitiría a las partes trabajar la división de propiedad y eliminar potencialmente futuros malentendidos que pueden resultar en acciones de desacato y de expectativas poco razonables ante el sistema legal. Además, muchos abogados son ahora mediadores.

Cuando los abogados y los mediadores trabajan juntos en divorcios y en modificaciones de actas de divorcio, las partes satisfacen tanto sus necesidades legales como las no legales. Esto crea no sólo acuerdos satisfactorios y duraderos sino que beneficia a las partes. Las partes que optan por la mediación están, en general, más satisfechas con el proceso y con el resultado que las partes que no lo hacen¹²⁵. Las partes satisfechas dan, a su vez, satisfacción personal a los abogados y dan buenas referencias.

¹²⁵ Ver nota 42.

Mientras que la práctica del derecho se vuelve cada vez más vertiginosa y avanzada tecnológicamente gracias a uso de faxes, programas de computadora estandarizados y formularios, el uso de la mediación como método de resolución de disputas parece ser, en la superficie, pesado y desactualizado de la realidad actual. La mediación, con sus largas y múltiples sesiones, podría parecer estar fuera de lugar e incluso podría parecer una imposición. Sin embargo, la mediación puede resultar ser el camino más rápido y eficiente para la resolución de disputas.

De la misma manera, con el advenimiento de formularios estandarizados y computarizados que les permiten a los abogados crear formularios en segundos, se hace difícil para muchos abogados fomentar los acuerdos mediados hechos a la medida de cada cliente específico. Sin embargo, los acuerdos mediados son, en general, mejores y más duraderos que las órdenes impuestas por los tribunales. A largo plazo, la mediación traerá consigo una práctica exitosa y más eficiente.

15. Arbitraje

El arbitraje es un proceso en el que las partes seleccionan una tercera parte neutral (preferiblemente algún experto en divorcios)¹²⁶ para llevar a cabo una audiencia decisoria y presentar una decisión final y vinculante que esté sujeta a la ratificación del tribunal y sea ejecutable por decisión del mismo. La audiencia de arbitraje es un proceso privado e informal controlado por el árbitro. Esta audiencia se desarrolla de manera similar a un juicio pero sin interrupciones o sin demoras. Una vez el árbitro ha dictado un fallo, las partes solicitan la ratificación del tribunal. La decisión o el decreto están basados en el fallo del árbitro y no en un acuerdo marital ni en las declaraciones del jurado¹²⁷. Las partes op-

¹²⁶ Las partes generalmente escogen expertos reconocidos o antiguos jueces, abogados capacitados y certificados por la AAML o árbitros miembros del panel de la Asociación Estadounidense de Arbitraje, con los conocimientos y la experiencia necesaria en el campo matrimonial. Schlissel, Stephen, *Why Arbitrate Domestic Relations Matters*, SBOT Advanced Family Course, agosto de 1995.

¹²⁷ Runge, Barbara, *Arbitration versus Mediation: A Contrast of the Purposes, Procedures and Practicalities of these Forms of ADR*. Advanced SBOT Family Law Course August 1998.

tan por el arbitraje por muchas de las razones por las que van a la mediación, específicamente por la privacidad del foro y por la rapidez.

Existe un interés creciente por utilizar el arbitraje en casos muy complejos, con litigantes de alto perfil o en asuntos delicados como la evasión de impuestos o abusos físicos o emocionales. El arbitraje se lleva a cabo de manera expedita e ininterrumpida, prescindiendo de normas formales de evidencia. A pesar de que el árbitro recibe una remuneración, la eficiencia del proceso hace que sea más efectivo en términos de costo que un juicio.

Algunos temen que un árbitro puede dejar de lado la ley. Esta es una propuesta peligrosa, considerando que Texas ha adoptado la Ley de Arbitraje Uniforme (*Uniform Arbitration Act*) que estipula que un error de ley o de hecho no da base para rechazar la confirmación de un fallo¹²⁸. Además, el arbitraje de asuntos relacionados con niños puede ser vinculante según lo estipula el artículo 153.0071 del Código de Familia de Texas. Sin embargo, a pesar de que existen más asuntos de investigación y de equidad en el derecho de familia, el árbitro y las partes pueden determinar en qué medida la ley es utilizada en su caso específico, lo que le dará mayor discreción al experimentado profesional.

Según la Ley ADR, hay dos tipos de arbitraje disponible en Texas: el vinculante y el no vinculante. El arbitraje no vinculante es un foro en el cual cada parte y sus abogados presentan la posición de la parte ante la tercera parte imparcial, quien dicta un fallo específico¹²⁹. Si las partes lo estipulan por adelantado, el fallo es vinculante y ejecutable de la misma manera que lo es cualquier contrato u obligación. Si las partes no estipulan por adelantado que el fallo es vinculante, el fallo no lo será y servirá sólo como base para futuras negociaciones entre las partes¹³⁰.

El Código de Familia establece que, bajo acuerdo escrito entre las partes, el tribunal podrá referir al arbitraje una demanda que afecte la rela-

¹²⁸ Unif. Arb. Act, artículo 12 (a).

¹²⁹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.027(a) (Vernon Supp. 2000).

¹³⁰ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.027 (b) (Vernon Supp. 2000).

ción padres-hijos. El acuerdo debe estipular si el arbitraje es vinculante o no vinculante¹³¹. Si las partes acuerdan un arbitraje vinculante, el tribunal deberá presentar una orden que refleje el fallo del árbitro, a menos que el tribunal determine, en una audiencia sin jurado, que el fallo no es del interés superior del niño. La carga de prueba en una audiencia bajo esta subsección recaerá en la parte que busque evitar la presentación de una orden basada en el fallo del árbitro¹³².

Se han reportado muy pocos casos de arbitraje debido a la privacidad del proceso. Por lo tanto, se hace difícil verificar los datos sobre el número real de arbitrajes y fallos, y del tipo de fallos dictados. Se cree que las partes prefieren escoger un arbitraje vinculante antes que un proceso no vinculante en casos de derecho de familia. Además, el derecho a apelación prácticamente no existe. Esto puede ser o un impulso o un inconveniente, dependiendo de la necesidad que tengan las partes de resolver el asunto.

16. Otros métodos ADR

Además de la mediación y del arbitraje existen otros métodos alternativos estipulados en la Ley ADR, como lo son el minijuicio, la conferencia de acuerdo moderado, el procedimiento sumario y el arbitraje.

*Mini juicio*¹³³

La Ley ADR estipula que un minijuicio se lleva a cabo bajo acuerdo de las partes. Cada parte y su abogado presentan la posición de la parte ante representantes seleccionados para cada parte o ante una tercera parte imparcial para definir los asuntos a tratar y establecer una base de negociaciones reales. La tercera parte imparcial puede emitir una opinión en relación a los méritos del caso. Dicho asesoramiento no es vinculante para las partes al menos que éstas convengan lo contrario y lo establezcan por escrito.

¹³¹ TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 153.0071(a) (Vernon Supp. 2000).

¹³² TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 153.0071(b) (Vernon Supp. 2000).

¹³³ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.024 (Vernon Supp. 2000).

*Conferencia de acuerdo moderado*¹³⁴

La Ley ADR también incluye las conferencias de acuerdo moderado, que no es más que un foro de evaluación de casos y negociaciones de acuerdo realistas. Cada parte y su abogado presentan la posición de la parte ante un panel de terceras partes imparciales. Dicho panel puede emitir una opinión o una asesoría con respecto a las responsabilidades o a los perjuicios de las partes. Esta asesoría no es vinculante para las partes.

*Procedimiento sumario*¹³⁵

Un procedimiento sumario es otra alternativa establecida en la Ley ADR. Es un foro para la evaluación anticipada de casos y desarrollo de negociaciones de acuerdo realistas. Cada parte y su abogado presentan la posición de la parte ante un panel de jurados. El número de jurados presentes en el panel será seis (6), a menos que las partes acuerden lo contrario. Dicho panel puede emitir una opinión o una asesoría con respecto a las responsabilidades o a los perjuicios de las partes. Esta asesoría no es vinculante para las partes.

17. Derecho colaborativo

En los últimos años, algunos abogados de Texas han adoptado una manera completamente nueva de practicar el derecho en casos de divorcio: el derecho colaborativo. Aunque no forme parte de la Ley ADR, o al menos no explícitamente, es un método alternativo de resolución de disputas familiares.

El derecho colaborativo fue inspiración de Stuart Webb, un abogado de familia frustrado que ejercía en Minneapolis en los años 90. Al identificar el beneficio que ofrece la mediación a las familias, Webb sintió que debía existir un proceso que incluyera un aporte anticipado de los abogados en el proceso de negociación. Su modelo de "sólo acuerdo" enfatizaba la habilidad de los abogados como creativos

¹³⁴ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.025 (Vernon Supp. 2000).

¹³⁵ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN, párrafo 154.026 (Vernon Supp. 2000).

solucionadores de problemas. El derecho colaborativo llegó a California en 1993, después de que los abogados de Minneapolis presentaron la idea en una conferencia nacional de la Academia de Mediadores de Familia. Los abogados colaborativos como Pauline Tesler y Chip Rose, entre otros, han compartido sus conocimientos en todo el país y han ayudado a formar grupos que ejercen el derecho colaborativo. Además, ellos fueron los pilares de la creación del Instituto Estadounidense de Profesionales Colaborativos (*American Institute of Collaborative Professionals*)¹³⁶. John McShane, de Dallas, y Don Royall, de Houston, han liderado las iniciativas de reconocimiento de las técnicas de derecho colaborativo en Texas.

Las nuevas provisiones del derecho colaborativo de Texas

Los artículos 6.603 y 153.0072 del Código de Familia son artículos gemelos que establecen lo siguiente: en un acuerdo escrito y presentado por las partes y sus abogados, un procedimiento de disolución de matrimonio o una demanda que afecte la relación padres-hijos podrá ser tratada a través de procedimientos de derecho colaborativo.

Definición

El proyecto de ley define el derecho colaborativo de la siguiente manera: "es un procedimiento en el que las partes y sus abogados acuerdan por escrito hacer sus mejores esfuerzos y actuar de buena fe para resolver su disputa de disolución de matrimonio sin hacer uso de la intervención judicial, excepto en casos en que el tribunal deba aprobar el acuerdo, pronunciarse en asuntos legales y firmar las órdenes requeridas por el derecho para ejecutar el convenio entre las partes como el tribunal lo considere apropiado". Los abogados de las partes no fungirán como abogados litigantes sino sólo para solicitarle al tribunal la aprobación del acuerdo.

¹³⁶ Pauline Tesler, *Collaborative Law: Where did it Come From, Where is it Now and Where is it Going?* The Collaborative Quarterly- Journal of american institute of collaborative professionals (Mayo de 1999).

Provisiones de un acuerdo de derecho colaborativo

La nueva ley también establece que un acuerdo de derecho colaborativo debe incluir provisiones para: (1) entera y honesta exposición de información entre las partes y sus abogados según sea necesario para llevar a cabo la evaluación del caso; (2) suspensión de la intervención del tribunal en la disputa mientras que las partes hacen uso de procedimientos de derecho colaborativo; (3) contratación de expertos, en acuerdo conjunto, como apoyo para el proceso; (4) retiro de todo abogado relacionado con procedimientos de derecho colaborativo si el procedimiento de derecho colaborativo no resulta en el acuerdo de la disputa; y (5) otras provisiones acordadas entre las partes referentes a los esfuerzos de buena fe para resolver el asunto en colaboración.

Sentencias en un acuerdo de derecho colaborativo

La nueva ley promulga que, a pesar de la Norma 11, de las Normas de Procedimiento Civil de Texas o de cualquier otro principio de legalidad, una parte tendrá el derecho a decisión en un acuerdo de derecho colaborativo si el acuerdo: (1) establece, de manera clara y concisa y en negrillas, mayúsculas o letras subrayadas, que el acuerdo no está sujeto a revocación; y (2) está firmado por cada parte del acuerdo y por el abogado de cada parte.

La autoridad del tribunal

Según el párrafo (g) del artículo, un tribunal que recibe una notificación treinta (30) días antes del juicio de que las partes hacen uso de procedimientos de derecho colaborativo para resolver la disputa no podrá, hasta que una de las partes le notifique al tribunal que los procedimientos de derecho colaborativo no resultaron en un acuerdo: (1) pautar una audiencia o un juicio, dependiendo del caso; (2) imponer fechas tope de descubrimiento; (3) solicitar el cumplimiento de órdenes programadas; o (4) sobreseer el caso.

Las obligaciones de las partes

Las partes notificarán al tribunal si los procedimientos de derecho colaborativo resultan en un acuerdo. Si no lo hicieren, las partes deberán presentar: (1) un reporte antes de los 180 días a partir de la fecha del acuerdo escrito para implementar los procedimientos; y (2) un reporte antes del primer año de la fecha del acuerdo escrito para implementar los procedimientos, acompañado de una moción de continuación que el tribunal conferirá si el reporte indica el deseo de las partes de continuar con los procedimientos de derecho colaborativo. (g) Si los procedimientos de derecho colaborativo no resultan en un acuerdo antes del segundo año de la fecha en que la demanda fue presentada, el tribunal podrá: (1) pautar la demanda a juicio en la lista de casos regular; o (2) sobreseer la demanda sin perjuicio. (Nota: también es importante saber que las partes pueden decidir no participar en el proceso de derecho colaborativo en cualquier momento antes de firmar un acuerdo irrevocable de resolución de disputa).

El derecho colaborativo en la práctica

La idea central del proceso colaborativo es que las partes y sus abogados trabajen en equipo. Este equipo también puede incluir expertos neutrales en cualquier caso que requiere expertos especializados. El abogado les presenta a sus clientes una actitud de cooperación y respeto que le permite a las partes, a sus abogados y cualquier otro experto compartir sus conocimientos, habilidades y recursos.

El modelo de derecho colaborativo generalmente incluye los siguientes pasos:

a. Orientación: El posible nuevo cliente recibe información del abogado sobre el modelo de derecho colaborativo como una opción para alcanzar un acuerdo a la disputa legal.

b. Conferencia con el cliente: El nuevo cliente que desea hacer uso del derecho colaborativo se reúne con el abogado para consultarle su caso. El abogado recopila información del cliente.

c. Conferencias de acuerdo: Generalmente, las partes y sus abogados se reúnen en conferencias. Las partes firman el Acuerdo de Par-

ticipación en el Derecho Colaborativo en la primera conferencia de acuerdo. Las partes deciden la fecha de la presentación de la Petición Original, que frecuentemente es conjunta. Se recopila información, se identifican los intereses de las partes, se bosquejan posibles soluciones y se establecen acuerdos temporales. Las conferencias subsiguientes son pautadas según sea necesario.

e. Acuerdo final: El acuerdo final se bosqueja y se firma. Este acuerdo puede hacerse irrevocable con el uso del lenguaje legal adecuado¹³⁷. El proceso de derecho colaborativo culmina con la redacción de un acuerdo formal por escrito, que es usualmente el Decreto Final Acordado y de otros documentos escritos requeridos para concretar el asunto en la lista de casos incontestados¹³⁸.

18. Implementación de la Ley ADR de Texas en Tribunales de Familia

El método alternativo de resolución de disputas más utilizado es la mediación. La Ley ADR de Texas no hace que la mediación familiar sea obligatoria pero sí autoriza a los tribunales que la hagan obligatoria y le da discreción al tribunal individual. La mayoría de los tribunales de familia en los condados más grandes como Harris, Dallas y Tarrant, exigen frecuentemente la mediación¹³⁹. Los que se oponen a la mediación obligatoria consideran que el concepto presenta una "discrepancia inherente"¹⁴⁰. A pesar de que algunos estados han legislado exitosamente a favor de la mediación obligatoria de custodia, los defensores de la mediación obligatoria consideran que el acuerdo en sí no puede ser obligatorio¹⁴¹. En cambio, las partes están simplemente expuestas a la oportunidad de resolver su disputa en un ambiente donde se explora la cooperación, la comunicación y la investigación conjunta con beneficios tanto para las partes como para sus hijos.

¹³⁷ TEX. FAM. CODE ANN, párrafo 6.603(d)(1) y párrafo 105.30072(d)(1).

¹³⁸ Instituto de Derecho Colaborativo, *Collaborative Law Practice Model* (1995).

¹³⁹ Ver artículo 10.

¹⁴⁰ Ferrick, *Three Crucial Questions*, 13 MEDIATION Q. 61 (1986).

¹⁴¹ *Id.*

En un estudio hecho en Dallas que comparaba la mediación obligatoria y la no obligatoria, se determinó que había un porcentaje ligeramente más alto de acuerdos en los casos de mediación obligatoria¹⁴². Esta diferencia demuestra que una actitud inicialmente negativa hacia la mediación no necesariamente descarta el acuerdo.

Los jueces de familia del condado de Dallas estuvieron en la vanguardia al implementar, a partir de septiembre de 1987, un programa de mediación familiar en la mayoría de los casos de divorcio o modificación que involucraban asuntos de custodia y de régimen de visitas. Los tribunales del condado de Harris implementaron su programa de mediación familiar a través de un programa piloto con el Centro de Resolución de Disputas (*DRC* por sus siglas en inglés) en 1991. Estas mediaciones se alcanzaron antes de las audiencias en casos de divorcio y modificaciones y fueron limitadas a un ingreso familiar menor a los \$50.000. No fue sino hasta 1994 cuando la Oficina de Relaciones Locales del condado de Harris comenzó con un programa de mediación familiar que se convirtiera en parte integral de muchos de los mandatos de mediación de los tribunales en casos temporales de custodia impugnados durante casos de custodia pos divorcio. No existen restricciones financieras para casos temporales en la Oficina de Relaciones Locales, pero sí debe haber niños involucrados en el caso.

Desde que la Ley ADR de Texas se hizo efectiva, miles de casos han sido mediados exitosamente en todo el estado de Texas.

Todos los programas de mediación familiar le dan a las partes la oportunidad de llegar a un acuerdo a través de la mediación pero nunca están obligados a alcanzar un acuerdo. Es tribunal puede emitir una orden temporal, que puede ser de duración limitada, para la custodia, manutención y otras órdenes que protejan al niño y a las partes hasta que comience la mediación. Si la mediación resulta en un acuerdo, éste se presenta ante el tribunal. Si no se alcanza un acuerdo, el tribunal decidirá sobre todos los asuntos impugnados en una audiencia temporal.

¹⁴² Entrevista con el Juez Dee Miller, de Dallas, el 16 de julio de 1990.

Las partes pueden no tener derecho a la mediación si se trata de un caso de violencia doméstica reciente y/o grave o si se trata de asuntos de abuso de menores o de sustancias. Muchos jueces han respetado esta restricción porque consideran que estos asuntos deban comprometerse y creen que pueda existir la necesidad de mayores restricciones para proteger al cónyuge afectado y a los niños que pueden verse comprometidos durante las negociaciones. En general, las mediaciones son programadas en la brevedad posible. Usualmente, las partes ven un video, como por ejemplo, "Don't forget the children" (no olviden a los niños). Estos videos presentan las consecuencias que sufren los niños en divorcios altamente conflictivos y los beneficios que derivan de la cooperación parental. El video presenta, además, las opiniones de jueces, profesionales de la salud mental, clientes que han participado en mediaciones y niños de padres divorciados¹⁴³. Muchos jueces muestran un video narrado por la Jueza Ann Kass de New Mexico, ya que es una cinta profunda de premediación que ha tenido efectos positivos en la voluntad de los padres para resolver el conflicto¹⁴⁴.

A pesar de que las normas locales y las órdenes programadas requieren de la mediación, a menos que se prescindiera de ellas, los jueces no siempre se dan cuenta de que la mediación no ha sido completada hasta el día del juicio, ya que la mayoría los tribunales del condado de Harris ya no practica los juicios previos. Luego, dependiendo de la lista del caso y del caso, los jueces podrán usar su discreción para solicitar la mediación o no. Muchos de los tribunales se niegan a darle continuación a estos casos, a menos que su lista de casos necesite tal retraso.

¹⁴³ El título Don't Forget the Children, publicado por la Asociación de Jóvenes Abogados de Dallas, ha ganado los siguientes premios: 1988 Texas Young Lawyers Association Service to Public Award (1^{er} lugar); 1989 ABA National Award of Achievement (1^{er} lugar); 1989 American Bar Endowment Best Public Service. Este enfoque multimedia informa a los padres sobre cómo trabajar juntos después del divorcio para estabilizar a sus niños. Los padres reciben folletos e informaciones prácticas de crianza. Las partes comienzan las sesiones de mediación ese mismo día. La mediación puede cesar si los padres no llegan a ningún acuerdo.

¹⁴⁴ Entrevista con Linda Motheral, Jueza del Tribunal Distrital de Familia del Condado de Harris (4 de mayo de 2000)

Hay programas de mediación familiar disponibles en muchos condados de Texas a través del Servicio de Tribunales de Familia o de Centros de Resolución de Disputas financiados por los condados. A pesar de que muchos de estos programas exigen remuneración, siguen siendo de costo reducido para las partes. Ambos programas son gratuitos en el condado de Harris.

A principios de los años 90, Ft. Worth, Austin, Midland y otras áreas adoptaron sesiones de orientación y un modelo de mediación para casos impugnados de custodia. Gran parte de los centros de resolución de disputas financiados por el Estado trabajan con casos de mediación, en su mayoría limitados a asuntos de régimen de visitas y custodia. De la misma manera, la mayor parte de los tribunales de familia de Texas han implementado un sistema de remisión a la mediación.

19. Conclusiones

Las investigaciones de los sociólogos Pearson y Thoennes, de Denver, demuestran que es mucho más probable que los padres que resolvieron judicialmente la disputa de custodia de sus hijos afirmen que dicho proceso ha perjudicado las relaciones con sus ex parejas que los padres que optaron por la mediación para solucionar la disputa de custodia¹⁴⁵. Posiblemente esto se deba a que los procedimientos decisorios pueden ser también contenciosos, como se describe a continuación:

La mediación educa a los padres sobre lo que le ocurre a los niños durante el divorcio; el proceso contencioso estimula a los padres a llevar un récord del comportamiento de los niños cuando regresan de la casa del otro padre, con el fin de probar la ineptitud parental del otro padre. En la mediación, la meta es establecer qué acuerdos parentales se pueden alcanzar en el mejor interés de los niños, que además les permita a los padres tener una mejor relación de crianza a futuro. Cuando uno de los padres tiene problemas o los niños están agitados, el proceso de mediación los refiere a psicólogos neutrales y trabajadores sociales especializados en trabajar con familias

divorciadas. En cambio, el proceso contencioso exige que cada padre contrate a un experto que optará por crear un caso de un padre contra el otro. Tales diferencias son considerablemente destructivas y van en contra de las necesidades de adaptación de los niños al divorcio. El proceso contencioso exagera el conflicto. El proceso de mediación estimula la cooperación y a la honestidad como claves esenciales para la crianza futura de los niños¹⁴⁶.

La mayoría de los elementos positivos de la mediación antes mencionados también están presentes en un proceso colaborativo legal. Además, es posible que el ambiente de colaboración esté aún más presente en el derecho colaborativo, ya que este proceso, por su naturaleza, involucra a las partes desde el principio o los compromete a la colaboración y al convenio.

Dudamos que nuestro sistema contencioso sea alguna vez reemplazado por el derecho colaborativo o por los métodos ADR descritos en este ensayo. Y con certeza esperamos que no sea así. Muchos casos de familia requerirán del litigio para la satisfacción de las partes o para que se aplique la verdadera justicia. Los casos que necesitan un fallo son aquellos relacionados con abuso mental o físico contra una de las partes o un niño, abuso de sustancias, asuntos de mala fe, ocultación de información o de activos, o en esas pequeñas instancias en las que hay una verdadera rectitud moral en una de las partes. Sin embargo, creemos que la mayoría de las parejas en divorcio y de las familias en litigio podrían beneficiarse de la mediación, del derecho colaborativo o de cualquiera de las otras remisiones ADR. Estos procesos más colaborativos también liberarán a los tribunales y le permitirán concentrarse en aquellos casos que necesiten imperativamente de una resolución judicial.

¹⁴⁵ Pearson & Thoennes, nota 33.

¹⁴⁶ *Id.* páginas 94-95.

La mediación familiar en el ámbito judicial para la protección de niños, niñas y adolescentes

Dra. Miriam San Juan Armas¹

La protección a la familia no hay sólo que proclamarla, hay que hacerla efectiva.

Y la familia en crisis, la familia aquejada de una ruptura, es también una familia y más necesitada de ayuda y protección que la que vive en paz. Sus problemas son más difíciles de resolver o paliar.

Exigen un esfuerzo superior.

Por eso debemos hacerlo. No sabemos hoy en día, en ocasiones, cómo definir la familia. Pero de hecho o de Derecho allí donde hay un hijo, hay una familia digna de protección

Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

¹ Abogada y Doctora en Derecho por la UCV, Docente jubilada de la UCV, Especialista en Mediación familiar y con menores por la Universidad Pontificia de Comillas de España, Formadora de mediadores/as familiares en España y Venezuela, Mediadora familiar ejerciente en España, Miembro de la Comisión de Implantación de los Equipos multidisciplinarios del Circuito Judicial para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela. Autora de distintos artículos, ponencias y monografías sobre Mediación familiar y Derecho de Familia

I. Introducción

La reciente reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA), incluye dentro de sus principios procesales a los medios alternativos de solución de conflictos, estableciendo: "El Juez o jueza debe promover, a lo largo del proceso la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos..." (artículo 450.e)². Y, en la parte procesal, al regular el procedimiento ordinario distingue dos audiencias: la audiencia preliminar, con dos fases, la de mediación y sustanciación; y la audiencia de juicio. La introducción de la fase de mediación ha sido considerada por algunos de sus correlatores "*probablemente (como) el más importante y novedoso acto procesal concebido en el nuevo procedimiento ordinario, pues antes sólo existía la conciliación, y en él tenemos fundadas nuestras mayores expectativas*"³. (Dubuc y Cornieles: 2007: 379). Lo que es perfectamente comprensible dado que los procedimientos alternativos de resolución de conflictos (PARC) y particularmente la mediación, se consideran en la actualidad piezas claves para la realización social de la política de acceso a la justicia. Por otro lado, permiten abarcar conflictos de difícil solución en el proceso tradicional, garantizando el principio de la tutela judicial efectiva. *Con el tiempo, es probable que los jueces se vean cada vez menos involucrados en los juicios(...), puede pronosticarse que la sociedad se encamina hacia nuevos modos de administrar justicia, y que el papel del juez, de a poco, irá cambiando en sentido positivo incluyendo nuevos desarrollos* (Hornby, Sander, Stienstra y Willging, citados por Hington y Álvarez, 2000: 122).

Con un recorrido más extenso en otros países, donde generalmente el movimiento ha sido de lo privado a lo público, nuestra legislación protectora

² Postulado que viene a constituir un desarrollo del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) que los enmarca dentro del sistema de justicia

³ "*La norma en estudio prevé como un principio rector la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos, particularmente la mediación, el cual constituye uno de los ejes transversales más importantes de la reforma procesal, que tiene su máxima expresión en la creación de una fase en la audiencia preliminar exclusivamente dedicada a ella...En todo caso, debemos recordar que la obligación de los jueces y juezas de impulsar la conciliación ya se encontraba prevista, pero no se le otorgaba el rango de principio rector*". (Dubuc y Cornieles, 2007: 379)

ha instituido la mediación intrajudicial, esto es, una mediación que se realiza en el marco mismo del proceso, una vez que se produce la demanda, siendo llevada a cabo por jueces y juezas que se especializarán en este tipo de procedimiento y en la sustanciación de aquellas causas que no logren resolverse en el procedimiento de mediación.

Aunque esta mediación se aparta de algunos de los principios que tradicionalmente se le han asignado tiene también sus ventajas. Principalmente, ofrece un servicio al que puede acceder cualquier ciudadano cualquiera que sea su nivel de ingresos. Si su caso es apropiado para la mediación no estará en desventaja frente a quienes pueden acudir a un servicio privado de mediación⁴; una vez que el asunto ha ingresado al circuito judicial de protección queda a cargo de éste garantizar el acceso a la mediación: el poder judicial cumple con la responsabilidad de proveer PARC a todos los usuarios del sistema, independientemente de su estatus socioeconómico. Se abre así a una mayor efectividad el principio de la tutela judicial efectiva.

Por supuesto, se agregan otras ventajas, ampliamente señaladas en la doctrina, tales como, la mayor aplicabilidad de los convenios, la disminución de la recurrencia del mismo conflicto, la mayor celeridad y, por todo ello, la mejor protección del interés de los niños, niñas y adolescentes. Pero éstas son atribuibles a cualquier tipo de mediación, judicial o extrajudicial.

Lo primero que queríamos resumir son las notas características con las que la nueva LOPNA la regula, distinguiéndola de la conciliación a la que exhorta la ley al juez/a en todas las etapas del procedimiento⁵. Al

⁴ La mediación privada no está regulada en nuestra legislación, pero tampoco prohibida. Por tanto, cualquier profesional puede dedicarse a esta actividad. Creemos que deberían regularse los requisitos para su ejercicio y crearse un registro de mediadores/as. Su existencia no la vemos en sí misma negativa porque descongestionaría la demanda pública y siempre existiría el control oficial vía homologación, pero sí sería necesario evitar el intrusismo y las malas prácticas.

⁵ El artículo 450 letra e) de la LOPNA establece como principio rector de la normativa procesal los *medios alternativos de solución de conflictos*. *El juez o jueza debe promover, a lo largo del proceso, la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, salvo en aquellas materias cuya naturaleza no los permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley.*

mismo tiempo, señalaremos algunas interrogantes que surgen de dicha normativa y haremos algunas sugerencias al respecto. Luego, pondremos la mediación en conexión con el marco legal sustantivo que contempla los conflictos básicos susceptibles de llegar a esta fase, así como la influencia o trasfondo que pueden tener en su desenvolvimiento; y, finalmente, diferenciaremos los enfoques propios de la mediación y los que distinguen los procedimientos contenciosos.

El impulso en la configuración de esta Ponencia, presentada dentro del I Congreso Internacional "Derecho de Familia" de Venezuela, nos ha llevado a entrar un poco más en los temas jurídicos vinculados a la mediación familiar, dejando fuera la interioridad misma del nuevo procedimiento, a la cual dedicamos nuestros esfuerzos en el IV Foro "Derecho de la Niñez y de la Adolescencia" llevado a cabo en el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (TSJ) en noviembre de 2007. De nuestra parte reconocemos que nos adentramos en algunos asuntos técnico-jurídicos de los que estábamos alejados, porque si bien es cierto que durante mucho tiempo transitamos el camino del derecho, hace ya algunos años que nos hemos entregado a la práctica de la mediación, habiendo estado incluso un poco distanciados de todo el movimiento de transformación que se ha operado en Venezuela en materia de protección jurídica de niños, niñas y adolescentes, lo que ha implicado un esfuerzo por ponernos al tanto y actualizarnos, sin que ello excuse alguna omisión o interpretación no muy ortodoxa.

II. Características de la mediación judicial en la LOPNA. Algunas interrogantes.

a) Privacidad de la audiencia de mediación

En este punto la LOPNA se aparta del principio general de publicidad establecido en su artículo 450 f)⁶; la mediación se realiza sólo con la

⁶ Artículo 450 F Publicidad. El juicio oral tiene lugar en forma pública, pero se debe proceder a puertas cerradas total o parcialmente, cuando así lo establezca la ley o determine el juez o jueza por motivo de seguridad, de moral pública o de protección de la personalidad de alguna de las partes o de alguna persona notificada para participar en él, según la naturaleza de la causa (...)

presencia del mediador/a, de las partes y, en su caso, de los abogados o abogadas. Esta disposición favorece su desarrollo exitoso por cuanto les da mayor libertad de expresión de sus emociones, deseos y aspiraciones respecto del conflicto y su solución. Este principio conecta directamente con el siguiente, garantizando así otro postulado básico de la mediación que desarrollamos seguidamente.

b) Confidencialidad de la mediación intrajudicial

El artículo 469 de la LOPNA establece que "Las partes no quedan afectadas en el proceso de modo alguno por su conducta o señalamientos realizados durante la mediación". El 470 vincula al juez/a al principio de confidencialidad. La observación de este precepto por parte de los jueces debe ser extrema evitando cualquier comentario o filtración de información a los jueces de juicio, en el caso de que no se concluyera en acuerdo o éste sólo fuera parcial. La confidencialidad, sin embargo, tiene límites no establecidos expresamente en la LOPNA, pero que derivan de la ética de la mediación y del derecho positivo en general. No se mantendría esta obligación si los o las jueces juezas tuvieran conocimiento o indicios de hechos como abusos de niños/as y adolescentes, maltrato familiar, abandono grave de las obligaciones con los hijos, etc.

c) Preceptividad de la mediación judicial y consecuencias de la no comparecencia.

