



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
FAMILIARES Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA
(Trabajo presentado como requisito para optar al Título de la
Especialización en Derecho de Familia)**

Autora: Solange Astrid Arias Duran

Tutora: Juditas Delany Torrealba Dugarte

San Cristóbal, Septiembre de 2013



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
FAMILIARES Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA
(Trabajo presentado como requisito para optar al Título de la
Especialización en Derecho de Familia)**

San Cristóbal, Septiembre de 2013

San Cristóbal, 4 de septiembre de 2013

Ciudadana
Lcda. Carolina Montilva
Directora del Decanato de Investigación y Postgrado
Presente.-

Formalmente presento el trabajo de grado titulado **LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA**, para optar al título de especialista en derecho de familia, que otorga la universidad católica del Táchira.

Atentamente,

Abg. Solange Astrid Arias Duran

C.I. V.-10.150.821

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de Tutora del Trabajo de Grado presentado por la ciudadana Solange Astrid Arias Duran, titular de la cédula de identidad N° V.-10.150.821, para optar al Grado de Especialista, cuyo título es en Derecho de Familia, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, a los 4 días del mes de septiembre de 2013.

Dra. Juditas Delany Torrealba Dugarte

C.I. V.-15.231.852

DEDICATORIA

A Dios.

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A Mis Hijos.

Javier Andrés y Franck Chewn que son mi fuente de inspiración y mi motivo de esfuerzo.

A mis familiares.

A todos aquellos que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis.

A mi tutora.

Dra. Juditas D. Torrealba por su apoyo y orientaciones.

A mi amigo incondicional.

Dr. Fernando Márquez Caro

Al Dr. Juan Rafael Perdomo, por su valioso aporte para resolver el hecho social relacionado con los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

AGRADECIMIENTO

Primeramente quiero agradecer a la Defensa Publica por la oportunidad de evolucionar como profesional que me ha dado a lo largo de estos 13 años. A las Salas Constitucional y Social del Tribunal Supremo de Justicia. Al Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira por el apoyo brindado para realizar esta investigación, a los Consejos Comunales de los diversos municipios del estado Táchira que a través de jornadas informativas han ido dándome fe de sus experiencias vividas a través de los comités de protección; a los usuarios y usuarias que más que un simple caso se han convertido en mis amigos y que muchos de sus conflictos resueltos a través de estos medios fueron la fuente de inspiración para la realización de este estudio. A todos ustedes gracias.

ÍNDICE GENERAL

Resumen	P.P.
Introducción	viii
CAPÍTULO	1
I LAS BASES CONCEPTUALES QUE CONFIGURAN LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES RESPECTO A LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y OTRAS FUENTES NORMATIVAS	5
II LA INCIDENCIA DE LOS METODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES EN VENEZUELA CONFORME AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	17
III LAS BASES CONCEPTUALES DE LA MEDIACION Y LA CONCILIACION COMO MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE MAYOR APLICABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA VENEZOLANO	36
IV LA INCIDENCIA DE LOS ORGANOS DE PROTECCION, LOS CONSEJOS COMUNALES Y LAS PARTES INTERVINIENTES EN LA APLICABILIDAD DE LA MEDIACION Y CONCILIACION FAMILIAR EN VENEZUELA	76
V LAS FASES DE CONCILIACION Y MEDIACION ANTE LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS, JUDICIALES Y JURISDICCIONALES EN MATERIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA	103
Conclusiones	123
Referencias Bibliográficas	127



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
FAMILIARES Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA**

Autora: Arias Solange

Tutora: Torrealba Juditas

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes en la Gaceta Oficial N° 39.570 de fecha 9 de diciembre de 2010, se pretende desjudicializar ciertas materias relacionadas con los conflictos familiares, de carácter disponible, favoreciendo la solución de los conflictos en el ámbito familiar o en su defecto ante órganos y entes administrativos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Al analizar la normativa se observó que la misma aspiraba regular los procesos de conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos, así como otros medios, contribuyendo a la desjudicialización en los conflictos familiares, pero la misma ley no estipula aspectos concretos para la materialización de los fines propuestos, ante esta situación se decidió analizar los medios alternativos de solución de conflictos familiares y su incidencia en la legislación venezolana, la investigación se fundamentó en el estudio de la normativa, tomando como instrumentos para la respectiva labor a: la Constitución, la legislación en materia de medios alternativos de solución de conflictos familiares, la doctrina nacional y extranjera y el Derecho Comparado, donde se analizaron pródicamente, cada una de las disposiciones, en búsqueda de una solución doctrinal a las lagunas existentes en la legislación venezolana. La metodología utilizada, fue la propia de una investigación documental, dado que los instrumentos usados para la obtención de la información, consistieron en adoptar técnicas como: el resumen, el subrayado, las síntesis, aplicadas al material bibliográfico. De la referida investigación se concluyó que aunque la legislación especial representa un avance, no cubrió todos los tópicos que debía cercenando de cierto modo el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Descriptores: mediación, conciliación, niños, niñas y adolescentes

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes en la Gaceta Oficial N° 39.570 de fecha 9 de diciembre de 2010, que estableció los lineamientos que deben seguirse para regular los procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes de carácter administrativo y judicial, como la conciliación, mediación y otros medios, para resolver las controversias familiares, proteger los derechos humanos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, así como para promover la paz, la armonía familiar, comunitaria y social; es decir con esa normativa se aspiraba a tener las bases necesarias para obtener los criterios de cómo aplicar los medios alternativos de solución de conflictos.

Al analizar la normativa se observó que la misma aspiraba regular los procesos de conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos, contribuyendo a la desjudicialización en la solución de los conflictos familiares, pero la misma ley no estipula aspectos concretos para la materialización, más bien otorgando dicha función a los Consejos Comunales quienes no tienen como instancia participativa la formación necesaria para la referida labor, en el caso de los órganos administrativos como las Defensorías Públicas en materia de Niños, Niñas y Adolescentes, Consejos de Protección solo la ley señalando sus atribuciones respecto a la aplicabilidad de los medios alternativos de resolución de conflictos, pero no profundizando sobre la labor y grado de conciliación y/o mediación que cada uno de estos sujetos debía detentar, solo aportando amplias facultades al juez, quien según esta ley podría lograr implantar la materialización de la mediación sin medirse la incidencia que esto podría acarrear para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Ante esta situación se decidió analizar los medios alternativos de solución de conflictos familiares y su incidencia en la legislación venezolana, dado que a simple vista pareciera que cumplen con los preceptos que la doctrina ha establecido, pero es en su práctica donde se presentan algunas contradicciones que desnaturalizan la institución que los medios alternativos de solución de conflictos presenta en el Derecho, debiéndose por lo tanto estudiar las bases conceptuales de los medios alternativos de solución de conflictos, la mediación y la conciliación en materia de Derecho de Familia y las fases de aplicación de las conciliaciones y mediaciones por parte de los órganos del Sistema de protección venezolano.

La investigación se fundamentó en el análisis de la normativa, tomando como instrumentos legales para la respectiva labor a: la Constitución, la legislación en materia de medios alternativos de solución de conflictos familiares, la doctrina nacional y extranjera y el Derecho Comparado, donde se analizaron pródidamente, cada una de las disposiciones, en búsqueda de una solución doctrinal a las lagunas existentes. Entre las limitaciones existentes, hasta el momento de la realización de la presente investigación, tenemos el hecho, que en Venezuela, el tema ha sido tratado por los doctrinarios de forma somera y aislada, existiendo pocos estudios que aborden a profundidad directamente al tema, y para realizar una investigación objetiva, se acudió como herramienta útil al Derecho comparado.

La metodología utilizada, fue la propia de una investigación documental, dado que los instrumentos usados para la obtención de la información, consistieron en adoptar técnicas como: el resumen, el subrayado, la síntesis, aplicadas en material bibliográfico como; leyes, libros, y en datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos, examinados bajo un sentido crítico y temático. Según su profundidad, esta investigación fue de

tipo descriptiva; según su alcance, fue seccional, pues que se orientó a estudiar. Según su naturaleza, fue analítica y conceptual, debido a que se construyó después de observar y leer lo fundamental de un extenso grupo de bibliografía especializada. De conformidad con su carácter, fue cualitativa, pues se basa en el análisis de contenido.

La respectiva investigación se estructura en cinco capítulos, en el primer capítulo referido a las bases conceptuales que configuran a los medios alternativos de solución de conflictos en materia de familia, en el segundo capítulo a los diversos medios alternativos de solución de conflictos existentes en materia de familia, en el tercer capítulo a las bases fundamentales de la mediación y la conciliación familiar; en el cuarto capítulo a los sujetos y órganos que forman parte de la mediación familiar y en el quinto capítulo a las fases que configuran la mediación y a la conciliación familiar y sus diversos modelos.

Por lo tanto al haberse analizado el contenido temático, desde una perspectiva analítica se concluyó que con la entrada en vigencia de la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) en el año 2010, el tema de los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) tomó de nuevo un nuevo matiz, que había sido en parte aclarado por la LOPNNA en el año 2007, en la oportunidad de su reforma, no obstante ante la indagatoria de esta normativa se pudo examinar la situación jurídica de los MASC, existiendo tanto en la legislación vigente diversos métodos, como la opción de incluir otros que en el Derecho Comparado están siendo de gran utilidad como es el caso del arbitraje; no obstante aun habiendo analizado el impacto de los MASC a través de su marco conceptual y detallado la amplia gama de medios existentes de posible aplicabilidad en el Derecho de Familia y para la protección de niños, niñas y adolescentes, es un hecho notorio que la

conciliación y la mediación ocupan un rol de extraordinaria importancia ante el desarrollo que el Legislador Venezolano, les ha dado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, (2003), la LOPNNA (2007) y en LPEMPF (2010). No obstante aunque la normativa orientada para tal fin vino a aclarar puntos importante e incluyo nuevos tópicos como el rol de los Consejos Comunales y los Comités de Protección, omitió de manera directa el enunciar como otros órganos en este caso por ejemplo: el Ministerio Publico o la Defensa tenían que manejarse ante la aplicación de la mediación y la conciliación; aspecto por el cual, existen dudas sobre si usar la analogía como medio para llenar las lagunas que la normativa aun denota, sobre todo bajo los silencios que se generaron ante la desatención de las fases de la mediación y conciliación concluyéndose que aun habiendo avances no se está en una situación ideal en materia de MASC existiendo vacios que atentan contra el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

CAPITULO I

LAS BASES CONCEPTUALES QUE CONFIGURAN LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES RESPECTO A LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y OTRAS FUENTES NORMATIVAS

Generalidades

Con la entrada en vigencia de la Ley de Procedimientos Especiales en Materia de Familia (LPEMF) en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.570 de fecha 09 de diciembre de 2010, se ha querido establecer los lineamientos de cómo los medios alternativos de resolución de conflictos deben ser aplicables en el ámbito de la solución de los conflictos familiares en materia de familia, instando esta ley, que en lo relativo a las comunidades se busque resolver las controversias entre las familias de los sectores más populares. Sin embargo hay una amplia gama de conceptos que deben ser analizados para conocer el alcance y la dimensión de la aplicación de esta ley. De allí que en el presente capítulo se hará énfasis sobre estas situaciones.

Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos

Su concepto y alcance constitucional en Venezuela

Según la doctrina, los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) se definen como:

“Métodos conformados por alternativas consensuales cuyas decisiones no son vinculantes como la Mediación y por procesos adjudicatarios de decisiones vinculantes como el Arbitraje. Asimismo existen ciertos procesos híbridos como lo es el de Med-Arb, y variaciones de otros procesos como el Mini-Trial. Los ADR o MARC más resaltantes debido a la popularidad de su empleo son el Arbitraje, la Mediación y la Conciliación. Algunos elementos comunes a todos estos procedimientos son la presencia de un tercero imparcial en calidad de

facilitador de las negociaciones o arbitro, naturaleza voluntaria y flexibilidad en los procedimientos.”¹

Es decir la doctrina ha ofrecido desde una perspectiva genérica el alcance de los medios alternativos de resolución de conflictos, haciendo énfasis en que inicialmente los MASC no tenían efecto vinculante, siendo sobre todo mecanismos utilizados en el derecho privado para la solución de conflictos entre las partes, sin embargo a nivel normativo desde el año de 1999 se le otorgo un rol importante al haber sido incluidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999 en el artículo 258 en su último aparte al expresar: “...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.² Es decir la normativa constitucional ha incluido la utilidad de los MASC como un mecanismo de establecimiento de justicia siendo este un alcance importante.

Tipos de Medios Alternativos de Solución de Conflictos

En opinión particular los medios alternativos de Solución de conflictos pueden dividirse en dos ámbitos:

- Según el procedimiento
- Según la materia

Respecto al primero, debe señalarse que la propia CRBV (1999) ha mencionado a el arbitraje, a la mediación, la conciliación y deja un margen

¹ Franklin Hoet-Linares: La Mediación Administración y Negociación de Justicia Alterna. Primera Edición. Legis. 2005.

² Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

residual que pudiera incluir a la justicia de paz, la negociación, y otros procedimientos que la doctrina ha establecido como el Mini Trial y el Med-Arb; se hace énfasis en este sentido en que Venezuela se ha orientado a la implementación de los MASC como una forma para ayudar al descongestionamiento del Sistema de Justicia. En este capítulo se estudian todos estos tipos de medios según su procedimiento pero orientados a la temática de familia, en lo que respecta a los MASC pueden dividirse en: Laborales, Empresariales, Civiles, Educativos, Comunitarios y Familiares. Serán estos últimos los desarrollados en esta investigación.

El conflicto y sus elementos

Concepto

“Un conflicto es un proceso de oposición a los intereses entre dos o más actores. Este proceso se puede deber a una dinámica de antagonismo llegando a manifestaciones violentas, a la conflictividad armada. La mayoría de los conflictos se van desarrollando y modificando en función de los contextos del momento. Además, las causas son múltiples y se interrelacionan entre sí; de manera que no podemos encontrar una causa única como origen de un conflicto.

Si estudiamos el conflicto como un proceso, veremos cómo se modifica con el tiempo apareciendo nuevas causas y en algunos casos cambiando su propia naturaleza. Todos estos elementos de cambio son esenciales para la resolución de conflictos. El estudio de su desarrollo permite mayor margen al aplicar una vía de resolución u otra., evitando simplificar y por lo tanto equivocarse tanto en el proceso de comprensión como en el de resolución”.³

Es decir ante la necesidad, de manejar el alcance del término conflicto en opinión particular, el conflicto puede entenderse como la oposición de criterios y de pensamiento donde dos o más individuos pueden generar estados de incomodidad, violencia y finalmente odio, lo que puede llevar al deterioro psico-mental de los seres humanos. Sea en cualquier entorno,

³ Gloria Pérez Serrano y María Victoria Pérez de Guzmán: Aprender A convivir: El Conflicto como oportunidad de crecimiento. Madrid. Editorial Narcea. 2011. p.20

laboral, empresarial, educativo, comunitario y familiar. Es por ello que el conflicto es el motivo esencial para que existan MASC.

Elementos del Conflicto

En lo que respecta al conflicto, el mismo se desenvuelve en una serie de factores que deben tomarse en cuenta, aunque estos se constituyen desde diferentes perspectivas, pero que deben ser analizadas brevemente para el mejor entendimiento del concepto. La doctrina en este sentido ha expresado que los elementos del conflicto son:

- 1) Las partes, personas o grupos de personas que intervienen en forma directa o indirecta.
- 2) El Poder, que es la capacidad de influencia que tiene una parte sobre la otra.
- 3) Las percepciones del conflicto, es la realidad que una parte trasmite a la otra, es la forma de recibir o demostrar el conflicto y sus causas.
- 4) Las emociones y sentimientos, que se traducen en diferentes estados de ánimo con motivo de los recuerdos, o frustraciones vividas.
- 5) Las posiciones, es el reclamo que cada una de las partes hace a la otra.
- 6) Intereses y necesidades son los beneficios que las partes quisieran obtener de la solución del conflicto.
- 7) Los valores, principios y creencias que es parte de la cultura e idiosincrasia de los seres humanos.⁴

De tal manera, que los elementos del conflicto intervienen todos así:

1.- Las partes: Siempre es esencial para la existencia de un conflicto, la presencia de las mismas, sea en cualquier ámbito o contexto, en una organización o un matrimonio, siempre sus actuaciones es la que puede causar la existencia de conflictos.

2.- El poder: En lo referente a las relaciones de poder, es notorio que a nivel de organizaciones, grupos o de la familia, siempre existe una de las partes

⁴ María Cristina Deponti Lascano: El Conflicto y sus elementos. [Pagina Web en Línea] disponible en: <http://www.cristinadeponi.com/2007/10/17/el-conflicto-y-sus-elementos/> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2013).

que busca ejercer la relación de poder sobre la otra, es decir sus argumentos siempre tendrán sobre los de la parte contraria.

3.- Respecto a las percepciones del Conflicto: Se refiere a los puntos de vista diversos en los se plantea el conflicto.

4.- Las Emociones y sentimientos: Es notorio que al estar presentes una serie de emociones y sentimientos los mismos, generan manifestaciones en la forma de dar y recibir que son las causantes de que el conflicto se genere, del mismo modo ante estas acciones de tipo emocional están presentes los recuerdos y las frustraciones vividas que generan los diversos estados de ánimo.

5.- Las posiciones: En este mismo aspecto las posiciones de las partes, quienes a través de sus reclamos de manera firme quieren enaltecer el hecho que tienen la razón.

6.- Los intereses y necesidades: Respecto a los intereses y necesidades que se pueden obtener para la solución del conflicto, porque siempre existe un punto de encuentro en todo conflicto.

7.- Los valores principios y creencias que es parte de la cultura e idiosincrasia de los seres humanos: Que forman el carácter del individuo.

Estos 7 elementos siempre estarán presentes en el contenido del conflicto y son los que en mayor o menor medida agravan o atenúan la situación de conflictividad.

Los conflictos familiares

Luego de haber expresado los conceptos básicos de los MASC o el conflicto es bueno analizar su aplicación al Derecho de Familia y la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, a la luz de la LPEMF del año 2010.

“Los conflictos familiares pueden entenderse como aquellos procesos que se presentan en un momento de desarmonía, desequilibrio y confusión, apareciendo problemas que no fueron resueltos en el pasado y que llegan a convertirse en problemas mayores. Esta manifestación aparece algunas veces cuando una situación de tensión presiona a la familia o bien cuando ya se ha llegado al límite de la paciencia, requiriéndose de ciertos cambios que no se pueden generar, porque no se sabe cómo o bien algún miembro no está dispuesto a cooperar. Dentro de un conflicto familiar las reglas y los roles de la familia se hacen confusos o se ven rebasados; los valores y objetivos pierden importancia. Se ceden las expectativas y las prohibiciones. Una crisis de este tipo necesita un cambio decisivo y cada cambio implica una nueva adaptación”⁵.

Tipos de conflictos familiares

Según la doctrina venezolana⁶, los conflictos familiares presentan una tipología que se menciona en 9 numerales a continuación:

- “...1.-Conflictos relativos a la separación o divorcio de parejas de hecho o de derecho.
- 2.-Conflictos específicos no relacionales entre parejas que quieren regular pautas interaccionales concretas que entorpecen la convivencia.
- 3.-Conflictos Post-Separación para la modificación de algunas de las decisiones o regulaciones judiciales tomadas en la separación o el divorcio.
- 4.- Conflictos entre familiares por temas sucesorios
- 5.- Conflictos entre padres, madres e hijos adolescentes.

⁵ Manuel Chávez Asencio: Conflictos Familiares, Su prevención y Tratamiento. Universidad del Externado de Colombia, 2002 p.35.

⁶ Georgina Morales y Miriam San Juan: Familia Intervenciones protectoras y mediación familiar. Vadell Hermanos Editores. 2005, p.180-187

- 6.- Conflictos entre hermanos u otros familiares por el cuidado de los mayores de la familia.
- 7.- Conflictos entre personas con vínculos familiares por reclamaciones de alimentos.
- 8.- Conflictos entre padres biológicos y familias que reciben a los menores en acogimiento
- 9.- Conflictos entre familia biológica y afectiva”.

Es ante este tipo de conflictos que los MASC orientados al Derecho de Familia deben estar presentes, y serán analizados a continuación.

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos en materia de Derecho de Familia y protección del Niño, Niña y del Adolescente en Venezuela.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007)

Aunque inicialmente la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) del año 1998⁷ era la normativa aplicable en lo relativo a la protección de los Niños y Adolescentes siendo la encargada de lo concerniente a la materia de familia cuando por fuera atrayente existiera la presencia de un niño o adolescente, o en caso dado el Código Civil⁸ de no haber sujetos de derechos con menos de dieciocho (18) años. Solo mecanismos procesales como la transacción de las partes o la intervención del Juez desde una perspectiva conciliadora era lo visto hasta los momentos. Sin embargo es hasta el año 2007 con la reforma procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNNA)⁹ donde se consagro la figura jurídica más relevante que es la Mediación, al haber establecido en el artículo 450, literal e), que entre los principios rectores de la normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes se encuentran los Medios alternativos de solución de conflictos, y que El juez

⁷Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Publicada en la Gaceta Oficial N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre del año. 1998.

⁸ Código Civil de Venezuela. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

⁹ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente. G.O. (5.859 Extraordinaria) 10/12/2007

o juez 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 la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley, de allí que la doctrina haya afirmado que:

“La reforma parcial de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente, prevé un nuevo procedimiento, en el que se presenta una Audiencia Preliminar, la cual persigue el desarrollo de la Mediación Familiar, establecer los hechos aceptados y controvertidos antes de iniciar el debate de fondo, sanear el proceso de aquellos asuntos formales o sustanciales que no son fundamentales y centrar la controversia solamente en los hechos controvertidos, analizar las pruebas presentadas por las partes y admitir las que sean legales y pertinentes para la demostración de los hechos controvertidos. Conforme lo expresado, parece oportuno señalar, que la vigencia y alcance de las prerrogativas legales, debe proyectarse en consonancia con la mediación familiar, como método alternativo de resolución de conflictos, para así desarrollar las distintas aristas de su tratamiento y de esta manera promover su eficacia y puesta en marcha como mecanismo garantizador de los derechos del niño”.¹⁰

Es decir ya el procedimiento de mediación se encontraba establecido como un MASC en la Reforma de la LOPNNA (2007) sin embargo solo se hablaba de la mediación como mecanismo en la sede jurisdiccional dejando a un lado, la labor que en sede administrativa se debía cumplir por medio de órganos como el Consejo de Protección, el Instituto Nacional Consejo Nacional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (IDENNA), la Defensoría del Pueblo con competencia en materia de familia, la Defensa Pública en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la Fiscalía del Ministerio Público y los Consejos Comunales por lo que se estipuló en la nueva Ley, la cual profundizó sobre la aplicabilidad de la mediación y la conciliación pero obviando otros MASC como es el caso de la negociación o arbitraje.

Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (2010)

Objeto y Finalidad

¹⁰ Yaser Abdelkarim: Mediación como solución alterna ante conflictos familiares en la reforma de la LOPNA. Anuario numero 32. Universidad de Carabobo. Pagina Web en Línea] disponible en: servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc32/art.5.pdf

Respecto a la normativa de reciente data la misma viene a estudiar con mayor profundidad lo concerniente a los medios alternativos de resolución de conflictos al establecer en el artículo 1 su objeto que:

“La presente Ley tiene por objeto regular los procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes de carácter administrativo y judicial, como la conciliación, mediación y otros medios de iniciativa popular para resolver las controversias familiares, proteger los derechos humanos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, así como para promover la paz, la armonía familiar, comunitaria y social”.¹¹

Es decir la LPEMF (2010) se incluye y regula la mediación y la conciliación en sede administrativa y judicial así como el carácter otros medios alternativos los cuales a grandes rasgos pudieran circunscribirse los llevados a cabo en las comunidades, pudiéndose incluir aquellos que la doctrina contempla como: la justicia de paz, y el arbitraje, todo en aras de afianzar los derechos humanos promoviendo, la paz, y la armonía comunitaria y social. En el contenido de su artículo 2 la referida normativa orienta su finalidad a:

“1. Regular los procesos de conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos, que permitan a las familias recuperar el diálogo necesario para resolver sus controversias a través de acuerdos voluntarios que garanticen la paz y armonía familiar, comunitaria y social.

2. Promover a través de la conciliación y mediación relaciones familiares fundamentadas en la igualdad de derechos y deberes, la equidad de género, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.

3. Contribuir a la desjudicialización en la solución de los conflictos familiares, privilegiando su abordaje y solución en el ámbito familiar o en su defecto ante órganos y entes administrativos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”.¹²

¹¹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEFM). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.570 de fecha 09 de diciembre de 2010

¹² Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección... op.cit.

Al analizar el contenido del mencionado artículo 2, es notorio que la LPEMF (2010) se basa, en la mediación y la conciliación en la sede jurisdiccional y administrativa, obviando otros mecanismos que más adelante se estudian y que la doctrina ha desarrollado, aunque también se mencionan los acuerdos voluntarios que son propiamente de tipo comunitario; con este mismo alcance se citan a los derechos y deberes como: la equidad de género, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco, para finalmente afirmar que la aspiración de la ley es la desjudicialización dando privilegio a la sede administrativa por medio de diferentes órganos y entes administrativos.

Ámbito de Aplicación

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la LPEMF (2010) puede afirmarse que la misma se encarga de regular lo relativo a la competencia de los órganos del Sistema de Protección, normativa de los que se pueden mencionar:

1. Los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales.
2. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes.
3. Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
4. Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Ministerio Público podrá promover la conciliación en las materias de su competencia, siempre que sean de naturaleza disponible, debiendo seguir las orientaciones y lineamientos establecidos en esta Ley.

Es decir puede notarse que esta ley, da competencia, para los MASC a todos estos organismos, sea en los Consejos Comunales a través de los Comités de Protección, en el caso de las Defensorías de Niños y Adolescentes, pero aquí se crea una duda porque al hablar desde un sentido tan amplio de la palabra Defensorías pareciera que incluye a todos los diversos organismos que cumplen con este rol o solo a las Defensorías de

los Consejos de Protección o las Educativas aspectos que será aclarado más adelante, aunque seguidamente se enuncia a los Consejos de Protección y finalmente a la Fiscalía del Ministerio Público, sin omitir propiamente a la sede jurisdiccional.

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas

La propia LPEMF (2010) ha estipulado en su artículo 3 que: “Los conflictos que involucren a niños, niñas y adolescentes de los pueblos indígenas se registrarán conforme a la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”.¹³ Es decir la normativa mencionada excluye la comunidad indígena, sin embargo la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) del año 2005 estipula que:

Artículo 110. El Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones, desarrollará políticas integrales especialmente en las áreas de salud, educación y alimentación, destinadas a elevar la calidad de vida y garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes de los pueblos y comunidades indígenas, difundiéndolas a través de campañas informativas, educativas y de prevención en estas áreas.¹⁴

Como puede observarse la LOPCI (2005) estipula su directa vinculación con los niños y adolescentes indígenas; sin embargo es la LOPCI (2005) la que menciona que con la creación de la Jurisdicción Indígena conjuntamente con la LOPNNA (2007) en su totalidad deben proteger el cumplimiento de enaltecer los derechos de estos sujetos de Derechos en sus comunidades, y lógicamente aun conforme a su cultura deberían estar presentes los MASC como una medida de desjudicialización, y resolver las controversias en el menor tiempo posible.

¹³ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección... op.cit.

¹⁴ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n°. 38344 de fecha 27 de Diciembre de 2005.

En conclusión luego de haber analizado las bases conceptuales de los medios alternativos para la solución de conflictos en materia de niños, niñas y adolescentes es notorio que conceptos como: Conflictos, Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) así como el alcance de los mismos orientados al Derecho de Familia, conjuntamente con la finalidad y alcance que la aplicación de los MASC en Venezuela, pero que para su entendimiento debe analizarse de manera detenida las nociones básicas que la constituyen, aspectos como la materia indígena inicialmente parecieran encontrarse apartadas de la aplicación de estos conceptos, no obstante ante la existencia de los niños y adolescentes como sujetos plenos de Derecho, la aplicabilidad de los MASC está a su alcance. Es interesante la evolución que normativas como la LOPNNA del año 2007, referida a este tema, y que viene a ser complementada por la LPEMPF del año 2010. Sin embargo hay tipologías de MASC con una total ausencia en las normativas mencionadas pero esto no implica que no puedan ser propuestas a futuro.

CAPITULO II

LA INCIDENCIA DE LOS METODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES EN VENEZUELA CONFORME AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Generalidades

En el capítulo precedente al analizar las bases conceptuales, se hizo énfasis en señalar que los Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el ámbito familiar, bajo diferentes modalidades, es decir no solo son la mediación o la conciliación que vienen a ser los que casualmente se analizan en el ámbito venezolano con mayor interés, sino que hay otras modalidades de MASC como: la negociación familiar, el arbitraje familiar, la justicia de paz familiar, la transacción, el med-arb familiar y la evaluación neutral familiar de allí que antes de indagar sobre la temática de la mediación y la conciliación en el ámbito familiar venezolano se estudiarán estos otros mecanismos para conocer el alcance de cada uno de ellos.

1.- La Negociación Familiar

Es el proceso por el cual las partes interesadas en este caso los miembros de un núcleo familiar resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscando ventajas individuales y/o colectivas, procurando obtener resultados que sirvan a sus intereses mutuos que colaboren con la estabilidad y armonía familiar. Se contempla generalmente como una forma de resolución alternativa de conflictos o situaciones que impliquen acción multilateral. Aunque algunos consideren que la negociación es la base para que se de origen a la mediación a través de la existencia de un negociador, no es menos cierto, que en su sentido más concreto la negociación solo se

presenta entre las partes interesadas, no dando participación a un tercero imparcial, aquí radica la diferenciación de conceptos; de allí que la doctrina haya expresado que:

“La negociación tiene sus propias reglas, sus técnicas, sus métodos, sus constantes y sus variables. Es un proceso y como tal posee una dinámica propia. Pero es también el campo de las interacciones entre individuos dotados de afectos y de valores. Ofrece así las mismas oportunidades de improvisación, de creatividad y de inspiración que el arte.

Para todos nosotros, la negociación es una competencia de la vida. Vivimos en una negociación continua con nuestro entorno social y material para conseguir nuestras aspiraciones y deseos. Si no triunfamos en esas negociaciones será el orden impuesto –el orden social o la justicia- el que saldría ganando...”¹⁵

Es en este sentido que en el ámbito del Derecho de Familia, la negociación se entiende como un mecanismo a ser usado primeramente entre la pareja, y seguidamente entre los padres, hijos o demás representantes para el desenvolvimiento de la unidad del núcleo. De allí que hoy en día se está hablando que la negociación este dejando de ser un mecanismo estrictamente empresarial para ayudar a ser un mecanismo que instaure en la familia la idea de llegar a acuerdos sin tener que recurrir a los servicios de un tercero. En este sentido algunos autores han afirmado que:

“Negociar es un esfuerzo de interacción que se realiza para alcanzar acuerdos que permitan resolver conflictos. Por tanto, intervienen el diálogo, los comentarios, las propuestas, las cesiones para que ambas partes se sientan satisfechas, sin vencedores ni vencidos. La negociación padres-hijos nos ayuda a la convivencia en la familia ya que podemos establecer pautas de conducta que proporcionen satisfacción tanto a hijos como a padres. Está claro que es fundamental que las dos partes, tengan ganas de llegar a acuerdos aunque esto implique ceder en alguna cosa. Por tanto, si los hijos se han habituado a estas técnicas de negociación desde edades tempranas, serán capaces de

¹⁵ Maurice A. Bercoff: El arte de la Negociación. El Método Harvard en 10 preguntas. Ediciones Deusto. Bilbao-España.2005. p.10

entender sus ventajas cuando alcancen edades más conflictivas como en la adolescencia.

Negociar para educar a los hijos es una tarea constante. El tira y afloja es continuo y, como es lógico, en muchas ocasiones el hilo se rompe y la negociación se rompe. Hemos de procurar que esto no suceda para evitar el fracaso. Es una habilidad que se adquiere con práctica y con mucha paciencia. No obstante, debemos ser firmes en la no negociación de los valores familiares, y de todo aquello que esté en contra de principios básicos como la responsabilidad y la autoridad de los padres”.¹⁶

Ante el planteamiento anterior es notorio que el eje fundamental de la negociación, subyace en esa necesidad de crear un sistema que logre eliminar los conflictos en el núcleo familiar, dado que ambos extremos el de la paternidad rígida o el de la total complacencia de la pareja o de los padres, representantes hacia sus hijos o representados, puede crear una delgada concepción de lo que es una cultura de valores, lo que generalmente lleva al deterioro de la personalidad del individuo y por ende de su propia personalidad.

Es por ello que el orden, la voluntad y la paciencia deben ser elementos claves, dado que lo que se aspira es que ambas partes sientan que han conseguido, en buena parte lo que anhelaban. No obstante, en las negociaciones de familia suele suceder que tanto parejas, padres como hijos se sienten perdedores pueden sentir que han cedido demasiado; de allí que se debe intentar cambiar esta actitud y hacer ver a la pareja y los hijos que sí que han obtenido ventajas y que el mayor beneficio que obtienen cada vez es una educación y preparación para el mundo real, dónde raramente uno consigue todo lo que desea si primero no colabora, cede o coopera con otras personas y mantiene los pactos del acuerdo.

¹⁶ Disciplina Positiva: Cómo Educar Hijos, Gestionar Rabietas, Desobediencia y Evitar Grandes Conflictos en la Adolescencia. [Pagina Web en Línea] disponible en: <http://disciplinaenpositivo.com/2012/02/16/el-poder-de-la-negociacion-en-la-familia/>(fecha de consulta: 12 de mayo de 2013).

Existen habilidades necesarias en la negociación familiar como: la inteligencia y la firmeza. Son estas los pilares fundamentales de la Disciplina Positiva que anima a las parejas, padres y representantes a conocer bien a sus hijos o representados (sus debilidades y fortalezas) para dirigir la negociación en beneficio de ambos. Negociar forma parte de la convivencia. La pareja, los hijos y/o representados desde bien pequeños ponen a prueba a la otra parte, buscando superar límites, probando y aprendiendo.