En los procedimientos de responsabilidad de crianza, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar será obligatoria la presencia personal de las partes. (Art. 469). En los otros asuntos se puede realizar a través de apoderado/a.

La no comparecencia del demandante sin causa justificada determina que se le considere desistido del procedimiento. En caso de que quien no concurra sea la parte demandada, se presume hasta prueba en contrario, que los hechos alegados por la parte demandante son ciertos.

El carácter obligatorio de la mediación aparece en contradicción con uno de los principios básicos con que se ha caracterizado a la mediación: **la voluntariedad**⁷.

Sobre el particular, estimamos que esa obligatoriedad quedará reducida a la asistencia a la primera sesión de mediación en la cual el juez o jueza mediador/a ha de desplegar todas las técnicas motivadoras para informar las ventajas del procedimiento, ganándose a las partes para un trabajo que les permitirá dialogar y acordar todos los temas en cuestión, evitándose el desgaste y el daño emocional para ellos y sus hijos e hijas que conlleva la fase de juicio. Por otro lado, la voluntariedad se mantiene en cuanto a la adopción de los acuerdos, que sólo podrán ser alcanzados con el libre consentimiento de ambas partes⁸.

d) La presencia de los/as abogados/as en la mediación

En principio, en esta materia de protección de la niñez y adolescencia la participación de los/as abogados/as no es preceptiva. En tal sentido y, en aras de mantener la igualdad entre las partes, el artículo 450 letra n establece: *“Defensa técnica gratuita. Las partes que así lo requieran contarán con asistencia o representación técnica gratuita en todo estado y grado de la causa a fin de garantizar la mejor defensa de sus derechos e intereses, a tal efecto las partes podrán solicitar los servicios de la Defensa Pública o el juez o jueza podrá designar a un defensor público o defensora pública cuando lo estime conducente”*.

⁷ (...) mediación familiar pura, previa a un proceso legal y totalmente voluntaria, es un ideal con unos requisitos muy estrictos que aún reúnen pocos casos en nuestra actual cultura de separación y divorcio”.

⁸ “Hemos de reconocer que el sistema legal siempre supone una estructura de poder para sus usuarios, ante la cual es difícil deshacerse totalmente de la idea de obligatoriedad. Esto es algo que debe tenerse en cuenta durante un proceso de mediación y manejarse adecuadamente, en el sentido de garantizar que los acuerdos conseguidos no sean fruto de una manipulación del sistema, sino de la voluntad real de las personas que los hacen. El manejo de este concepto también depende del tipo de conflicto y de su intensidad, así como del propio estilo del mediador”.

(Idem: 180)

En aras del principio de igualdad la ley establece que, aunque las partes pueden acudir sin la asistencia o representación de abogados o abogadas, si una dispone de ella, se le informará a la otra de su derecho de contar con similar asistencia o representación jurídica gratuita. En tal caso, de ser solicitada, se suspenderá la audiencia preliminar o se le designará un profesional que asuma dicha defensa.

Sobre este punto, se ha generado un gran debate sobre la **conveniencia o no de que los abogados participen en las sesiones de mediación**. Dada las potestades amplias que tiene el juez o jueza mediadora para dirigir el procedimiento, algunos optan por aceptar su presencia, otros por informarles que la participación directa de las partes es básica, sugiriéndoles una presencia sin voz en las sesiones, y otros por mantenerlos fuera de las sesiones con el derecho de los participantes de hacer altos en el proceso y salir a consultarles y recibir asesoramiento. En todo caso es un punto sujeto a debate y que puede ser objeto de una ulterior regulación teniendo en cuenta los aspectos jurídicos implicados⁹ y la conveniencia del protagonismo de las partes, procurando la conjunción armónica de ambos.

f.- Autonomía judicial en la dirección y desarrollo de la mediación

El juez o la jueza tiene un gran arbitrio para diseñar la fase de mediación, adoptando el sistema de mediación cara a cara (entrevistas conjunta con ambas partes) o el sistema de mediación puente (entrevistas separadas), o una combinación de ambos¹⁰. Igualmente tiene autonomía para la fijación de las sesiones que acordará previamente con las partes, o cuando ello no fuera posible, directamente por él o ella. Se refleja aquí el postulado de que el o la mediador/a es quien dirige el procedimiento¹¹, teniendo siempre las partes el control del resultado.

⁹ El artículo 49.1 de la CRBV que establece el derecho al debido proceso, contempla que *“La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”*

¹⁰ Aunque adopte el sistema de mediación puente siempre será imprescindible una o más sesiones conjuntas para la negociación y el acuerdo.

¹¹ Tiene incluso la posibilidad de suspenderlo si a juicio del juez su realización resulta imposible (artículo 470 LOPNA)

g.- La imparcialidad y la cuestión de las medidas provisionales.

Más allá del nivel más obvio de la falta de interés particular en el caso y la ausencia de vínculos de parentesco, amistad o enemistad con las partes, la imparcialidad del mediador plantea unos requisitos y disposición más exigentes que los de un juez adjudicativo.

Preferimos traducir ese concepto, consagrado en el artículo 470 de la LOPNA, en términos de **equidistancia funcional**, que implica:

- No introducir nuestras propias valoraciones e ideología en el curso de la mediación: estar conscientes de ellas.
- Mantener distancia respecto del problema. Implicarnos profesionalmente pero no personalmente.
- No hacer alianzas ni coaliciones con ninguna de las partes.
- Asistir a los participantes de forma equitativa: procurar un trato igualitario, teniendo en cuenta que a veces una de las partes requiere una mayor potenciación y apoyo que facilite su protagonismo.

El trabajo de introspección del mediador tiene que ser serio y profundo, debe conocerse y tener presente la influencia de su familia de origen y en general de sus experiencias afectivas en su configuración personal. En la actualidad, nuestra sociedad ha experimentado cambios acelerados y está cruzada por el fenómeno de la presencia multicultural, planteándose la necesidad de flexibilidad y apertura ante nuevos modelos culturales y familiares. Ha de trabajar y estar consciente de sus estereotipos y prejuicios.

Un punto que crea dudas y puede entorpecer la imparcialidad o equidistancia funcional que debe caracterizar el proceso de mediación es la **facultad que tiene el juez o jueza de mediación de dictar medidas**

preventivas a petición de una de las partes¹². Esta posibilidad, sea que las conceda o no, afecta su imagen de imparcialidad. Tendrá que multiplicar sus esfuerzos para transmitir esa confianza de equidistancia que requieren las partes para acceder al trabajo mediador¹³. Es indudable que quien ha obtenido ya este tipo de medida, por ejemplo, una responsabilidad de crianza provisional, o un régimen de convivencia familiar o la fijación de una obligación alimentaria, va a tener posiblemente menos interés en el procedimiento mediador. De todos modos, cabe entonces la pregunta de si las partes con la intervención del juez mediador, pueden modificarlas en el curso de la mediación. Pensamos que la respuesta es afirmativa, si no ¿qué sentido tendría la mediación?¹⁴.

“Cuando es el juez quien ya ha dictado las medidas provisionales(...), la mediación puede constituir un proceso paralelo en el que la pareja valore dichas medidas, las ponga en práctica y pueda proponer al

¹² Artículo 466 de la LOPNA: “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, con que 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”.

¹³ Este tema fue objeto de grandes discusiones al momento de la redacción del proyecto, puesto que aquellos redactores conocedores de la mediación y sus técnicas, mostraron su preocupación respecto a la incompatibilidad que existe entre un juez que habiendo dictado medidas preventivas a petición de una de las partes, o que, habiéndose pedido que las niegue, pase de seguidas, la misma persona, a desempeñarse como mediador. La percepción que tendrán las partes difícilmente será la de un mediador imparcial”. (Morales, 2007: 417)

¹⁴ Este punto de las medidas preventivas parece no estar claro jurídicamente. En tal sentido algunos jueces y juezas del Circuito Judicial de Protección de Niños y Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas han dirigido una serie de inquietudes a la Dra. Rosa Isabel Reyes, Jueza Coordinadora de dicho Circuito. Algunas de ellas han sido sistematizadas en escritos que gentilmente nos ha suministrado la referida Dra. Reyes, a la cual manifestamos nuestra gratitud. Así, la Jueza Yumildre Castillo plantea en relación el artículo 381 de la LOPNA: ¿Resulta necesario a los fines de dictar estas medidas, aperturar el correspondiente cuaderno separado? De no ser así: ¿Cabe acaso agotar la vía conciliatoria? En caso afirmativo: ¿En qué momento? ¿Quién sería el juez competente para ello (el de mediación o el de juicio?). Y respecto del artículo 381, referido a medidas preventivas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria; ¿Caben dentro de este supuesto, las solicitudes de fijación de un **monto provisional** de Obligación de Manutención? En caso afirmativo: ¿Cómo asegurarse de no generar una acción lesiva al obligar al pago de una cantidad de dinero sin tener constancia de la capacidad económica del obligado alimentario? Otros jueces y juezas han planteado, entre sus interrogantes, varias referidas a las medidas preventivas.

juez, pensando en la sentencia definitiva, unas diferentes o el mantenimiento de las mismas. La experiencia demuestra que, cuando estas medidas son tomadas como una referencia sobre la que trabajar más que como una imposición que cumplir, las parejas pueden ser capaces de matizarlas y adaptarlas a su realidad. El resultado final supone una colaboración real entre el juez y la familia, en la que ambos han podido participar en su justo nivel". (Bolaños, 2003:177).

Una última cuestión que plantea la equidistancia funcional y que ha de chequear el juez o jueza con los participantes, es qué hacer en caso de que uno de ellos sienta que no la mantiene y que ha hecho alianza o manifiesta preferencias hacia una de las partes ¿cómo podría resolverse este tema dentro de la estructura de la mediación intrajudicial? Dejamos planteada la pregunta aunque no tenemos respuesta, más allá de que estructurado un sistema de supervisión, se pudiera reconducir la participación del juez o jueza mediador/a, orientándolo/ a hacia una conducción más equilibrada.

h) La duración del procedimiento y sus límites

La fase de mediación de la audiencia preliminar no puede exceder de un (1) mes, salvo acuerdo expreso de las partes (artículo 469). Se pueden tratar todos aquellos asuntos cuya naturaleza de orden público no los aparte de la disponibilidad de las partes. El artículo 471 excluye expresamente los temas de colocación familiar, adopción e infracciones a la protección debida, a título enunciativo. Tampoco, a nuestro juicio, sería procedente el tratamiento de temas de filiación, patria potestad, el divorcio en sí mismo, aunque sí sus efectos u otros vinculados al orden público¹⁵. También aquellos casos que la "Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia", califica de maltrato¹⁶.

Por otro lado, hay límites no derivados de la naturaleza jurídica sino de situaciones en que las partes o una de ellas no tienen facultades cognitivas

¹⁵ El espacio del orden público familiar tiende a reducirse a medida que la familia amplía sus facultades y capacidades y, especialmente, desde que se abrió la posibilidad de acuerdos para regular distintos conflictos.

¹⁶ V. San Juan, 2005: 179 y siguientes.

que les permitan defender sus intereses: enfermedades psíquicas o físicas, toxicomanías, alcoholismo, etc., siempre que produzcan esa consecuencia de falta de libertad y discernimiento para una participación racional, más allá de la normal interferencia inicial y ocasional de las emociones.

i) El contenido de la demanda y la posibilidad de extensión en la mediación

Las peticiones del demandante estarán moduladas por sus aspiraciones en relación al conflicto y por el encuadre flexible que establezca el marco legal. El artículo 470 de la LOPNA establece: "En interés de los niños, niñas o adolescentes, el acuerdo puede versar sobre asuntos distintos a los contenidos en la demanda(...)", pudiendo ser total o parcial. Esta disposición es particularmente acertada porque la disputa inicialmente planteada en la demanda, puede traer como consecuencia la necesidad de tratar otros temas. Por ejemplo, una petición de cambio de responsabilidad de crianza, involucra inevitablemente la fijación de un régimen de convivencia y contribución alimentaria. Asimismo, la flexibilidad de la mediación permite considerar asuntos que no tienen relevancia jurídica y cuya incorporación deberíamos ir aceptando en el convenio. Tal es el caso, de la determinación de con quién se queda algún animal doméstico y que para los niños, niñas y adolescentes puede tener un interés afectivo especial.

La demanda es un elemento de referencia en la mediación que permite al juez o jueza ir preparado y con conocimiento del nombre de las partes y de los planteamientos del demandante, pero de ninguna manera es un marco rígido que limita sus planteamientos. En la primera sesión, luego de las informaciones básicas y del establecimiento de las reglas, el juez o jueza se despegará de la demanda y dejará que las partes se expresen con libertad, aplicará las técnicas propias de la mediación para poder desbloquear el conflicto y lograr que los participantes alcancen un acuerdo¹⁷.

¹⁷ (...) es importante tener en cuenta que, cuando llegan a mediación (las partes), el paso previo por el Juzgado ha propiciado que la disputa venga definida por las posiciones resultantes de la interacción entre la propia problemática familiar y la ajena dinámica legal. Ello suele facilitar la aparición de nuevos elementos de conflicto, de nuevas posiciones generadas por la utilización del procedimiento y que pasan a formar parte, no siempre de una manera suficientemente consciente, del contenido emocional de la ruptura. (Bolaños, 2003:185).

j) La capacidad procesal de los adolescentes y la mediación por demanda instada por ellos.

La reforma de la LOPNA vino a aclarar la capacidad procesal de los adolescentes, establecida anteriormente en la ley, pero que en la práctica había dado lugar a dudas interpretativas. Ahora queda clara esta plena capacidad procesal y la posibilidad de su ejercicio directo o a través del otorgamiento de representación judicial. (Dubuc y Cornieles, 2007: 285).

Esta facultad aparece especificada respecto a demandas concretas que pueden intentar los adolescentes, tales como responsabilidad de crianza, régimen de convivencia familiar y contribución alimentaria¹⁸. Pero consideramos que dado el paradigma del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho, se puede plantear también en otras áreas en que se le han concedido derechos (relativos) de conducción de su propia vida y de participación social¹⁹. En estos temas se pueden originar conflictos que podrían llegar a la mediación, vía demanda del adolescente, y que requieren un tratamiento especial: ubicación de los padres en un plano de igualdad con los hijos, reconocimiento de las necesidades e intereses de ambos, y la temperancia (en tanto existan) de los derechos de dirección que les conceden las potestades parentales. La infracción por parte de los padres de algunos de los derechos que la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), que la CRBV recoge (artículos 78 y 79) que la LOPNA les concede, podría perfectamente, en un contexto de divulgación y ejercicio efectivo de los mismos, dar lugar a demandas de adolescentes ante los Juzgados de protección. Aludimos a derechos tales como derecho al buen trato (artículo 32-A), derecho a opinar (artículo 80), derecho a la inviolabilidad de su hogar y de su *correspondencia* (

artículo 66); derecho de participación (artículo 81); derecho de reunión (artículo 82), etc.²⁰.

k) Auxilio y apoyo de los equipos multidisciplinarios

La LOPNA al incorporar la mediación incluyó la posibilidad de que el juez o jueza de mediación solicitara los servicios auxiliares del Equipo Multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación. En consonancia con el artículo 179-A, se establece, entre las atribuciones de los equipos multidisciplinarios: "*a) contribuir con el desarrollo de la mediación en los procedimientos judiciales, cuando sea considerado conveniente por el juez o jueza;*". Y el artículo 7 de la Resolución número 76 de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que les corresponde, entre sus atribuciones: "*-Intervenir como conciliadores y/o mediadores, en forma individual o colectiva para la resolución alternativa de conflictos en los procedimientos judiciales, cuando, a criterio del Juez de Protección del Niño y del Adolescente, sea considerado conveniente*".

Se plantean aquí algunas interrogantes. La primera interpretación que nos surge es si ellos podrían ser llamados a participar como comediantes en alguna de las sesiones de mediación que tiene a su cargo el juez o jueza de mediación. Especialmente sería útil la participación de los psiquiatras y psicólogos en aquellos casos en que las partes expresan emociones intensas, a fin de que la intervención de estos profesionales especializados, las reconozcan y logren atenuar su intensidad para poder dar paso al trabajo práctico de los temas planteados. Esto supone un intercambio previo que implica que el juez/a instruya al especialista

¹⁸ V. artículo 349, 387 LOPNA

¹⁹ En vista de esta nueva concepción de la niñez y de la adolescencia parece pertinente abordar una **nueva regulación de la institución de la emancipación** que permita, en casos justificados, conceder una capacidad jurídica mayor a quienes tienen una madurez adecuada para ejercerla, no limitando esta posibilidad al hecho único de contraer matrimonio.

²⁰ La coexistencia de los derechos de la niñez y especialmente de la adolescencia con las potestades parentales, recrudescen el conflicto dependencia-independencia característico de esta etapa vital. "*Diversas variables y factores afectan la habilidad familiar para manejar esos acontecimientos, la flexibilidad y la creatividad para lidiar con esos temas son centrales*"(...) (La función de la mediación en estos casos) *es facilitar la comunicación entre padres y adolescentes, identificar las áreas de interés común y ayudarlos para que puedan llegar a acuerdos escritos sobre comportamientos específicos en determinadas áreas problemáticas*". (Smith, 2000: 104)

solicitado/a para el debido conocimiento del tema, sintonizando con el juez o jueza mediadora para una intervención eficaz. O en el caso de los trabajadores sociales, como un apoyo para la clarificación de aspectos importantes sobre la calificación de los padres para la tenencia material de los hijos o para la fijación de la contribución alimentaria.

La otra posibilidad es que ellos realizaran algunas sesiones individual o colectivamente sin intervención judicial. Lo que implicaría, inversamente, que posteriormente el juez o jueza que siguiera con el caso se conectara plenamente a lo sucedido y en el punto en que se encuentra el procedimiento de mediación.

Consideramos incompatible la coincidencia, en un mismo profesional de los equipos, de la función de dictamen pericial (una vez que ya se ha emitido) y de auxilio en la mediación, por estimar que tal situación sería contraria a la equidistancia funcional que se requiere en esta última. Creo que existiendo varios equipos y un número importante de profesionales podrían diversificarse estas tareas. Otra cosa, es la posibilidad de que con ocasión de una pericia se realicen prácticas mediadoras, cuestión que debería ser objeto de regulación.

l) La audiencia de los niños, niñas y adolescentes

El derecho a opinar y ser oído de niños, niñas y adolescentes es una garantía fundamental del derecho al debido proceso. *Se trata de un derecho humano que goza de jerarquía constitucional y que debe valorarse como un acto sustancial del proceso, jamás como una mera formalidad no esencial.* (Perdomo, 2007: 336).

En el ámbito de la mediación esta audiencia se realizará conforme al Acuerdo de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia sobre las "Orientaciones sobre la garantías del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oído en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección". En cuanto a su oportunidad estimamos que, el juez o jueza mediadora debe primero tratar con los padres la información que han dado a sus hijos o hijas sobre el procedimiento en que están involucrados, transmitiéndoles como algo

muy positivo su participación en la mediación y el interés por tomar los mejores acuerdos respecto de ellos. En este contexto y comprometiéndolos a dejar que los niños, niñas y adolescentes estén libres de manipulaciones y presiones, se solicitará su opinión. Es conveniente que la misma tenga lugar cuando el o la juez o jueza mediadora tenga elementos de convicción sobre la posibilidad real de un acuerdo. Pues de lo contrario, los niños y niñas van a ser expuestos a un ir y venir a los Juzgados (y antes a las Defensorías, si se ha intentado la conciliación); en la mediación y, si ésta falla, ante los equipos multidisciplinarios y ante el juez de juicio.

m) La primacía absoluta del interés de los niños, niñas y adolescentes

A primera vista, este principio de primacía absoluta de los intereses de niños, niñas y adolescentes, parece incompatible con el criterio de mediación integrativa²¹ que se postula en la mediación y que promueve la satisfacción del mayor número de intereses de cada una de las partes. Sin embargo, ampliamente vinculado al principio anterior, el artículo que 8 de la LOPNA, nos ofrece una serie de criterios para su apreciación. Entre ellos:

"c) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y garantías del niño o adolescente;"

Sólo en caso de conflictos entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. (Parágrafo segundo artículo 8 LOPNA). Creemos que, aunque excepcionalmente pueden haber casos de incompatibilidad entre los derechos e intereses de los padres y los de los hijos, toca al mediador ayudar a que las partes reconduzcan esos intereses y

²¹ La mediación parte del principio de integrar y satisfacer el mayor número de intereses de todos los/as participantes: hay intereses comunes que contribuyen a desbloquear la rigidez de inicio y a abrir las alternativas, ampliando las posibilidades. También hay intereses diferentes pero compatibles.

los compatibilicen. Normalmente la contradicción de intereses no está en la esencia del conflicto si no en las percepciones de las partes²².

Los instrumentos internacionales de protección de la infancia y la LOPNA establece una serie de derechos y garantías en beneficio de los niños. Esa será la medida que ha de utilizarse en la mediación para cumplir con la preservación de ese interés superior. Pero, en cada caso concreto, más allá del derecho a la inviolabilidad de la vida y su integridad, en la mayoría de ellos el grado de su disfrute y las necesidades que se estructuran en su entorno, están condicionados por la cultura y el estatus social de la familia a que pertenece el niño, niña o adolescente. Su análisis en cada caso no puede ser producto de un juicio arbitrario de los padres, ni del juez o jueza, sino de una confrontación con la realidad familiar y las exigencias de reorganización familiar que plantea el conflicto, marco en que se atenderán esos derechos y garantías superiores²³.

n) Principio de la parentalidad compartida.

Tanto la CDN, la CRBV, como la LOPNA postulan este principio que implica la potenciación de la participación de ambos progenitores en la educación y cuidado de los hijos, preservando la relación parental más allá de la ruptura del vínculo de pareja. A tal fin, la mediación es ideal porque precisamente opera a través de negociaciones integrativas y define los problemas en un marco distinto de la pura asignación de facultades, invitando a los padres, mediante las técnicas de la

²² "Aunque en Mediación hay que analizar el bienestar de todos los miembros parece conveniente colocar en un lugar central las necesidades de los hijos y relacionarlas en todo momento con las de los padres, porque sólo así, podremos encontrar una legitimidad aceptada por los dos padres (los hijos deben tener una vivienda con el progenitor con que conviven pero el otro padre también tiene la necesidad de tener una casa)" (de Andrés de Sanz, 2005: 9)

²³ El sistema judicial adjudicativo ha funcionado con una orientación distributiva del conflicto. Si los recursos son escasos la solución es atribuirlos a uno de los aspirantes o distribuirlos individualmente. Es lo que en la teoría de los juegos se denomina un juego suma O. Mientras que en la mediación se opera con la negociación integrativa: al llegar a los verdaderos intereses éstos pueden conjugarse, darse distintas combinaciones y satisfacerse el mayor número de ellos para todos los/as aspirantes.

reformulación y las preguntas, a replantear el tema como una cuestión que les atañe a ambos y en la que ambos tienen responsabilidades²⁴.

III. La mediación y la conciliación. ¿Existen diferencias?

Para algunos autores la mediación y la conciliación son términos que designan un mismo procedimiento o, al menos, una intervención similar. Sin embargo, otros consideran que se trata de intervenciones distintas. *Esta posición se ve reflejada en un grupo de países en los cuales su normativa expresamente señala que los dos términos tienen la misma definición jurídica y consecuencias prácticas. Por ello cualquiera de las dos palabras puede ser utilizada de manera válida. Dentro de este grupo se encuentran Ecuador, Costa Rica y Bolivia. (Hoet-Linares, 40)*²⁵.

Con la promulgación de la LOPNA y, antes de su reciente reforma, las Defensorías del Niño y del Adolescente ya tenían atribuida la tarea de conciliar en asuntos de naturaleza disponible. Este procedimiento sigue existiendo con las mismas características. Es voluntario y se inicia a petición de parte o a instancia de la Defensoría del Niño y del Adolescente²⁶.

Formalmente no parecen existir diferencias entre ambos procedimientos. En principio, lo que los separa es que la conciliación es voluntaria y la mediación intrajudicial es obligatoria. Por otro lado, el acuerdo ante la Defensoría ha de ser homologado por el juez o jueza, mientras en el caso de la mediación es el mismo juez o jueza de mediación a quien le toca esta función. Lo que constituye una ventaja dado que puede advertir

²⁴ Este tema fue tratado objeto de la Ponencia "Mediación familiar y parentalidad compartida" presentado por la autora en el IV Foro "Derecho de la Niñez y de la Adolescencia" que tuvo lugar en noviembre de 2007 en el TSJ de Venezuela.

²⁵ Sin embargo, hay algunas/os autores/as que la conciben de manera opuesta: "La conciliación es una negociación en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes y proponerles llegar a un acuerdo. A diferencia del mediador, que diseña el proceso, enseña habilidades a los disputantes, y ayuda a que éstos generen alternativas individuales, el conciliador desempeña un papel pasivo". (Bernal 2002:81)

²⁶ Ver artículos 308 y siguientes de la LOPNA

a las partes, evitando presiones indebidas, sobre alguna información jurídica importante o, remitirlas a asesoramiento jurídico, cuando percibe que la deriva que van tomando sus previsiones pueden ser contrarias a la ley o al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, en la práctica el desarrollo que ha tenido la conciliación ante las Defensorías, nos acerca más a un proceso donde el tercero que interviene procura la avenencia de las partes mediante el consejo, la recomendación y la búsqueda de un punto medio o de equilibrio. Por lo que hemos percibido no son ellas mismas quienes encuentran esa solución ajustada a su circunstancia familiar, sino el defensor o defensora quien, seguramente con muy buena voluntad, al no estar involucrado en el problema ve alternativas que las partes no aceptaban o no visualizaban y que con su intervención autorizada, acuerdan en un acta que aparentemente pone fin a la controversia²⁷.

La mediación, aunque es un procedimiento relativamente reciente en su institucionalización, tiene unas pautas claras de actuación y una de ellas es el protagonismo de las partes, la legitimación de las mismas, el reconocimiento recíproco, la búsqueda de los intereses y la flexibilización de las posiciones, mediante una serie de técnicas, de las cuales la empatía y la escucha activa es la base principal de cualquier actuación.

La empatía es la comprensión afectiva y emocional de la realidad de otra persona. Es como ponerse en los zapatos de otra persona, pero primero hay que quitarse los propios. Para lograr empatizar hay que practicar, en primer lugar la **escucha activa** que implica el interés sincero y demostrado por el discurso del otro, para lo cual hay que dejar de lado el propio punto de vista y sintonizar como el otro²⁸. Implica concentración y actitud abierta y desprendida. **Hay que evitar:**

²⁷ En algunos de los talleres que hemos dictado los jueces y juezas nos han hablado de que en un número de casos importante, esas mismas personas cuando van a los juzgados rechazan dicho acuerdo y manifiestan no estar de acuerdo con el mismo.

²⁸ Insistimos en este punto porque una de las debilidades de la conciliación o, por lo menos, de la forma en que se ha entendido y practicado es una tendencia directiva que sustituye a los participantes y los induce a un tipo de solución. Preocupa que esta misma forma de actuar se traslade a la mediación porque la desnaturalizaría y le quitaría los beneficios pacificadores con que se la caracteriza.

- Hablar de sí mismo.
- Cambiar de tema.
- **Aconsejar, diagnosticar**
- Ignorar o negar los sentimientos de las personas. (Detrás de un ataque suele haber ira; detrás de una posición inflexible suele haber miedo).
- Considerar que lo que están sintiendo es sólo lo que manifiestan.
- Fingir que se ha comprendido si no es así.
- Obviar necesidades y preocupaciones de la persona.
- Atender a los componentes no verbales de la comunicación.

La escucha activa tiene que ir acompañada de **reformulaciones** que, en la primera etapa de la mediación, conviene que sean **asertivas y emocionales**²⁹. Es decir, recoger el sentimiento de la persona pero transformar la connotación negativa que tengan y darle una connotación positiva³⁰.

Si no se aplican las técnicas propias de la mediación y se entra a aconsejar y a recomendar una solución concreta, utilizando como referencia de presión normas legales que son indicadores para los jueces y juezas en caso de desacuerdo, pero no una camisa de fuerza para los casos en que las partes buscan el mutuo acuerdo, no se estará realizando mediación. En el caso de las Defensorías, puede que el procedimiento en algunos pocos o muchos casos, dé resultado y estemos ofreciendo un recurso dentro del sistema, ampliando las ofertas para la solución y haciéndolas más heterogéneas. Pero siempre queda la posibilidad de que en la oportunidad de la homologación salga a flote la aceptación

²⁹ Asertivas en el sentido de limpiar el lenguaje de connotaciones negativas recogiendo los pedidos que hay detrás de ellas y emocionales porque resulta muy productivo devolverle a la persona el sentimiento que trasluce sus palabras. Es un simple reconocimiento no una movilización terapéutica.

³⁰ Un ejemplo de este tipo de intervención sería:

P: Mi marido siempre ha sido un egoísta

M: Entiendo que te sentiste sobrecargada de tareas, te hubiera gustado que tu marido fuera más colaborativo.

forzada o el rechazo de las partes. Pero si tal cosa se traslada al procedimiento mediador contemplado en la primera fase del procedimiento ordinario, sería muy negativo (...) *existen claras responsabilidades frente al justiciable, pues no es válido ofrecer cosas diversas bajo un mismo rótulo, con el riesgo de negarlo como consumidor en busca de justicia(...)* quien debe saber qué va a recibir o qué debe recibir bajo un rótulo determinado, en el caso, qué puede esperar cuando lo que se le ofrece está incluido bajo una etiqueta que dice "mediación". Pues la institución está enrolada bajo el concepto de "justicia" (Highton y Álvarez, 2000: 128), así expresamente la conceptúa el artículo 253 de la CRBV.

El principio básico que sustenta la mediación es la autocomposición, esto es las partes, siempre tienen el control del resultado del procedimiento. Si el supuesto mediador o mediadora, desde una posición de autoridad cae en la tentación de ejercer su poder, o actúa de tal modo por temor a una evaluación negativa de su actividad e induce o manipula, no lleva a cabo propiamente una mediación, sino un remedo peligroso porque las partes están recibiendo algo que no es lo que se les anuncia y, además, han carecido de todas las garantías procesales que ofrece el procedimiento ordinario.

Aunque pueda parecer poco trascendente, lo es y mucho. Ampliar las alternativas de solución de los conflictos facilitando el acceso a la justicia y ofreciendo un cauce a casos de muy difícil encuadre en el litigio, está muy bien, pero dar gato por liebre no sólo es éticamente peligroso, sino que conducirá a la larga a una reiteración de la justicia de clase. Serán preferentemente los más débiles socialmente, los que carecen de apoyo económico y asesoramiento jurídico, los más propicios a aceptar acuerdos que no han sido el producto de un análisis ponderado de sus intereses familiares y de los de sus hijos e hijas. Aparte de ello, es más que probable que los conflictos solucionados de esta forma vuelvan a rebrotar a través de nuevas demandas, sin que se logre el anhelado propósito de reducir la litigiosidad.

La LOPNA estipula que más allá de la fase de mediación, el juez o jueza de mediación o de juicio a lo largo del todo proceso, deben promover la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, tales

como la mediación, salvo en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley (Art. 450 LOPNA). Vale al respecto todo lo hasta ahora señalado, dejando a salvo que una vez ventiladas las pruebas y si el juez o jueza estima que alguna intervención suya, aunque no sea ortodoxamente mediadora, puede ayudar a mejorar o atenuar los efectos perjudiciales que una sentencia pueda ocasionar a los/as hijos/as, es comprensible alguna exhortación en la dirección de lograr un acuerdo para el cual las partes luego del litigio y sus propias expresiones, puedan aceptar³¹.

IV. Principales supuestos de intervención del Juez o Jueza mediadora y límites en el ejercicio de esa función

IV.1 Rupturas de parejas. Efectos en los hijos (potestad parental, responsabilidad de crianza, convivencia familiar y obligación alimentaria) determinados en el momento mismo de la disolución del vínculo o con posterioridad.

La mediación familiar inicia su aplicación principalmente para regular los efectos respecto de los hijos/as en las **rupturas de pareja**, bien sean matrimonios o parejas de hecho. Es el sector donde más se ha incrementado el uso de este sistema. Nos toca pues abordar cuáles son los supuestos de ruptura y las instituciones que podrían entrar en la agenda mediadora que ha de dirigir el juez o jueza de mediación o sustanciación³².