A nivel jurídico nuestra carta magna de 1999, en su artículo 75, define lo que debe entenderse por familia, el artículo 5 de la Reforma de la LOPNNA (2007) toma para sí, la definición constitucional, la Ley para la Protección de la Familia, la Maternidad y la Paternidad, en su artículo 3, contiene una definición, y la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación define el artículo 9 lo que debe entenderse por familia

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece textualmente:

Art.75.- “El Estado protegerá la familia 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 los 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 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”.

Concepto este que es tomado en consideración en la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) al establecer textualmente en su artículo 5, lo siguiente: Artículo 5. Obligaciones generales de la familia e igualdad de género en la crianza de los niños, niñas y adolescentes

“La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas. El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia”.¹⁷

Es decir que la Familia constituye la primera forma de asociación natural del hombre para vivir en sociedad, y es la base para el desarrollo integral de las personas, y es por esta razón que a la familia se le atribuye en primer orden el principio de corresponsabilidad que tiene el Estado y la Sociedad, de ser la garante de la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Igual definición se encuentra plasmada en el Artículo 3 de la Ley para la Protección de la Familia, la Maternidad y la Paternidad, de la siguiente manera:

“...se entiende por familia, la asociación de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo de sus integrantes, constituida por personas relacionadas por vínculos jurídicos o de hecho, que fundan su existencia en el amor, el respeto, solidaridad comprensión mutua, participación. Cooperación, esfuerzo común, igualdad de deberes y derechos, y responsabilidad compartida en las tareas que implican la vida familiar...”

La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, define la familia como “unidad insustituible en el desarrollo y formación integral del individuo”.

Es decir la negociación familiar, es el primer tipo de MASC que está presente, en el seno de las relaciones entre parejas, esposos, padres, hijos, representantes y responsables y por lo tanto es un método de gran utilidad ante la interacción familiar y el modo de convivencia.

¹⁷ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... op. cit.

El arbitraje familiar

Antes de analizar el Arbitraje Familiar, en la legislación civil venezolana debe conceptualizarse el alcance del arbitraje desde una perspectiva genérica, de allí que la doctrina representada por Francisco Hung Vaillant ha definido al Arbitraje como:

“Aquella institución conforme a la cual dos o más personas, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerdan someter a unos o varios árbitros, la solución de un conflicto jurídico determinado sobre materia de la cual tengan libre disposición, conflicto que, de acuerdo a lo que dispongan las Partes, puede ser resuelto conforme a derecho o conforme a la equidad obligándose las Partes a cumplir con la solución del conflicto acordada con los árbitros, la cual tendrá fuerza ejecutiva una vez cumplido los trámites que al efecto dispone la ley”.¹⁸

Es decir a grandes rasgos el arbitraje es un MASC pero ha presentado algunas consideraciones interesantes en el Derecho de Familia que se discutirán seguidamente. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. Los estudios doctrinales que han analizado de forma exegética este precepto, junto con los demás de las leyes de arbitraje, coinciden en afirmar que el “Derecho de familia contiene normas que regulan materias que no son de libre disposición conforme a Derecho. Es por ello que el arbitraje se da en pretensiones en las que se afirme la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de la manera que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho e imputar al demandado la titularidad de la obligación. En sentido general se dice que no son susceptibles de arbitraje controversias relativas a la personalidad y aquellas que, en su mayoría, se circunscriban en el alcance del derecho de familia como son la filiación, la patria potestad y demás relativas a los estados civiles filiación, matrimonio, así como aquellos

¹⁸ Francisco Hung Vaillant: Reflexiones sobre el Arbitraje en el sistema venezolano. Editorial Jurídica venezolana. Caracas 2001. p.49

aspectos donde debe intervenir el Ministerio Público, es así que en un primer momento pareciera que el arbitraje no es susceptible de aplicabilidad en el derecho de familia”.¹⁹

Sin embargo en este caso, se presentan excepciones que pudieran dar pie al arbitraje como las que se producen en los procesos matrimoniales que se tramitan de mutuo acuerdo y en los que los cónyuges no tienen hijos, pues dicha intervención ya no será precisa. Es por ello que las cuestiones de Derecho de familia relacionadas con los aspectos personales de las partes quedarían excluidas del arbitraje, mientras que las cuestiones patrimoniales, por lo menos, aquellas que pueden ser objeto de transacción, quedarían incluidas en el ámbito de las materias susceptibles de arbitraje, se podría permitir por lo tanto que en aquellas materias de libre disponibilidad de las partes, una vez iniciado el proceso matrimonial, su resolución podría alcanzarse mediante un arbitraje.

Para hablar del arbitraje en las instituciones de derecho de familia que se analizarán a continuación debe hacerse énfasis en las relaciones entre los miembros de la pareja, para seguir con la relación entre los progenitores y sus hijos, incluyendo la patria potestad, o potestad parental y la filiación, dejando para el final aquellas instituciones previstas para la protección de la persona, como son la tutela o la curatela, para el supuesto de que los padres no ejerzan su potestad.

a) Matrimonio

¹⁹ Carmen Julia Cabello Matamala: ¿Arbitraje en el Derecho de Familia? Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Derecho de Familia. Lima. 2008.

En la legislación venezolana, lo referente al régimen patrimonial matrimonial, rige el sistema convencional de libertad absoluta, razón por la cual los futuros contrayentes, tienen una amplia facultad de fijar o establecer el régimen que regule sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio. Por ejemplo la celebración de Capitulaciones Matrimoniales, prevista en el Artículo 143 del Código Civil Venezolano. Y para el caso que los futuros contrayentes, no ejerzan la facultad que les confiere la ley de escoger el régimen patrimonial matrimonial, nuestra legislación establece de manera forzosa, un régimen legal supletorio, que es el de la Comunidad Limitada de Gananciales, previsto en el artículo 148 del Código Civil Venezolano.

Los aspectos del arbitraje en el matrimonio, dependerán según se trate de su constitución, extinción, o de las cuestiones patrimoniales constante y terminado el matrimonio.

a.1 Vínculo matrimonial

Con la celebración del Matrimonio, se produce un efecto o resultado que es el surgimiento del estado conyugal, que involucra efectos personales y patrimoniales. Como lo consagra el artículo 137 del Código Civil Venezolano.

La situación civil relativa al matrimonio no puede ser objeto de pacto entre las partes, ni por lo que se refiere a su constitución como tampoco a su finalización. No se puede crear de esta manera una relación jurídica familiar que se denomine matrimonio si no reúne los requisitos de forma para su constitución señalados en la Ley, de esta manera tampoco puede crearse un tipo de divorcio diferente de aquel legalmente previsto. Es así que se trata de una cuestión que afecta al estado civil de la persona; por ello no cabe la cláusula arbitral alguna sobre estas cuestiones.

a.2. El Régimen económico-matrimonial

La posición asumida por el Legislador Venezolano, con relación a la administración de los Bienes Comunes, es una posición mixta, porque inicialmente sea adopta el sistema de unidad de administración individual, o sistema administración concurrente, por parte de cada uno de los cónyuges, de los bienes de la comunidad que haya adquirido con dinero de su propio peculio obtenido con ocasión de su trabajo o por cualquier otro título legítimo. Y para el caso en que se trate de enajenar o gravar bienes inmuebles, o de ejecutar actos que exceden de la simple administración de los bienes que pertenecen a la comunidad gananciales, en estos casos se aplica el sistema de administración conjunta. Esto se surge de aplicación forzosa, del régimen legal supletorio, que es el de la Comunidad Limitada de Gananciales, y que fue establecido para salvaguardar los derechos de los cónyuges entre sí y de los terceros de buena fe, que puedan verse afectados en los negocios jurídicos por ellos realizados. Así lo consagran los Artículos 168, 169, y 170 del Código Civil Venezolano.

a. 3. Efectos derivados de la ruptura del vínculo matrimonial

La disolución del vínculo matrimonial se regula por normas imperativas que impiden que otros medios de resolución de conflictos como el arbitraje pueda intervenir en el proceso que legalmente lo declara como finalizado. Se trata por lo tanto de una cuestión que afecta al estado civil y por tanto, excluido de la libre disposición de las partes, razón por la cual están expresamente excluidas de someterse a arbitraje, aquellos asuntos respecto de las que se pudiera disponer conforme a las leyes, las que se refieren a la personalidad, estado civil de las personas o las matrimoniales, que no tuvieran un estricto sentido económico. Por lo tanto los efectos económicos vinculados a las crisis matrimoniales son susceptibles de disposición y de arbitraje, bajo ciertas limitaciones; no obstante, en su mayor parte, la doctrina y la jurisprudencia comparada han admitido la posibilidad de pactar respecto de

algunos, pocos, efectos que se derivan de la terminación del matrimonio, como son la liquidación del régimen económico matrimonial y lo que supone, por tanto, que el arbitraje pueda ser el medio escogido por los cónyuges para proceder a la liquidación fijación y de la pensión, respectivamente.

En efecto, como excepción a la regla general en virtud de la cual no son arbitrables las cuestiones matrimoniales, debe considerarse susceptible de someterse a la decisión arbitral la liquidación de la sociedad conyugal. Y ello, por cuanto que se trata de una pretensión accesoria sobre la que las partes pueden disponer.

B) Filiación

La filiación, considerándose como una cuestión relativa al estado civil de las personas, no es materia que pueda ser sometida al arbitraje pues, como se viene mencionando, no es materia disponible conforme a derecho, al poner en relación el arbitraje y la transacción, en concreto, por lo dispuesto, según el cual no puede se puede transigir sobre el estado civil, por afectar al orden público.

C). Patria potestad

Los pactos que afecten al interés de los hijos no son admisibles pues la potestad de los padres se ejerce siempre en beneficio de los descendientes, sin que tengan cabida renunciaciones, transacciones u otro tipo de negociación sin homologación judicial posterior. Además, en los procesos que puedan afectar a niños, niñas y adolescentes y a incapaces, el Fiscal del Ministerio Publico debe intervenir. Esta participación ineludible del Ministerio Publico en estos concretos procesos impide que para dichas cuestiones pueda recurrirse al sistema arbitral. Es el Juez, por consiguiente, el que tiene que decidir en todas las cuestiones de derecho de familia específicamente en sus instituciones.

D) Tutela

Cuando la situación física o mental de una persona le impide gobernarse por sí misma, son de aplicación las normas, relativas al proceso sobre la capacidad de las personas. Aquí nuevamente al estar en presencia un derecho personal se está en juego la situación de los derechos de los sujetos y es aquí donde el rol del Juez con el Ministerio Público es ineludible, ámbito en el cual no es susceptible el uso del arbitraje.

En su situación actual, la intervención del árbitro como mecanismo de resolución de conflictos en el ámbito familiar se circunscribiría, pues, a algunos de los aspectos patrimoniales de las instituciones familiares (liquidación del régimen económico-matrimonial). En lo demás, el arbitraje queda, por tanto, excluido. No obstante, si se considerara que el sistema fuera individualista, en el cual el Estado tiene entre sus finalidades básicas que los ciudadanos desarrollen su personalidad, libremente, ello podría conducir, con las características que corresponden a la materia que se trata, a una cierta privatización de los fenómenos familiares, a la reducción el ámbito del orden público con la correspondiente ampliación del campo de la autonomía privada, dando como resultado que la voluntad individual sea tomada en cuenta en la elección del medio de resolución de los conflictos que puedan derivarse de las relaciones familiares. Y ahí sí, el arbitraje podría ver ampliado su ámbito de aplicación en el Derecho de familia, considerando que con ello los derechos de las personas que precisan de una mayor protección (como el de los niños, niñas y adolescentes o uno de los cónyuges) no resultan perjudicados puesto que el laudo arbitral está sujeto a las normas imperativas y al orden público, bajo pena de ser declarado nulo en caso contrario.

A nivel doctrinario el Derecho de Familia no contempla el arbitraje como una opción totalmente viable solo existiendo dos trabajos notorios como son:

el de la autora española ²⁰Isabel Viola de Demestre de la Universidad de Barcelona, y el caso de la profesora peruana ²¹Carmen Julia Cabello Matamala Pontificia Universidad Católica del Perú, tratando por lo tanto de indagar sobre una eventual experiencia en la materia, se logró ubicar en internet, sólo dos, que seguidamente se van a describir:

España

Asociación para el Arbitraje en Derecho de Familia y Sucesiones (ARBIFAM)

Hoy en día funciona en Sevilla al amparo de la nueva ley de arbitraje y por iniciativa del Despacho de abogados Zarraluqui, especializado en Derecho de Familia. Sevilla es de este modo una de las diez ciudades españolas que cuenta con una asociación de estas características, que tiene su sede en Madrid. Su objetivo primordial es ofrecer a los ciudadanos, mediante el procedimiento arbitral, una alternativa especializada, rápida. Ágil, válida y eficaz a los problemas de derecho de familia. Uno de los ámbitos destacables del método es, según establece la actual Ley de Arbitraje española, que el laudo debe dictarse en un máximo de seis meses, mientras que la media de duración en un procedimiento judicial en primera instancia viene a ser de un año. El resultado tendrá fuerza ejecutiva y su cumplimiento es obligatorio y equivalente a una sentencia firme. De allí que el reducido grupo de árbitros que componen ARBIFAM, lo forman prestigiosos abogados en ejercicio que conjugan su experiencia en estas materias con un especial carácter y sensibilidad imprescindibles en la función notarial.

²⁰ Isabel Viola de Demestre: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Primera Parte (autores diversos). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. volumen n° 4, Palestra Editores e Universitat Abat Oliba CEU. Lima, 2007.

²¹ Carmen Julia Cabello Matamala: ¿Arbitraje en el Derecho de Familia? Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Derecho de Familia... Op. Cit.

República Checa

En este país ámbito se recurre solamente al arbitraje como una forma alternativa de solución de conflictos y sólo en un número reducido de casos que estén relacionados con la propiedad y reúnan las condiciones establecidas en la Ley N° 216/1994 sobre procedimientos de arbitraje y aplicación de decisiones arbitrales. Es así, no se procede al arbitraje en caso de divorcio. En el día a día, el arbitraje está especialmente indicado para resolver conflictos sobre pensiones de alimentos entre adultos o sobre convenios relativos a bienes comunes de los cónyuges.²²

¿Es posible el Arbitraje en el Derecho de Familia en Venezuela?

Aunque en un primer momento pareciera que la Ley de Arbitraje Comercial, el Código de Procedimiento Civil no dispone nada, sobre el derecho de familia queda un pequeño ámbito de aplicación al mencionar, la Ley de Arbitraje Comercial, en su Artículo 3 lo siguiente:

“Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

²² http://www.njbosh.com/version_1.0/fijas/confidencial/historico/23confi.htm

<http://www.lasprovincias.es/valencia/pg060814/prensa/noticias/Opinion/> de diciembre de 2012 /14/ALI

<http://www.lasprovincias.es/valencia/pg060814/prensa/noticias/Opinion/> de diciembre de 2012/14/ALI

http://www.sea-arbitraje.org/arbitraje_sociedad_gananciales.html.

e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.²³

Al respecto, se opina que pudiera en Venezuela llegarse a un consenso que los tópicos relativos a la liquidación del régimen de sociedad de gananciales son arbitrables por tratarse de derechos familiares de carácter patrimonial, a esto podría incluirse, que si son materias arbitrables las indemnizaciones contractuales y extracontractuales, también los daños por efectos del divorcio, o la mala gestión de los bienes de la sociedad, porque si bien son derechos que emergen en el ámbito de la relación familiar, son también de carácter patrimonial. En relación a las materias en las cuales se permite la conciliación se puede mencionar que siendo objeto de regulación por la ley, se trata de derechos disponibles por lo que podrían teóricamente ser arbitrables, aunque considero que dada la naturaleza de los derechos mencionados, así como el carácter socioemocional del conflicto familiar que se genera, la conciliación y la mediación se constituyen en los medios alternativos idóneos de solución de dichas controversias.

La Justicia de paz familiar

Luego de haber analizado mecanismos como el arbitraje y la negociación debe analizarse a grandes rasgos el rol de la Justicia de Paz; al respecto autores como Franklin Hoet han afirmado que:

La justicia de paz es la justicia de la comunidad, la que resolverá los problemas entre vecinos, entre amigos, entre familiares, entre personas de la misma zona, de la misma urbanización. Es un medio para acercar a la comunidad a la justicia a través de un sistema dotado de rapidez y confianza, ya que los miembros de la comunidad son los protagonistas, lo cual traerá consigo un proceso de humanización y desarrollo de la justicia de la comunidad.

²³ Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.430 de 7 de abril de 1998.

Es un procedimiento alternativo y complementario al sistema judicial ordinario venezolano, porque utiliza métodos distintos para resolver los conflictos que surjan en la comunidad.²⁴

Es decir la justicia de paz se ha orientado en el logro de buscar armonía en el ámbito en el contexto de las comunidades, es de allí que inicialmente fue la Ley Orgánica de Justicia de Paz (LOJP)²⁵ la encomendada a cumplir con la función de garantizar la convivencia pacífica de los miembros de las comunidades; no obstante posteriormente la misma fue derogada por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal (LOJEPC)²⁶ la cual entre otras cosas ya circunscribe el rol de la justicia de paz en los Consejos Comunales como comunidad organizada al consagrar en su artículo 1, lo siguiente:

“La presente Ley tiene por objeto establecer las normas de organización y funcionamiento de la jurisdicción especial de la justicia de paz comunal, como ámbito del Poder Popular e integrante del sistema de justicia, para el logro o preservación de la armonía en las relaciones familiares, en la convivencia vecinal y comunitaria, así como resolver los asuntos derivados del ejercicio del derecho a la participación ciudadana, relacionado con las actuaciones de las instancias y organizaciones del Poder Popular.

A tal efecto, como un mecanismo abierto y flexible de descentralización a las comunidades y grupos vecinales organizados, se transfiere de los municipios a los ciudadanos y ciudadanas a través de las instancias y organizaciones del Poder Popular, la competencia de la justicia de paz comunal, como integrante del sistema de justicia, a los fines de coadyuvar en la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad”.

Artículo 2. La justicia de paz comunal comprende el ámbito-de la justicia de paz, que promueve el arbitraje, la conciliación y la mediación para el logro o preservación de la armonía en las relaciones familiares, la convivencia vecinal y comunitaria; y el ámbito de las situaciones derivadas directamente del derecho a la participación ciudadana con relación a las instancias y organizaciones del

²⁴ Franklin Hoet-Linares: La Mediación Administración y Negociación de Justicia... op. cit. p.50

²⁵ Ley Orgánica de Justicia de Paz publicada en la Gaceta Oficial No. 4.817 Extraordinario del 21 de diciembre de 1994

²⁶Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal Gaceta Oficial N° 39.913 del 2 de mayo de 2012

Poder Popular, así como las generadas como producto del funcionamiento de éstas.

Aunque en el artículo 2 de Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, se habla del uso de mecanismos como la mediación, la conciliación y el arbitraje, debe tomarse en cuenta que la participación de un sujeto llamado Juez de Paz a nivel comunal, varía en algunos aspectos del uso de los demás medios, dado que según las competencias que sobre en materia de conflictos familiares consagra el artículo 8 numeral 5 de la LOJEPC (2012).

Artículo 8. Los jueces y juezas de paz comunal son competentes para conocer:

.... 5. En los casos de medidas relativas a la convivencia familiar y a la obligación de manutención decretadas por los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como coadyuvante en el cumplimiento de las mismas.

Es decir debe tomarse en cuenta que la Justicia de Paz comunal se orienta básicamente al logro de la armonía en la comunidad donde el juez de paz se desenvuelva; pero en el ámbito del Derecho de Familia solo se orienta al seguimiento y aplicación de la medidas relativas al cumplimiento de las obligaciones de manutención y la convivencia familiar.

La transacción familiar

Aunque inicialmente la transacción pudiera considerarse una especie de medio alternativo de solución de conflictos en el Derecho de Familia dado que la misma busca la obtención de un acuerdo escrito, tomando como punto de referencia el Código Civil venezolano al señalar:

“Artículo 1.713 La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o

precaven un litigio eventual”.²⁷ Debe tomarse en cuenta que al estar de por medio el Interés Superior del Niño deberá analizarse qué tipo de situaciones son susceptibles del uso de este mecanismo, ante la ineludible actuación de los diferentes miembros del Sistema de protección.

El Med- Arb Familiar

La doctrina ha conceptualizado a la figura del Med-Arb como el medio a través del cual, las partes se comprometen a intentar la resolución de su conflicto en forma escalonada, haciendo uso de la Mediación, y en caso de fracasar ésta, continuar con el Arbitraje, encontrándonos frente a una opción por la que los contrincantes consienten el empleo de la Mediación, pero con la cláusula adicional que si la Mediación no produce un acuerdo, será seguida del Arbitraje automático, dando la seguridad de que quien entra a la Mediación, de un modo u otro, saldrá con su conflicto resuelto.²⁸ Debe tomarse en cuenta que al haber mencionado previamente la posibilidad de la existencia del arbitraje familiar, no sería descabellado presumir que fuera factible el uso del med-arb en las materias que fueran permitidas como las cuestiones patrimoniales y en aquellas materias de libre disponibilidad de las partes.

No se puede obviar en el mismo sentido la posibilidad de aplicar el Arb-Med, que inicia con un juicio arbitral en el que el Árbitro llegado el momento de tomar una decisión coloca el laudo en un sobre y sale un momento, diciendo a las partes que pueden leer juntas el fallo o retomar el control de su disputa y comenzar a negociar.

²⁷ Código Civil de Venezuela. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

²⁸ Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez: Mediación para Resolver Conflictos. Serie Resolución Alternativa de Disputas, N° 1, 2da. Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 1996. p. 123.

Al volver el Árbitro, puede ocurrir que los partes hayan decidido leer el fallo o que, por el contrario, se abstengan de ello. Si cuando vuelve a la sala las partes están hablando entre sí y no han abierto el sobre con el Laudo, el tercero se transforma en Mediador. En caso que llegue a un acuerdo, el facilitador se guarda el sobre y nadie sabe cuál era su decisión.

La evaluación neutral familiar

La evaluación neutral es un proceso mediante el cual un tercero en este caso un abogado de familia generalmente, experto e independiente de las partes adopta un rol de evaluador, emitiendo un informe respecto a las posiciones y argumentos de hecho y/o derecho de cada una de las partes (padres, hijos entre otros), así como un listado de recomendaciones sobre las que las partes pueden construir su propio acuerdo y resolver sus divergencias. La evaluación neutral no acaba en la obtención de una solución impuesta por el evaluador, sino en el posterior acuerdo que éstas puedan alcanzar como resultado de su análisis y recomendaciones. Dependiendo de la familia que como interesados, son en todo momento los protagonistas del proceso.