³¹ "Por su propia idiosincrasia, la mediación no parecería viable durante las fases de "prueba". En estos casos el juez puede solicitar un informe pericial sobre algún aspecto del conflicto. Pero existe la posibilidad de reconvertir una intervención pericial en mediacional..." (Bolaños, 2003: 177).

³² Tomaremos como referencia genérica, no literal, el artículo 177 de la LOPNA que establece en su Parágrafo Primero los Asuntos de familia de naturaleza contenciosa que son competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:

- a) filiación;
- b) privación, restitución y extinción de la potestad parental, así como las discrepancias que surjan, con relación a 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 obligación alimentaria nacional e internacional;
- e) fijación y revisión de régimen de visitas nacional e internacional;

Es por esta circunstancia que iniciamos nuestro análisis por este tema y por la **agenda de asuntos que se puede incluir en estas mediaciones**. Seguidamente consideraremos otros supuestos contenciosos que entran dentro del procedimiento ordinario que contempla la fase de mediación, estableciendo los límites que confronta el juez o jueza mediadora en sus tareas negociadoras.

Las tres **formas de producirse la disolución del vínculo matrimonial**³³ en nuestro régimen legal son el divorcio contencioso, la conversión en divorcio de la separación de cuerpos luego del transcurso de un año y el divorcio por separación de hecho durante 5 años, comúnmente llamado divorcio por el 185-A. En los tres supuestos no es objeto de mediación el fenómeno mismo de la ruptura de pareja por considerarse de una materia de orden público: en el contencioso se trata de alegar y probar una de las causales que establece el Código Civil; en la separación de cuerpos de mutuo acuerdo se requiere la voluntad conjunta de los cónyuges y las propuestas en torno a los hijos; en el 185-A la constatación del transcurso de los 5 años de separación (asunto que es considerado de jurisdicción voluntaria por el parágrafo segundo del mismo artículo y que, sin embargo, incluiremos “heterodoxamente” dentro de la posibilidad de mediación, dado que es posible que exista una contienda oculta o un conflicto de intereses relevantes no manifiesto)³⁴. Distinguiremos primero el marco general en que se ubican estas tres hipótesis.

- 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 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 potestad parental 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 hechos, cuando haya niños, niñas y adolescentes comunes o bajo responsabilidad de crianza u/o potestad parental de alguno de los solicitantes; y
- m) cualquier otro afin de naturaleza contenciosa que deba resolverse judicialmente en el cual los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso.

³³ Excepción hecha de la muerte de uno de los cónyuges o de la nulidad que está, en general, sometida a los mismos efectos que el divorcio.

³⁴ Al respecto la práctica jurisprudencial ha sido bastante flexible bastando la simple manifestación de ambos cónyuges sobre el requisito de la duración de la separación. De hecho esta modalidad se ha convertido en un divorcio por simple consentimiento, siempre que el matrimonio cumpla el requisito de haberse contraído 5 años antes.

De acuerdo con el artículo 351 de la LOPNA: *En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el juez o jueza debe dictar las **medidas provisionales** que se aplicarán hasta que concluya el procedimiento, en lo referente a la potestad parental y a su contenido, así como en lo que concierne al régimen de visitas y de obligación alimentaria que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho (18) años y, a los que teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. **En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes.** (Negritas nuestras).*

Lo que hemos destacado en negritas es muy importante, especialmente en relación al **divorcio y la separación contenciosa**³⁵ que suele prolongarse por un tiempo considerable, poniendo en riesgo el bienestar de los/as hijos/as. Desde luego es conveniente considerar las proposiciones de las partes sobre la situación en que quedan los/as hijos/as, especialmente frente a una petición de ruptura a la que se opone la otra parte, creándose un estado largo de incertidumbre que puede afectar seriamente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Pensamos que si las partes no han acordado nada, o han hecho propuestas contradictorias, la tensión que normalmente reina en estos casos no debe impedir que el juez o jueza, en base a la facultad que tiene de promover la conciliación en cualquier estado del proceso, inste la mediación precisamente para proteger la prioridad absoluta de dicho interés³⁶. También podría interpretarse aplicable la apertura de la audiencia de mediación, dado que el artículo 177, Parágrafo primero, letras j) y k)

³⁵ La separación contenciosa tiene poca incidencia estadísticamente.

³⁶ Consideramos imprescindible revisar y reformar la legislación sustantiva y procesal sobre este tipo de disolución. No tiene sentido forzar la pervivencia de un matrimonio perdida la voluntad evidente y constatada de uno de los cónyuges para continuarlo, dándose situaciones que complican la vida no sólo de ellos mismos, sino de sus hijos comunes y de otros que pueden procrear en nuevas uniones de hecho. Ver sentencia del Magistrado Perdomo. N° 223 Sala de Casación Social: “No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida en común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges la única solución posible es el divorcio”.

contemplan las hipótesis de divorcio, nulidad de matrimonio y separación de cuerpos, entendemos contenciosa. Aquí se tratarían en primer lugar las medidas provisionales que, una vez dictadas, podrían revisarse y analizarse con los padres y constatarse su conformidad con ellas y su correspondencia con el interés de los niños, niñas y adolescentes, sin que se pueda entrar al tema en sí de la ruptura del vínculo o de su suspensión por tratarse de asunto de orden público. Por tanto, interesa determinar la condición de "mediables" o no de los efectos que en relación a los/as hijos/as plantean todas estas hipótesis de ruptura, distinguiendo potestad parental, responsabilidad de crianza, régimen de convivencia familiar y obligación alimentaria.

Veamos cuáles son los temas que se pueden analizar y cuáles son de orden público y no pueden ser objeto de negociación.

a) Potestad parental³⁷: *La potestad parental sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos previstos en la ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas³⁸. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos e hijas, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con el previsto en el párrafo primero del artículo 177 de esta Ley.*

Desde la reforma del Código Civil del año 1982 se estableció el ejercicio conjunto de la patria potestad durante el matrimonio y en las uniones de hecho cuando la filiación se hubiese establecido conjuntamente o, en los casos en que se estableciera separadamente, cuando el reconoci-

³⁷ La potestad parental comprende la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

³⁸ De acuerdo con el artículo 76 de la CRBV el principio de la parentalidad compartido tiene rango constitucional: "El padre y la madre tiene el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas(...)

miento se hubiese producido al año siguiente a su inscripción en el Registro Civil, o desde la fecha en que tuvo conocimiento de la existencia del nacimiento del respectivo hijo o hija.

Sobre la disponibilidad de los acuerdos, vía mediación, hay que tener en cuenta el párrafo 2 del artículo 351: "*Si el divorcio o la separación de cuerpo se declara con lugar, con fundamento en algunas de las causales previstas en los ordinales 4º y 6º del artículo 185 del Código Civil, se declarará extinguida la potestad parental al cónyuge que haya incurrido en ellas, en cuyo caso, la potestad parental la ejercerá exclusivamente el otro padre o madre. Si éste se encuentra impedido o impedida para ejercerla o está afectado por privación o extinción de la misma, el juez o jueza abrirá la tutela y de ser el caso dispondrá la colocación familiar*"³⁹. Fuera de estos casos la titularidad de la patria potestad, después de la ruptura conyugal, sigue siendo conjunta y éste vendría a ser un **límite a la disponibilidad vía acuerdos de mediación.**

Del texto de esta última disposición se colige que queda excluido del proceso mediador lo referido a privación, extinción y restitución de la patria potestad, que será de competencia judicial exclusiva. Mientras que sí caben dentro de la mediación las discrepancias que surjan con relación a su ejercicio⁴⁰ (artículo 177 Parágrafo Primero letra b).

b) Responsabilidad de crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir materialmente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de

³⁹ La causal 4ª del artículo 185 del Código Civil contempla "el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución; y la causal 6ª la adicción alcohólica u otras formas graves de farmacodependencia que hagan imposible la vida en común".

⁴⁰ Aunque no está prevista expresamente en el artículo 177, a través de la última causal (competencia residual) puede entrar por tratarse de un tema en que hay oposición entre los progenitores.

trato humillante en perjuicio de los niñas y adolescentes. (artículo 358 LOPNA).

El padre y la madre que ejerzan la potestad parental tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la responsabilidad de crianza de sus hijos o hijas, y son responsables civil, administrativa y penalmente por su adecuado cumplimiento.

Para el ejercicio de la custodia se requiere el contacto directo con los hijos o hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza. Ambos progenitores decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la responsabilidad de crianza seguirán siendo ejercidos por el padre y la madre (...) (artículo 359 LOPNA)

Esta última directriz potencia la parentalidad compartida, estableciéndose una responsabilidad de crianza jurídica conjunta. Por tanto, ambos padres participarán en la dirección de la educación de los hijos e hijas y tomarán de común acuerdo las decisiones básicas sobre la misma. Lo que podría pactarse es una distribución práctica de las tareas de vigilancia y cuidado diario, de niños y niñas. Con los adolescentes el trabajo será más fino y mucho más flexible.

Si hubiese desacuerdo sobre una decisión de responsabilidad de crianza, entre ellas las que se refieren al lugar de habitación o residencia el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes... (artículo 359 LOPNA). Este es otro supuesto que entraría dentro del procedimiento contencioso y en la fase de mediación. Pareciera que esta disposición alude a la posibilidad de demandar judicialmente decisiones sobre la responsabilidad de crianza, tanto dentro de un proceso de ruptura conyugal, o cuando los padres no son casados, o cuando estando casados están separados de hecho. Esto es, **se vislumbran dos posibilidades de plantear los**

temas de responsabilidad de crianza (así como los de convivencia familiar y obligación alimentaria), en el contexto de un juicio de divorcio, nulidad, separación, o de forma autónoma.

En relación a la mencionada responsabilidad de crianza hay dos cuestiones que motivan la atención en cuanto a los acuerdos que pueden adoptar los padres en la mediación y la responsabilidad del juez o jueza en su homologación: el primero es el de la llamada **custodia compartida**. Ya hemos dicho que nuestro sistema jurídico consagra la responsabilidad de crianza conjunta y que, en el caso de residencias separadas de los progenitores, la tenencia cotidiana o custodia del niño/a u/o adolescente ha de tenerla, normalmente, uno u otro progenitor. Sin embargo, ha surgido en la doctrina, en otras legislaciones y en la práctica, una modalidad en que los padres adoptan la decisión de compartir la responsabilidad de crianza, alternando los hijos por períodos de residencia con uno y con otro. Tal posibilidad al no estar excluida en nuestra legislación⁴¹, la consideramos de posible adopción dentro de la mediación, siempre que los padres ofrezcan garantías para un funcionamiento acorde con el interés y la protección de sus hijos e hijas. Sin llegar a calificarla estrictamente con dicho nombre⁴² el problema puede despegarse del antagonismo cuando se plantea en términos del tiempo que cada progenitor va a asumir en el cuidado y atención de los/las hijas, en participación en las responsabilidades y no simplemente en espacio recreativo para aquél o aquélla que no conviven con la prole, ampliándose el régimen de convivencia familiar y desdramatizándose la decisión de residencia. Una implicación directa y cotidiana de ambos progenitores con los hijos irá borrando la importancia de la responsabilidad de crianza o antigua guarda.

⁴¹ Podría opinarse incluso que está prevista, ya que el mismo artículo 359 en su segundo aparte establece: *En caso de desacuerdo sobre una decisión de responsabilidad de crianza, entre ellas las que se refieren al lugar de habitación o residencia, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese duda sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto el parágrafo primero del artículo 177 de esta Ley.*

⁴² Zarraluqui señala que más que custodia (cuestión de facto) conjunta, debería hablarse de custodia sucesiva, ya que si los padres no conviven es difícil hablar de ejercicio conjunto (2001:22)

El otro tema que también ocasiona interrogantes es el de la **custodia repartida** de la prole, cuando se distribuyen los/las hijos/as entre uno y otro progenitor. Se rompe así un principio fundamental cual es la unidad de la fratría. Pensamos que en abstracto lo ideal es mantener la unidad de convivencia entre los hermanos/hermanas, Pero, como ya hemos dicho, en esto del interés superior del niño, niña y adolescente cada caso amerita un examen específico y puede ser que las circunstancias particulares aconsejen esta salida. Respecto de la **preferencia materna para la obtención de la responsabilidad de crianza de los hijos menores de 7 años**, estimamos que es una orientación que vincula al juez o jueza, pero que no amarra a las partes en la posibilidad de alternativas diferentes, siempre que estén bien fundamentadas en el interés de sus hijos e hijas.

c.- Estrechamente vinculada a la responsabilidad de crianza, cuando surge la ruptura o los padres tienen residencias separadas, hay que establecer el **régimen de convivencia familiar**, promocionando al máximo la participación del progenitor o progenitora no conviviente en la vida cotidiana de los hijos y en las tareas de su educación, ya que el resto de las facultades de la responsabilidad de crianza siguen siendo conjuntas e irrenunciables.

d.- El último efecto que ha de regularse en los casos de ruptura conyugal de matrimonios o de parejas de hecho o de hijos procreados fuera de unión estable, es el **establecimiento de la obligación de manutención**. Para su determinación, bien sea judicialmente o a través de la mediación, el artículo 369 establece una serie de criterios que cabe considerar en cualquiera de los dos casos: *capacidad económica del obligado, el principio de la unidad de la filiación, la equidad de género en las relaciones familiares y el reconocimiento del trabajo del hogar con actividad económica que genera valor agregado y produce riqueza y bienestar social*. Todos estos factores se trabajan en la mediación, pero con una metodología más participativa que exige la elaboración de formularios que recojan datos objetivos, documentación probatoria, discusión y acuerdo sobre algunos

gastos concretos y su prorrato, tarea que toca hacer a los padres con ayuda del mediador⁴³.

En cuanto al **divorcio de conformidad con el artículo 185-A del C.C** el artículo 177 lo incluye dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria (parágrafo segundo, letra g)⁴⁴. En este último caso, se requiere que los cónyuges señalen quién ha ejercido la custodia de los hijos e hijas durante el tiempo que los padres han permanecido separados de hecho, así como la forma en que se viene ejecutando el régimen de visitas y la prestación de la obligación alimentaria, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez o jueza a los fines consiguientes (artículo 357, parágrafo primero). Cabe aquí una reflexión importante, dada las restricciones y dificultades del divorcio causal, la mayoría de las parejas acuden a esta vía para obtener el divorcio de una forma rápida, lo que implica que muchas veces no reflexionan ponderadamente sobre los acuerdos que transcriben respecto de los hijos, ni tampoco los detallan de una manera adecuada. Igualmente es posible que exista dicha separación pero que surjan desacuerdos sobre sus efectos respecto de los hijos, imponiéndose aquí también la conciliación. Cabría en base a la disposición que tienen los jueces y juezas para en todo momento promover la conciliación, la posibilidad de abrir una pequeña articulación cuando se perciba que el presunto acuerdo no es tal y existen discrepancias importante. Tal situación, pero con menor gravedad, se presenta en el divorcio por conversión de separación de cuerpos, dado que aquí también es posible que se den acuerdos no suficientemente madurados, pero la gravedad es menor porque dado el transcurso de un año que se requiere para la sentencia, si realmente existen conflictos, éstos se manifestarán en el propio contexto judicial.

Respecto de los **otros supuestos que incluye el procedimiento ordinario**, el artículo 471 de la LOPNA *"excluye de la fase de*

⁴³ Ver San Juan, 2007.

⁴⁴ Artículo 512: *En los procedimientos sobre asuntos de jurisdicción voluntaria sólo se celebrará una (1) audiencia, la cual se rige por lo establecido para la audiencia preliminar en el procedimiento ordinario contemplado en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley. En estos casos, el juez o jueza de mediación y sustanciación será competente para evacuar las pruebas y dictar su determinación sobre lo solicitado(...).*

mediación aquellas materiales cuya naturaleza no lo permita o se encuentre expresamente prohibida por Ley, tales como, la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención e infracciones a la protección debida...". Al respecto podemos reiterar que otra materia que está fuera del alcance de la mediación son los **supuestos de violencia de género⁴⁵ y/o familiar**. E igualmente los **temas de filiación** eminentemente de orden público, al afectar el estado y capacidad de las personas. También sería contrario al orden público **no establecer nada o renunciar respecto a alguna facultad parental**.

Dada las limitaciones procesales para tratar estos temas dentro de los procedimientos mismos de divorcio o separación, por las situaciones que hemos referido, lo más frecuente es que se presenten posteriormente en forma autónoma, situación que debería intentar variarse para procurar mayor estabilidad a los hijos e hijas en la ruptura, flexibilizando y mejorando la normativa respectiva o siguiendo la brecha jurisprudencial iniciada por el Magistrado Perdomo⁴⁶, que apunta a la facilitación del divorcio en los casos de pérdida del afecto marital que van acompañados de una conflictividad nociva para todo el grupo familiar.

IV.2 Posiciones normativas del TSJ relacionadas con la limitación que tienen los permisos de viajes de los niños y adolescentes, así como el procedimiento aplicable a los cambios de residencia del padre custodio y por ende del niño, niña o adolescente.

Negativas y desacuerdos en autorizaciones para viajar dentro y fuera del país. (letra f del artículo 177).

Negativas y desacuerdos en autorizaciones para residenciarse dentro y fuera del país. (Letra g del artículo 177).

Estos dos supuestos ameritan un comentario especial. Existen dos sentencias del TSJ, ambas de la Sala Constitucional, que modificaron sustantiva y procesalmente el régimen de autorización de viaje y cambios

⁴⁵ La primera contemplada en distintos supuestos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

⁴⁶ Ver sentencia ya referida en la nota número 35.

de residencia⁴⁷. De acuerdo con el contenido de la primera⁴⁸, la solicitud de autorización para viajar, puede afectar directamente derechos constitucionales tales como la patria potestad y la guarda, y *el reconocimiento de ese derecho, para impedir u ordenar el viaje, a fin de que no sea precedido de una etapa de conocimiento que incluye contradictorio y pruebas, por lo que hay que citar a la contraparte del peticionante, ya que entre ambos existe una contención y una oposición de derecho. (...) 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* (sentencia 1951) La segunda sentencia, referida a una autorización para viaje y cambio de residencia abunda en estos argumentos⁴⁹.

⁴⁷ Antes de la reciente reforma de la LOPNA, los viajes dentro del país en caso de que los niños/as o adolescentes viajaran solo requerían autorización de un representante legal, expedido por el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente, por una jefatura civil o mediante documento autenticado. En cuanto a lo viajes fuera del país, cuando se realizaban con un solo representante, la autorización del otro se expedía en documento autenticado, y en caso de oposición de un progenitor, se acudía en el juez, se exponían los alegatos de cada parte y éste decidía. (artículo 391,392 y 392 *ejusdem*).

⁴⁸ La segunda sentencia es de fecha 20 de marzo de 2006, con ponencia del Magistrado Cabrera, J.E. En ella se alude a la primera que se identifica con el número 1951.

⁴⁹ *Ahora bien, en el supuesto específico de dónde se va a establecer la residencia del niño para sus padres, debe ser una prioridad la existencia de un acuerdo mutuo en el establecimiento de dicha residencia, pues ello incidirá en el buen desarrollo emocional, físico y social del niño. De no haber este acuerdo, al igual que sucede en el caso de desacuerdo con la autorización para viajar, deberá seguirse el procedimiento especial de alimentos y guarda previsto en el Título III Sistema de Protección del Niño y del Adolescente(...)*

Ello obedece a la circunstancia de que el lugar de residencia del niño, involucra una serie de derechos inherentes a su desarrollo integral como lo son, el derecho a la educación, el derecho a ser criado por su familia de origen, el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, y con sus otros parientes: abuelos, primos, etc.; derecho al ambiente, derechos culturales, así como también crearle el sentido de pertenencia, de amor a la patria conforme con su nacionalidad.

A nuestro entender las sentencias mencionadas⁵⁰ carecen de aplicabilidad al haberse producido con posterioridad una reforma legislativa de la LOPNA que expresamente en su artículo 177 Parágrafo Primero letras f y g, le atribuye competencia al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para conocer, con el carácter de asuntos de familia de naturaleza contenciosa, las *negativas o desacuerdos en autorizaciones para viajar dentro y fuera del país, y las negativas o desacuerdos en autorizaciones para residenciarse dentro y fuera del país*. Por tanto, los temas de autorización de viajes y cambio de residencia han de ser ventilados a través del procedimiento ordinario que en la audiencia preliminar prevé la fase de mediación. El juez o jueza de mediación, como en otras situaciones de su competencia, exhortaría a las partes a identificar los intereses implicados, especialmente los de sus hijos/as y a considerar la trascendencia de la decisión. Las alternativas no se cierran simplemente en una decisión afirmativa o negativa unánime. Podrían surgir diversas soluciones: garantías de comunicación, determinación del tiempo del viaje o del cambio de residencia, modificación del régimen de convivencia familiar para garantizarle al progenitor no custodio mayor contacto con los hijos, revisión de la obligación alimentaria, alternancia en la custodia, etcétera. Por supuesto,

(...) *De allí que en cabeza de ese progenitor recae el deber inexcusable de mantener el contacto y la comunicación del niño con su otro padre o madre y demás familiares*. Abunda la sentencia en todos los deberes del progenitor con el otro, a fin de informarle de todo lo concerniente al hijo o hija y asegurar el contacto entre ambos, agregando: *En caso contrario, es decir, en los casos en que hubo oposición, expedido judicialmente el permiso, considera la Sala que dicha autorización no es de por vida, pues está limitada y definida hasta que los menores lleguen a la mayoría, y por ello, cualquiera de los padres puede exigir judicialmente la revisión del permiso y hasta la cancelación del mismo, citando personalmente al padre que guarda los menores, utilizando a los fines la asistencia judicial internacional para que la citación se practique fuera del país*. Magistrado Ponente Cabrera, Jesús E. Sala de Casación Constitucional. Fecha de la sentencia: 20-03-2006.

⁵⁰ En el contexto de las sentencias mencionadas la mediación resultaba muy difícil, prácticamente imposible: debería producirse un acuerdo con contenido determinado, esto es, ambos progenitores tendrían que estar conformes con el viaje o el cambio de residencia. Las opciones o la opción estaba predeterminada, era una sola, y no había posibilidad de que la solución fuese otra. En tal caso, parece difícil llevar adelante el procedimiento, como no fuese para lograr un consenso "forzoso" en uno u otro sentido

de no llegarse a un acuerdo, el caso pasaría a la fase de juicio y la decisión sería competencia del juez a cargo⁵¹.

IV.3 Se incorpora con la reforma la competencia del Tribunal de Protección para conocer las **liquidaciones y particiones de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho** cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes (**letra k**); y el mismo supuesto cuando haya hijos niños, niñas y adolescentes comunes o bajo responsabilidad de crianza y/o potestad parental de alguno de los solicitantes (**letra l**). Se trata de una mediación compleja que requiere un tratamiento especial porque suele conllevar la depositación de afectos y sentimientos en el esfuerzo económico o en los perjuicios del mismo tipo que han surgido en el transcurso de la unión. Las percepciones de las partes sobre equidad o inequidad de las propuestas liquidatorias están unidas a la historia que cada una tiene de un conjunto de acciones y decisiones en torno al patrimonio familiar. Es posible que, en algunos casos, se requiera reforzar con ayuda técnica a la mujer, desconocedora muchas veces del tipo de bienes e inversiones realizadas. Hay diversos aspectos técnico-jurídico implicados y el asesoramiento de los abogados puede ser

⁵¹ El considerar que cualquier tipo de viaje debe ventilarse a través de un procedimiento de modificación de guarda nos luce excesivo. Hay viajes y viajes. Aunque es cierto que detrás de un viaje, aparentemente educativo o de placer, puede ocultarse un cambio de residencia, no parece prudente una generalización tan drástica. Ya que el juez o jueza puede indagar en el contexto de la mediación, o en una articulación probatoria si la anterior no prospera, las características del mismo y el progenitor que lo patrocina da garantías del regreso de niño, niña o adolescente. Habría que pensar de una manera más amplia en el interés de dichos niños y niñas y, mucho más, si son adolescentes y manifiestan una opinión favorable sobre el viaje. Las consecuencias finales de una restricción tan severa pueden ser varias. Pero para no llegar a extremos, podríamos decir que los niños con progenitores convivientes podrán viajar y tomar vacaciones en sitios de atractivo especial para ellos y, aquellos que viven la separación de sus padres no lo podrán hacer. ¿Es esta una discriminación sana?

Pero si nos ponemos más trascendentes y no se trata de un viaje de recreación si no de uno motivado por razones de salud, ¿también arriesgaríamos la vida o salud de un niño o niña o adolescente, sometiendo a su progenitor a un complejo proceso de guarda? Las sentencias lamentablemente no hacen distinciones ni le dejaban margen al juez o jueza. La primacía absoluta de interés de los niños, niñas y adolescentes podía verse afectada, siendo que lo procedente, en nuestro criterio, era considerar la situación concreta con la participación de los propios padres. En el mundo actual, cruzado por los crecientes fenómenos migratorios y la movilidad laboral, hay que ponderar factores varios, que han de analizar en primer lugar los propios padres, para llegar a una decisión mediadora y a su aprobación o negación a través de la homologación. Podría que ser que muchos de los derechos que se suponen afectados con un cambio de residencia no se vean afectados, y si es así, ¿en qué se fundamentaría una negativa tan contundente?

beneficioso. Pero lo más importante es que los propios participantes logren llegar a un acuerdo sobre la historia real y la propia percepción sobre el carácter privativo o común de los distintos elementos que integran el activo y el pasivo⁵².

Finalmente la letra **m)** incluye una referencia de competencia residual: cualquier otro afin de naturaleza contenciosa que deba resolverse judicialmente en el cual los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso⁵³.

En **resumen**, los límites a los acuerdos de mediación permitidos por la ley (excluidos los que hemos catalogado de orden público) y la reserva de homologación que tiene el juez o jueza, se pueden concretar en los siguientes:

1. Imposibilidad de renunciar a deberes-facultades, tales como patria potestad, obligación alimentaria, responsabilidad de crianza o régimen de convivencia familiar.
2. Imposibilidad de no establecer de manera precisa todos estos aspectos y de señalar el régimen de convivencia familiar que se aplicará a los niños, niñas y adolescentes.
3. Acuerdos o convenios que a criterio del juez o jueza mediadora sean contrarios al interés de los niños, niñas y adolescentes y, por tanto, no sean susceptibles de homologación.

V. Tratamiento de las responsabilidades parentales en la mediación y en el ámbito contencioso

El enfoque del conflicto en el proceso contencioso y en la mediación presenta matices diferentes. Aún inserto en el ámbito jurídico normativo,

⁵² Ver San Juan, 2005

⁵³ De esta disposición puede derivarse una competencia abrumadora para los jueces y juezas de protección. Asuntos de variada naturaleza jurídica caerán dentro del ámbito de su resolución, exigiéndoles un esfuerzo de estudio y análisis del todo sistema jurídico, situación que parece ser específica de esta jurisdicción.

el trabajo mediador asume el conflicto con una perspectiva distinta, utiliza herramientas propias y sitúa a los participantes no como adversarios, sino como sujetos que se responsabilizan en la búsqueda de un acuerdo que tome en cuenta los intereses de todos, priorizando los de sus hijos/as. Aunque algunos criterios de análisis pueden compartirse, el paradigma es fundamentalmente diferente. Lo que no significa que la mediación se sustraiga a la acción del derecho. Sólo que el planteamiento de estos temas en mediación será distinto. Desde un punto de vista jurídico, es el ordenamiento legal el que en general marca los límites dentro de los que puede aplicarse la mediación y qué materias queda excluidas, así como la importancia o pertinencia que puedan tener las regulaciones sustantivas de los temas objetos del conflicto y la medida en que son o no aplicables dentro de la mediación. A continuación presentamos un cuadro que sintetiza esas diferenciaciones.

PAUTAS LEGALES EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ⁵⁴	TEMÁTICA DE LA MEDIACIÓN	HERRAMIENTAS Y TÉCNICAS DE MEDIACIÓN
<p>DETERMINACION DE DERECHOS Y DEBERES:</p> <p>Alegato de hechos y derechos, prueba y sentencia, respecto de cualquiera de las facultades parentales</p>	<p>REORGANIZACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR</p>	<p>EXPLORACIÓN DE LAS NECESIDADES DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA Y DE LOS RECURSOS DISPONIBLES.</p> <p>AUDIENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES.</p>
<p>Responsabilidad de crianza: discusión centrada en determinar con cuál progenitor vivirá el hijo o hija</p> <p>Régimen de convivencia familiar; frecuentaciones: fines de semana alternos, mitad de vacaciones, etc.</p>	<p>Distribución del tiempo y responsabilidades que cada progenitor tendrá con el hijo o hija; residencia/habitual del hijo, cómo se comparte el tiempo con los niños, niñas y adolescentes;</p> <p>participación en las decisiones respecto de los hijos</p>	<p>Preguntas, Calendario de tiempos y actividades familiares antes de la ruptura y previsiones sobre después (información), hipótesis, determinación de necesidades y alternativas.. Negociación. Acuerdo</p>
<p>OBLIGACIÓN ALIMENTARIA</p> <p>Criterios legales para su determinación: necesidad del niño, niña y adolescente; capacidad económica de obligado; principio de la unidad de la filiación, equidad de género y reconocimiento del trabajo del hogar.</p>	<p>Cuáles son los ingresos de la familia; cómo se organizaba el gasto familiar antes de la ruptura; cómo se organizará cuando haya dos casas; qué gastos son los esenciales y cómo pueden cubrirse; cómo cubrir los gastos no previsibles u ordinarios; Existencia de hijos/as de otras uniones.</p> <p>Repercusión de los aspectos económicos en las decisiones respecto de los hijos/as</p>	<p>Preguntas, formularios de ingresos y gastos., Presupuestos antes y después (información), hipótesis. Determinación de necesidades y alternativas. Aportación de la mujer en el trabajo en la casa Negociación.</p> <p>Acuerdo</p>

⁵⁴ Como ya hemos señalado algunas pueden tener también incidencia en la mediación. Por otra parte, la contención en la LOPNA se concentra básicamente, en la fase de juicio, o una vez que ha finalizado sin éxito la mediación.

V1. A manera de conclusión

La introducción de la mediación intrajudicial en la reciente reforma de la LOPNA hace realidad, en el campo de la niñez y adolescencia, la incorporación de los PARC al sistema de justicia, facilitando y democratizando su acceso. Se produce así una ampliación de la efectividad del principio de la tutela judicial efectiva, en un área donde los conflictos que aquejan a la familia no encuentran fácil solución en el procedimiento contencioso. Aunque se han oído algunas críticas, sobre el modelo escogido, pensamos que se ha optado por cumplir un mandato constitucional escogiendo la vía más rápida para su realización, dado que esperar que surgiera de la actividad privada un movimiento que los desarrollara implicaría un tiempo mayor para su conocimiento y aceptación. Ello sin que consideremos que la mediación intrajudicial excluya ni prohíba la mediación privada, la cual siempre encontraría un espacio legitimado por el control oficial a través de la necesaria homologación judicial, siendo recomendable una reglamentación legal sobre requisitos, aplicabilidad y habilitación para su ejercicio.

Incluida dentro del procedimiento ordinario en una fase especial de mediación y sustanciación y a cargo de jueces/ juezas especializados distintos de los jueces/juezas de juicio, se garantiza en lo sustancial el principio básico de la imparcialidad, así como también el de la confidencialidad que se postula expresamente. Se diseñan con claridad los aspectos básicos de esta intervención, pero surgen algunas interrogantes, que hemos recogido a lo largo del artículo, y que surgieren la conveniencia de unas normas orientadoras o reguladoras que aclaren y unifiquen la práctica que se está iniciando, evitando así interpretaciones heterogéneas que creen inseguridad en los operadores jurídicos y en los justiciables.

La fase de seguimiento y evaluación no sólo de los jueces y juezas de mediación, sino de la funcionalidad del procedimiento en su conjunto, implicaría la constitución de un equipo dedicado a esta tarea, a fin de que con acciones combinadas se asegurase el cumplimiento de las expectativas generadas por esta innovación reformadora.

Finalmente, sería de gran ayuda, a nuestro modo de ver, el remozamiento de algunas normativas civiles en materia de divorcio y emancipación, con la finalidad de ponerlas a tono con los aires renovadores que han entrado por la ventana de ese espacio tan privado, pero a la vez tan influyente en lo público, constituido por las familias, con sus diversidades y peculiaridades, en el que los niños, niñas y adolescentes al ser sujetos de derechos necesitan cauces operativos para su ejercicio efectivo. Rescatar las capacidades propias de los grupos familiares y poner los medios para el ejercicio de los derechos de la niñez y, especialmente de la adolescencia, son tareas relacionadas a un buen desempeño global de la fase de mediación en el procedimiento ordinario. La estructuración organizativa de las mismas será materia que habrá que reflexionar y conectar con todo el entramado institucional judicial, administrativo y comunitario de nuestra estructura social.

Bibliografía

- ANDRÉS S., Amelia de** (2005) "*La mediación intrajudicial. Su importancia*". En Revista Trabajo Social Hoy. Monográfico Edición del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid.
- BERNALS., T.** (2002): "*La mediación. Una solución a los conflictos de pareja*". Editorial Colex. Segunda Edición. Madrid.
- BOLAÑOS C., Ignacio** (2003) "*Mediación familiar en contexto judiciales*". En A. Poyados G. (Coord): *Mediación Familiar en diferentes contextos*. Editorial Publicaciones Universitat Ido Valencia/ Nau llibres. Impresión Sevilla.
- _____ (2005). "*Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno-filial: del juzgado a la mediación*". En Revista Trabajo Social Hoy. Monográfico Edición del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid.
- CABRERA R. J.,** (2006) : (Ponente) Sentencia de la Sala Constitucional. Caso Cervini/Viso. Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela.
- CASTILLO, Y. Y OTROS JUECES Y JUEZAS** del Circuito Judicial de Protección de Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas (2008). Jueza Coordinadora Dra. Reyes, Rosa Isabel. Poder Judicial. República Bolivariana de Venezuela. Inéditos.
- DUBUC, E. y CORNIELES. C.** (2007): "*Comentarios a la reforma procesal de la LOPNA*". En XXXIII Jornadas de niños, niñas y adolescentes. Colegio de Abogados del Estado Lara. Editorial Horizonte. República Bolivariana de Venezuela.

- HINGTON, E. y ÁLVAREZ G.** (2000). "La mediación en la escena judicial. Sus límites. La tentación de ejercer el poder del mediador según su profesión de origen". En Dora F. Schnitman y Jorge Schnitman (compiladores) Resolución de conflictos, nuevos diseños, nuevos contextos. Editorial Granica. Buenos Aires.
- HOET-LINARES, F.** (2005) "La Mediación. Administración y Negociación de Justicia Alternativa". Editorial Legis. Colombia.
- MORALES, G.** (2007): "La mediación en la Reforma Procesal de la LOPNA"... En XXXIII Jornadas de niños, niñas y adolescentes. Colegio de Abogados del Estado Lara. Editorial Horizonte. República Bolivariana de Venezuela.
- MORALES, G. y SAN JUAN, M.** (2005): "Familia, Intervenciones protectoras y mediación familiar". Editores Vadell Hermanos. Venezuela.
- PERDOMO, J. R.** (2007). "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre Derechos del Niño y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". En XXXIII Jornadas de niños, niñas y adolescentes. Colegio de Abogados del Estado Lara. Editorial Horizonte. República Bolivariana de Venezuela.
- _____ (2001): Ponente Sentencia de la Sala de Casación. Social. Caso Hernández O/ Calimán R. Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.
- SAN JUAN, M.** (2005): "División patrimonial en la mediación para la separación y divorcio". Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigister. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.
- _____ (2007): "Ponencia: Mediación familiar y parentalidad compartida". En IV Foro "Derecho de la Niñez y la Adolescencia". Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Sin editar.
- SMITH, M.** (2000) "La resolución de conflictos para niños, jóvenes y familias". En Dora F. Schnitman y Jorge Schnitman (compiladores) Resolución de conflictos, nuevos diseños, nuevos contextos. Editorial Granica. Buenos Aires.
- ZARRALUQUI, L.** (2001) "Algunas cuestiones relativas a los hijos menores e incapacitados en las crisis matrimoniales". El menor ante el ordenamiento jurídico. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General. Núm. 19. 3ª época. Madrid.

Colocación familiar y adopción

Dra. Haydée Barrios

Consideraciones generales

Si bien la colocación familiar y la adopción son modalidades de familia sustituta, existen numerosas diferencias entre ambas, de las cuales, las más importantes son su duración y su objeto. En efecto, la colocación familiar es temporal y su objeto es proporcionar una familia a un niño, niña o adolescente, mientras se determina la posibilidad de integrarlo o reintegrarlo a su familia de origen, nuclear o ampliada y, de no ser ello posible, determinar su adoptabilidad. Mientras que, la adopción es permanente y su objeto es proporcionar una familia previamente seleccionada en base al interés superior y características de un niño, niña o adolescente, cuya adoptabilidad ha sido determinada después de comprobarse que resulta inviable o imposible integrarlo o reintegrarlo a su familia de origen nuclear.

No obstante que las disposiciones en materia de colocación familiar y de adopción, contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en Gaceta Oficial N° 5.266, el 2 de octubre de 1998, en lo sucesivo Ley Reformada, aluden a las mencionadas

diferencias, los cambios que, en dichas materias, se han incorporado a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en Gaceta Oficial N° 5.859, de fecha 10 de diciembre de 2007, en lo sucesivo Ley de Reforma, enfatizan en tales diferencias, por cuanto es imprescindible que sean plenamente comprendidas por los operadores jurídicos que intervienen o participan en los respectivos procedimientos, a fin de evitar que se desnaturalicen las mencionadas figuras y que al dictárseles, priven otros intereses distintos al de los respectivos niños, niñas y adolescentes.

También es oportuno destacar dentro de estas consideraciones generales que, por cuanto el artículo 394 de la Ley Reformada se limita a dar el concepto de familia sustituta, y sólo menciona sus modalidades (colocación familiar o en entidad de atención, tutela y adopción), se estimó necesario incorporar una nueva disposición que aclare algunos aspectos generales en cuanto a la modalidad de familia sustituta que corresponda dictar según los casos. Se trata del artículo 394-A, cuyo texto es el siguiente:

“El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes decidirá, con el auxilio del equipo multidisciplinario, la modalidad de la familia sustituta de la cual debe ser provisto un niño, niña o adolescente, que no pueda ser integrado o reintegrado a su familia de origen, de acuerdo con las características de cada caso. En los casos de afectación de la Patria Potestad o del ejercicio de la Responsabilidad de Crianza de ambos progenitores o, de uno sólo de ellos, cuando sólo existe un representante, la colocación familiar o en entidad de atención deberá preverse en la decisión que declare con lugar la privación o extinción de la Patria Potestad o la afectación del ejercicio de la Responsabilidad de Crianza. Mientras no se compruebe que la naturaleza de la separación del niño, niña o adolescente de sus progenitores es permanente, la modalidad de familia sustituta a aplicarse debe ser temporal, y su duración se extenderá hasta que se determine que resulta inviable o imposible la localización de los progenitores o el establecimiento o restablecimiento de los vínculos entre ellos y el respectivo niño, niña o adolescente, de conformidad con lo establecido en esta Ley”.

Esta disposición comprende varios aspectos, a saber:

- 1) El órgano del Sistema Rector Nacional para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que debe decidir si a un determinado niño, niña o adolescente le debe ser dictada una colocación familiar o en entidad de atención, una tutela o una adopción, es el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual tendrá, para ello, el auxilio del equipo multidisciplinario. Para ello, dicho Tribunal debe asegurarse que se cumplan, en cada caso, las condiciones para que proceda el dictado de la modalidad de familia sustituta que corresponda al niño, niña o adolescente en cuestión.
- 2) La permanencia del niño, niña o adolescente en su familia de origen será siempre el objetivo principal, por ello sólo requiere de una familia sustituta aquel que no puede ser integrado o reintegrado a su familia de origen. Cabe observar que, el supuesto de integración alude a aquellos casos en los que se desconoce la identidad de los progenitores o, conociéndosela el niño o adolescente nunca ha convivido con ellos y, el de la reintegración, a casos en los que la permanencia del niño o adolescente en su familia de origen se ha visto afectada por razones de diversa índole, que han ocasionado su separación o alejamiento de esta familia, bien sea desde el punto de vista afectivo o del material, y su permanencia con terceras personas sin cumplirse con los requisitos legales para ello.
- 3) El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debe disponer que se continúen los esfuerzos para lograr la integración o reintegración de un niño, niña o adolescente a su familia de origen, motivo por el cual la colocación familiar o en entidad de atención, así como la tutela, son las modalidades de familia sustituta que primero de deben aplicar, mientras se localizan los progenitores y, en caso de localizárseles, se hagan los esfuerzos para establecer o restablecer los vínculos entre ellos y el respectivo niño, niña o adolescente.
- 4) Sólo cuando se compruebe que la separación del niño, niña o adolescente de su familia de origen es permanente, procede dictar una adopción. No debe decidirse una modalidad de familia sustituta permanente

en forma precipitada y sin antes agotar las posibilidades para que el niño, niña o adolescente sea integrado o reintegrado a su familia de origen, por ejemplo, al convertir una colocación familiar en adopción cuando aún se desconoce la situación familiar del niño, niña o adolescente familiar o no se conoce suficientemente y, por tanto, no se ha comprobado que el mismo debe ser separado permanentemente de sus progenitores. Tampoco se trata de prolongar indefinidamente en el tiempo los esfuerzos de integración o reintegración, por lo que es importante que, de acuerdo con la condición en que se encontró al respectivo niño, niña o adolescente, así como a la realidad y características de su familia de origen, se fije, en cada caso, un lapso prudencial, para determinar si es posible o no dicha integración o reintegración.

5) En ocasiones, la colocación familiar o en entidad de atención se decidirá dentro de un procedimiento de privación o extinción de Patria Potestad o de afectación del ejercicio de la Responsabilidad de Crianza, a fin de proveer de inmediato al respectivo niño, niña o adolescente de una familia sustitutas.

A continuación, abordaré primero los aspectos más relevantes de la Ley de Reforma en materia de colocación familiar, para luego referirme a los de la adopción.

I. La colocación familiar

1. Abrigo y colocación familiar.

A pesar de que el artículo 127 de la Ley Reformada regula con bastante claridad la figura del abrigo, la aplicación del mismo ha suscitado una serie de problemas de interpretación. Algunos de estos problemas no son propiamente de interpretación, sino de mala praxis e, incluso, de violación de esta norma, como es el caso de la extensión de la duración del abrigo más allá de los treinta días que dispone expresamente el mencionado artículo. No son pocos los casos en los cuales encontramos a un niño o a una niña a quien se le ha dictado una medida de abrigo, desde hace un año y hasta más, situación que compromete la responsabilidad del funcionario o funcionarios del Consejo de Protec-

ción del Niño y del Adolescente, que no han dado oportuno cumplimiento a la citada norma.

Sin embargo, por cuanto en la práctica se ha evidenciado que también existen problemas de interpretación relacionados con este aspecto, para su solución y la de otros aspectos del abrigo, se ha intentado darles solución mediante los artículos 397-A y 397-C de la Ley de Reforma, cuyos textos son los siguientes:

“Artículo 397-A.- Protección de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen.

A los efectos del artículo 394-A, toda persona que tenga conocimiento de un niño, niña o adolescente que carezca de sus progenitores o se encuentre separado o separada de ellos, ya sea porque se desconoce su identidad o su paradero deberá informarlo al correspondiente Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tan pronto sea posible. Una vez en conocimiento de ello, este Consejo ubicará dicho niño, niña o adolescente y, simultáneamente, hará todo lo necesario para localizar a sus progenitores y a la familia de origen del mismo, ya sea directamente o a través de un programa de localización de familia de origen. Si fuere imposible ubicar a la familia de origen dictará la medida de abrigo.

Las familias en las cuales se ejecute la medida de abrigo sólo podrán ser aquellas que aparezcan inscritas en el correspondiente registro de elegibles en materia de abrigo. En caso de no encontrarse una familia que llene este requisito previo y que responda a las necesidades y características del respectivo niño, niña o adolescente, la medida de abrigo se ejecutará en entidad de atención.

Localizados uno o ambos progenitores el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes adoptará las medidas necesarias, para lograr la integración o reintegración del niño, niña o adolescente con su progenitor, progenitora o progenitores”.

“Artículo 397-C.- Colocación familiar o en entidad de atención de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen.

De no localizarse a los progenitores o, habiéndoselos localizado sin que sea posible la integración o reintegración familiar, cumplido el lapso de treinta días continuos previsto en el artículo 127 de esta Ley, el respectivo Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, remitirá el expediente del procedimiento administrativo al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a fin de que el juez o jueza de mediación y sustanciación proceda a dictar la correspondiente medida provisional de colocación en otra familia sustituta o en otra entidad de atención, debidamente inscritas en el registro que a tal efecto lleve la autoridad competente. El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes deberá entregar copia certificada del expediente al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”.

Como puede evidenciarse, estas disposiciones, por una parte, precisan ciertas actuaciones a ser cumplidas tanto por los justiciables, como por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y por la otra, aclaran, interpretan o complementan ciertos aspectos del artículo 127, que facilitan la comprensión de esta norma a los fines de su correcta aplicación.

Las actuaciones cuyo cumplimiento dispone el artículo 397-A, son las siguientes:

a) La norma prevé un deber general de dar información, a cargo de toda persona que tenga conocimiento de un niño, niña o adolescente que carezca de sus progenitores o se encuentre separado o separada de ellos, ya sea porque se desconoce la identidad o el paradero de dichos progenitores. La persona o personas que posean esta información deben suministrarla, tan pronto sea posible, al correspondiente Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Se trata de un deber impuesto a todos los miembros de la comunidad, tanto particulares como funcionarios y, el incumplimiento de este deber, está penado con prisión de tres meses a un año, conforme lo previsto en el artículo 275 de la misma Ley, para los casos de omisión de denuncia. Se pretende con ello que la sociedad, como corresponsable de la protección de la infancia, participe activamente y se involucre en el logro de la vigencia plena de

los derechos y garantías de todos los niños y adolescentes, tal y como lo dispone el artículo 6° de la Ley Reformada y así lo mantiene la Ley de Reforma. En ocasiones, la localización de estos niños, niñas o adolescentes y su entrega a sus representantes, puede resultar relativamente fácil, como es el caso de los niños extraviados en festividades de Carnaval, Semana Santa o circunstancias similares. Sin embargo, para los casos que revisten mayor complejidad y cuya atención excede de las posibilidades de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, puede resultar más eficaz la ayuda que pueden prestar personas con conocimientos especializados en la materia, como lo son: las autoridades policiales o particulares que, cumpliendo los requisitos previstos en los artículos 123, 124 y 186 al 198 de la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, hayan inscrito un programa de localización de familia de origen.

La inclusión del mencionado deber general de información en los casos antes señalados, y la posibilidad de llegar, por esta vía a dictarse una medida de abrigo, redimensiona esta figura, pues la misma se convierte en una etapa previa, para casi todos los casos de colocación familiar, incluidos aquellos en los que se conoce, desde el primer momento y por las circunstancias en que el respectivo niño, niña o adolescente es hallado, que la medida de protección que corresponde dictar es la colocación familiar y no el abrigo. Me refiero a los casos en los cuales el niño o niña se encuentra carente de sus progenitores o separado de ellos, por circunstancias que no tendrán solución a corto plazo, como por ejemplo, cuando es dejado en una maternidad y la madre ha suministrado datos falsos de identidad o, cuando es encontrado en un bote de basura o en lugar público, sin rastro alguno relativo a alguno de sus progenitores. Sin embargo, también es necesario tener presente que, en los supuestos a que aluden las letras b) y c) del artículo 397, en concordancia con el encabezamiento del artículo 394-A y el artículo 397-B de la Ley de Reforma, puede dictarse la respectiva colocación familiar, sin necesidad de estar precedida por una medida de abrigo.

b) Una vez que la mencionada información se hace del conocimiento del correspondiente Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, éste tiene el deber de actuar, inmediatamente, para ubicar

al respectivo niño, niña o adolescente y, al mismo tiempo, debe hacer todo lo necesario para localizar a sus progenitores y a la familia de origen del mismo. La localización puede realizarla dicho Consejo de dos maneras, directamente con sus propios recursos y funcionarios, o acudiendo a un programa de localización de familia de origen.

c) Las labores de localización pueden permitir localizar o no dicha familia de origen. Si se llegare a localizar uno o ambos progenitores, el mismo Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tiene el deber de adoptar las medidas necesarias, para lograr la integración o reintegración del niño, niña o adolescente con su progenitor, progenitora o progenitores.

Por el contrario, si fuere imposible la localización de esta familia de origen, el respectivo niño, niña o adolescente debe ser protegido por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que viene conociendo del caso, motivo por el cual éste dictará la medida de abrigo. En este punto, la norma hace la interpretación acerca de cuáles son las familias en las cuales se puede ejecutar la medida de abrigo, a fin de evitar que el niño, niña o adolescente a quien se le ha dictado, sea entregado a cualquier familia. Por ello, se prevé que las familias responsables de ejecutar la medida de abrigo sólo podrán ser aquellas que aparezcan inscritas en el correspondiente registro de elegibles en materia de abrigo. Sin embargo, por cuanto puede suceder que no se encuentre una familia que llene este requisito previo y que, además, responda a las necesidades y características del respectivo niño, niña o adolescente, la medida de abrigo se ejecutará en entidad de atención.

Como puede observarse, para aplicar debidamente la disposición cuyas soluciones se comentan, los órganos administrativos del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, deben, a su vez, realizar una serie de actuaciones que comprenden, entre otras: el fortalecimiento de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para que éstos cumplan oportuna y correctamente los deberes que les impone el artículo 397-A; la difusión, entre la población, de los datos acerca de dónde están ubicados dichos Consejos, para que las personas puedan también cumplir su

deber de informar respecto a los niños, niñas o adolescentes que carezcan de sus progenitores o se encuentre separado o separada de ellos; el dictado de lineamientos para la elaboración de programas de localización de familias de origen, así como de familias responsables en materia de abrigo y de entidades de atención que puedan asumir, oportuna y correctamente, la ejecución de un abrigo cuando no se encuentre una familia que llene los requisitos para ello.

En cuanto a las actuaciones cuyo cumplimiento dispone el artículo 397-C, y las interpretaciones que van a ayudar a aplicar mejor el artículo 127 de la Ley de Reforma, deben destacarse las siguientes:

a) Dictada una medida de abrigo, el respectivo Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone del lapso máximo de treinta días, previsto en el citado artículo 127, los cuales deben computarse en forma continua, para localizar a los progenitores del respectivo niño, niña o adolescente.

b) Si cumplido dicho lapso máximo de treinta días continuos, dichos progenitores no son localizados o, habiéndoselos localizado resulta imposible la integración o reintegración del niño, niña o adolescente a su familia de origen nuclear, el respectivo Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debe remitir el expediente del procedimiento administrativo al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y, dicho Tribunal debe entregarle, al momento de recibir tal expediente, una copia certificada del mismo al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

c) El juez o jueza de mediación y sustanciación a quien corresponda conocer del caso remitido por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debe proteger, de inmediato al respectivo niño, niña o adolescente, para lo cual le dictará la correspondiente medida provisional de colocación familiar, pero no en la misma familia o entidad en la que se ejecutó el abrigo, sino en otra familia sustituta o en otra entidad de atención, debidamente inscritas en el registro que, a tal efecto, lleve la autoridad competente.

La razón por la cual las familias seleccionadas para los casos de abrigo no deben ser las familias seleccionadas para los casos de colocación familiar, es para evitar que el abrigo se convierta en una vía ilegal para obtener una adopción, ya que ello comprometería la calidad de la adopción, en perjuicio del respectivo niño, niña o adolescente, quien sería la única víctima. Por las mismas razones y tal como se observa en el artículo 493-H de la Ley de Reforma, sólo excepcionalmente los responsables de una colocación familiar pueden adoptar al niño, niña o adolescente de cuya colocación han sido responsables.

2. Colocación e integración o reintegración de niños, niñas y adolescentes a su familia de origen

Así como en el artículo 397-A se pone de manifiesto que, al tratar el abrigo como medida de protección, el legislador se inspira en lo dispuesto por el encabezamiento del segundo párrafo del artículo 75 de la Constitución, que consagra el derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir, ser criado y desarrollarse en el seno de su familia de origen, y de allí los deberes que impone a los órganos competentes para localizar esa familia, antes de que se dicte dicha medida, es evidente que sucede lo mismo con los artículos 397-C y 397-D, pero, esta vez, con relación al dictado de otra medida de protección como lo es la colocación familiar que es, a su vez, la modalidad de familia sustituta temporal, por excelencia. Por cuanto el comentario del artículo 397-C lo hice con ocasión del abrigo, comentaré ahora el contenido del artículo 397-D, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 397-D.- Integración o reintegración de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen.

Quando la colocación familiar se haya concedido a terceras personas, como consecuencia de la imposibilidad de lograr la integración o reintegración del respectivo niño, niña o adolescente en su familia de origen nuclear o ampliada, dichas personas deben colaborar con los responsables del programa de colocación familiar, a los fines de fortalecer los vínculos familiares con la familia del niño, niña o adolescente.

De lograrse la integración o reintegración del niño, niña o adolescente en su familia de origen nuclear o ampliada, el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a través de un programa de protección debe hacer seguimiento durante el año siguiente a la fecha en la cual se produjo dicha integración o reintegración. Durante dicho plazo debe realizarse un mínimo de cuatro evaluaciones integrales. Simultáneamente, se debe incluir a esta familia de origen en aquellos programas de fortalecimiento familiar que estime conveniente.

En caso que los progenitores del niño, niña o adolescente manifiesten su intención de lograr su integración o reintegración, pero las evaluaciones que se les realice resulten negativas, la colocación familiar debe continuar en la familia sustituta, hasta que se determine que procede dicha integración o reintegración o que la misma es inviable o imposible. De evidenciarse inviable o imposible la integración o reintegración familiar, la colocación familiar debe continuar mientras se determina la adoptabilidad del respectivo niño, niña o adolescente y se tramita la adopción.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a las colocaciones en entidad de atención. En todos estos casos, los expedientes relativos a las colocaciones deben permanecer en el respectivo Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes mientras no cese la correspondiente medida de protección”.

Esta es una de las disposiciones más importantes dentro de los nuevos artículos incorporados por la Ley de Reforma en materia de colocación familiar, ya que introduce una distinción indispensable para la correcta interpretación de los artículos 345 (familia de origen) y 394 (concepto de familia sustituta), y la concordancia entre estos artículos y el 397-C y 397-D permite colocar en una dimensión más práctica y útil a la colocación familiar, por las siguientes razones:

a) El artículo 397-D se refiere a los casos en los que la colocación familiar sea concedida a terceras personas (aquellas que no son parientes del respectivo niño, niña o adolescente), debido a que no fue posible integrar dicho niño, niña o adolescente, en su familia de origen, sea ésta nuclear (padre, madre) o ampliada (otros parientes). Al hacerse esta distinción en lo que a la familia de origen se refiere, es necesario admitir

que, de no localizarse a ninguno de los progenitores (familia de origen nuclear) o, si habiéndoselos localizado resulta imposible la integración o reintegración familiar del niño, niña o adolescente en cuestión, tal como lo dispone el antes comentado artículo 397-C, debe entonces intentarse la localización de otros parientes (familia de origen ampliada) y, de hallárselos, procede intentar la integración o reintegración del niño, niña o adolescente, en esta familia ampliada. De manera que sólo cuando se agote, completamente, la posibilidad de que el niño, niña o adolescente, permanezca con su familia de origen (nuclear o ampliada), es cuando se procederá a dictar la colocación familiar bajo la responsabilidad de terceras personas o en entidad de atención.

b) Concedida la colocación familiar a terceras personas o a una entidad de atención, quedan éstas obligadas, en atención al interés del respectivo niño, niña o adolescente, a colaborar con los responsables del programa de colocación familiar (en el que dichas personas deben estar inscritas de acuerdo con lo previsto en los artículos 397-C, 401 y 401-A), a fin de fortalecer los vínculos familiares entre el niño, niña o adolescente y su familia de origen (nuclear o ampliada). Esta obligación tiene su razón de ser en el carácter, esencialmente temporal, de la colocación familiar o en entidad de atención, ya que lo más importante para el niño, niña o adolescente que se encuentra en esta situación, es que se le brinde la posibilidad de integrarse o reintegrarse en su familia de origen, no pudiendo el responsable de la colocación permanecer ajeno o indiferente a la consecución de dicho objetivo. En aquellos casos en que los responsables de la colocación tengan el propósito final y no manifestado de adoptar al respectivo niño, niña o adolescente, probablemente no tendrán interés en colaborar en la integración o reintegración de éste en su familia de origen, para así evitar que lo separen de él. Esta situación, que resulta bastante frecuente en la práctica, ha sido tomada en cuenta por la Ley de Reforma, la cual en su artículo 493-H, desarrolla el supuesto referido al caso de quienes quieren transformar una colocación familiar en adopción, basados sólo en los años que el niño o adolescente tiene conviviendo con ellos. Dicha norma considera excepcional esta posibilidad, sujetándola al cumplimiento de una serie de requisitos, uno de los cuales es, precisamente, la obligación antes comentada, a cargo del responsable de la colocación familiar.

c) Si se logra la integración o reintegración familiar del niño, niña o adolescente, cesa la colocación como medida de protección, y de no lograrse, se mantiene la colocación hasta que se determine que el niño, niña o adolescente es o no adoptable y, de serlo, permanece en colocación mientras se tramita la respectiva adopción. También continuará la colocación familiar o en entidad de atención, en aquellos casos en que los progenitores manifiesten su intención de lograr la integración o reintegración del respectivo niño, niña o adolescente, pero las evaluaciones hechas a tales progenitores son negativas. Aun cuando en este supuesto, el artículo 397-D hace referencia sólo a los progenitores (familia de origen nuclear), debe entenderse que el mismo es extensivo a los otros parientes (familia de origen ampliada), pues ningún sentido tendría excluir a esta última a la luz de la importancia que le confiere el legislador en los supuestos anteriores.

d) Por cuanto podría suceder que una vez que el niño, niña o adolescente vuelva con su familia de origen, se produzcan nuevos episodios de desprotección que pongan en riesgo sus intereses y, por lo tanto, para tener cierta seguridad que el niño, niña o adolescente va a poder permanecer con su familia de origen, una vez lograda su integración o reintegración a la misma, al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes le corresponde disponer la inscripción de esta familia en un programa de protección, que tendrá a su cargo hacer un seguimiento de la misma durante un año, en el cual deben realizarse, por lo menos, cuatro evaluaciones integrales de la situación del niño, niña o adolescente en su familia de origen. Dicho Tribunal debe disponer también, la inclusión de esa familia en los programas de fortalecimiento familiar que el respectivo Juez estime convenientes de acuerdo con sus características. Lógicamente, si las evaluaciones resultan negativas, aun cuando el niño, niña o adolescente haya vuelto con su familia de origen, el Tribunal debe estar atento a lo que sea más conveniente para protegerlo, incluida la posibilidad de dictar una nueva colocación familiar o en entidad de atención.

3. Procedimiento aplicable a la colocación familiar o en entidad de atención

La Ley de Reforma mantiene a la colocación familiar y a la colocación en entidad de atención dentro de los asuntos de familia de naturaleza contenciosa, previstos en el párrafo primero del artículo 177, referido a la competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, correspondiéndole a esta materia la letra h) de dicho párrafo. Por su parte, el artículo 178 de la misma Ley de Reforma regula las atribuciones del mencionado Tribunal y al inicio de su primer párrafo dispone que:

“Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes conocen de los distintos asuntos y recursos de carácter contencioso conforme al procedimiento ordinario previsto en esta Ley, aunque en otras leyes tengan pautado un procedimiento especial...”.

De esta manera, no queda duda que el procedimiento aplicable a la colocación familiar o en entidad de atención será sólo y únicamente, el llamado procedimiento ordinario, previsto en los artículos 450 al 492 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Concluye por tanto, cualquier discusión acerca del procedimiento aplicable a esta materia, debiendo tenerse presente que, para aquellos casos en que no haya persona alguna a quien notificar, por desconocerse el paradero o la identidad de los progenitores y/o de los otros parientes del respectivo niño, niña o adolescente, cuya colocación debe decidirse, resultará aplicable lo dispuesto en el párrafo único del artículo 457 de la Ley de Reforma, referido a la admisión de la demanda, en el cual se dispone lo siguiente:

“En los casos de colocación familiar o colocación en entidad de atención, cuando sea inviable la notificación de persona alguna, por haber sido imposible la ubicación de la familia de origen del niño, niña o del adolescente, la audiencia preliminar se fijará a partir del día de admisión de la demanda. Lo aquí dispuesto será aplicable en los casos de restitución internacional cuando existan fundados indicios, a criterio del juez o jueza, de que la persona que ha sustraído o retenido un niño, niña o adolescente se encuentra fuera del territorio nacional”.

A través de la solución, la Ley pretende evitar que, en los casos antes mencionados, se postergue indefinida e inútilmente la realización de la audiencia preliminar del respectivo procedimiento y, con ello, el que el pueda dictarse, en tiempo oportuno, la correspondiente medida de colocación familiar o en entidad de atención, por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 471 de la Ley de Reforma, no procede la fase de mediación en la audiencia preliminar del procedimiento ordinario que se aplica en materia de colocación familiar y en entidad de atención, motivo por el cual el juez debe ordenar que se realice directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar en el auto de admisión.

4. De los programas de colocación familiar

Habida cuenta de la importancia que, para la consecución de los objetivos de la colocación familiar o en entidad de atención, le confiere la Ley a la existencia y funcionamiento de los programas que hagan posible la capacitación de las personas interesadas en convertirse en esta modalidad de familia sustituta, así como el seguimiento de las colocaciones decididas por los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley de Reforma incorporó dos nuevas disposiciones, a efectos de precisar algunos aspectos insuficientemente desarrollados en la Ley Reformada. La primera de estas disposiciones es el artículo 401-A, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 401-A.- Inscripción, evaluación, capacitación y registro.

Para que a una persona pueda concedérsele una colocación familiar por un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debe inscribirse en un programa de colocación familiar, a fin de ser previamente evaluada bio-psico-social y legalmente, para determinar su idoneidad. Una vez determinada tal idoneidad, la persona debe ser capacitada por el mencionado programa, mediante cursos de formación y orientación para familias sustitutas en modalidad de colocación familiar. Concluida la capacitación, se le incorporará al registro de elegibles en materia de colocación familiar. Copia de este registro debe remitirse al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a los Consejos Municipales de Derechos de Niños,

Niñas y Adolescentes y a los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El registro de elegibles se debe actualizar cada tres meses”.

El contenido de esta norma se refiere a las actuaciones que debe cumplir toda persona interesada en que se le conceda una colocación familiar. Dichas actuaciones son tres: a) inscripción en un programa de colocación familiar, para que, de manera previa, se le evalúe en forma integral y se determine la idoneidad de la persona, para asumir la responsabilidad de una colocación familiar; b) de resultar idónea, la persona debe ser capacitada por el mismo programa, mediante los cursos de formación y orientación; c) finalizada la capacitación, la persona será incorporada como elegible en el registro que lleve el responsable del correspondiente programa de colocación familiar. Por otra parte, el artículo amplía el número de órganos a los cuales debe hacerse llegar copia de dicho registro, ya que, además de los respectivos Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, alude, también al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y a los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La disposición también le da importancia a la actualización periódica del registro de elegibles, para lo cual fija lapsos de tres meses, lo cual permite incorporar a las personas que han finalizado su capacitación durante ese lapso y desincorporar a quienes no quieran o no puedan continuar como elegibles en materia de colocación familiar.

La segunda de dichas disposiciones es el artículo 401-B, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 401-B.- Seguimiento.

En todos los casos, una vez decidida la colocación familiar de un niño, niña o adolescente con la persona o pareja que seleccione el juez o jueza, el o la responsable del correspondiente programa de colocación familiar, debe hacer seguimiento de dicha colocación, realizando una evaluación integral y elaborando el respectivo informe bio-psico-social-legal. De los resultados de este seguimiento debe informar al respectivo juez o jueza de mediación y sustanciación, cada tres meses. Así mismo, dicha información debe remitirse a la

correspondiente oficina de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, a los fines del artículo 493-D de esta Ley”.