En conclusión luego de haberse analizado los diversos medios de resolución de conflictos aplicables en el derecho de familia debe tomarse en cuenta que no solo puede recaer la opción alternativa sobre la mediación y la conciliación, otros mecanismos como los antes señalados tales como la Negociación Familiar, el Arbitraje familiar, la Justicia de Paz Familiar, la Transacción familiar, el Med-Arb Familiar, la evaluación neutral familiar, pueden servir como vías de solución a los conflictos familiares. No obstante la difusión y la concientización ha inclinado la balanza de manera reiterada a mediar o conciliar, pero no debe obviarse la existencia de estos otros medios

y su particular mecanismo de acción que también forman parte de las vías que pueden ayudar a evitar el reforzar un litigio de larga duración, que lejos de fortalecer los vínculos tiende a debilitarlos.

CAPITULO III

LAS BASES CONCEPTUALES DE LA MEDIACION Y LA CONCILIACION COMO MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE MAYOR APLICABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA VENEZOLANO

La mediación y la conciliación familiar han estado presentes de manera explícita en la legislación venezolana, desde la reforma de la LOPNNA (2007)²⁹, ante el impacto y éxito que la mediación y conciliación tuvieron en la legislación procesal laboral, no obstante sobre la misma existían una serie de lagunas que instauraron la necesidad de crear una normativa básicamente orientada a estos dos conceptos como es el caso de la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF)³⁰ del año 2010, sin embargo aun con algunas inconsistencias. En el presente capítulo se abordará el alcance de ambos conceptos analizando doctrina, la propia legislación vigente y la jurisprudencia de ser necesario.

La Mediación y la Conciliación Familiar

Debe tomarse en cuenta que ambos conceptos constituyen en la tipología de medios alternativos de resolución de conflictos los más usados, sobre todo ante la dinámica que se observa día a día a nivel de los tribunales de querer establecer el juez un rol de mediador y conciliador de acuerdo a las situaciones, primeramente se definirá el alcance de la mediación para luego estudiar de forma más detallada la finalidad de la conciliación aspirándose acogiendo las ideas de Francisco Carnelutti al afirmar que, "... entre estas dos figuras que la mediación busca una composición contractual cualquiera,

²⁹ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... op. cit.

³⁰ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) Publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.320 del 3 de diciembre de 2009

sin preocuparse de la justicia, mientras que la Conciliación aspira a la composición justa. De este modo, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda. El proceso de mediación se orienta hacia una solución contractual cualquiera del conflicto de intereses entre las partes. En cambio el proceso de conciliación se orienta hacia una solución justa del conflicto de intereses dando a cada parte lo suyo...”³¹

Concepto de Conciliación

Según la doctrina venezolana se puede definir a la conciliación como:

“Proceso en el cual se procura que las partes arriben a una solución por medio de un amigable avenimiento que tienda a la justa composición del litigio reduciendo sus pretensiones. Durante su desarrollo el conciliador puede, al contrario que el Mediador, dar su opinión sobre la solución justa y proponer formulas conciliatorias...”

Es decir ante el uso de este concepto, se entiende que la conciliación permite una mayor interacción del tercero dando su opinión sobre la causa, que produce el conflicto es decir que si se circunscribe al ámbito familiar puede entenderse a la conciliación como el acto en el cual un tercero asume el rol de conciliador, da su opinión y orienta a las partes, proponiendo formulas conciliatorias a fin de que obtenga la solución más justa al conflicto de intereses surgido entre ellas. No obstante existen diversas tendencias que le otorgan a la conciliación un carácter distinto a la mediación o similar en este sentido la doctrina ha expresado que:

“Es importante destacar que la diferenciación entre la Conciliación y la Mediación ha sido muy debatida por los expertos en los diferentes países sin que se haya logrado un consenso o unanimidad sobre la definición de estas figuras. Algunos no consideran los conceptos de Conciliación anteriormente

³¹ Francesco Carnelutti: Las miserias del proceso penal, Temis, Bogotá, 2005, p. 48

desarrollados, y mencionan diferencias entre las figuras relativas al grado de intervención del tercero neutral o su nivel de capacitación en el área de solución de controversias, incluso se hace referencia al hecho de ser o no abogado.

En el contexto americano encontramos ciertos criterios a partir de los cuales se intentado establecer una diferenciación:

- En relación con el status de la persona que ejerce la Mediación. Si la actuación se lleva a cabo por un Juez en el trámite de un proceso judicial de denomina Conciliación, pero si esa misma actuación es realizada por un particular previo al inicio de un procedimiento judicial o paralelamente a él, se trata de una Mediación. Esta diferencia la encontramos en la legislación Argentina y ha sido adoptada por Brasil, Uruguay y Paraguay.
- Existe otro sector de la doctrina que considera a la Conciliación como un mecanismo auto compositivo independientemente de la persona que presta el servicio y el momento en que lo presta, esto es, dentro o fuera de juicio. Esto quiere decir que el trámite realizado por un juez dentro de un proceso judicial tiene la misma denominación que el trámite realizado ante un particular, de manera previa o paralela al proceso del juez.
- Existe una tercera posición que considera a la Mediación y Conciliación como sinónimos. 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 valida. Dentro de este grupo se encuentran Ecuador, Costa Rica y Bolivia..."³²

Debe tomarse en cuenta que, la mediación y la conciliación, tienen amplias similitudes, y en mi opinión particular se apoyaría que en Venezuela ambos conceptos alcanzan la misma finalidad en el ámbito familiar, sin embargo no se puede afirmar que la mediación y la conciliación familiar sean lo mismo, ante la circunstancia de que en la mediación factores como el rol del tercero imparcial, y en la conciliación, el carácter imperativo del conciliador, la circunstancia de que la conciliación solo se observa desde una perspectiva administrativa y judicial siendo la mediación más amplia, al no ser necesaria vincularla a un proceso y buscando el logro de un acuerdo, no obstante puede señalarse que tanto en la sede jurisdiccional como en la administrativa aun hablándose más del concepto mediación, la misma tiene grandes visos que la conciliación presenta.

³² Franklin Hoet-Linares: La Mediación Administración y Negociación de Justicia... op. cit. p.41

Concepto de mediación

Según la doctrina

Antes de estudiar el concepto desde la perspectiva de la norma, la doctrina ha ofrecido un concepto interesante al señalar que la mediación se entiende como:

“...un proceso extrajudicial en el que dos partes en conflicto recurren de forma voluntaria a la intervención de un tercero mediador que intentará la avenencia amistosa entre ellas. La mediación, aplicada al Derecho de Familia, es un proceso voluntario no judicial por el que un profesional cualificado y sin poder de decisión ayuda a negociar a la pareja que ha decidido separarse y que está en conflicto, facilitando el diálogo entre ambos y la búsqueda en común de una solución duradera y satisfactoria...”³³

Es decir inicialmente la mediación se entiende como de índole extrajudicial, acotando que dos partes de manera voluntaria acuden a la intervención de un tercero para que de forma amistosa solucionen un conflicto, que orientándolo en el ámbito familiar, se enmarca en buscar soluciones de manera voluntaria y satisfactoria que comprenda a todos los miembros de una familia.

Según la Ley

Sin embargo en Venezuela la mediación familiar ha tenido un amplio desarrollo a tal punto que ha dejado de ser un simple instrumento de carácter extrajudicial como fue señalado previamente, en este modo la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas

³³ Raquel Arévalo Fuentes: La mediación familiar: Una solución favorable para las familias en crisis. Revista Lex Nova. 2007. Madrid, España.

y adolescentes (LPEMPF)³⁴ del año 2009 menciona en su articulado al señalar:

Artículo 4. A los fines de esta Ley, la conciliación y mediación familiar son medios alternativos para la solución de conflictos, en los cuales se orienta y asiste con imparcialidad a las familias para que alcancen acuerdos justos y estables que resuelvan una controversia o, al menos, contribuyan a reducir el alcance de la misma, para la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

La conciliación y mediación son considerados medios de solución de conflictos análogos, siendo desarrollado el primero en procedimientos administrativos y el segundo en procesos judiciales.

Es decir que analizando este concepto debe observarse que el alcance de estos dos medios en la referida ley son orientados indistintamente, llama la atención como el legislador al querer conceptualizar ambas instituciones solo observa que de manera indiferente son medios de soluciones a los conflictos en los cuales se orienta y asiste de manera imparcial a las familias siendo análogos que buscan la obtención de acuerdos en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

Objeto y finalidad de la mediación y la conciliación

A nivel doctrinario el objeto y la finalidad de la mediación y la conciliación se basan en buscar el logro de acuerdos ante una ruptura o crisis familiar evitando lesionar de la menor manera posible a sus miembros de allí que, la mediación familiar tenga como objeto:

“El objeto de la mediación familiar no es otro que lograr que los diferentes miembros de la familia acuerden entre sí llevar a cabo un proceso de resolución de conflictos a partir de la intervención guiada de un profesional, quien ayudará de una manera neutral a cada uno a definir el problema tal y como ellos mismos

³⁴ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEFM) Publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.320 del 3 de diciembre de 2009

lo ven, a entender las opiniones e intereses de los demás, a buscar todos juntos soluciones valederas y duraderas en el tiempo.”³⁵

De este mismo modo la conciliación familiar tiene como objeto buscar una solución a pedido de las partes, por medio del dialogo se resuelven las discrepancias, determinando la mejor solución para la satisfacción de sus intereses. Es notorio y se convierte en una crítica que la LPEMPF (2009) solo protege a los niños y adolescentes tomando en cuenta que pareciera que “familia” y sus respectivos procedimientos se encuentran vinculados al ámbito de solo proteger el interés superior del niño. No obstante la referida LPEMPF (2009) lo orienta así y se convierte en una normativa que solo analiza el impacto de estos dos conceptos. Se destaca que aunque la referida LPEMPF (2009) debería vincularse a la protección integral a través del uso de todos los medios alternativos de resolución de conflictos realmente su finalidad es desarrollar a la mediación y a la conciliación, como si estos fueran los únicos métodos para la solución de conflictos. De allí que al observar el objeto y la finalidad de la LPEMPF (2009) se expresa que:

Objeto

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular los procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes de carácter administrativo y judicial, como la conciliación, mediación y otros medios de iniciativa popular para resolver las controversias familiares, proteger los derechos humanos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, así como para promover la paz, la armonía familiar, comunitaria y social.

Finalidades de la Ley

Artículo 2. La presente Ley tiene las siguientes finalidades:

1. Regular los procesos de conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos, que permitan a las familias recuperar el diálogo necesario para resolver sus controversias a través de acuerdos voluntarios que garanticen la paz y armonía familiar, comunitaria y social.

³⁵ Antonio Machancoses Herrera: La Mediación Familiar. Equipo de Atención Psicológica y Social EDAPS. [Pagina web en línea] disponible en: http://www.mediacionfamiliar.eu/paginas/mediacion_familiar.htm. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

2. Promover a través de la conciliación y mediación relaciones familiares fundamentadas en la igualdad de derechos y deberes, la equidad de género, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.

3. Contribuir a la desjudicialización en la solución de los conflictos familiares, privilegiando su abordaje y solución en el ámbito familiar o en su defecto ante órganos y entes administrativos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.³⁶

Es decir, esta ley se caracteriza por describir el contenido de la mediación, la conciliación y de forma residual menciona hace mención en su objeto a otros medios alternativos pero que debe hacerse notar que la misma ley no los estudia al detalle habiendo sido función propia el haberlo realizado. Cuando se habla de otros medios de iniciativa popular que menciona la ley no hace mayor énfasis en señalar su alcance pero que se sobrentiende que se habla de la justicia de paz comunal, el cual se lleva a cabo por medio de la interacción de los Consejos Comunales, buscándose por lo tanto el establecimiento de la paz y armonía no solo en el contexto familiar sino también social y comunitario.