La norma aclara en qué consiste el seguimiento o supervisión, como ya lo titula el artículo 401 de la Ley Reformada, de las colocaciones familiares que dicten los jueces, y que está a cargo del responsable del correspondiente programa de colocación familiar. En efecto, de acuerdo con lo que dispone la norma, se debe realizar, cada tres meses, una evaluación integral, y elaborar el correspondiente informe bio-psico-social-legal de las personas que participan en la respectiva colocación, esto es, tanto del niño(s), niñas(s) y/o adolescente(s) colocados, como de la persona o pareja a quien(es) se les concedió la colocación familiar. El informe que se elabore tiene dos destinatarios, uno de ellos, lógicamente, es el correspondiente juez de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a fin de que éste pueda tomar, con prontitud, las decisiones que requiera el interés superior de los respectivos niño(s), niña(s) y/o adolescente(s), ya sea su integración o reintegración a su familia de origen, que prosiga su colocación con la persona a quien le fue concedida o el conferimiento de la colocación familiar a otra persona o a una entidad de atención y, de ser el caso, que se determine su adoptabilidad. El otro destinatario del informe deben ser la correspondiente oficina estatal de adopciones, así como la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, a objeto de que la oficina estatal cumpla las actuaciones que dispone el artículo 493-D de la Ley de Reforma, las cuales están encaminadas a prestar apoyo técnico para que el respectivo juez de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, decida en uno de los sentidos antes indicados. Con ello se pretende evitar que los casos de colocación familiar o en entidad de atención queden olvidados en el archivo del mencionado Tribunal, y se viole el derecho de todo niño, niña y adolescente a ser criado en una familia. En el caso de la oficina nacional de adopciones, estos informes la ayudarán a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 493-I, de la mencionada Ley, que la hace responsable de elaborar y actualizar un registro nacional de niños, niñas y adolescentes a ser adoptados y de solicitantes de adopción.

II. Consideraciones generales relativas a la adopción

En materia de adopción los mayores cambios contenidos en la Ley de Reforma se refieren a su procedimiento, al punto que es el único asunto de familia de naturaleza contenciosa que tiene un procedimiento propio y distinto del ordinario. No obstante, también resultó indispensable introducir algunas modificaciones en las disposiciones que regulan los aspectos generales de la adopción, las cuales se justifican por la necesidad de adecuar el texto de la Ley Reformada a las previsiones constitucionales, vigentes a partir de 1999.

Puede afirmarse que los contenidos de los artículos 408, 409, 410, 412 al 415, 417 al 421, 424 al 428, permanecen sin modificación de fondo, ya que los ajustes son meramente formales, y se refieren a los ajustes de género que se aplicaron a todas las disposiciones de la Ley Reformada. En consecuencia, mis comentarios están referidos sólo a los artículos con modificaciones de fondo.

Estos artículos son los siguientes.

1) El artículo 407 se refiere a los tipos de adopción, nacional e internacional, destacando en el caso de la adopción nacional, la exigencia de que los solicitantes tengan residencia habitual por más de un año en el territorio venezolano, sin importar su nacionalidad. Esta solución modifica sustancialmente el contenido de la parte final del párrafo primero del artículo 443 de la Ley Reformada, en la cual se hace referencia a la nacionalidad de las personas para adoptar y no a su residencia habitual, que es lo legalmente correcto si tenemos en cuenta el texto de los artículos 16, 25 y 11 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, la norma contenida en el mencionado artículo 407 dispone, que sea la residencia habitual de las personas que quieren adoptar en Venezuela lo fundamental en una adopción nacional y, para el caso de quienes estaban residenciados fuera de este país, se exige que haya transcurrido más de un (1) año de haber ingresado en él, con el propósito de fijar aquí su residencia habitual. Este lapso se fijó en atención a lo previsto en el artículo 23 de la citada Ley de Derecho Internacional Privado, pues se estimó conveniente uniformar, en los casos que sea posible, el límite mínimo de permanencia

en el país para hacer surgir determinadas consecuencias legales. De no cumplirse con el elemento objetivo del transcurso de un (1) año de residencia habitual en Venezuela y el elemento subjetivo, de que se tenga el propósito de fijar en él dicha residencia, la adopción será internacional y deberá tramitarse como tal.

En cuanto a la adopción internacional, se reubican en el artículo 407 de la Ley de Reforma, los contenidos de los artículos 443 y 445 de la Ley Reformada, los cuales se refieren a la definición de la adopción internacional y a su subsidiariedad con respecto a la nacional, respectivamente.

2) El artículo 411 amplía lo relativo a las categorías de personas que desean adoptar y se adecúa su texto a la previsión del artículo 77 de la Constitución, al permitir la adopción conjunta a las parejas que mantengan una unión estable de hecho. Esta adecuación también tiene lugar en el caso de la letra b) del artículo 494 de la Ley de Reforma.

3) El artículo 416 tiene modificaciones en su contenido que son consecuencia de la reforma procesal. En tal sentido y acorde con la importancia que se confiere a la determinación de la adoptabilidad del respectivo candidato a adopción, se elimina el requerimiento general de que todos los consentimientos y opiniones se otorguen directamente ante el juez. Esto permite que el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente a ser adoptado, sea dado ante la correspondiente oficina de adopciones, lo cual concuerda con lo previsto en la letra a) del artículo 493-A, y en los artículos 493-C y 493-F, los cuales pertenecen a la parte procesal de la adopción. Se estimó que las oficinas de adopciones están mejor equipadas que los jueces, para cumplir con todo lo relativo al asesoramiento que debe darse a los progenitores que ejerzan la patria potestad, tal como lo establece el artículo 493-C. De todas maneras, el juez tendrá siempre la posibilidad de revisar lo actuado por la respectiva oficina de adopciones, antes de dictar el auto declarando la adoptabilidad bio-psico-social-legal del candidato a adopción.

En materia de opiniones, la norma también introduce facilidades para que los hijos de los solicitantes de la adopción puedan expresar su opinión

al respecto, a pesar de encontrarse fuera del país, siempre que lo hagan ante funcionarios venezolanos competentes para ello acreditados en el extranjero. Con esto se pretende evitar, por una parte, que estas personas se vean obligadas a interrumpir sus estudios, trabajos o vida familiar en el exterior, para viajar a Venezuela y opinar respecto de la adopción que solicite uno a ambos progenitores y, por la otra, que la falta de opinión de estas personas, una vez que se demuestre su existencia, pueda entorpecer, de alguna manera, el curso normal del respectivo procedimiento de adopción. Así pues, se concede a estas personas la facilidad de opinar a distancia, siempre que dicha opinión se incorpore de manera auténtica y oportuna al expediente, ya que la ley no requiere que las mismas sean previamente asesoradas.

4) El artículo 422 incorpora en su título el aspecto que se modifica, que es el referido al seguimiento del período de prueba. Por cuanto la disposición correspondiente de la Ley Reformada sólo se refiere a las adopciones nacionales, la modificación está dirigida a subsanar el vacío que existe en cuanto al seguimiento de las adopciones internacionales, estableciéndose, además, una duración mayor para el período de prueba en estos casos, que pasa a ser de un (1) año, así como el número mínimo de evaluaciones se fija en tres (3). Estos cambios responden a lo que verdaderamente ocurre en la práctica cuando se trata de dichas adopciones. El artículo concuerda con lo dispuesto en el artículo 493-P y, en su última parte se reubica el contenido del artículo 449 de la Ley Reformada, atribuyendo responsabilidades en cuanto a la realización del seguimiento de las adopciones internacionales, cuando Venezuela sea país de origen, a los organismos públicos o instituciones extranjeras que presenten la respectiva solicitud de adopción. Esta última solución introduce modificaciones a la práctica actual, ya que en tales casos se ha contado con la colaboración del Servicio Social Internacional, que es una organización no gubernamental que ha prestado una valiosa ayuda tanto a la Oficina de Adopciones del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, como a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente. En los casos en que Venezuela sea país receptor de la adopción, la realización del seguimiento corresponderá a la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

5) El artículo 423 se modificó para precisar que será el juez de mediación y sustanciación, el competente para conocer de las solicitudes de prórroga del período de prueba, cualquiera sea el tipo de adopción. La modificación también comprende el reconocimiento de cualidad a la correspondiente oficina de adopciones, para que también pueda solicitar dicha prórroga.

6) El artículo 429 se reformó con un doble objeto: en primer lugar, adecuar su contenido al artículo 56 de la Constitución, armonizándolo con el carácter confidencial del contenido de los informes previstos en los artículos 420 y 421 de la Ley Reformada, así como el de los expedientes de adopción; y, en segundo lugar, no dejar dudas acerca de que dichos expedientes deben permanecer archivados en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que decida lo relativo a la adopción, el cual debe remitir una copia certificada del respectivo expediente a la oficina de adopciones correspondiente.

En cuanto al primer aspecto, se reconoce sin limitaciones el derecho del adoptado, a partir de los doce años de edad o su representante, a tener acceso al respectivo expediente, posibilitándose, de esta manera, que conozca sus raíces familiares, así como cualquier aspecto de su pasado que le resulte importante indagar. No obstante, cuando el adoptado no haya alcanzado esta edad, se le protege en los casos que quiera ejercer este derecho, para lo cual se dispone que lo haga a través de sus representantes legales. Por cuanto el expediente puede contener información que afecte a estas personas, se mantiene la previsión de que los solicitantes sean previamente asesorados por el equipo multidisciplinario del respectivo Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o de la oficina de adopciones correspondiente.

En la misma disposición se reconoce la facultad del Ministerio Público de tener acceso ilimitado a los contenidos de los expedientes de adopción.

7) Los artículos 431 al 449 aparecen como derogados no porque desaparezca su contenido, sino porque el mismo se ha modificado y reubicado en otro artículo de esta Ley de Reforma.

III. Comentarios relativos al nuevo procedimiento de adopción

Aspectos más relevantes:

- 1) El procedimiento de adopción comprende dos (2) fases perfectamente delimitadas: la administrativa y la judicial.
- 2) El articulado que desarrolla la fase administrativa es totalmente nuevo y comprende desde el artículo 493-A hasta el 493-R, ambos inclusive.
- 3) La fase administrativa está a cargo, fundamentalmente, de las oficinas de adopciones; no obstante, desde esta fase comienza la participación del juez de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- 4) La fase judicial mantiene algunas soluciones del procedimiento anterior, y en ella están presentes aquellos principios rectores contenidos en el artículo 450 de la Ley de Reforma que resultan compatibles con la especialidad de la materia.
- 5) En el procedimiento se regula en paralelo tanto lo relativo a la adopción nacional, como a la internacional, diferenciándose, en esta última, cuando Venezuela es país de origen y cuando es país de recepción de la adopción.
- 6) La improcedencia de la mediación en materia de adopción está contenida en el artículo 471 de la Ley de Reforma.

Comentarios al procedimiento de adopción contenido en la Ley de Reforma.

FASE ADMINISTRATIVA

1 Inicio

El artículo 493-A regula los pasos a seguir para que se dé inicio a la fase administrativa de la adopción nacional, mientras que el artículo 493-B regula los relativos a la adopción internacional. En efecto, en los ca-

sos de adopciones nacionales, tanto el niño, niña o adolescente que puede ser adoptado, como los solicitantes de la adopción deben tener residencia habitual en Venezuela, independientemente de su nacionalidad, y con la particularidad arriba comentada en el caso previsto por el artículo 407. Por interpretación en contrario, la adopción internacional presupone que estas personas estén domiciliadas habitualmente en distintos países.

Si el niño, niña o adolescente a ser adoptado es quien tiene su residencia habitual en Venezuela y los solicitantes la tienen en otro país, Venezuela será considerado país de origen de la adopción. En caso contrario, esto es, si son los solicitantes quienes tienen su residencia habitual en Venezuela y el niño, niña o adolescente a ser adoptado la tiene en otro país, Venezuela será país de recepción de la adopción. La residencia habitual o la nacionalidad de los progenitores del niño o adolescente que va a ser adoptado no tienen relevancia alguna para calificar la adopción como nacional o internacional, ya que podría suceder, incluso, que se desconozca su identidad o su paradero, sin que ello afecte la calificación de la adopción.

En el caso de la adopción nacional, ésta puede comenzar de distintas maneras, de allí que la norma consagra tres posibilidades y, en cada una de ellas, la actuación que da inicio al procedimiento dependerá de la persona o personas que la realice. Así, la adopción nacional puede comenzar con la solicitud que formule un progenitor (si la filiación está determinada sólo con respecto a él) o, ambos progenitores de un niño, niña o adolescente, para **darlo en adopción** (letra a) del artículo 493-A). La norma no permite que el o los progenitores escojan la persona o personas a quienes desean dar en adopción al niño, niña o adolescente, ya que eso sería propiciar las llamadas entregas directas, que tanto han contribuido con el tráfico de personas menores de edad. Por lo tanto, el niño, niña o adolescente cuyo progenitor o progenitores desean darlo en adopción, sólo podrá ser adoptado por una persona o pareja previamente seleccionada por la correspondiente oficina de adopciones, de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley.

La adopción también puede comenzar mediante la **solicitud para adoptar** que formule una persona o pareja aspirante a la adopción (letra b)

del artículo 493-A). A diferencia del supuesto previsto en la letra a), en el cual la solicitud que formula uno o ambos progenitores puede presentarse, indistintamente, ante una oficina estatal de adopciones o, ante el equipo multidisciplinario de un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la solicitud del aspirante o aspirantes a la adopción sólo podrá hacerse ante la oficina estatal de adopciones del lugar de su residencia habitual. En ambos casos, dicha solicitud se hará verbalmente y será recogida por un funcionario de la correspondiente oficina, en un formulario previamente elaborado al efecto.

La tercera manera como puede iniciarse el procedimiento de adopción es mediante requerimiento formulado por un juez de mediación y sustanciación a la respectiva oficina estatal de adopciones (letra c) del artículo 493-A), para que seleccione una persona o pareja del registro de solicitantes de adopción elegibles.

En el caso de las adopciones internacionales, el inicio de la fase administrativa varía según Venezuela sea país de origen o país receptor (artículo 493-B). Esta norma está inspirada en lo previsto en el artículo 14 de la Convención de La Haya de 1993, sobre Protección de Niños y Cooperación en materia de Adopción Internacional. Por tal razón se dispone que, en el primer caso, el procedimiento de adopción comience desde el momento en que el o los solicitantes, con residencia habitual fuera de Venezuela, formulan la correspondiente solicitud ante representantes de organismos públicos o instituciones autorizadas por las autoridades competentes del correspondiente país, de acuerdo con el tratado o convención que en materia de adopción internacional esté vigente entre Venezuela y dicho país. Si Venezuela es país receptor, la adopción internacional comenzará con la correspondiente solicitud, que formulará el o los interesados ante la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se reubicó dentro de esta disposición el contenido del artículo 444 de la Ley Reformada, con dos cambios importantes que son: hace referencia a tratados o convenciones que regulen, especialmente y no de manera general, la adopción, y abarca también los tratados o convenciones vigentes entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual del niño,

niña o adolescente a ser adoptado, para los casos en que Venezuela es país de recepción de la adopción.

2 Asesoramiento a los progenitores

La razón fundamental por la que el o los progenitores que quieren dar en adopción un niño o adolescente, deben acudir bien ante la oficina estatal de adopciones o, ante el equipo multidisciplinario de un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es para poder asesorarlos debidamente antes de que formalicen su consentimiento para que el niño, niña o adolescente sea adoptado (artículo 493-C). Por cuanto existe total convencimiento de que serán muy pocos los progenitores que acudan a dar cumplimiento a lo dispuesto en la letra a) del artículo 493, se prevé una obligación de alcance general, para que cualquier persona que tenga conocimiento de un progenitor o progenitores que quieran dar en adopción un hijo, lo informe, en el menor tiempo posible, a un Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, una oficina estatal de adopciones, un Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, el Ministerio Público o un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El sentido de esta previsión es tratar de cumplir con la norma constitucional y legal que privilegia la permanencia de los niños, niñas y adolescentes con su familia de origen, fomentando la participación ciudadana para evitar que aquellos progenitores, que se dispongan a tomar una decisión tan importante como lo es entregar un hijo menor de edad a cualquier persona, tengan la oportunidad de recibir ayuda de profesionales expertos que les expliquen ampliamente los efectos, de toda índole, pero sobre todo legales, que produce la adopción, entre ellos, la extinción de pleno derecho de la patria potestad.

Resulta deseable que todas aquellas personas que se manifiestan contrarias a que los progenitores pierdan la patria potestad de sus hijos, sin una buena razón, se conviertan en difusores de esta solución y procedan a dar inmediato aviso a los funcionarios competentes, si tienen conocimiento de casos como éstos.

Por cuanto algunas categorías de personas, como por ejemplo, médicos, enfermeras y, en general, quienes realizan labores en servicios y centros

de salud, públicos o privados, así como parteras o comadronas, pueden llegar a conocer, con más facilidad, situaciones como las antes mencionadas, la norma prevé la aplicación de sanciones para ellas, en caso que no informen, a determinados órganos del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y Ministerio Público), dentro de un plazo perentorio de 24 horas, sobre algún caso es éstos del que hayan conocido. Es importante destacar que la norma explica en qué consiste el asesoramiento que debe darse a los progenitores incurso en el supuesto de hecho de la misma. En todo caso, por cuanto no puede suspenderse indefinidamente la voluntad de los progenitores que desean dar en adopción uno o más hijos, una vez que hayan sido debidamente asesorados, si persisten en su propósito pueden otorgar el consentimiento en cuestión, pero, tal y como se dijo antes, para que el respectivo niño, niña o adolescente pueda ser adoptado de acuerdo con las previsiones legales.

3. Informes periódicos sobre niños, niñas y adolescentes

Uno de los principales problemas que se presentan en la práctica en materia de adopción es cómo y cuándo saber que un niño, niña o adolescente a quien se ha dictado una medida de colocación familiar, sea en familia sustituta o en entidad de atención debe reintegrarse a su familia de origen o estudiarse para determinar su adoptabilidad. Si bien la Ley Reformada dispone en su artículo 131 que las medidas de protección, excepto la adopción, deben ser revisadas cada seis (6) meses, a objeto de saber si se les ratifica, sustituye, complementa o revoca, según el caso, en la práctica esta previsión no se cumple. La razón para ello es que ha faltado el procedimiento a seguir, donde se indique cómo llegará la información necesaria a las autoridades competentes para que éstas puedan decidir lo que corresponda, oportunamente, y se evite que las medidas de protección se extiendan, sin razón alguna, en el tiempo y ocasionen, en casos como los de colocación familiar o en entidad de atención, un daño irreparable al niño, niña o adolescente a quien se le aplicó, ya que podría quedar institucionalizado en una entidad de atención o colocado en una familia que nunca será la

propia. Esta es la situación que se pretende resolver con lo dispuesto en el artículo 493-D de la Ley de Reforma, donde la responsabilidad de informar es compartida entre varios obligados, a saber: jueces de mediación y sustanciación, entidades de atención y responsables de programas de colocación en familia sustituta o en entidad de atención. Todos ellos deben suministrar información a las oficinas de adopciones, organismos éstos cuyas funciones generales se previeron en el artículo 145 de la Ley Reformada, mas no se previó cómo las cumplirían. Lo interesante es que la información que se suministre se contrastará al provenir de distintas fuentes, por ejemplo, si los jueces de mediación y sustanciación elaboran y remiten a la correspondiente oficina de adopciones, el informe cualitativo y cuantitativo relativo a determinados niños, niñas o adolescentes, a quienes se les dictó medida de protección de colocación en entidad de atención, el informe que, a su vez, remita a la misma oficina de adopciones la respectiva entidad de atención, debe coincidir en muchos aspectos con el del mencionado juez.

La periodicidad en el envío de los informes se colocó trimestralmente, para impedir que los casos se inmovilicen y permitir que pueda cumplirse oportunamente con lo previsto en el citado artículo 131 de la Ley Reformada.

Así mismo, por cuanto es necesario que los organismos obligados a suministrar esta información a las oficinas de adopciones, no se excusen alegando desconocer cómo se elaboran los correspondientes informes cualitativos y cuantitativos, la norma dispone que, tanto las entidades de atención como los programas de colocación familiar o en entidad de atención deben recibir apoyo técnico de las oficinas de adopciones, las cuales tienen también, a su cargo, realizar el seguimiento correspondiente.

4. Informes de adoptabilidad y auto de adoptabilidad

La determinación de la adoptabilidad del niño, niña o adolescente que se pretende dar en adopción, como requisito previsto en el artículo 420 de la Ley Reformada, se ha prestado, en la práctica, a una serie de confusiones. Por tal motivo, se estimó conveniente prever las actuaciones que deben cumplir las oficinas de adopciones, como órganos responsables

para realizar tal determinación, desde la triple óptica bio-psico-social (artículo 493-E). Para ello, dichas oficinas deben analizar los informes y estudios elaborados, entre otros, por las entidades de atención, sin que esto signifique que los mismos tienen carácter vinculante. Si estos informes y estudios, así como la documentación que los acompaña, resultan insuficientes, a juicio de la correspondiente oficina de adopciones, ésta podrá realizar las actuaciones que consideren oportunas en cada caso, antes de elaborar el respectivo informe integral de adoptabilidad a ser enviado al juez de mediación y sustanciación.

El mencionado funcionario judicial es el competente para dictar el auto de adoptabilidad (artículo 493-F), para lo cual es imprescindible que se cerciore de la validez del consentimiento otorgado por los progenitores, ya sea que éstos hayan manifestado su deseo de consentir en la adopción de un hijo menor de edad (letra a) del artículo 493-A), sea que se les haya localizado con posterioridad a la localización del respectivo niño y hayan consentido en esa ocasión. Es sólo después que el juez de mediación y sustanciación ha dictado el mencionado acto, cuando se puede considerar adoptable un determinado niño, niña o adolescente.

5. Emparentamiento técnico

Determinada la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, se certificará la misma y se pasará al emparentamiento técnico. Esta es una de las actuaciones más importantes de este procedimiento, por cuanto, hasta la fecha no ha existido previsión legal alguna que regule lo relativo a cómo se produce la aproximación inicial entre un niño, niña o adolescente que puede ser adoptado, y el o los sujetos interesados en adoptarlo, ya que en esto consiste lo que se denomina emparentamiento técnico. A tales fines, el artículo 493-G dispone que, una vez certificada la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, la correspondiente oficina de adopciones debe seleccionar tres (3) personas o parejas que hayan sido evaluadas conforme lo previsto en los artículos 493-J y 493-L, se les considere idóneas para adoptar y resulten adecuadas a las necesidades y características de dicho niño, niña o adolescente. Es este último aspecto lo determinante para realizar la selección de estas personas o parejas, y no la fecha en que las mismas fueron declaradas idóneas

para adoptar, ya que aun cuando lo hayan sido no se les seleccionará para integrar la mencionada terna hasta que el candidato a adopción sea un niño, niña o adolescente que requiera ser adoptado por este tipo de personas o parejas.

Es oportuno señalar que, en ciertos casos y debido a las especiales características de un determinado niño, niña o adolescente, podría resultar imposible o inviable encontrar estas tres (3) personas o parejas para realizar un emparentamiento técnico, por ejemplo, si se trata de un candidato a adopción que presente alguna discapacidad o una cierta edad. Frente a esta dificultad, la respectiva oficina de adopciones debe informar de ello al juez de mediación y sustanciación, para que sea él quien decida que el emparentamiento se puede realizar teniendo en cuenta un número menor de personas o parejas idóneas para adoptar ese niño, niña o adolescente.

Seleccionadas las personas o parejas del registro de solicitantes de adopción elegibles, se les informará, por escrito, acerca de los aspectos fundamentales del niño, niña o adolescente que podría ser adoptado por una de ellas, y una vez que las mismas dispongan de esta información, comienza a correr un plazo máximo de quince (15) días, para que manifiesten, ante la respectiva oficina de adopciones, si tienen o no interés en adoptar al niño, niña o adolescente que les ha sido propuesto (primer párrafo del artículo 493-M). Si más de una persona o parejas manifiesta interés en tal adopción, corresponderá al juez de mediación y sustanciación reunirse con el equipo interdisciplinario de la respectiva oficina de adopciones, para entrevistarse, por separado, con cada una de las personas o parejas que aspiran a esa adopción (artículo 493-N). Terminadas las entrevistas, es el mencionado juez quien tiene atribuida competencia para tomar la decisión final acerca de cuál de las personas o parejas entrevistadas es la más conveniente a los intereses y características del candidato a adopción, basándose para ello tanto en la documentación que deberá suministrarle la oficina de adopciones que lleva el caso, como en los resultados de la entrevista.

En el caso de las adopciones internacionales, el emparentamiento técnico variará según Venezuela sea país de origen o país receptor de la

adopción, ya que las autoridades competentes para recibir las correspondientes solicitudes de los interesados y la determinación de su idoneidad son distintas en cada caso (artículo 493-K y segundo párrafo del 493-L). En efecto, si él o los solicitantes de una adopción residen fuera de Venezuela, su solicitud la presentarán ante los funcionarios competentes para ello según las leyes del país de residencia, y será en ese mismo país donde se elabore el correspondiente informe integral (biopsico-social-legal). Este informe y los documentos que lo sustentan deben ser enviados por las autoridades extranjeras competentes a las autoridades venezolanas, a fin de que sea sometido al estudio y a la aprobación de la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Si esta oficina le imparte su aprobación, él o los solicitantes serán incorporados al registro de solicitantes de adopción internacional elegibles; caso contrario, devolverá el informe y la documentación a las autoridades extranjeras que lo remitieron, a los fines consiguientes. Por cuanto estos solicitantes de adopción internacional residen fuera de Venezuela, no puede realizarse el emparentamiento técnico de la misma forma que en el caso de las adopciones nacionales. La especialidad que el procedimiento incorpora para tales casos, está prevista en el segundo párrafo del artículo 493-M. En efecto, corresponde a la oficina nacional de adopciones remitir a los solicitantes de adopción, a través de las autoridades competentes, la información sobre el niño, niña o adolescente residenciado en Venezuela para quien estos solicitantes resultan adecuados, a fin de que manifiesten si tienen interés o no en adoptarlo. A esos efectos, se les concederá un plazo máximo de tres (3) meses para que respondan. Si la respuesta es positiva continúa el procedimiento; si es negativa concluye y los solicitantes pueden permanecer en el correspondiente registro de elegibles en espera de que aparezca otro niño o adolescente, que pueda ser sujeto de una adopción internacional por estas personas.

En el otro supuesto de adopción internacional, esto es, si él o los solicitantes de adopción residen en Venezuela, la correspondiente solicitud la presentarán ante la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Esta oficina tendrá a su cargo la elaboración del respectivo informe integral y, de ser éste

positivo, lo remitirá a las autoridades competentes del país de la residencia habitual de los potenciales candidatos a adopción. A partir de este momento, el solicitante o solicitantes de adopción deberán observar el procedimiento que, para la adopción internacional, esté previsto en el ordenamiento jurídico de ese otro país.

6. Intercambio de información entre las oficinas de adopciones

Una de las características más importantes del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes previsto en el artículo 117 de la Ley de Reforma, es la descentralización administrativa. Ello permite que los niños, niñas o adolescentes cuya adoptabilidad está certificada, puedan ser adoptados por personas o parejas que residan habitualmente en la misma circunscripción territorial en la que el candidato a adopción se encuentra residiendo. Sin embargo, tal circunstancia puede llegar a ser negativa, si a los niños, niñas o adolescentes que no puedan ser adoptados en el respectivo estado, no se les pudiese buscar, en otro lugar del territorio nacional, la persona o pareja idóneas para que los adopten. De ser así estarían condenados a permanecer recluidos en una entidad de atención o colocados en una familia sustituta hasta su mayoría. Esta situación pretende ser resuelta mediante lo dispuesto en el artículo 493-I de la Ley de Reforma. Dicha norma parte del supuesto de que las oficinas estatales de adopciones, se esforzarán porque a los niños, niñas o adolescentes cuya adoptabilidad está determinada y que tengan residencia habitual en los respectivos territorios, se les pueda emparentar con una persona o pareja idónea para su adopción, que habite también en ese estado, y en un plazo no mayor de tres (3) meses. Sin embargo, si ello no es posible, una vez concluido este plazo, dichas oficinas deben intercambiar, cada tres (3) meses, información relativa a aquellos niños, niñas o adolescentes que no han sido emparentados en el respectivo estado.

Por otra parte, la disposición involucra en esta búsqueda a la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, a la cual debe suministrarse, también, copia de la información que circule entre las oficinas estatales de adopciones. La finalidad de esta remisión es muy importante, ya que una vez en poder

de esta información dicha oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, debe proceder a elaborar, y mantener actualizado, un registro nacional tanto de niños o adolescentes adoptables, como de las personas cuya idoneidad para adoptar ha sido determinada.

Sólo cuando se cumpla con la búsqueda en todo el territorio de personas o parejas idóneas para emparentarlas con los mencionados niños, niñas o adolescentes, dentro de los plazos ya señalados es cuando se considerará la posibilidad de una adopción internacional. En tales casos, la validación de la subsidiariedad de la adopción internacional, estará a cargo de la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

7. Emparentamiento personal

Concluido el emparentamiento técnico y escogida, por tanto, la persona o pareja idónea para adoptar un determinado niño, niña o adolescente, el procedimiento continúa con lo que se denomina el emparentamiento personal, regulado en el artículo 493-N. Dicho emparentamiento consiste en que la persona o pareja que va a adoptar sea autorizada por el juez de mediación y sustanciación, a solicitud de la correspondiente oficina de adopciones, para visitar al niño, niña o adolescente que va a ser adoptado, en el lugar donde éste habite y poder así entablarse una relación personal entre ellos, como paso previo e indispensable al período de prueba. Para poder decidir respecto a esta autorización, el mencionado juez debe recibir de la respectiva oficina de adopciones, copia certificada de todo el expediente que se ha instruido durante la fase administrativa, del cual dicho juez conoce sólo los informes que se le suministraron con ocasión del emparentamiento técnico.

En cuanto al tiempo de duración del emparentamiento personal, la norma establece una duración entre quince (15) y treinta (30) días. En el caso de las adopciones internacionales en que Venezuela sea país de origen, el emparentamiento personal sobreviene una vez que los solicitantes de la adopción, cuya residencia habitual está en otro país, manifiesten, por escrito, a la oficina nacional de adopciones del Consejo

Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, su interés en el niño, niña o adolescente que se les propuso en la etapa de emparentamiento técnico. Al conocer esta información, la oficina nacional de adopciones debe remitir el expediente al juez de mediación y sustanciación, a fin de que éste conozca el caso y pueda prepararse para cuando estas personas vengan a Venezuela. El viaje en cuestión se hará en la oportunidad que fijen conjuntamente el juez y dicha oficina nacional de adopciones, y tiene varias finalidades: sostener una entrevista personal con el juez, quien así podrá constatar si se trata de las mismas personas que formularon la solicitud de adopción y que éstas ratifiquen ante esta autoridad su decisión en adoptar al niño, niña o adolescente que les fue propuesto. Superados estos dos aspectos, es cuando el juez de mediación y sustanciación procederá a autorizar el emparentamiento personal. A tales efectos, resulta aplicable a la adopción internacional lo relativo al lapso de duración de entre quince (15) y treinta (30) días, previsto para el caso de las adopciones nacionales, con la particularidad de que la práctica, en esta materia, indica que los niños o adolescentes adoptados internacionalmente se encuentran en entidades de atención y no en colocaciones familiares. Por este motivo, en el último párrafo del artículo 493-N se prevé la posibilidad de que el juez conceda la pernocta del niño, niña o adolescente con los solicitantes de la adopción, pero siempre bajo el seguimiento de la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por supuesto, lo relativo a la Responsabilidad de Crianza y la representación del candidato a adopción, durante la etapa de emparentamiento personal, continuará a cargo de la persona que las ha venido ejerciendo hasta ese momento. No obstante, si el emparentamiento personal se realiza con pernocta, el o los solicitantes de la adopción deben asumir, por escrito, ante el juez, la responsabilidad por el cuidado y la seguridad del candidato a adopción.

8. Casos en los que procede la adopción por los responsables de una colocación en familia sustituta

A objeto de que la colocación en familia sustituta, en cualquiera de sus modalidades: familiar o en entidad de atención, no se convierta en una

puerta falsa para la adopción, el artículo 493-H establece determinadas condiciones para que un niño, niña o adolescente a quien se le ha dictado, por vía judicial, dicha medida de protección, pueda ser adoptado por la misma persona o pareja responsable de la colocación. Tales requisitos deben cumplirse en forma acumulativa, y son los siguientes:

- a) que la persona o pareja haya estado inscrita, antes y al momento de dictarse la correspondiente medida de colocación, en el respectivo programa o, que se haya inscrito en él con posterioridad;
- b) que se compruebe la inviabilidad o imposibilidad del restablecimiento de los vínculos del niño, niña o adolescente con su familia de origen (nuclear o ampliada), y que la familia sustituta no ha obstaculizado, en modo alguno, la reintegración familiar de dicho niño, niña o adolescente;
- c) que haya transcurrido dos años desde la fecha en que se inició la colocación; y,
- d) que la evaluación bio-psico-social-legal realizada por la correspondiente oficina de adopciones, sea favorable a la adopción que se solicita.

En tales casos no procede el emparentamiento técnico, puesto que se encuentran perfectamente determinados el candidato a adopción y el o los solicitantes de la misma; y por cuanto entre estos sujetos ya existe una relación personal anterior a la adopción, el artículo 493-Ñ autoriza, expresamente, para que se obvie el emparentamiento personal.

De no proceder este supuesto excepcional de adopción, debe cumplirse con los dos tipos de emparentamiento para que el respectivo niño, niña o adolescente pueda ser adoptado por otra persona o pareja de las que integran el registro de solicitantes de adopción elegibles.

9. Período de prueba

Una vez que se inicia la etapa del emparentamiento personal, el seguimiento que la respectiva oficina de adopciones debe hacer de las relaciones entre el candidato a adopción y los solicitantes de la misma,

permitirá que, de ser positivos los resultados, una vez cumplido el lapso mínimo de emparentamiento, dicha oficina le proponga al juez de mediación y sustanciación que autorice el traslado del candidato a adopción a la residencia del o de los solicitantes para dar inicio al período de prueba (artículo 493-O). De no ser así, el informe al juez se hará al finalizar el lapso completo de emparentamiento. Aun cuando la norma no lo prevé, resulta lógico pensar que, si durante este lapso, las relaciones entre dichas personas no son satisfactorias, la respectiva oficina de adopciones debe informar de inmediato al juez, para que éste disponga lo más conveniente a los intereses del candidato a adopción.

Simultáneamente a la autorización de traslado del candidato a adopción para convivir con el o los solicitantes de adopción, el juez de mediación y sustanciación dictará la medida de colocación con miras a la adopción, confiriendo la Responsabilidad de Crianza y la representación del candidato a adopción al o a los respectivos solicitantes.

En los casos de adopciones internacionales, la observación a cargo de la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, durante el lapso de emparentamiento personal es similar a la que corresponde a las oficinas estatales de adopción, prevista para los casos de adopción nacional. No obstante, el artículo 493-P prevé otras responsabilidades a cargo del juez de mediación y sustanciación, tales como, autorizar por escrito la salida del candidato a adopción, a fin de que pueda tramitarse la obtención del respectivo pasaporte ante los organismos competentes, y comprobar que existe prueba en el expediente de que al respectivo niño, niña o adolescente le ha sido concedida autorización de entrada y residencia permanente por las autoridades del respectivo país, y que la adopción que se tramita tendrá, en ese país, los mismos efectos que en Venezuela.

10. Seguimiento del período de prueba

Por cuanto los primeros treinta (30) días del período de prueba son muy importantes, ya que durante ellos se ha iniciado la convivencia y pueden presentarse distintas situaciones entre el candidato a adopción y el o los solicitantes, siendo deseable que se atiendan oportunamente a fin de

que no comprometan el éxito de la adopción, el artículo 493-O dispone, en su parte final, para el caso de las adopciones nacionales, que la correspondiente oficina estatal de adopciones elabore el primer informe integral de seguimiento de dicho período, para ser remitido al juez de mediación y sustanciación, y lo alerte para cualquier decisión que deba tomar a futuro. A la misma oficina corresponde realizar las evaluaciones previstas en el artículo 422. De ser necesario, también está facultada la oficina de adopciones para solicitar al juez razonadamente la prórroga del período de prueba, según lo dispuesto en el reformado artículo 423.

En cuanto al seguimiento del período de prueba de las adopciones internacionales, el artículo 493-Q desarrolla, detalladamente, lo que era el contenido del artículo 449 de la Ley Reformada, con varias soluciones novedosas. Además, la previsión contenida al principio de la primera de las normas citadas debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 422, que recién nombramos, ya que cuando norma se refiere a que el juez de mediación y sustanciación solicitará a la respectiva oficina de adopciones que gestione lo relativo al seguimiento del período de prueba, tiene en cuenta que, desde el momento mismo que las autoridades del Estado de la residencia habitual de los solicitantes presentan una solicitud de adopción a las autoridades venezolanas, deben haber asumido, por escrito, un compromiso de protección del candidato a adopción y de seguimiento de la adopción. Ello con el objeto de asegurar la remisión oportuna de los informes de seguimiento, tanto al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como a la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En consecuencia, llegado el procedimiento de adopción a esta etapa, a dicha oficina nacional de adopciones le corresponde simplemente accionar para que el mencionado compromiso se cumpla, a tal efecto, la mencionada oficina nacional de adopciones debe comunicarse directamente con las autoridades extranjeras encargadas del seguimiento de la adopción.

La norma también prevé que la misma oficina nacional de adopciones evalúe los informes de seguimiento, y haga del conocimiento del juez de mediación y sustanciación tal valoración, ya que la experticia de los funcionarios del equipo multidisciplinario de la oficina de adopciones, al

evaluar dichos informes, es de gran ayuda para que dicho juez tenga mayor comprensión de lo que se exprese en tales informes. También corresponde a la oficina nacional de adopciones, el seguimiento del período de prueba y la remisión de los informes correspondientes a las autoridades extranjeras competentes, en aquellos casos en que el candidato a adopción es trasladado a Venezuela, por encontrarse la residencia habitual del solicitante o solicitantes de la adopción en este país. Aun cuando la legislación venezolana no contempla el seguimiento postadoptivo, la norma permite que, de requerirlo el derecho extranjero y preverlo el respectivo compromiso de protección y seguimiento, el mismo sería ejecutado por la mencionada oficina nacional de adopciones.

FASE JUDICIAL

1. Solicitud de la adopción

Esta fase se inicia con la solicitud que formula la persona o pareja que ha cumplido con la fase administrativa del procedimiento de adopción. El momento preciso para presentar tal solicitud es el inicio del período de prueba, ya que, para este momento, están satisfechos casi todos los requisitos para adoptar, y el niño, niña o adolescente a ser adoptado ya se encuentra bajo la Responsabilidad de Crianza y representación de los solicitantes de la adopción. Así como sucede en la fase administrativa, en la cual no sólo actúan las oficinas de adopciones, sino también el juez de mediación y sustanciación, en la fase judicial actúan el mencionado juez y el juez de juicio, pero también tienen pautadas algunas actuaciones las oficinas de adopciones. El artículo 493-R comprende lo relativo a la presentación de la solicitud tanto en el caso de las adopciones nacionales, como de las internacionales.

En tal sentido, para las adopciones nacionales se exige que dicha presentación sea hecha personalmente por la persona o pareja que adopta, ya que éstos tienen su residencia habitual en Venezuela. Distinto es el caso de la adopción internacional, cuando Venezuela es país de origen, porque el emparentamiento técnico se realiza a distancia y sólo cuando la persona o pareja que adopta está dispuesta a pasar al emparentamiento personal, es cuando se fija la oportunidad por el juez de mediación y sustanciación para que vengan a Venezuela a entrevistarse con

este juez. Como ya se dijo, en tal oportunidad, la persona o pareja debe ratificar su decisión de adoptar al niño, niña o adolescente que le ha sido presentado por la respectiva oficina de adopciones. Por cuanto se dispone de lapsos breves para dar inicio al período de prueba, el cual puede ser inclusive de quince (15) días, la oficina nacional de adopciones debe tener preparada la correspondiente solicitud de adopción para ser presentada al juez de mediación y sustanciación, y ratificada por la persona o pareja que desea adoptar.

2. Contenido de la solicitud

A partir del artículo 494 de la Ley de Reforma, se modifica el contenido de esta disposición y de las siguientes, a fin de ajustarlas a los principios que inspiran el nuevo procedimiento, así como adecuarlas a las modificaciones realizadas en los artículos anteriores y al texto de los nuevos artículos.

En lo que respecta al contenido de la solicitud, se incorporan en él distintas modificaciones, de las cuales las más importantes son: 2.1) la letra b) hace referencia a los datos que deben suministrarse cuando la adopción es solicitada por quienes conformen una unión estable de hecho; 2.2) la letra c) exige, para el caso que se solicite la modificación del nombre propio del candidato a adopción, que se señale el nombre que lo sustituirá; 2.3) la letra g) elimina la referencia a los entredichos e inhabilitados, habida cuenta que se trata de un procedimiento de adopción de niños, niñas y adolescentes. La previsión contenida en la parte final de la norma, concuerda con lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 493-N, en los cuales se ordena a las oficinas de adopciones remitir el respectivo expediente de adopción al juez de mediación y sustanciación.

3. Notificación al Ministerio Público

El artículo 495 prevé que el juez de mediación y sustanciación debe ordenar la notificación del representante del Ministerio Público, en el mismo auto de admisión de la solicitud de adopción. Esto significa que, a diferencia de lo previsto en el mencionado artículo 497 de la Ley Reformada, el Fiscal del Ministerio Público va a tener toda la información

del caso mucho antes del momento en que deba emitir su opinión, que será en la audiencia que fije el juez de juicio.

4. Remisión al juez de juicio

El contenido del artículo 496 de la LOPNA también es nuevo y en él se determina la actuación final del juez de mediación y sustanciación, que será la remisión al juez de juicio del expediente con inclusión de los informes de seguimiento y su valoración por la respectiva oficina de adopciones, lo cual se produce una vez finalizado el período de prueba. Corresponde a dicha oficina de adopciones informar al juez de mediación y sustanciación la conclusión del mencionado período de prueba, así como de la incorporación al expediente de toda la documentación que se requiere conforme a la ley.

5. La audiencia de juicio

La oportunidad para la celebración de esta audiencia está prevista en el artículo 497. A tal fin, se dispone que la primera actuación del juez de juicio en el procedimiento de adopción, será fijar por auto expreso la oportunidad precisa para que se realice la audiencia de juicio. El plazo mínimo dentro del cual se fijará dicha oportunidad, será de diez (10) días, siguientes a aquél en que conste en autos el auto fijando dicha audiencia, plazo que también coincide con el que establece el citado artículo 483 para el procedimiento ordinario contencioso; sin embargo, el plazo máximo no es el mismo en ambos casos, ya que será de veinte (20) días en el procedimiento ordinario, y de treinta (30) en el procedimiento de adopción. La razón para que el juez pueda disponer de un lapso mayor en este último procedimiento se debe a las particularidades de la materia, ya que no sólo puede tratarse de expedientes voluminosos, sino que los aspectos técnicos de su contenido puede hacer necesario que el juez requiera un tiempo mayor para soportarlos e, incluso, en los casos de adopción internacional es importante que los solicitantes tengan la posibilidad para que, de acuerdo con sus medios económicos, puedan asistir a dicha audiencia.

El artículo 498 regula la audiencia de juicio, la cual presenta algunas particularidades propias de la adopción. En primer lugar, debe destacarse

que se trata de una audiencia reservada por mandato mismo de la ley. Por ello, la norma señala las personas y organismos que podrán estar presentes, los cuales no serán otros sino los que tienen interés, personal o institucional, en la adopción, vale decir: la persona o pareja que adopta, el candidato a adopción si tiene edad para ello, las personas llamadas a opinar, el Ministerio Público y la respectiva oficina de adopciones. En segundo lugar, se fija esta oportunidad como la apropiada para hacer oposición a la adopción, y consignar las pruebas respectivas. El juez debe oír, en esa ocasión, a quienes deseen intervenir y, de acuerdo con el principio de concentración, debe dictar de inmediato la correspondiente decisión, salvo que existan circunstancias tales, que estime imprescindible dejarla para otra ocasión. La importancia de la decisión que se dicte al respecto, es que de ella dependerá que el procedimiento continúe hasta su conclusión o concluya en ese momento, caso este último en el cual el juez debe decidir, de inmediato, la situación del respectivo niño o adolescente, cuyo interés superior será determinante.

6. Decisión de la adopción

En el artículo 500 quedan subsumidas varias actuaciones previstas en diferentes artículos de la Ley Reformada, como son: 416, 431, 498 y 504, cuyos contenidos fueron modificados, ya que en la nueva previsión están perfectamente atendidos los principios rectores de oralidad, inmediatez y concentración. En efecto, la audiencia de juicio transcurre en forma absolutamente oral, en presencia del juez de juicio quien, una vez oídas las personas a quienes les corresponde participar, y sobre la base del conocimiento que él ya debe poseer del respectivo expediente, procede en esa misma audiencia a decidir el caso. La mayoría de las veces la decisión será favorable a la adopción, habida cuenta que sólo se llegará a la audiencia de juicio una vez que están cumplidos todos los pasos previos del procedimiento. Esta es una de las particularidades del procedimiento de adopción, la cual hace necesario que transcurra de manera distinta a la del procedimiento oral contencioso.

Lo relativo al decreto que acuerde la adopción está previsto en el artículo 501 de la Ley de Reforma. El contenido de esta disposición reproduce el de los artículos 431 y 505 de la Ley Reformada, con algunas

modificaciones, tales como, que el decreto debe expresar si se trata de adopción nacional o internacional. Lo relativo a los apellidos que corresponden al adoptado está regulado en el artículo 502, y se prevé el supuesto cuando la adopción se realiza por personas que tienen una unión estable de hecho. Además, se especifica que el adoptado llevará dos apellidos, el del adoptante y luego el de la adoptante. Por supuesto, de tratarse de un solo adoptante, el adoptado tiene derecho a llevar los apellidos de éste, y si tiene sólo un apellido tiene derecho a repetirlo.

En cuanto a la inscripción del decreto de adopción, ésta queda regulada en el artículo 504, el cual aclara, expresamente, en el tercer párrafo, la conducta a seguir por los funcionarios del Registro Civil en los casos de adopciones internacionales, cuando el o los adoptantes tienen residencia habitual en otro país. En efecto, por cuanto en la casi totalidad de estos casos, dichas personas no suelen presentarse personalmente a realizar el correspondiente registro, ya que ello supondría un viaje a Venezuela sólo para tal fin, el registro en cuestión lo realizan los funcionarios de la oficina nacional de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, quienes no pueden aparecer como presentantes de todos estos casos, como se ha pretendido, ya que ello atentaría contra la confidencialidad de la adopción. Se optó por ello y para evitar retardos innecesarios en el cumplimiento de este requisito, que se tengan por presentantes a la persona o personas que aparecen como adoptantes en el respectivo Decreto de adopción.

7. Recursos en materia de adopción

El artículo 503 de la Ley de Reforma sustituye el de los artículos 506 y 509 de la Ley Reformada. Según el nuevo contenido de la norma se conservan los recursos de apelación y de casación, y se incorpora el recurso de interpretación, consagrado dentro del procedimiento ordinario en el artículo 491 de la Ley de Reforma.

8. Lo relativo a la invalidación de la partida original de nacimiento; la inscripción si el adoptado es un adolescente casado o tiene hijos y la irrevocabilidad de la adopción, quedan previstas en los artículos 505, 506 y 508, respectivamente, con pequeños cambios de forma

9. Información sobre las inscripciones realizadas

Esta previsión está contenida en el artículo 507, el cual reproduce lo previsto en el artículo 436 de la Ley Reformada, con una exhortación dirigida a los funcionarios del Registro Civil para que procedan, sin dilación, a cumplir lo que les ordena la norma.

10. Nulidad de la adopción

El artículo 509 de la Ley de Reforma reproduce, con algunos cambios, el contenido de los artículos 438, 439, 440 y 441 de la Ley Reformada. El primero de dichos cambios se refiere, a la fijación de una edad determinada a partir de la cual el adoptado puede intentar, directamente, la acción de nulidad. Para ello, se tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 2° de la Ley Reformada, y se fijó el límite de los 12 años de edad, por cuanto a partir de esa edad el adoptado es ya un adolescente. Por otra parte, se introdujo un cambio en lo referente al momento a partir del cual comienza a contarse el término de un (1) año para interponer la acción de nulidad, que podrá contarse, no sólo a partir de la fecha de inscripción del respectivo decreto de adopción en el Registro Civil, sino también a partir de la fecha en que se tenga conocimiento de que se violaron disposiciones relativas a la capacidad, impedimentos o consentimientos o, de que hubo error en el consentimiento sobre la identidad del adoptante o del adoptado. Esta última solución tiene por objeto evitar que se lesione, irremediablemente, el interés de las personas que, pudiendo intentar la acción de nulidad, no lo hacen dentro del año siguiente a la inscripción del respectivo decreto en el Registro Civil, por desconocer, para ese momento, que se ha violado una o más de dichas disposiciones, situación que las coloca en estado de indefensión y beneficia sólo a quienes han transgredido la ley.

Lo relativo a los efectos de la sentencia de nulidad de la adopción quedan consagrados en el artículo 510 de la Ley de Reforma, el cual reproduce lo previsto en el artículo 442 de la Ley Reformada.

Capítulo IV
Protección Internacional de Niños

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

*Dr. Ignacio Goicoechea**

I. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y los Convenios de La Haya sobre los Niños

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) es una organización intergubernamental que cuenta con 67 Estados Miembros. Su mandato es armonizar las normas de Derecho Internacional Privado a nivel global a través de la generación y adopción de tratados multilaterales (actualmente 129 Estados son parte de uno o más de los convenios generados por la HCCH. Los Convenios (37 adoptados después de la Segunda Guerra Mundial) cubren materias tan diversas como la ley aplicable a títulos valores, cuestiones de familia, adopción de niños, supresión de legalizaciones, entre otras.

* Oficial Letrado de Enlace para América Latina. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Guillermo Rawson 2943. Olivos (1636). Buenos Aires, Argentina. Tel/Fax: 54 11 4819-7170. Email: ig@hch.nl- <http://www.hch.net>

Tal como lo subraya la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño la protección eficaz de los derechos de los niños a través de las fronteras no puede ser alcanzada sin la cooperación interestatal.

La HCCH ha generado cuatro modernos convenios que proporcionan la estructura práctica que permite a los Estados trabajar conjuntamente en aquellas situaciones donde comparten la responsabilidad de proteger a los niños. Éstos son:

- Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
- Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución la cooperación materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.
- Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia.

De manera genérica, consideramos que los cuatro Convenios de La Haya sobre los Niños encuadran en la categoría de convenios llamados de cooperación jurídica internacional. Todos tienen un componente de cooperación administrativa, básicamente a través de la cooperación entre autoridades centrales, y un componente de cooperación judicial, a nivel de las autoridades jurisdiccionales que tienen competencia para decidir cuestiones familiares.

En esta oportunidad nos centraremos en el Convenio de 1980 que se ocupa de la sustracción internacional de niños y haremos referencia también al Convenio de 1996 que se ocupa de manera general de la protección internacional de niños.

II. El fenómeno de la sustracción internacional de niños

¿Qué se entiende por “Sustracción Internacional de niños?”

Las Convenciones de Restitución¹ definen de forma similar a la sustracción internacional de menores², la cual se configura cuando el niño es trasladado o retenido en el extranjero, en violación del derecho que ejercía la persona o institución que, de acuerdo al derecho de la residencia habitual del niño, debía autorizar o denegar dicho traslado o cambio de residencia.

Cabe destacar que los Convenios de Restitución se limitan a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, su objetivo no es sancionar a la persona que comete la infracción, sino restituir en forma inmediata al niño a su residencia habitual. Ello determina una diferencia significativa entre lo que normalmente se entiende por “sustracción de un niño” respecto de lo que se entiende por “tráfico de menores”, dado que esta última figura se asocia siempre con la comisión de un delito, ya sea por los medios o por los propósitos utilizados. En los casos de tráfico de menores además de regresar al niño a su residencia habitual se agrega el objetivo de sancionar a los autores, lo cual puede incluir el pedido de extradición de estos últimos.

¿Cuáles son los casos más frecuentes de sustracción internacional de niños?

¹ Convenio de La Haya de 1980 y Convención Interamericana de 1989.

² “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”. (Art. 3 Convenio de La Haya)

“Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”. (Art. 4 Convención Interamericana).

El traslado ilícito se produce generalmente cuando alguno de los padres traslada al extranjero al niño sin el consentimiento del otro (sin permiso de viaje, o con permiso apócrifo).

Por su parte la retención ilícita se produce cuando el niño sale del Estado dónde reside habitualmente con permiso de viaje, pero en lugar de regresar se lo retiene, en el lugar donde fue trasladado legalmente, forzando su cambio de residencia, contra la voluntad del padre que tenía derecho a autorizar o denegar dicho cambio.

Se detectan distintas causas generadoras de sustracciones internacionales, pudiendo destacar las siguientes como más frecuentes:

1) La pareja formada por dos personas de distinta nacionalidad se separa, y alguno de ellos pretende regresar a su país de origen en busca de contención familiar, identidad cultural, o inclusive mejores condiciones laborales; 2) La pareja de la misma nacionalidad viaja al exterior en búsqueda de mejores condiciones de vida, y al cabo de un tiempo surgen desavenencias entre ambos (en muchos de los casos cuando uno de ellos no puede adaptarse al nuevo país), entonces alguno de ellos decide regresar con el niño a su país de origen, en búsqueda de contención familiar, identidad cultural, o inclusive mejores condiciones laborales.

a) Aspectos Sociológicos del Secuestro Internacional de niños por sus padres.

En los últimos años se ha producido un incremento del secuestro internacional de menores por uno de los padres.

La conducta descrita ha sido favorecida por distintos factores de carácter internacional, tales como:

a) El gran desarrollo del transporte y las comunicaciones internacionales, que han facilitado un intercambio de personas en el ámbito internacional.

b) La facilidad con que hoy se cruzan las fronteras de los Estados, ya sea por la supresión de la utilización de visas mediante acuerdos

bilaterales o multilaterales, así como también por la existencia de un menor control de los pasaportes en las fronteras, favorecido por la creación de zonas de integración económica, cuya finalidad es la de permitir la libre circulación de las personas físicas pertenecientes a los Estados que la componen.

c) Asimismo podríamos destacar como un tercer factor las posibilidades de crecimiento o desarrollo que pueden adquirir las personas en otros Estados que tienen un nivel de vida mayor.

Estos factores han permitido la creación de la llamada "familia internacional", en la cual existe un elemento eminentemente internacional, ya sea por la nacionalidad de sus miembros, por el lugar de su residencia habitual, domicilio, etc. Ello hace necesario la aplicación de las normas de derecho internacional privado, a fin que a través de éstas se solucionen problemas de esa naturaleza.

Uno de los aspectos más importantes que se plantean en el orden internacional es el efecto del traslado o retención ilícita de un menor por uno de los padres o de algún familiar.

Los estudios llevados a cabo por especialistas destacados en la materia, comprobaron que la verdadera víctima de un traslado o retención ilícita es el menor. Éste sufre la intempestiva ruptura de su estabilidad, la traumática pérdida del contacto con el otro padre y su núcleo familiar, la necesidad de adaptarse a un lenguaje y condiciones culturales distintas, maestros, parientes, etc.

La tendencia moderna supone esta presunción, resaltando los especialistas que lo más importante para un menor es la "estabilidad" que permite al mismo alcanzar un normal desarrollo en su vida.

Es importante destacar que uno de los problemas que se produce ante un secuestro de un menor, es el tiempo que va desde el traslado o retención ilícita hasta que se falla en el tema de la restitución. Es aquí donde se producen los efectos dañosos sobre el menor, así como el hecho que cuanto más dure el proceso de restitución se favorece al padre secuestrador, pues será más difícil para el Tribunal ordenar la

restitución del menor a su residencia habitual, en razón del arraigo de éste a su nueva situación familiar y social.

b) Convenios internacionales que abordan la materia

La Comunidad Internacional ha tomado conciencia del flagelo que representan las sustracciones de niños y ha generado distintos convenios internacionales en los cuales se aborda de una u otra manera la cuestión. A continuación listamos dichos convenios internacionales:

- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980).
- Convención Interamericana sobre Restitución de Menores (1989).
- Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores (1994).
- Convenio de La Haya, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (1996).

III. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante el "Convenio")

a) Finalidad del Convenio

La finalidad del Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (Art. 1).

La finalidad es clara en cuanto a que no se procura decidir sobre la cuestión de guarda o tenencia que debe ser decidida por los jueces de la

residencia habitual del menor. En otras palabras, no se procura discernir cuál es el padre más apto para convivir con el niño, ni implica cambiar la situación que tenía el niño antes del traslado o retención ilícita, sino volver las cosas al *statu quo* anterior al traslado o retención, permitiendo de esta manera que si existe discrepancia entre los padres respecto al lugar de residencia del niño, la misma sea decidida por el Juez de la residencia habitual del menor, evitando que una decisión tan importante para la vida del niño como es cambiar su residencia al extranjero, sea tomada por la fuerza, en forma intempestiva y unilateral.

Se entiende que será el Juez de la residencia habitual del niño quien se encuentra en la mejor posición para decidir sobre los derechos de custodia o visita, ya que por ubicarse en el lugar donde el menor vive, le será más fácil obtener toda la prueba que sea necesaria para meritar sobre la vida que llevaba el menor hasta el momento del conflicto, y la potencial aptitud de cada uno de los padres para cuidar de su persona.

El objeto del Tratado presenta dos aspectos, mientras la inmediata restitución del menor responde al deseo de restablecer una situación unilateral y forzosamente alterada por el secuestrador, por otro lado se apunta a prevenir este tipo de situaciones que, como hemos indicado se han incrementado en los últimos años, mediante el respeto de los derechos de custodia y visita dispuestos por uno de los Estados Contratantes.

b) Traslado o retención ilícita

El Convenio define en su Art. 3 cuando se configura un traslado o retención ilícita de un niño: "*El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado".

Se han subrayado dentro del texto del artículo los elementos que consideramos de mayor importancia que podrían sintetizarse en: i) derecho de custodia; y ii) residencia habitual.

1) Derecho de custodia

El derecho de custodia a que se refiere no es cualquiera, sino el vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual. Nos encontramos ante una típica norma indirecta de Derecho Internacional Privado que nos remite a un determinado ordenamiento jurídico para determinar la ley aplicable al caso. Como resultado, veremos que todo juez llamado a decidir un caso de sustracción de un niño en los términos del Convenio se verá obligado a aplicar derecho extranjero, o sea, el derecho vigente en el Estado donde el niño tenía su residencia habitual.

La definición de custodia tampoco ha quedado librada al azar en el Convenio, el Art. 5 contiene una definición autónoma que establece que, a los efectos del Convenio "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Naturalmente, si tenemos en cuenta que el Convenio se encuentra vigente en 80 países, es fácil suponer que el término custodia no significará lo mismo en cada uno de los respectivos sistemas jurídicos. Por ello, el Convenio opta por describir qué se entiende por custodia, siendo lo característico tener la potestad para trasladar o mudar en forma permanente al niño al extranjero, y ello sin perjuicio del término legal que comprenda esta potestad en el correspondiente ordenamiento jurídico. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de aquellos ordenamientos (como prácticamente todos los latinoamericanos) donde luego de la separación de los progenitores uno de ellos ostenta la guarda o custodia o tenencia y el otro tiene un derecho de contacto o visitas. Sin embargo, por estar en ejercicio de la patria potestad, inclusive aquel que sólo tiene derechos de contacto o visitas debe autorizar la salida del país de su hijo/a y/o su radicación permanente en el extranjero. En estos casos dicha persona tendría derechos de custodia en los términos del Convenio a pesar de no estar ejerciendo la guarda o tenencia.

2) Residencia Habitual

La residencia habitual es un concepto flexible, y a nuestro juicio en forma sabia el Convenio no la ha definido con mayor precisión, dado que la riqueza del término está dada justamente por su flexibilidad. Algunos autores han descrito residencia habitual como centro de vida, lo cual si bien consideramos que más que una definición es una descripción, puede resultar útil para entender mejor el término. La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la noción de domicilio, y no es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar donde el niño tuvo mayor permanencia.

A modo de ejemplo podemos pensar en un niño de 3 meses de vida, que es trasladado por sus padres al extranjero de común acuerdo, atento que habían decidido cambiar la residencia familiar a otro país. Al cabo de un mes uno de ellos decide regresar a su país de origen con el niño. A nuestro entender, en este caso existió un cambio de residencia habitual a pesar de que el niño vivió más tiempo en su país de origen.

Otro caso podría ser el de un menor de 13 años, que es retenido ilícitamente en el extranjero por dos años, pero el niño fue mantenido oculto por el sustractor durante todo ese tiempo, razón por la cual no pudo establecer vínculos con su nuevo medio. En este caso consideramos que a pesar de haber transcurrido dos años, el niño no cambió su residencia habitual.

En definitiva consideramos que dependerá de las circunstancias de cada caso si la residencia habitual se genera por una permanencia estable en un lugar de una semana, seis meses, uno o dos años. La edad del niño, las circunstancias que lo rodean y las acciones llevadas adelante por los padres serán los elementos que deberían indicarle al Juez cual es la residencia habitual del niño en el momento del traslado o retención ilícita.

b) Funcionamiento del Convenio

El Convenio establece un procedimiento para que las personas que sean víctimas de sustracción (ya sea ésta originada por un traslado o una retención ilícita) puedan efectuar su reclamo con celeridad y eficacia,

permitiendo que el niño sea reintegrado rápidamente a su residencia habitual. El mecanismo del Convenio se basa en un sistema de cooperación entre autoridades centrales y un procedimiento jurisdiccional rápido pensado para que el caso sea decidido dentro de un término de seis semanas.

¿Qué hacer ante un caso de sustracción internacional?

1) El denunciante

Contactar rápidamente a la Autoridad Central, y explicar el caso, inmediatamente se le informará si el caso encuadra en el Convenio, y en tal caso se le indicará la forma más rápida de completar el formulario para dar inicio al trámite.

2) El Juez del lugar donde el niño ha sido trasladado

Consideramos esencial que el Juez entienda que se trata de un caso internacional, de extrema urgencia, y con una posibilidad de conocimiento limitadísima.

El Juez del lugar donde el niño ha sido trasladado no tiene jurisdicción internacional para entender en la cuestión de fondo de custodia del niño, tal como lo prohíbe expresamente el Art. 16 al establecer que el Juez del lugar donde se encuentra el niño no puede decidir sobre las cuestión de fondo de custodia, hasta tanto no se resuelva la cuestión previa de la restitución.

En definitiva del Juez que resuelve la restitución debe limitarse a verificar si existió un traslado o retención ilícita en los términos del Convenio y en su caso ordenar rápidamente la restitución, salvo que sean de aplicación alguna de las pocas excepciones previstas en el Convenio.

3) Las Autoridades Centrales

La Autoridad Central es un órgano designado por cada Estado para cumplir con las funciones previstas en el Convenio (Arts. 6 y 7).

La función de las autoridades centrales es cooperar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados con la finalidad primordial de "...*garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio*" (Art. 7).

Se pueden distinguir dos fases en el funcionamiento de las autoridades centrales. Una faz requirente, que tiene lugar cuando ésta transmite la solicitud de restitución a la Autoridad Central del país dónde ha sido trasladado o retenido un menor, y una faz requerida que tiene lugar cuando recibe la solicitud nombrada.

Las dos autoridades centrales intervinientes en el procedimiento de restitución, colaborarán entre sí para adoptar las medidas previstas en el Convenio, la mayoría de las cuales pesarán sobre la Autoridad Central requerida, ya que por estar en el lugar donde se localiza el menor será la más apta para: localizarlo, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor. Inclusive, llegando a su máxima expresión representando al solicitante o designando alguien para que actúe en su nombre.

(i) La Autoridad Central requirente

Debe facilitarle a los denunciantes las vías para confeccionar el formulario de denuncia. Generalmente en el primer contacto con éste se le explican cómo funciona el Convenio, a fin de encauzar el caso y las energías del denunciante en actos positivos para la solución del conflicto.

Una vez verificados los antecedentes del caso la Autoridad Central confirmará que el caso encuadra o no en el Convenio, y en caso contrario se le sugerirá otra vía de acción.

La Autoridad Central envía el formulario de denuncia con la documentación que se le anexe al mismo a la Autoridad Central requerida. Generalmente el formulario de denuncia se adelanta por fax, de manera de que se comience el trabajo en forma inmediata, y luego se envía la do-

cumentación original por correo. A partir de ese momento la Autoridad Central será el nexo entre el denunciante y la Autoridad Central requerida, de manera de mantener informado al denunciante sobre el desarrollo del caso, y de proveer a la Autoridad Central requerida aquellos elementos que necesite para llevar adelante el procedimiento.

(ii) La Autoridad Central requerida

La Autoridad Central requerida tiene tres grandes facetas que cumplir: 1) Localizar al niño (cuando ello fuera necesario); 2) Procurar una solución amigable (siempre que fuera posible y en tanto cuente con la autorización del denunciante); y 3) Garantizar el acceso a la Justicia del Denunciante (En algunos países la propia Autoridad Central representa al peticionante en los procesos ante la Justicia).

La mayor parte de las funciones de la Autoridad Central se cumplen por medio de la coordinación con otros organismos (Policía, Justicia, abogados, y ONG's).

La Autoridad Central requerida debe mantener informada a la Autoridad Central requirente sobre el desarrollo del caso, de manera que esta última pueda mantener informado al denunciante.

Resulta muy común que la Autoridad Central reciba consulta de jueces y abogados a cerca de la forma en la cual operan o debe interpretarse el Convenio.