En lo que respecta a la finalidad de la LPEMPF (2010) se señala la triple acción que viene a cumplir esta normativa, primeramente al hablarse de Regular los procesos de conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos se debe tomar en cuenta que aunque se viene estipulando el uso de los MASC en el ámbito del Derecho Social desde el año 2002 bajo la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA)³⁷ esta normativa, así como la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2007³⁸ tampoco

³⁶ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes op. cit.

³⁷ Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 Extraordinario del 13 de agosto de 2002

³⁸ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

explicaba detalladamente cómo debía llevarse la mediación por parte del juez y los demás miembros del sistema de protección aspecto por el cual la LPEMPF (2009) hace mención al respecto, y sobre todo en el seno de las comunidades donde se despiertan tantas dudas.

La promoción de la mediación y la conciliación, persigue incentivar el respeto de los derechos de los hombres y las mujeres, el respeto que le deben los hijos a sus padres, pero también la consideración y el cuidado que ellos deben brindarle a estos sujetos plenos de derechos. Y sobre todo busca minimizar el alto índice de causas que a nivel judicial se llevan en el ámbito del Derecho de Familia, para la protección de niños, niñas y adolescentes, producto de los malos, términos en los cuales se entienden que se entiende que buen pleito judicial otorga equidad y justicia.

En este sentido la doctrina al hablarse de la desjudicialización a través de la solución de conflictos por medios alternativos afirma que:

“Puede evitarse ir a lo judicial con la utilización de métodos alternativos o de vías paralelas para la solución de conflictos entre los participantes de los diferentes tipos de procesos, por ejemplo, la mediación familiar, pero la idea central no está en desjudicializar el colegio que representa la opinión de consuno de los tribunales de justicia, sino el ajuste de la mente de quienes asesoran en un ambiente de cultura de paz, de no controversia, de solución extrajudicial, que una vez lograda resolvería el conflicto sometido al profesional que se desempeña como mediador, o consultor, o consejero de familia en este ambiente de consultoría, de efectivo consejero de temas y controversias que muchas veces no son solubles ni con la heterocomposición compulsiva que significa el pronunciamiento de los jueces en determinados asuntos sometidos a su examen, a virtud de los distintos procesos de índole familiar que sustancian.

No se trata de buscar la desjudicialización por la desjudicialización, verbi gracia, el utilitarismo de desjudicializar asuntos, que puede ir desde administrativizarlos hasta llevarlos a políticas contravencionales, para “aliviar” la radicación judicial, en desmedro de la necesaria salvaguardia que requiere la institución familiar, cimiento indiscutible de toda sociedad.”³⁹

³⁹ Osvaldo M. Álvarez Torres: ¿Por qué la desjudicialización de la Justicia de Familia? en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011 [Pagina web en línea] disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/11/>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Es por ello que la desjudicialización que se propone no es menospreciar la labor de la sede jurisdiccional pero sí que la misma comprenda que los esfuerzos deben orientarse al logro de una justicia donde los elementos de convicción y las verdades procesales expuestas se lleven de lado, los posibles arreglos en el ámbito de las relaciones familiares.

El ámbito de aplicación de la mediación y la conciliación

Según la doctrina

La misma ha señalado que usualmente el ámbito de aplicación de la mediación y la conciliación familiar se centra en las separaciones, tanto matrimoniales como de uniones estables, y divorcios donde la crisis y sus derivaciones traen problemas en la convivencia de los padres con los hijos y sus respectivas obligaciones. Aunque también es aplicable en otras situaciones donde la convivencia esté marcada por los conflictos con los hijos menores y mayores, problemas entre hermanos o derivados del cuidado y atención a los mayores, visitas de los abuelos a nietos, tíos, primos e, incluso, dificultades familiares originadas por el reparto de herencias.⁴⁰

Según la LPEMPF (2010)

Debe tomarse en cuenta atendiendo a lo mencionado en la referida normativa establece que la misma a través del uso de la mediación y la conciliación comprenderá una serie de tópicos de modo genérico como son:

“Los procedimientos administrativos y judiciales de conciliación y mediación familiar se rigen preferentemente por lo dispuesto en la Ley Orgánica para la

⁴⁰ Javier Escrivá Ivars: Matrimonio y mediación familiar. Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra. España. 2001 p.133

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y la presente Ley. Los conflictos que involucren a niños, niñas y adolescentes de los pueblos indígenas se regirán conforme a la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.”⁴¹

Es decir que la mediación y la conciliación deberían de tenerse presente en todos los procedimientos que de tipo administrativo y jurisdiccional se lleven de los cuales se pueden mencionar:

- Las medidas de protección estipuladas en los artículos 125 y 126 de la LOPNNA (2007).⁴² De aquí pueden señalarse:
- Para impulsar los programas y sus diferentes tipos según el artículo 124 de la LOPNNA (2007)
- En todas las demás actuaciones que en sede administrativa pueden llevarse a cabo.
- En la sede jurisdiccional debe tomarse en cuenta que el mismo artículo de la LOPNNA (2007) que señala que la fase de mediación en la audiencia preliminar queda limitada en ciertas materias, tales como, la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención e infracciones a la protección debida, así como las causas relacionadas a filiación (inquisición o impugnación de paternidad). En estos casos el juez o jueza debe ordenar realizar directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar.

De allí que el rol de la mediación y la conciliación en el ámbito del Derecho Familia como medios alternativos de solución de conflictos se vea claramente desarrollada, no obviando las limitaciones que las mismas pudieran presentar.

⁴¹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes op. cit.

⁴² Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes. op. cit.

Características de la mediación y la conciliación familiar

- En la mediación y la conciliación familiar las partes se encuentran frente a frente:

En este tipo métodos se genera un contacto directo entre los sujetos que intervienen en el conflicto (padres, hijos, hermanos entre otros), los cuales pueden exponer sus posiciones personalmente, con toda la emotividad que el conflicto les genera, lo cual difícilmente será comprendido por las partes cuando el conflicto se confía a un abogado que omite el tema emocional para centrar el asunto en la temática netamente jurídica. De este modo, cabe la posibilidad que el mediador y/o conciliador logre que las partes acuerden soluciones que ataquen la situación generadora del conflicto de raíz debido a que muchas veces hay sentimientos incomprensidos por las partes y que el mediador y/o conciliador como tercero imparcial puede poner sobre la mesa de discusión al ser detectados. Además este procedimiento, favorece el entendimiento de las partes, siendo ellas mismas las que acuerden una solución al mismo.

“El mediador y/o conciliador hace que las partes descubran cual es verdaderamente el tema en discusión, comprendiendo la diferencia entre lo que quieren y lo que necesitan, analizando los requerimientos y necesidades de ambos lados y considerando las opciones con una carga real. Debiendo inspirar e instar a un arreglo sin ejercer ningún tipo de coerción sobre los intervinientes, no obstante es aquí donde es notoria la diferencia entre el mediador y el conciliador dado que el primero debe centrarse en oír a las partes en sus posturas sin hacer mayor vinculación mientras que el segundo tiene un mayor campo de intervención”.⁴³

⁴³ Lenard Marlow: Mediación Familiar. Editorial Granica, 1999. Buenos Aires, Argentina p.10

- ***La Actuación de un tercero que las partes aceptan para dirimir la controversia o la legislación les impone.***

Al aceptar las partes un proceso de mediación o conciliación, en el primero aceptan la intervención de un tercero, llamado mediador, que servirá de guía durante el procedimiento y al cual las partes le reconocen su legitimidad para dirigir el proceso siendo este el caso de ambas figuras siendo de carácter voluntario.

- ***La Imparcialidad del mediador y la flexibilidad del conciliador***

“Este es un requisito esencial de toda mediación, que consiste en que el mediador debe ser imparcial en relación a las partes del conflicto evitando expresar su opinión sobre el resultado del conflicto”.⁴⁴ El mediador y/o el conciliador deben ser independientes de las partes, por lo que no se tienen vínculos con las partes siendo afectivos, de parentesco o económicos, y debe ser neutral respecto al resultado de la comunicación de ambas para el logro o no del acuerdo. Aunque el conciliador en esencia debe garantizar los mismos aspectos que el mediador debe dirigir el debate entre ambas partes, siendo quien dirija la comunicación de ambos, de ser necesario el conciliador debe fraccionar el conflicto, creando entre ambas partes momentos de humor para generar relax.

- ***Resultado de la Conciliación. Acuerdo satisfactorio***

El conciliador y/o el mediador en familia dejan en manos de las partes, el resultado final de la mediación y/o conciliación buscando que las mismas lo vean como un sujeto neutral, evitando las imprecisiones que impliquen la relación de dos contra uno que se percibe en otros tipos de procesos. Para lograr este fin es requisito indispensable la neutralidad del conciliador o mediador, en este sentido la doctrina ha expresado que lo neutral se ha

⁴⁴ Lenard Marlow: Mediación Familiar. Op.cit. p. 12

convertido en una especie de mito que pretende sustentar el proceso de conciliación. Sin embargo, determinar si un mediador es realmente neutral, resulta difícil y más aun si la neutralidad es esencial a todo procedimiento.

- Las Partes y la decisión de la controversia

“Las partes son el elemento central de toda conciliación y mediación, impulsando el proceso con la ayuda del conciliador y mediador, definiendo el objeto de la controversia y dar posibles soluciones. El conciliador y/o mediador por su parte debe facilitar el intercambio de información, ajustando expectativas y preferencias. El acuerdo que decida la controversia debe quedar plasmada en un acta, redactada en forma clara y precisa, para facilitar su comprensión y cumplimiento y debe ser firmado por las partes. Esta práctica evitará eventuales inconsistencias o confusiones, además de enfatizar su cumplimiento”.⁴⁵ Es por ello que todo este cumulo de características son los que otorgan a la mediación y a la conciliación los elementos resaltantes sobre otros medios alternativos de solución de conflictos.

La LPEMPF (2010) no hace mención alguna sobre las características que puede tener la mediación y la conciliación.

Los principios de la mediación y la conciliación de la controversia

La doctrina como la legislación estipula una serie de principios que deben tenerse en cuenta para cumplir cabalmente con una mediación y conciliación

⁴⁵ Gladys Álvarez, Carlos Gregorio, Elena Highton y otros, Evaluación de la Ley de Mediación y Conciliación después del primer año de vigencia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Fundación Libra, ed. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 1998 p.18

idónea respetando y garantizando la seguridad jurídica. De este modo la doctrina al conceptualizar el alcance del concepto principio estipula que:

“...los principios son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos...”⁴⁶. Para Dworkin, “... los principios son estándares que han de ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad...”⁴⁷.

Es decir básicamente el alcance de los principios es buscar servir de fuente inspiradora para una temática en específico orientando en las dudas que puedan suscitarse. De allí que la doctrina ha señalado una serie de principios como son: Imparcialidad, Neutralidad y confidencialidad de los cuales se puede mencionar:

El principio de imparcialidad

Según la doctrina el principio de imparcialidad significa no tomar partido por uno o por otro, reequilibrar el tiempo y la atención que ambos necesitan e igualar el poder que cada una de las partes mantiene ante su cónyuge.⁴⁸ Es decir ante la situación de crisis no se debe abogar por ninguna de las partes.

El principio de neutralidad

⁴⁶ Américo Plá: Los principios del derecho del trabajo, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 14

⁴⁷ Ronald Dworkin: Los Derechos en serio. Ariel Derecho. Barcelona España. Primera edición, Séptima Reimpresión. 2009 p.9

⁴⁸ Javier Escrivá Ivars: Matrimonio y mediación familiar... Op. Cit. p. 135

“Debe existir un prudente distanciamiento entre el mediador y/o conciliador para que se pueda ser mas objetivo y sereno sin precipitar que se genere una errónea salida del conflicto”.⁴⁹

El principio de confidencialidad

Debe afirmarse que el mediador y/o conciliador tiene el compromiso de guardar secreto sobre el contenido de las entrevistas y de los eventuales acuerdos que pudieran establecerse.