4) Derecho de contacto o visitas

El Art. 21 del Convenio se ocupa de la cuestión de visitas y asimila su trámite con el previsto para los casos de restitución: *“Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.*

Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Art. 7º para asegurar el ejercicio pacífico de

los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos”.

c) Claves del funcionamiento del Convenio

1) Urgencia del trámite

Diversas normas del Convenio muestran a las claras que fueron concebidas como medios de solución urgentes ante situaciones de extrema gravedad para el niño como es el caso de la sustracción internacional³.

Si tomamos en cuenta que la finalidad es mitigar los efectos del traslado ilícito del niño, quien sufre día a día la situación de inestabilidad en la que fue puesto, debemos coincidir en la sabiduría del Convenio de establecer el trámite urgente para el proceso en el Estado de refugio⁴.

Por ello, el Convenio ha sido diseñado para que los casos se resuelvan en un plazo máximo de seis semanas. Este plazo no es caprichoso, sino que está plenamente justificado tanto por la finalidad que tiene el Convenio, como por los mecanismos establecidos en el mismo. En esencia, el Convenio pretende atender una situación urgente, la sustracción del niño, con un remedio urgente y provisional (las medidas de protección siempre pueden revisarse por el Juez de la residencia habitual) que es la restitución del niño a su residencia habitual. No sorprende entonces, que el mecanismo previsto se base en la urgencia del procedimiento como única manera de cumplir con la finalidad del Convenio.

³ Arts. 2, 11, 12 y 18 Convención de La Haya.

⁴ Art. 11 Convención de La Haya.

En la medida que el trámite del procedimiento exceda las seis semanas, se aumentará gradualmente el riesgo de arraigo del niño al medio donde fue trasladado, la rotura o seria perturbación del vínculo del niño con la persona que solicita la restitución, y el peligro de que el niño sufra un nuevo desarraigo ante una ejecución tardía de la restitución a su residencia habitual. En otras palabras, a medida que el trámite se aleja de las seis semanas, va perdiendo eficacia el remedio previsto para proteger al niño de la situación de peligro que implica la sustracción.

Lo antedicho implica que todo agente operador de niñez que tenga alguna relación con el caso (autoridades centrales, abogados de parte, jueces, fiscales, asesores de menores, autoridades policiales, etc.) debe tener en cuenta la extrema urgencia con que debe tratar al mismo para que tenga sentido el instrumento convencional. En otras palabras, estos casos exigen ser tratados con LA MÁXIMA URGENCIA como única manera de que se cumpla el fin para el que fueron generados.

2) Decidir sobre la Restitución y no sobre la custodia

El Art. 16 del Convenio dispone: *"Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Art. 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio"*.

El juez que entiende en la restitución tiene expresamente prohibido, decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta tanto se haya decidido que no se reúnen las condiciones para la restitución del menor.

El padre que cometió el ilícito, podrá volver con el menor a su residencia habitual y presentarse ante los tribunales locales que decidirán sobre la

custodia del menor, sin que la decisión adoptada por el Juez que entendió en la restitución afecte la cuestión de fondo del derecho de custodia (Art.19).

Por lo tanto, la Autoridad Central debe velar porque no se establezca en el Estado Contratante a donde se llevó al menor o en donde se produjo la retención ilícita, una jurisdicción artificial que facilite al progenitor secuestrador la obtención de una sentencia de custodia que desconozca la jurisdicción de los tribunales de la residencia habitual del menor, competentes para determinar el tema de fondo.

3) Principio de restitución inmediata de los niños sustraídos ilícitamente para proteger su mejor interés (interpretación restrictiva de las excepciones. Arts. 13 y 20)

Debido a que la restitución de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero es el principio fundamental del Convenio, y teniendo en cuenta la incidencia que tiene el tiempo de tramitación para alcanzar los fines del mismo, las excepciones a la restitución deben ser interpretadas en forma extremadamente restrictiva.

La carga de la prueba la tendrá la persona que invoca la excepción, y recordemos que si dicha prueba no la tiene a mano en el momento de presentar su oposición, siempre tendrá la posibilidad de plantear sus argumentos con total amplitud de prueba ante el foro de la residencia habitual del menor, ya sea en una acción civil o penal.

En la práctica se observa que existen tres excepciones que la parte que sustrajo alega con marcada frecuencia: a) situación de riesgo grave físico o psíquico para el niño en caso de ser restituido; b) la opinión del niño de preferir quedarse en el lugar donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente; y c) el mejor interés del niño.

Veamos por qué a nuestro entender muchos de estos planteos deberían ser rechazados:

i) situación de grave peligro físico o psíquico

Normalmente quien se defiende plantea alguna de las siguientes situaciones para ampararse en esta excepción:

i) *“La persona que pide la restitución es violenta y alguna vez ha agredido al sustractor o al niño e inclusive suelen verse denuncias de abuso del padre al niño”.*

En la mayoría de los casos no se presenta ninguna prueba, en otras se presentan declaraciones testimoniales de familiares o amigos del sustractor que confirman las alegaciones vertidas por el sustractor.

Entendemos que el Juez requerido debería rechazar argumentos tan endeble que no estén sostenidos por prueba indiscutible, y limitarse a verificar que quien alega este tipo de hecho tuvo y tendrá la posibilidad de plantearlo ante las autoridades competentes de la residencia habitual del niño, debiendo confiar en la aptitud de éstas para abordar este tipo de situaciones que son práctica habitual ante los tribunales de familia de todo el mundo. Consideramos que el peor error sería que un sistema judicial se considere mejor que otro, y por ende se arrogue jurisdicción en casos ajenos al mismo.

ii) *“La persona que sustrajo (generalmente la madre de un niño de corta edad), alega que el niño sufrirá un grave daño psicológico si es separado de ella a través de la restitución”.*

Tal como se explicara más arriba la finalidad del Convenio no es cambiar la situación anterior al traslado, y en un caso como el planteado, la madre debería tener la posibilidad fáctica de regresar con el niño a la residencia habitual. En caso de que la madre voluntariamente decida no regresar, nos encontraríamos con una situación de chantaje emocional, donde el sustractor pretende imponer su voluntad por las vías de hecho. Creemos que esto no puede permitirse, y nos indica la práctica que la mayoría de las madres sustractoras de un niño de corta edad optarán por regresar con el niño en caso de que se ordene la restitución, siempre que ello les resulte posible. Sin lugar a dudas, en caso de que la madre haya sido quien siempre tuvo el cuidado del niño, y por razones de fuerza mayor no puede regresar al Estado de residencia habitual

(cuestiones migratorias, conflicto armado, etc.) sería una situación extrema que el Juez del Estado requerido sí debería atender.

ii) la opinión del niño de preferir quedarse en el lugar donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente

Con frecuencia el sustractor utiliza la opinión del niño como principal argumento para sostener el rechazo del pedido. Ello suele presentarse de la siguiente manera:

El padre o madre sustractora que convive con el niño ha coaccionado a éste de forma tal que al momento que el niño es interrogado por las autoridades judiciales éste describe al denunciante como una persona mala, con quien no quiere vivir, y repite argumentos que le han sido inducidos (fenómeno de la alienación parental).

Esta triste situación en algunos casos es detectada por especialistas, y en otros resulta muy difícil de detectar, porque si tenemos en cuenta que en algunas situaciones el niño ha perdido todo contacto con el padre denunciante durante varios meses e inclusive años, es prácticamente imposible proteger al niño de la coacción sufrida. Cabe recalcarlo una vez más, que ha nuestro entender la única manera de evitar este tipo de situaciones es actuar rápido y regresar al niño de la forma más urgente a su residencia habitual.

Fíjense que se podría dar la paradoja de que el niño haya sido interrogado en el juicio de tenencia en el Estado de residencia habitual, y ya haya expresado en esa instancia que prefería vivir con uno de los padres, y luego de la sustracción al ser interrogado por el Juez del Estado requerido se manifieste justamente en forma opuesta.

En definitiva, si la opinión del niño llevara a decidir sobre la tenencia, deberíamos asumir que se ha hecho lugar al *“forum shopping”* cometido por el sustractor que quizá no tuvo la sentencia que deseaba en el Estado de residencia habitual, o por temor al resultado elige plantear el caso en el Estado de refugio. Esto no es otra cosa que sustraer el caso de sus

jueces naturales, y permitir que por las vías de hecho el sustractor elija el foro que considera más conveniente para su pretensión.

iii) el mejor interés del niño

El preámbulo de la Convención de La Haya enuncia como fin primordial el interés del menor en todas las cuestiones atinentes a su custodia. Asimismo, expresa que el fin del instrumento es proteger al menor en el plano internacional ante un traslado o retención ilícita de que pueda ser objeto, restituyéndolo a su residencia habitual, así como garantizar el derecho de visita.

Cabe señalar que el término “interés del menor” no fue definido por parte de los expertos que tomaron intervención en la elaboración del Convenio, por entender que éste es un concepto que variará de acuerdo con el encuadre específico de cada cultura en particular.

También es cierto que el concepto “interés del menor” puede ser invocado por los tribunales del Estado de refugio para otorgar la custodia al secuestrador. En tal sentido para el Convenio el interés del menor está representado por el objetivo del mismo, es decir, que va a consistir en la pronta restitución del menor a su residencia habitual por entender que es en este punto donde se logra la protección del menor en el plano internacional.

Resulta lamentable que en algunos casos vemos a los jueces desvirtuar las excepciones previstas en el Convenio, llegando a justificar el rechazo de la restitución mediante la invocación del “mejor interés del niño”, por entender que el niño está “muy bien” en el Estado donde ha sido trasladado o retenido –en muchos casos el Estado de refugio tiene un mayor desarrollo económico que el Estado de residencia habitual–. Consideramos que sería un grave error que los jueces de un Estado no sólo se consideren competentes en una causa ajena, sino que además consideren que su Estado es más apropiado que otro para el desarrollo de un niño.

Si se permitiera ese argumento, en lugar de restitución se estaría decidiendo indirectamente la tenencia del niño, con el agravante de que no se hizo ni ante la justicia competente, ni en un proceso con la amplitud

de conocimiento propia de tan delicada cuestión. Cabe repetir una vez más, que el Juez del Estado requerido, no debe ocuparse de cual es el lugar donde el niño estará mejor –ya que esto es tarea del Juez del Estado de la residencia habitual del niño, que entenderá en la cuestión de tenencia–, sino que su tarea debe limitarse a determinar si existió traslado o retención ilícita y de ser así restituir al niño para que los jueces competentes decidan las cuestiones de fondo.

4) Convenio de Cooperación Administrativa y Judicial

Resulta clave tener en cuenta que el Convenio cubre situaciones de protección de niños a nivel internacional, lo cual implica que existen al menos dos sistemas de protección en funcionamiento, el de la residencia habitual del niño y el del lugar donde ha sido trasladado el niño. Ello implica que las acciones de protección están repartidas, y a cada sistema le tocará hacer lo suyo (o sea, lo que puede hacer en forma más eficaz). El ejemplo más claro es el de la Justicia, donde mientras que al Juez de la residencia habitual del niño le toca decidir la cuestión de la custodia – e investigar cuál de los progenitores es el más apto para convivir con el niño, y en su caso evaluar si conviene o no un cambio de residencia al extranjero–, al Juez del lugar donde el niño ha sido trasladado le toca protegerlo de los efectos de la sustracción y procurar su restitución de la forma más urgente a su residencia habitual.

Lo anterior implica que resultará esencial la coordinación de acciones entre las autoridades centrales y autoridades judiciales de los Estados involucrados.

Consideramos que actualmente se ha alcanzado un buen nivel de coordinación entre las autoridades centrales (aunque todavía hay mucho espacio para seguir mejorando y avanzando) y ahora el nuevo desafío es coordinar las acciones entre los jueces, para lo cual consideramos que el desarrollo de las comunicaciones judiciales directas y las redes de jueces serán piezas claves para dar este gran paso. Más adelante, cuando hablemos de los nuevos desafíos volveremos a abordar esta cuestión.

IV. Los principales obstáculos y desafíos planteados en la operación del Convenio

A nuestro entender, los principales obstáculos que atentan contra el debido funcionamiento del Convenio son los siguientes: a) la falta de conocimiento de los jueces sobre la debida interpretación y aplicación del Convenio; y b) las demoras en el trámite de los procesos.

a) la falta de conocimiento de los jueces sobre la debida interpretación y aplicación del Convenio

La aplicación de un convenio internacional no resulta habitual en el trabajo diario de la mayoría de los jueces y naturalmente ello hace que cuando llega un caso de esta naturaleza se generen dudas y desconfianza que muchas veces se traducen en interpretaciones y aplicaciones erróneas del instrumento internacional frustrando en gran medida la realización de los fines para los que fue creado.

En el caso del Convenio de La Haya de 1980 resulta común detectar en los casos resueltos por jueces carentes de experiencia en la materia los siguientes problemas:

- Confusión entre la restitución y la cuestión de fondo de custodia o guarda.
- Interpretación amplia y excesiva de las excepciones previstas en el Convenio.
- Uso equivocado del concepto de "interés superior del niño".
- Severas demoras en los procedimientos.

b) Demoras en el trámite de los procesos

Si tuviéramos que elegir el principal obstáculo que atenta contra el buen funcionamiento del Convenio podríamos afirmar sin lugar a dudas que se trata del retraso en la tramitación de los procesos por parte de las autoridades jurisdiccionales.

Lo anterior surge de la práctica diaria de los casos y lo confirman las estadísticas preparadas por el profesor Nigel Lowe⁵ que indican que en general los resultados del Convenio son buenos⁶ pero, sin embargo, los procesos siguen tardando mucho más de lo conveniente.

Recordemos lo indicado más arriba sobre la importancia fundamental que reviste la urgencia del trámite para cumplir la finalidad del Convenio y así proteger al niño en forma eficaz.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿por qué la mayoría de los procedimientos demoran más de las seis semanas sugeridas?

Tal como mencionáramos más arriba, el Convenio exige la aplicación del proceso de urgencia de que disponga el Juez⁷. Sin embargo, el Convenio no va más allá de imponer el deber de urgencia dejando a las autoridades competentes de los Estados la responsabilidad de elegir y aplicar el proceso más urgente disponible dentro de su derecho procesal interno. Ello implica que la primera pregunta que tendrá que responderse la autoridad jurisdiccional competente será ¿Qué tipo de proceso resulta aplicable al caso?

Resulta obvio indicar que la resolución de esta primera cuestión reviste singular importancia, dado que en función del proceso que se aplique

⁵ "Estudio estadístico de las solicitudes efectuadas en el 2003 en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", por el Profesor Nigel Lowe, Sra. Emily Atkinson, Sra. Katarina Horosova y Sra. Samantha Patterson del Centro de Estudios de Derecho Internacional de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff (disponible en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=2&cid=24 -Prel. Doc. No 3, Part I, of October 2006 - A statistical analysis of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - en versiones inglés y español-)

⁶ La proporción mayor de las solicitudes decididas en la justicia culminan con una restitución, mientras que también es significativo el número de casos en los cuales la restitución se alcanza en forma voluntaria.

⁷ Los Estados "deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan". (Art. 2), lo cual se ve reafirmado por lo dispuesto en el Art. 11 que establece "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores".

tendremos plazos y requisitos muy distintos con resultados también notoriamente diferentes.

Ahora bien, en muchos casos resulta complicado determinar dentro de un sistema jurídico cuál es el proceso más urgente disponible para aplicar a un pedido de restitución de un niño.

Probablemente, el primer obstáculo que se presente sea como caratular/clasificar el pedido de restitución, que como sabemos, no se trata exactamente de una actividad de mero trámite (pues implica un proceso donde el juez requerido debe valorar los hechos y dictar una decisión conforme a derecho), ni de una medida cautelar (pues no depende ni pretende asegurar el resultado de una acción principal), ni del cumplimiento de un exhorto (ya que no es un pedido de un juez a otro), ni de un Estado a otro Estado (las partes del proceso son personas privadas), ni del reconocimiento de una sentencia extranjera (ya que es un nuevo proceso donde se dicta una nueva sentencia).

Tal vez la mejor forma de definirlo sea indicando que se trata de un proceso autónomo, lo cual tampoco nos resuelve el problema, dado que las normas procesales convencionales deben necesariamente complementarse con normas procesales del foro y por ende el proceso del Convenio deberá encuadrarse o conjugar de alguna manera con alguna de las categorías de procesos existentes en el sistema procesal correspondiente.

Finalmente, la práctica del Convenio nos indica que en la mayoría de los sistemas procesales internos no existe un proceso que resulte perfectamente adecuado para el funcionamiento del Convenio, por lo que se echa mano de procesos creados para otros fines, como es el caso del proceso ordinario que se le aplica a la guarda o custodia, el cual genera dilaciones incompatibles con la celeridad del Convenio; en otros casos se lo asimila con una medida cautelar, lo cual en algunos casos genera recursos de inconstitucionalidad o amparos por entenderse violado el debido proceso. Estas incertidumbres o imperfecciones

procesales terminan generando largas dilaciones que naturalmente afectan el funcionamiento eficaz del Convenio⁸.

Lo anterior parece desnudar una realidad que a esta altura parece comprobada, al menos en América Latina, y que nos indica que la falta de un proceso adecuado es una de las principales razones de las demoras en los trámites. Por ello, a nuestro juicio, el principal desafío que tenemos por delante para asegurar la correcta aplicación del Convenio será garantizar el trámite urgente del proceso, y para ello aparece como necesaria en la mayoría de los casos la adopción de normas procesales diseñadas a la medida del propio Convenio.

V. Respuestas a los Desafíos

Veamos a continuación las acciones que se están tomando para abordar las cuestiones identificadas como obstáculos o desafíos en el capítulo anterior.

a) la falta de conocimiento de los jueces sobre la debida interpretación y aplicación del Convenio

A modo de síntesis, podemos señalar que a nuestro juicio esta cuestión se va mejorando progresivamente, especialmente a través de la mayor difusión del Convenio y las sesiones de entrenamiento para los jueces. En este sentido, la Conferencia de La Haya promueve y apoya el desarrollo de este tipo de eventos de entrenamiento tanto a nivel nacional (conjuntamente con las autoridades competentes de los respectivos Estados) como regional (en muchos casos conjuntamente con otras organizaciones regionales) y global.

⁸ La experiencia indica que en muchos casos las normas procesales del foro no tienen la celeridad necesaria para lograr la correcta aplicación del Convenio y por ende que éste cumpla con su finalidad. Especialmente es de destacar el problema de los recursos, en muchos casos los tribunales de apelación se toman varios meses para decidir (en algunos casos superan el año). También se han generado obstáculos severos con la interposición de "amparos" donde se alegan violaciones a los principios constitucionales del Estado donde se encuentra el niño, en otros casos las demoras surgen a la hora de ejecutar la orden de restitución.

Una experiencia que ha resultado positiva en algunas jurisdicciones ha sido la de concentrar la competencia para los casos de aplicación de los Convenios de Sustracción de Niños en un limitado número de jueces. Ello ha permitido que estos jueces se capaciten para atender dichos casos y adquieran una mayor experiencia por el propio trámite de los casos, la cual sin dudas redundará en una mejor aplicación de los Convenios.

1) Comunicaciones Judiciales / Juez de Enlace

Quizás uno de los avances más significativos de los últimos tiempos en materia de cooperación judicial internacional sea el desarrollo de las Redes de Jueces de Enlace y las comunicaciones judiciales directas⁹, las cuales han probado ser extremadamente útiles para facilitar el trámite de los casos de sustracción.

Sintéticamente podemos indicar que el Juez de Enlace es un juez con competencia en cuestiones de sustracción de niños que ha adquirido cierta experiencia y conocimiento y ha sido designado por sus autoridades (o se ha ofrecido voluntariamente –juez de enlace informal–) para facilitar información sobre la materia tanto a sus colegas nacionales como extranjeros que se encuentren llamados a resolver un caso de sustracción internacional de niños. La asistencia puede pasar tanto por el aporte de información (eg. normativa extranjera aplicable, doctrina, etc.) o inclusive la gestión necesaria para poner en contacto a dos jueces de distintas jurisdicciones que se encuentren vinculados a un mismo caso de protección de un niño (eg. El Juez del lugar donde fue trasladado el niño que debe resolver la restitución y el juez de la residencia habitual del niño que debe resolver la cuestión de la guarda).

La Conferencia de La Haya ha desarrollado una Red de Jueces de Enlace la cual ha tenido recientemente un significativo desarrollo en

⁹ Sobre Jueces de Enlace y comunicaciones judiciales directas ver el Documento Preliminar N° 8 y su anexo preparados por el Primer Secretario Philippe Lortie, para la Quinta Reunión de la Comisión especial respecto del funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 que se celebró en La Haya del 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006 (disponible en: http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/abd_pd08s2006.pdf).

América Latina, región en la cual ya cuentan con Jueces de Enlace los siguientes países: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

2) Servicios Post-Convenio de la HCCH

A su vez resultan de suma utilidad para facilitar y mejorar la aplicación de los Convenios los servicios postconvenio desarrollados por la Conferencia de La Haya: Reuniones de evaluación de las Comisiones Especiales; sitio web (www.hcch.net); Base Jurisprudencial INCADAT¹⁰ (www.incadat.com); el Boletín de los Jueces y la Guía de Buenas Prácticas¹¹.

b) Demoras en el trámite de los procesos

Tal como indicáramos más arriba, consideramos que el principal problema de aplicación del Convenio es la demora en el trámite de los procedimientos. Veamos a continuación algunos mecanismos/instrumentos que facilitarán la resolución rápida de los procedimientos y mejorarán el funcionamiento del Convenio:

1) Mediación (solución amigable de disputas)

El Convenio exige que la Autoridad Central adopte o haga que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor (Art. 10).

Las estadísticas¹² reflejan que un alto porcentaje (alrededor del 40%) de las restituciones se resuelven en forma voluntaria mediante procesos de conciliación, mediación o similares.

¹⁰ Disponible en www.incadat.com. La base es gratuita y está disponible en inglés, francés y español. A través de la misma se pueden obtener las decisiones más importantes de un gran número de países, permitiendo realizar la búsqueda, por términos como: residencia habitual, custodia, Art. 3, Art. 13, etc., de forma que rápidamente se accede a un gran número de decisiones que han interpretado la mayoría de los términos claves del Convenio.

¹¹ Disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya, www.hcch.net, en el "child abduction section" (http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=21)

¹² *Ibid.*, nota 7

La comunidad internacional ha detectado la importancia de desarrollar y promover estos métodos para facilitar la resolución de los conflictos internacionales intrafamiliares, y ha requerido que la Conferencia de La Haya investigue e informe sobre las técnicas que se están aplicando en los distintos Estados, a fin de evaluar oportunamente la necesidad de generar alguna iniciativa global en esta materia¹³.

2) Adecuación de la legislación procesal interna. Ley Modelo

A nuestro entender, para cumplir con el mandato de actuar con urgencia establecido en el Convenio, se impone que los Estados realicen un análisis de sus normas procesales, a fin de determinar si las mismas permiten el correcto funcionamiento de los mecanismos establecidos en el Convenio. En caso contrario, y so pena de incumplir el Convenio, deberá adecuarse el sistema procesal existente de manera de hacer posible el correcto funcionamiento del mismo.

En este sentido, puede parecer preliminarmente utópico pensar en la resolución de los casos del Convenio dentro de las seis semanas previstas en el mismo; sin embargo, las estadísticas¹⁴ reportan varios casos resueltos dentro de ese término, en distintos países¹⁵, lo cual confirma que ello resulta ciertamente factible. No obstante lo antedicho, se reconoce que en general resulta más difícil cumplir con ese breve término en aquellos países que no tienen un procedimiento especial diseñado a la medida del Convenio.

Evidentemente la posibilidad de dictar normativa procesal interna reviste notorias ventajas, atento que ello permite diseñar un procedimiento que ensamble perfectamente con la normativa procesal convencional –evitando posibles colisiones– y cumpla cabalmente con la finalidad del Convenio. A su vez, la existencia de un proceso especial beneficiará a los jueces

¹³ Los resultados de esta investigación se encuentran disponibles en nuestro sitio web y está disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd20e2007.pdf.

¹⁴ *Ibid.*, nota 7.

¹⁵ Inclusive en países latinoamericanos como Argentina y México. A su vez, en el caso de Inglaterra y Gales la media de los casos se resuelve alrededor de las seis semanas.

que no tienen experiencia en la materia y los protegerá de perderse en varios de los problemas de aplicación descritos más arriba.

A la hora de diseñar normativa procesal interna a la medida del Convenio, se sugiere prestar especial atención a: i) las buenas prácticas sugeridas en el capítulo 6 de la Segunda Parte de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación del Convenio de La Haya titulado “Cuestiones de Derecho Procesal”¹⁶; y ii) “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños”¹⁷ (se adjunta última versión del Proyecto como anexo 1), diseñada para cumplir con los brevísimos plazos previstos en el Convenio.

A nuestro criterio, la ley modelo constituye un avance importante para la región, porque se ha logrado un singular consenso entre los expertos de la región sobre las características que debería tener un proceso de restitución fundado en el Convenio, y además porque se demuestra que es posible concebir un proceso a través del cual se resuelva un caso dentro del término de las seis semanas.

3) Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución la cooperación materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Convenio de 1996)

En la Quinta Reunión de la Comisión Especial para evaluar el funcionamiento del Convenio, que tuvo lugar entre el 30 de octubre y el 9 de

¹⁶ disponible en: http://www.hcch.net/upload/abdguide2_s.pdf

¹⁷ la reunión Interamericana de expertos sobre sustracción internacional de niños, co-organizada por el Instituto Interamericano del Niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, llevada a cabo en La Haya el 10 de noviembre de 2006 se acordó desarrollar una “ley modelo de procedimiento para la región”, a fin de facilitar la implementación nacional de los Convenios de Restitución. La Conferencia de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño conformaron un grupo de trabajo formado por expertos de distintos países de la región, el cual fue coordinado académicamente por el Magistrado uruguayo Ricardo Pérez Manrique. El borrador de ley modelo fue presentado para discusión en la “Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales sobre sustracción internacional de niños” celebrada en Buenos Aires entre el 19 y el 21 de septiembre de 2007. El proyecto fue muy bien recibido por los expertos de la región, alcanzando un alto grado de consenso y enriqueciéndose con algunas modificaciones que fueron incorporadas al texto.

noviembre de 2006, además de hacerse hincapié en la necesidad del trámite urgente de los procesos, se recomendó con énfasis que los Estados evaluaran la adopción del Convenio de 1996 como forma de atender a varios de los problemas detectados en la aplicación del Convenio (especialmente la cuestión del regreso seguro del niño y las visitas).

El Convenio de 1996 procura mejorar la protección de los niños en situaciones de conflicto o peligro de carácter internacional, evitando colisiones entre los sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños y desarrollando un moderno sistema de cooperación internacional.

El Convenio de 1996 está claramente inspirado y resulta complementario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁸, y proporciona una extraordinaria oportunidad para la construcción de puentes entre sistemas jurídicos con tradiciones culturales o religiosas diferentes¹⁹.

Las disposiciones uniformes establecidas en el Convenio de 1996:

- permiten que cualquier país donde se encuentre presente el niño tome las medidas de emergencia o provisionales que resulten necesarias;
- determinan cuáles son las leyes nacionales aplicables y cuáles las autoridades competentes para tomar las medidas necesarias de protección;

¹⁸ Esta aseveración se encuentra confirmada por las contundentes recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño reflejadas en: i) Observación General N° 5 (2003) del Comité de los Derechos del Niño -Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Dicho Comité alienta a los Estados a que consideren la ratificación o adhesión de ciertos Convenios Internacionales que incluye en un listado anexo, que comprende al Convenio de La Haya de 1996; y ii) Decisión del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Treinta y Siete Sesión, "Niños carentes de cuidado parental", de octubre de 2004, incluye dentro de los Convenios relevantes para la niñez allí referidos al Convenio de La Haya de 1996.

¹⁹ Es de gran significado que uno de los primeros Estados en ratificar el Convenio fue Marruecos, cuyo sistema legal está fundado en la tradición islámica.

- otorgan la responsabilidad primaria a las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual;
- evitan la posibilidad de decisiones contradictorias y establecen el reconocimiento y ejecución de las medidas tomadas en un Estado contratante en todos los demás Estados contratantes.
- establece un sistema de amplia cooperación entre autoridades administrativas y judiciales de los países involucrados.

El Convenio de 1996 es particularmente útil para: prevenir y resolver disputas entre los padres relacionadas con el derecho de guarda y el derecho de visita; complementar y facilitar el funcionamiento de los Convenios de 1980 y de 1993; facilitar la protección de niños no acompañados²⁰ y niños víctimas de tráfico²¹.

A nuestro criterio, la adopción del Convenio de 1996, además de mejorar significativamente el estándar de protección internacional de los niños en forma general, aporta soluciones específicas en materia procesal que facilitan y agilizan el funcionamiento del Convenio. En particular podemos señalar: i) la clara delimitación de la competencia para decidir la guarda respecto a la competencia para decidir la restitución y otras medidas urgentes de protección; ii) el reconocimiento de pleno derecho de las medidas de protección²²; y iii) un sistema de cooperación e intercambio de información de máxima flexibilidad y practicidad²³.

²⁰ Los Servicios Sociales Internacionales (SSI) recomiendan la adopción del Convenio de 1996 como forma de establecer una eficaz y duradera cooperación internacional y así mejorar la situación de los niños emigrantes aislados (Serie Especial sobre Niños no acompañados SSI/CIR, agosto de 2007). A su vez, el borrador de Reglas de las Naciones Unidas para la protección y el cuidado alternativo de los niños privados del cuidado de sus padres, recomiendan en su parte 8, que los Estados ratifiquen o adhieran al Convenio de 1996 para asegurar la cooperación internacional para la protección de los niños que deben ser protegidos en el extranjero (disponible en: http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/DraftGuidelinesMay06.pdf).

²¹ El propio Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hace expresa referencia en su preámbulo al Convenio de La Haya de 1996.

²² Ello facilita el regreso seguro del niño, dado que el juez que dispone la restitución puede también dictar medidas de protección que tendrán efecto en el Estado de la residencia habitual del niño hasta tanto la autoridades competentes de este último tomen las medidas que la situación amerite.

²³ En forma innovadora el Convenio prevé las comunicaciones directas entre las autoridades competentes implicadas (tanto a nivel administrativo como judicial).

Cabe señalar que a nivel Interamericano el Convenio de 1996 ha despertado singular interés²⁴, lo que ha llevado al desarrollo de un informe preliminar²⁵ (se adjunta como anexo 2) con el objetivo de favorecer el entendimiento del instrumento y el posible impacto en los sistemas jurídicos nacionales.

IV. Corolario

Es justo finalizar señalando que la aplicación de las Convenciones de Cooperación Internacional y en particular de los Convenios de Protección de Niños es progresiva, y los países paulatinamente tienden a mejorar su aplicación, vía una mayor difusión de los Convenios entre los operadores, desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, e inclusive en algunos casos mediante la generación o adecuación de la normativa interna.

En virtud de las consideraciones vertidas, consideramos conveniente que desde nuestras áreas de incumbencia abogemos para que nuestros respectivos gobiernos realicen los pasos necesarios para incorporar a sus ordenamientos jurídicos al Convenio de 1996 y que se analice la conveniencia de generar normativa procesal inspirada en la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños.

Estudio preliminar del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños ("Convenio de La Haya de 1996")

Dr. Ignacio Goicoechea

Antecedentes

El presente estudio preliminar se origina como respuesta al mandato recibido de la reunión de expertos de sustracción internacional que tuvo lugar en La Haya el 10 de noviembre de 2006. Las conclusiones de dicha reunión establecen en el punto 9:

"Los expertos consideran que no existe suficiente conocimiento del Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el

²⁴ Se encuentra en vigencia en el Ecuador, ha sido remitido para aprobación a los parlamentos de Uruguay y Costa Rica, y sabemos que esta siendo estudiado por Argentina, El Salvador y los Estados Unidos.

²⁵ El estudio preliminar se origina como respuesta al mandato recibido de la reunión de expertos de sustracción internacional que tuvo lugar en La Haya el 10 de noviembre de 2006 (punto 9 de las Conclusiones).

Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños de 19 de octubre de 1996 en la región y que sería conveniente contar con un trabajo de análisis a nivel americano de manera de favorecer el entendimiento del instrumento y el posible impacto en los sistemas jurídicos nacionales. A tal efecto, se acuerda que la HCCH / IIN conformarán un grupo de expertos que se ocupará de generar un documento que aborde los temas señalados”.

Objetivos

Se consideró que el primer objetivo debería ser generar un entendimiento sobre los potenciales beneficios prácticos del Convenio de 1996 y el segundo objetivo sería identificar y abordar los aparentes obstáculos para la implementación del Convenio en las jurisdicciones americanas representadas en el grupo de expertos.

A su vez, la Conferencia de La Haya espera alimentar con los resultados de este estudio preliminar el proyecto más amplio que tiene a nivel global que es el de establecer guías de buenas prácticas sobre la implementación y el funcionamiento del Convenio de 1996.

Grupo de expertos

Los siguientes expertos participaron de los trabajos que generaron éste estudio preliminar:

María del Carmen Seoane de Chiodi (Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto de la República Argentina).

Magistrado Jorge Maurique (Juez de Enlace del Brasil en materia de Sustracción Internacional de Niños).

Lorena Dávalos (Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia del Ecuador).

Mirna Catalina Borja Franco (Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador).

Jenny Yamamoto (Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social del Perú)

Ignacio Goicoechea* (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) *actuó como coordinador del grupo de expertos

Desarrollo y presentación del estudio preliminar

Para el desarrollo del estudio preliminar se seleccionaron diversos temas que fueron abiertos a los comentarios y sugerencias de los expertos. El resumen de los comentarios y sugerencias provistas por los expertos están reflejadas en dos tablas, la primera focalizada en la aplicación práctica del Convenio en diversas situaciones de protección internacional de niños; y la segunda, focalizada en algunos de los posibles obstáculos que podría llegar a tener el Convenio en su implementación en los países de la región.

Referencias

- “Convenio de La Haya de 1996” significa: Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños.
- “Convenio de La Haya de 1980” significa: Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- “Convención Interamericana de 1989” significa: Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989.
- “Convenio de La Haya de 1993” significa: Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.
- “Conclusiones de la V Comisión Especial” significa: Conclusiones y recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980

y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 1996 que tuvo lugar en La Haya entre el 30 de octubre y el 9 de noviembre de 2006.

- "Conclusiones de la reunión Interamericana sobre sustracción internacional" significa: Conclusiones y recomendaciones de la Reunión Interamericana de expertos sobre sustracción internacional de niños co-organizada por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tuvo lugar en La Haya el 10 de noviembre de 2006.
- Si no se indica lo contrario, los artículos citados en el documento corresponden al Convenio de La Haya de 1996.

Tabla 1: Aplicación Práctica del Convenio de La Haya de 1996

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
<p>Disputas transfronterizas sobre derechos de custodia (guarda) o visitas (contacto)</p> <p>(En especial Capítulos II –Competencia-, III –Ley Aplicable- y IV –Reconocimiento y Ejecución-)</p>		<p>Los jueces tienden a aplicar su propio derecho y la práctica indica que uno de los factores que frustran la correcta aplicación de los convenios internacionales de sustracción es el desconocimiento de los mismos por parte de los jueces.</p> <p>La globalización y el fenómeno de las migraciones hacen que se vean cada vez con más frecuencia disputas transfronterizas sobre derechos de custodia o visitas. En este sentido el Convenio de La Haya de 1996 aparece como un instrumento necesario para brindar previsibilidad y seguridad jurídica en estas cuestiones.</p>	<p>Se reconoce la creciente magnitud de las disputas transfronterizas sobre derechos de custodia y visitas y se considera que el Convenio de La Haya de 1996 brinda previsibilidad y seguridad jurídica en este tipo de situaciones.</p> <p>A fin de cumplir con las finalidades del Convenio de La Haya de 1996 resulta clave garantizar una correcta implementación. En este sentido resultará esencial trabajar denodadamente en la difusión del Convenio de La Haya de 1996, así como en el entrenamiento de los operadores del mismo (especialmente los jueces).</p>

a

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
<p>Sustracción de niños (El Convenio de La Haya de 1996 como complemento del Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1989)</p>	<p>1. Competencia custodia y restitución (en especial art. 7)</p>	<p>Al ser debidamente difundido y conocido por los jueces, el Convenio de La Haya de 1996 podría reforzar el concepto ya previsto en el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 contra la práctica recurrente de los jueces de decidir cuestiones de fondo en procedimientos de restitución o de visitas. Ello toda vez que el Convenio de La Haya de 1996 establece cual es la jurisdicción y la ley aplicable a las cuestiones de fondo, marcando una clara diferencia respecto del tema de la restitución.</p>	<p>Se han detectado como obstáculos para la correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1980, la confusión de los jueces entre la competencia para las cuestiones de custodia y las cuestiones de restitución. Existe a su vez, una tendencia de los Jueces a aplicar su propio derecho, y la falta de regulación en estas cuestiones genera inseguridad y confusiones. Por lo expuesto se considera que el Convenio de La Haya de 1996 brindaría seguridad en esta cuestión medular para la correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y reforzaría lo establecido en el Art. 16 de éste último.</p>

b

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
	<p>2. Competencia para cuestiones urgentes (en especial art. 11)</p>	<p>La competencia para cuestiones urgentes tal como está planteada en el Convenio de La Haya de 1996 no debería generar dificultades en su aplicación.</p> <p>La práctica indica que en muchos casos los niños víctimas de sustracción necesitan medidas de protección mientras se encuentran en el Estado de refugio. En ciertos casos los jueces confunden la competencia para estas medidas urgentes con la competencia sobre la custodia. La provisoriedad de los efectos de las medidas urgentes (Art. 11 2.) parecen muy adecuadas para mantener la diferencia entre cuestiones urgentes y de fondo y a su vez brindarle la mejor protección al niño.</p>	<p>La competencia para cuestiones urgentes tal como está planteada en el Convenio de La Haya de 1996 no debería generar dificultades en su aplicación.</p> <p>La provisoriedad de los efectos de las medidas urgentes (Art. 11 2.) parecen muy adecuadas para mantener la diferencia entre cuestiones urgentes y de fondo y a su vez brindarle la mejor protección al niño.</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
	<p>3. Regreso seguro del niño (<i>en especial art. II y Capítulos IV - Reconocimiento y Ejecución y V - Cooperación-</i>)</p>	<p>El regreso seguro del niño ha surgido como otra de las necesidades más significativas para la correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1980. En los países del <i>Common Law</i> para favorecer el regreso seguro del niño se están utilizando, con frecuencia y con bastante éxito, los <i>committees</i> (<i>undertakings</i>) y las órdenes espejo (<i>mirror orders</i>). Estas medidas provisionales, tienen la dificultad para ser reconocidas en los Estados de residencia habitual del niño -especialmente países de tradición románica-. En este aspecto, el Convenio de La Haya de 1996 podría brindar la base jurídica</p>	<p>El Convenio de La Haya de 1996 brinda un sistema de medidas urgentes con efectos extraterritoriales provisionales que podrían ser de gran ayuda para asegurar el regreso seguro del niño. A su vez, su amplio sistema de cooperación internacional (que implica la coordinación entre Autoridades Centrales, Autoridades Judiciales y organismos competentes) favorece la coordinación de las medidas de protección que deben adoptarse en los países involucrados en la protección del niño.</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
b		<p>necesaria para que estas medidas provisionales surtan efecto en el Estado de residencia habitual facilitando así el regreso seguro del niño. (Ver Conclusiones de la V Comisión Especial 1.8.1 y 1.8.2)</p> <p>Resulta sumamente importante para garantizar el regreso seguro del niño la cooperación entre las Autoridades Centrales y Judiciales a fin de coordinar los detalles del regreso y el seguimiento y control del niño una vez retornado (en caso que fuera necesario). Las amplias disposiciones sobre cooperación entre Autoridades Centrales que prevé el Convenio de La Haya de 1996 y la posibilidad de entablar comunicaciones directas entre jueces coadyuvarían también para cumplir con el objetivo de proteger el regreso seguro del niño.</p>	

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
	<p>4. Comunicaciones judiciales <i>(en especial arts. 8, 9 y 34)</i></p>	<p>Las previsiones sobre comunicaciones judiciales directas tendrían un gran impacto en los casos de sustracción de menores, porque se evitarían pérdidas de tiempo y serviría entre otras cosas para que los jueces que tienen que decidir sobre la restitución puedan valerse de la información que pueda proveerles el juez de la residencia habitual.</p> <p>Las comunicaciones judiciales entre jueces han comenzado a utilizarse con singular éxito en la región especialmente a partir de las designaciones de Jueces de Enlace.</p>	<p>Se reconoce la importancia de desarrollar mecanismos que favorezcan las comunicaciones judiciales directas entre jueces. En este sentido el Convenio de La Haya de 1996 aporta una base jurídica que permitirá su promoción y su efectiva concreción.</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
		<p>Los arts. 8, 9 y 34 permiten el uso de las comunicaciones judiciales directas. Entendemos que estas disposiciones favorecerán el desarrollo de dichas comunicaciones aportando una base jurídica concreta al mecanismo. En los casos de sustracción es frecuente que surja la necesidad de contar con pruebas provenientes de las autoridades competentes de la residencia habitual del niño, generándose en muchos casos dificultades y retrasos (muchas veces insalvables por las vías ordinarias del exhorto diplomático o la carta rogatoria). Consideramos que el Convenio de La Haya de 1996 puede brindar una excelente ayuda en estas situaciones.</p>	

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
		(Ver Conclusiones de la V Comisión Especial Parte VI y punto 7. de las Conclusiones de la reunión Interamericana sobre sustracción internacional)	
	<p>5. Derechos de visitas (en especial art. 35 -en forma general los Capítulos II- Competencia-, III -Ley Aplicable- IV -Reconocimiento y Ejecución-, y V - Cooperación-)</p>	<p>El Convenio de La Haya de 1996 podría ayudar en lo concerniente a la tramitación de las solicitudes de visitas ya que tanto a nivel de autoridades centrales como a nivel judicial, se suscitan dudas sobre cuál es el derecho que rige la legitimidad para requerir las visitas, si es preciso que exista o no un antecedente de sustracción o traslado ilícito para poder iniciar las visitas, si podría tramitarse un pedido de visitas para ejecutar una orden existente</p>	<p>Existe consenso en cuanto a las limitaciones del art. 21 del Convenio de La Haya de 1980 para reglar la cuestión de visitas, así como el reconocimiento del importante rol que tendría el Convenio de La Haya de 1996 en esta materia.</p> <p>El Convenio de La Haya de 1996 prevé un novedoso procedimiento internacional para el trámite de las visitas que favorece notablemente el acceso a la justicia del peticionante de visitas asegurando su ejercicio efectivo (art. 35).</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
b		<p>a nivel nacional, etc., cuestiones todas ellas que no están determinadas por el art. 21 del Convenio de La Haya de 1980 y sobre las cuales no hay homogeneidad de opiniones. El Convenio de La Haya de 1996 parece contar con un procedimiento más claro para garantizar el ejercicio efectivo de las visitas.</p> <p>Existe consenso en cuanto a las limitaciones del art. 21 del Convenio de La Haya de 1980 para reglar la cuestión de visitas, así como el reconocimiento del importante rol que tendría el Convenio de La Haya de 1996 (Ver Conclusiones a la V Comisión Especial I.7.1, I.7.2 y I.7.3)</p>	

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
		El Convenio de La Haya de 1996 prevé un novedoso procedimiento internacional para el trámite de las visitas que favorece notablemente el acceso a la justicia del peticionante de visitas asegurando su ejercicio efectivo (art. 35).	

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
<p>Tráfico de Niños (<i>en especial arts. 6, 11 y Capítulo 5 - Cooperación-</i>)</p>		Respecto del tema tráfico de niños, se reconoce el valor de diversos convenios internacionales en materia penal que abordan el fenómeno (Ej.: Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Sin embargo, resulta un fenómeno difícil de detectar y de abordar y requiere de la máxima cooperación entre los países afectados. En este sentido el Convenio de La Haya de 1996 podría fortalecer la	Se ha detectado que el tráfico de niños es una preocupación actual y de gran magnitud en la región. Existe consenso en que es necesaria la cooperación internacional para combatir en forma efectiva este flagelo. El Convenio de La Haya de 1996 aporta un sistema de cooperación internacional moderno y creativo, que facilitaría la protección de los niños víctimas del tráfico internacional.

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
c		<p>lucha contra esta problemática toda vez que su amplio y flexible sistema de cooperación permitirían darle una protección de carácter civil a las víctimas de tráfico.</p> <p>El valor del Convenio de La Haya de 1996 ha sido especialmente reconocido en el trabajo de las Naciones Unidas y en particular por el Comité de los Derechos del Niño, basta mencionar que el propio Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño - relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía-, hace expresa referencia en su preámbulo al Convenio de La Haya de 1996.</p>	

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
d	<p>Niños sin cuidado Parental (Niños no acompañados y Niños separados)</p> <p><i>(en especial art. 11 y en forma general los demás capítulos del Convenio -de acuerdo a cada situación en particular-)</i></p>	<p>La protección de niños sin cuidado parental es una preocupación en la región. El Convenio de La Haya de 1996 podría ser de gran ayuda para abordar la cuestión en el plano internacional.</p> <p>Cabe mencionar que el "Borrador de Directrices de las Naciones Unidas sobre el uso apropiado y condiciones para el cuidado alternativo de niños y niñas" (versión del 18-6-07) establece en su parte 8 titulada "Provisión de cuidado para niños/as fuera de su país de residencia habitual": Nro. 143: A fin de garantizar la cooperación internacional y la protección infantil apropiadas en situaciones semejantes, los Estados deben ratificar o adherir al Convenio de La Haya de 1996.</p>	<p>Se considera conveniente que los Estados de la región ratifiquen o adhieran al Convenio de La Haya de 1996 a fin de favorecer la protección de los niños sin cuidado parental en situaciones transfronterizas.</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
<p>e</p> <p>Como complemento al Convenio de La Haya de 1993 (<i>en especial art. 33</i>)</p>		<p>Se ha detectado un incremento del uso de las familias sustitutas como medio para proteger a los niños en riesgo.</p> <p>En la Segunda reunión de la Comisión Especial que analizó el Convenio de La Haya de 1993 (Septiembre de 2005) se estableció como conclusión Nro. 21: "La Comisión especial reconoce la necesidad de considerar la mejor manera de mejorar la regulación de los distintos tipos de colocación internacional que no estén comprendidos dentro del ámbito del Convenio de La Haya de 1993. En este contexto, se reconoció el valor del Convenio de La Haya de</p>	<p>Se reconoce la utilidad del Convenio de La Haya de 1996 como complemento del Convenio de La Haya de 1993, y como base de diálogo para establecer mecanismos de protección de niños con países de cultura islámica.</p> <p>Se alienta a que los Estados parte del Convenio de La Haya de 1993 consideren la ratificación o adhesión del Convenio de La Haya de 1996.</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
		<p>1996, en particular de su artículo 33. Cabe mencionar que este artículo 33 tiene la suficiente amplitud como para establecer un diálogo con los sistemas jurídicos de derecho islámico, previéndose específicamente la figura de la "kafala" (Marruecos fue uno de los primeros Estados en adoptar el Convenio de La Haya de 1996). Varios países islámicos participaron de la negociación del Convenio de La Haya de 1996 y sus puntos de vista fueron reflejados en distintas partes del articulado.</p>	

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
<p>f</p> <p>Cooperación internacional para la protección de niños en términos generales (Capítulos IV - Reconocimiento y Ejecución- y V - Cooperación-)</p>		<p>El concepto de cooperación internacional para la protección de niños previsto en el Convenio de La Haya de 1996 es en efecto un mecanismo moderno y ambicioso, al menos para los países de Latinoamérica, que al margen de armonizar sus legislaciones, deberán cambiar su idiosincrasia a fin de lograr el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas en otros Estados, cuyo objetivo busca el Convenio de La Haya de 1996.</p> <p>Se hace necesaria la regulación de mecanismos para la convalidación y ejecución de medidas de</p>	<p>El concepto de cooperación internacional para la protección de niños previsto en el Convenio de La Haya de 1996 es en efecto un mecanismo moderno y ambicioso. Estos mecanismos favorecerán el dictado y el posterior reconocimiento extraterritorial de decisiones que protejan al niño en una situación transfronteriza.</p>

Situación de protección atendida por el Convenio de La Haya de 1996	Subtemas	Comentarios de los expertos	Conclusión Preliminar
<p>f</p>		<p>protección a favor de niñas, niños y adolescentes emitidas por instancias competentes del extranjero.</p> <p>La estructura de cooperación prevista en el Convenio de La Haya de 1996 probablemente sea su rasgo más distintivo. En todo momento se promueve el diálogo entre las autoridades de las dos jurisdicciones involucradas en el caso de protección del niño. El reconocimiento de pleno derecho de las medidas de protección en los Estados contratantes significa un avance de singular importancia para la efectivización de la protección del niño (Ej.: sentencias y medidas urgentes)</p>	

Tabla 2: Eventuales obstáculos para la implementación del Convenio de La Haya de 1996

Posible obstáculo	Comentarios	Posible solución
1. Relación entre el Convenio de La Haya de 1996 y la normativa interna aplicable a la protección de niños	Debe quedar claro que el Convenio de La Haya de 1996 no pretende modificar la normativa interna de protección de niños, sino delimitar las competencias entre las distintas Autoridades y generar un diálogo entre las Autoridades nacionales e internacionales involucradas en la protección de un mismo niño, de manera de resguardar su mejor interés.	Será necesario generar espacios de difusión y entrenamiento de los jueces y demás operadores, de manera que se entienda que no se modifica el sistema de protección interno sino que se lo fortalece permitiendo la efectiva protección del niño ante situaciones de riesgo transfronterizas.
2. Ley aplicable a los bienes inmuebles del niño	Lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1996 en este aspecto podría colisionar con disposiciones de algunos ordenamientos jurídicos que establecen como ley aplicable a los inmuebles la ley del lugar de situación. Resulta necesario tener en cuenta que el art. 3 que define el ámbito de aplicación del Convenio determina que el mismo se aplicará para la protección del niño y de sus bienes, pero no tiene por objeto determinar la propiedad de un bien inmueble, ni los efectos de las transferencias o gravámenes que pudieran tener las mismas.	Se reconoce la existencia de ordenamientos jurídicos que establecen como ley aplicable a los inmuebles la del lugar de su situación. El Convenio de La Haya de 1996 está centrado en las medidas de protección del niño y sus bienes, pero no pretende establecer cuestiones relativas a la propiedad, transferencia y gravámenes de bienes inmuebles. A su vez, el art. 15 párrafo 2 permitiría que el Juez de la residencia habitual del niño aplicará la <i>lex rei sitae</i> si ésta resulta conveniente para la efectividad de una medida de protección que favorezca a los intereses del niño (como sería el caso de que su aplicación resultara condicionante para el posterior reconocimiento de la decisión).

Posible obstáculo	Comentarios	Posible solución
3. Costos para la implementación del Convenio de La Haya de 1996	Por su parte, el art. 15 párrafo 2 prevé la posibilidad de aplicar una ley distinta a la <i>lex fori</i> en caso así lo requiriera la mejor protección de la persona o los bienes del niño. El informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 en los comentarios al citado párrafo prevé expresamente la posibilidad de aplicar la ley de situación de los bienes como una de las excepciones a la regla general establecida en el párrafo primero del art. 15 (Un ejemplo sería el caso del Juez de la residencia habitual del niño que tiene que tomar una medida de protección sobre bienes que están situados en el extranjero, y para garantizar la efectividad de la decisión aplica el derecho del lugar de la situación de los bienes por vía de excepción).	
3. Costos para la implementación del Convenio de La Haya de 1996	Al igual que como ocurre con el Convenio de La Haya de 1980, la postura razonable sería que cada Estado sufrague sus propios costos, con excepción de aquellos gastos que pudieran derivarse de cuestiones privadas de las partes, las cuales deberían ser afrontadas por la parte vencedora. Algunos costos de la cooperación podrían generar dificultades (Por ejemplo cuando se pretende restituir a un niño y los padres no tienen dinero para hacerlo). Estas situaciones deberían ser resueltas a través de la cooperación de las Autoridades de los Estados involucrados.	Los costos de implementación del Convenio de La Haya de 1996 no deberían ser significativos, podría tomarse el ejemplo del Convenio de La Haya de 1980 y probablemente aprovechar la misma estructura de Autoridades Centrales existentes.

Posible obstáculo	Comentarios	Posible solución
<p>4. . Transferencia de jurisdicción (arts. 8 y 9)</p>	<p>Se reconoce que el sistema de transferencia de competencias previsto en el Convenio de La Haya de 1996 podría generar ciertas reservas en su aplicación por algunos países de la región.</p> <p>Parece conveniente mencionar que el procedimiento de transferencia de jurisdicción previsto en el Convenio de La Haya de 1996 no refleja la doctrina conocida como "forum non conveniens". La transferencia prevista en el Convenio de La Haya de 1996 opera a discreción del juez competente (no puede ser impuesta) y siempre y cuando exista acuerdo entre las Autoridades competentes.</p> <p>Resultaría interesante conocer la experiencia de los países que ya tienen el Convenio de La Haya de 1996 en funcionamiento. Es decir, si han podido superar este obstáculo imperante en la mayoría de los países de Latinoamérica, caracterizado por el recelo de los jueces por desprenderse de su competencia originaria.</p>	<p>Se reconoce que el sistema de transferencia de competencias es novedoso para la mayoría de los países de la región. Si embargo, el hecho de que sea discrecional permite que aquellas jurisdicciones que se vieran impedidas de transferir en función de sus ordenamientos nacionales no lo hicieran (no es posible imponer la transferencia y sólo procede en base a un acuerdo de ambas jurisdicciones).</p>

Posible obstáculo	Comentarios	Posible solución
<p>5. Falta de regulación interna que permita poner en funcionamiento el sistema de cooperación del Convenio de La Haya de 1996 de 1996</p>	<p>En la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 se ha observado que no todos los países que han suscripto dicho instrumento han podido hacer frente a las obligaciones emergentes del mismo. A modo de ejemplo, pueden nombrarse las dificultades demostradas por varias Autoridades Centrales de llevar adelante la cooperación allí prevista, ya sea por razones presupuestarias o de otra índole. Dichas dificultades también se han observado a nivel judicial. Por lo tanto, todo haría suponer que los mismos inconvenientes podrían suscitarse con la aplicación del Convenio de La Haya de 1996.</p> <p>Falta de procedimientos específicos para el Poder Judicial y el Ministerio Público que convalide de manera expedita medidas de protección de favor de niñas, niños y adolescentes dictados por entidades competentes extranjeras.</p> <p>Ausencia de mecanismos de comunicación entre instituciones competentes contrapartes para emitir y ejecutar medidas de protección a favor de niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>En relación con la necesidad de regulación interna del Convenio de La Haya de 1996 para su implementación, cada Estado debería hacer su evaluación respecto a la necesidad o no de la regulación. La experiencia en la operatoria del Convenio de La Haya de 1980 indica que una regulación interna facilita el funcionamiento. En este sentido, ya existen modelos de regulación del Convenio de La Haya de 1996 que podrían ser tenidas en cuenta por aquellos Estados que pretendan desarrollarla.</p>

**Proyecto de Ley Modelo
sobre Normas Procesales
para la aplicación de los Convenios
sobre Restitución Internacional de Niños**

Dr. Ignacio Goicoechea

Con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y de velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional, se ajustarán las normas procesales internas según el siguiente Proyecto.

Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y a la visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.

Art. 1.- Objeto. Será objeto del proceso regulado en la presente ley, determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita. Asimismo asegurar el tratamiento conforme a los principios de los convenios citados, la resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño.

Sin perjuicio del *nomen juris* previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño—incluyendo su traslado al extranjero— de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Este derecho, debe haber sido ejercido en forma efectiva, ya sea individual o conjuntamente, por padres, tutores, guardadores o instituciones, inmediatamente antes del hecho.

El niño, en consecuencia, debe haber sido desplazado ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en otro Estado.

Queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño. Mientras tramita la solicitud de restitución, quedan en suspenso los procesos tendentes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia, que puedan encontrarse en trámite.

Se considera niño a efectos de este proceso, toda persona que no haya cumplido los dieciséis años de edad. Tal expresión comprende ambos géneros.

Art. 2.- Normas procesales y criterio interpretativo. El procedimiento estará regido por la Constitución, los tratados internacionales en materia de Sustracción Internacional de Menores ratificadas por el Estado, la presente Ley, las leyes nacionales de protección de niños niñas y adolescentes y las leyes procesales.

Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Art. 3. Competencia. Se determinará conforme a las normas generales, con especial aplicación de los principios de concentración y especialización, tanto en primera instancia como en apelación.

Art. 4. Legitimación Activa. Será titular de la acción de restitución, aquel padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, inmediatamente antes de su traslado o retención.

Art. 5. Legitimación pasiva. Estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento-retención, constituye la causa de la solicitud.

Art. 6. Asistencia o representación del niño. De conformidad con las leyes de protección vigentes, se podrá designar un abogado defensor al niño, que lo asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa.

Art. 7. De la intervención del representante de la Causa Pública. Se dará cuenta en el representante de la Causa Pública que comparecerá ante el tribunal a los efectos de ser noticiado de las resultancias del proceso y a ejercer los actos que le competen. Su ausencia no implicará dilación del trámite.

Art. 8.- Autoridad Policial. La autoridad policial prestará sin demoras la colaboración en cuanto le sea requerida.

Artículo 9.- Autoridad Central. A los efectos del cumplimiento de sus cometidos naturales atribuidos por el artículo 7 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores de 1980 y Art. 7 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se consagra que deberá ser informado por el Tribunal de las actuaciones y tendrá libre acceso a las mismas.

Art. 10. Fase preliminar. La demanda o solicitud de restitución, que deberá ajustarse a los requisitos establecidos en los Arts. 8 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y 9 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se podrá presentar en forma directa ante el Tribunal competente, vía exhorto o carta rogatoria, o solicitud directa ante la Autoridad Central (Art. 8 Convención Interamericana).

El tribunal competente tomará conocimiento inmediato, pasando a disponer las más urgentes medidas para la localización y protección del niño, en su caso.

Verificada la localización, lo comunicará de inmediato al estado requirente vía Autoridad Central o a través del organismo que haga sus veces.

La Autoridad Central del Estado solicitará o adoptará las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del niño.

A partir de dicha noticia, en caso que se hubiere solicitado la previa localización del niño, comenzará a correr un plazo de 30 días a efectos de la correspondiente presentación de demanda o solicitud de restitución, para el caso de que ésta no se hubiese deducido. Vencido el mismo, las medidas adoptadas liminarmente, caducarán de pleno derecho.

La documentación que se acompañe a la demanda o solicitud de restitución, con el fin de acreditar la legitimación activa del requirente (copia de sentencia o convenio homologado) y demás recaudos, deberá presentarse traducida en caso de así corresponder, no requiriéndose su legalización (Art. 23 de la Convención de La Haya).

Art. 11. Procedimiento. Una vez presentada la demanda o solicitud de restitución, el tribunal procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad y titularidad activa, según las definiciones de los artículos primero y cuarto de esta Ley.

A los efectos de esta última, el peticionante deberá acreditar la verosimilitud de su derecho, demostrando sumariamente en el escrito inicial que se encuentra en el ejercicio de la guarda o custodia, de conformidad con lo dispuesto con el artículo primero.

La presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el tribunal competente del país donde se halle el niño marcará la fecha de iniciación de los procedimientos a los efectos establecidos en el Art. 12 incisos 1º y 2º de la Convención de La Haya y 14 de la Convención Interamericana.

Art. 12.1.- Si el Tribunal rechaza liminarmente la demanda o solicitud de restitución, la resolución admite el recurso de Apelación, interpuesto dentro de tercer día de noticiado.

12.2.- Admitida la demanda, en veinticuatro horas el tribunal despachará mandamiento de Restitución; citará de excepciones por el término de diez días al requerido; dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección –sujeción del niño al país–, o bien, modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente; designará un Curador o Defensor al niño de haber sido designado; designará un Defensor o representante para el requirente en caso de que por motivos económicos debidamente acreditados en la solicitud, no pueda trasladarse al país y notificará la decisión al Ministerio Público. Comunicará tal decisión a la Autoridad Central a sus efectos.

No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconveniones que obsten a la prosecución del trámite.

Art. 13. Oposición de excepciones. La defensa del demandado deberá realizarse en escrito fundado en el que deberá acompañarse toda la prueba de que haya de valerse. Es válida la oposición cuando se exprese y demuestre que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable;

c) se compruebe que el propio menor con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución.

Asimismo podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas en el presente artículo.

Art. 14.- Si no fueren opuestas excepciones, quedará firme el mandamiento de restitución y se dispondrá hacer efectiva la misma comunicándolo a la Autoridad Central.

Opuestas que fueren, se sustanciarán con un traslado al requirente por el término de seis días.

Art. 15.- Contestada la demanda o vencido el término, se convocará a audiencia dentro del término de tres días de haber sido puestos los autos al Despacho al efecto. En dicha providencia, el tribunal se expedirá sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando *in limine* toda aquella prueba inadmisibile, inconducente o manifiestamente impertinente.

La resolución que admita o deniegue el despacho de diligencias probatorias no será recurrible.

El número de testigos, se limitará a tres por cada parte.

Art. 16.- La audiencia, será presidida por el tribunal, no dejará de celebrarse por la ausencia de los citados.

En ella se tentará la conciliación, la que verificada se hará constar en acta y será homologada por el Juez. En caso contrario, será oído el representante de la Causa Pública y se resolverán en su caso, las cuestiones procesales que obstan a la decisión final. Se procederá a la fijación de los puntos en debate, se diligenciarán los medios probatorios dispuestos, a cuyo fin la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas.

Se oirá al niño cuando a juicio del tribunal esté en condiciones de formarse un juicio propio, brevemente a las partes y al representante de la causa pública si se hallare presente.

A los fines de su dictado, podrá el tribunal prorrogar la audiencia hasta por veinticuatro horas.

Art. 17.- Segunda Instancia. La Sentencia Definitiva será pasible del Recurso de Apelación interpuesto dentro de tercero día y sustanciado con un traslado por idéntico plazo a las partes, al representante de la causa pública y al Defensor del niño en su caso.

El mismo será concedido con efecto suspensivo.

Los autos serán elevados dentro del término de veinticuatro horas de evacuados los traslados.

El Tribunal de Alzada se expedirá, dentro de sexto día. Podrá hacerlo en audiencia o dictarse decisión anticipada.

La segunda instancia debe tramitarse dentro de los plazos máximos establecidos en los artículos de la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989

Art. 18.1. Del contenido de la sentencia. Se ordenará la restitución en todo caso cuando se tratase de un niño menor de 16 años, que

haya sido trasladado o retenido ilícitamente en violación de un derecho de custodia, efectivamente ejercido al momento del hecho en el país de su residencia habitual.

18.2. Restitución segura. El tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y literal b) del artículo 11 de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución.

18.3. Si ha transcurrido un lapso mayor a un año entre la fecha de la solicitud o demanda de restitución y la de sustracción o retención ilícitos, podrá asimismo ser ordenada la restitución, según las circunstancias del caso, salvo demostración durante el proceso de que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente, y en este caso, si a juicio del Juez la permanencia en éste resulta favorable a su prioritario interés. En caso contrario, podrá siempre ordenar la restitución (Art. 18 de la Convención de La Haya y artículo 17 de la Convención Interamericana).

Art. 19.- Impugnaciones. Serán pasibles del Recurso de Apelación, únicamente la Sentencia que disponga el rechazo liminar –en cuyo caso la apelación no se sustancia– y la Sentencia Definitiva.

En segunda instancia podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada, en este último, el plazo para deducir el recurso de aclaración y ampliación será de 48 horas, debiéndose decidir dentro de las 48 horas.

Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno.

Artículo 20.- Visita. La solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley.

El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

No son requisitos necesarios para la procedencia de la solicitud de visitas en el marco de los Convenios Internacionales de Restitución, la existencia de un traslado o retención ilícitos previos, ni la existencia de un régimen de visitas establecido previamente.

El Tribunal del Estado requerido puede inclusive modificar un régimen de visitas establecido previamente en caso de que así sea necesario.

Art. 21. Comunicaciones judiciales directas.

Se designará un Juez de Enlace con el cometido de facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en trámite comprendidos por la presente ley entre los Tribunales Extranjeros y los Tribunales Nacionales.

Las consultas podrán ser recíprocas, se realizarán por intermedio del Juez de Enlace y se dejará constancia de las mismas en los respectivos expedientes, con comunicación a las partes.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2011, en los talleres gráficos de Editorial Torino, C.A. RIF.: J-30143170-7, Teléfonos: (0212) 239.76.54 - 235.24.31. En su composición tipos de la familia Times New Román, para la tripa se usó papel Alternative 60 grs. De esta edición se imprimieron 1000 ejemplares,