El Principio de Equidad

Se debe garantizar que el acuerdo que se obtenga lo acepten ambas partes, lo cual no exime de velar por la legalidad de los acuerdos. No debe permitirse el que se suministre información falsa o inadecuada, pues permitiría negociaciones de mala fe, si se observa este tipo de manifestaciones, debe participárselo a las partes e incluso retirarse del proceso, actuación que se deriva de su buen criterio y ética.

El Principio de Empoderamiento o Simetría del Poder

“En todo procedimiento conciliatorio y de mediación existe un equilibrio de poder entre las partes, de no ser así se haría un acuerdo injusto, que llevaría a la implantación de medidas coercitivas. El conciliador y/o mediador familiar interviene creando condiciones para que las partes en conflicto sientan que participan en igualdad de condiciones en la discusión y expresión de sus intereses y necesidades, influyendo en la toma de decisiones presentando

⁴⁹ Miguel Ángel Soria: La mediación familiar. Editorial Bosch. Madrid, España. 2008 p.20

posibles alternativas para su evaluación para el logro de la solución, ya que las partes no cuentan con la misma cantidad de recursos”⁵⁰.

El Principio de veracidad y buena fe

“La veracidad está relacionada con la información que brinden las partes, esta debe ser relevante y fidedigna, para que se den posibles acuerdos, por lo que cada parte es dueña de ocultar o divulgar información según su conveniencia. La buena fe se entiende cómo la obligación que tienen las partes en el proceso conciliatorio o de mediación de actuar de tal forma que no sea utilizada como instrumento de beneficio personal del mediador o del conciliador”⁵¹.

El Principio de Celeridad y economía

“Este principio, es común en todos los medios de resolución de conflictos y siendo la conciliación y la mediación procedimientos que tienen su basamento en la voluntad de las partes, de lograr acuerdos a través del dialogo y en corto tiempo, trae consigo ventajas económicas, permitiendo no solo la reducción de los lapsos”⁵².

Los principios de la mediación y conciliación familiar según la LPEMPF (2010)

⁵⁰ Miguel Ángel Soria: La mediación familiar...Op. Cit. p.20

⁵¹ Miguel Ángel Soria: La mediación familiar...Op. Cit. p.21

⁵² Miguel Ángel Soria: La mediación familiar...Op. Cit. p.22

La LPEMPF (2010), estipulan una serie de principios comprendidos por

13 directrices que serán analizadas detalladamente a continuación:

Artículo 5. Los principios que rigen la conciliación y mediación familiar en los procedimientos administrativos y judiciales del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son, entre otros, los siguientes:

1. Compromiso de favorecer la conciliación y mediación familiar: Las personas tienen la responsabilidad de asistir a los actos procesales dirigidos a la conciliación y mediación familiar, así como de participar en éstos en forma positiva y de buena fe, a los fines de promover la paz y armonía familiar, comunitaria y social.

2. Protagonismo y autodeterminación: Las personas que participan en los procesos de conciliación y mediación familiar deben alcanzar los acuerdos por sí mismas, siendo ellas quienes tomen las decisiones en forma libre y sin imposiciones de ningún tipo.

3. Voluntariedad de los acuerdos: Las personas que participan en los procesos de conciliación y mediación familiar tienen la libertad para decidir si desean celebrar o no acuerdos para resolver sus conflictos. Ninguna persona podrá ser constreñida o presionada a celebrar acuerdos durante la conciliación o mediación familiar.

4. Inmediatez y carácter personalísimo: Para cumplir con las finalidades de la conciliación y mediación familiar es importante la presencia de las personas en conflicto, para que expresen directamente sus necesidades e intereses y participen en la solución de sus controversias. La presencia personal es obligatoria en los casos establecidos en la ley. No será necesaria la presencia personal en los casos de mediación en los asuntos de naturaleza civil, laboral, mercantil y de tránsito, en los que sólo se persigue el cumplimiento de una obligación, indemnización u otra contraprestación monetaria.

5. Flexibilidad: La conciliación y mediación familiar debe adaptarse a la situación particular de las personas y a la naturaleza y circunstancias del conflicto familiar, a los fines de permitir alcanzar soluciones más justas y estables para cada caso específico.

6. Imparcialidad: La persona que ejerce la conciliación o mediación familiar debe tratar a las personas que participan en ellas en condiciones de igualdad y sin discriminación.

7. Neutralidad: La persona que ejerce la conciliación o mediación debe procurar el cumplimiento efectivo de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de los derechos humanos, respetando la pluralidad de las relaciones familiares, la diversidad y la pluriculturalidad de la sociedad venezolana, evitando imponer su propia escala de valores y cosmovisión.

8. Satisfactoria composición de intereses: Los acuerdos celebrados a través de la conciliación y mediación familiar deben expresar, en forma satisfactoria y

equilibrada, las necesidades e intereses de todas las personas que participan en ésta, privilegiando los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

9. Interés superior de niños, niñas y adolescentes: La persona que ejerce la conciliación o mediación familiar, así como las que participan en ésta, deben velar por los derechos humanos, garantías y deberes de los niños, niñas y adolescentes, garantizando que los acuerdos no los vulneren.

10. Conciliación y mediación familiar como proceso educativo: Las personas que participan en los procesos de conciliación y mediación familiar deben ser informados de manera clara y precisa sobre el alcance y significado de cada una de las actividades de dicho proceso, así como del valor jurídico de los acuerdos que se alcancen y los mecanismos judiciales existentes para exigir su cumplimiento.

11. La buena fe en los procesos de conciliación y mediación: Todas las personas que participan en un proceso de conciliación o mediación familiar deben observar una conducta caracterizada por la honestidad, lealtad y sinceridad en sus planteamientos, evitando usar estos medios alternativos de solución de conflictos para fines distintos a la búsqueda de un acuerdo que beneficie a los y las integrantes de las familias. No se dará inicio o continuación a un proceso de conciliación o mediación familiar cuando se observe que se formulan propuestas, peticiones o se asuman conductas que constituyan un manifiesto abuso de derecho o entrañen un fraude a la ley.

12. Principio de Confidencialidad: La conciliación y mediación familiar es confidencial. A tal efecto, quienes participen en el proceso de conciliación y mediación tendrán el deber de guardar silencio sobre lo dialogado en las sesiones correspondientes. Estas personas tampoco podrán servir como testigos, expertos o expertas en algún procedimiento posterior que verse sobre lo tratado en estas reuniones de conciliación y mediación. Sin embargo, la confidencialidad cesa cuando se revele la existencia de una amenaza o violación para los derechos humanos a la vida o la integridad personal o de hechos punibles de acción pública.

13. Oralidad: Los actos de conciliación y mediación familiar en los procedimientos administrativos y judiciales deben ser orales, de conformidad con lo establecido en la ley.⁵³

Al observar el contenido aproximado de toda esta serie de principios en el artículo 5 de la LPEMPF (2010) debe tomarse en cuenta que son mayores y con más detalle que los que la doctrina ofrecía; por lo tanto en el primer principio se exige el compromiso del mediador y/o conciliador con el proceso, actuando de buena fe, responsabilidad promoviendo la armonía y la paz

⁵³ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes op. cit.

familiar social y comunitaria es decir, el uso de la mediación y/o la conciliación debe hacerse con la finalidad a que la familia como núcleo pueda integrarse nuevamente a su conjunto originario y de lo contrario de no ser esto posible tener el pleno convencimiento de que de que debe erradicarse la crisis o minimizarla para tener una mejor convivencia e interacción de la familia.

En el segundo principio denominado de protagonismo y autodeterminación se entiende que las partes deben por sí mismas obtener de manera espontánea un acuerdo sin sentirse forzadas en el cumplimiento de los mismos tomando sus decisiones de forma libre. En el tercer principio relativo a la voluntariedad de los acuerdos tiene gran similitud con el principio de voluntariedad expuesto por la doctrina al mencionar que son las partes o en este caso los miembros de la familia los que deciden delante del mediador el tratar de llegar a un acuerdo, en opinión particular este principio con el anterior tiene gran similitud solo que este básicamente se orienta a la autonomía de la voluntad de la familia al momento de tomar una decisión. El cuarto principio orientado a la inmediatez y el carácter personalísimo de la mediación y la conciliación habla de la necesidad que se tiene de la participación de los miembros de la familia directamente vinculados, expresando los hechos que han generado el conflicto y la posible solución que anhelan, en casos como el régimen de convivencia familiar, la obligación de manutención, es recomendable la presencia de las partes de manera obligatoria, aspecto que en otros tópicos sobre todo los de tipo laboral o patrimonial no se tornaría necesario, y podría suplir la presencia de un abogado.

En este mismo orden de ideas el quinto principio referente a la flexibilidad habla de la necesidad de que la mediación o la conciliación se adapte a las realidades del conflicto a discutir, las problemáticas se cubren de diversos

factores que llevan a que no pueda existir una uniformidad en el manejo del mismo y por ende hablarse de una rigidez, ya que por ejemplo no son las mismas realidades de una crisis familiar en una familia de origen humilde a el caso de una familia con altos recursos económicos, ante todos los aspectos que podrían derivarse de estas crisis. El sexto y séptimo principio ya discutidos con antelación al mencionar los establecidos por la doctrina como son: la imparcialidad y la neutralidad estipula la necesidad de mantener una posición lineal sobre el manejo de las partes en conflicto, no debe existir inclinación alguna y más aun no debe permitírsele al mediador o conciliador que sea condicionado o afectado por la subjetividad; sin embargo hay un factor de cierta consideración y es que aun materializándose el cumplir con estos principios ante la necesidad de dar satisfacción al Interés Superior del Niño, debe tenerse un alto cuidado que esto no contribuya a la mala aplicación de estos principios.

En lo relativo al octavo principio relacionado con la Satisfacción de Intereses debe tomarse en cuenta que los mismos se debe buscar el logro de acuerdo que realmente cubran las necesidades y protejan los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en beneficio propio y no se convierta el acuerdo en algo atentatorio con la estabilidad del sujeto de derechos. El noveno principio es obviamente el Interés Superior del Niño que conjuntamente con el anterior deben armonizar en lo que se acuerde finalmente, aunque el Interés Superior del Niño es un concepto jurídico indeterminado que se conceptualiza como:

El "interés superior del niño", en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (MENDIZÁBAL OSES, L. Derecho de menores. Teoría general. Madrid. Ed. Pirámide. 1977. p. 49)

“Por ello, el “interés superior del niño” previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social”.⁵⁴

Debe tomarse en cuenta que entonces sobre el beneficio de los niños, niñas y adolescentes se torna necesario que los acuerdos respeten de manera esencial el interés superior a los fines de obtener acuerdos justos y equitativos que favorezcan la protección integral de la familia. En el decimo principio denominado la mediación y la conciliación como proceso educativo, es un deber del intermediario de informar paso a paso todo el valor jurídico y las consecuencias que los acuerdos acarrearán en la familia, la mediación y/o conciliación debe ser explicativa y didáctica en un entendimiento tomando en cuenta que las partes algunas veces tienen un grado de instrucción bajo o medio y no entienden el alcance de muchos términos a ser debatidos.

En lo relativo a la buena fe, a la confidencialidad y oralidad, debe entenderse que el procedimiento de mediación y/o conciliación familiar son mecanismos que buscan garantizar la justicia lejos de servir como un canal

⁵⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia numero 1917. Expediente numero 2865 de fecha 14 de julio de 2003. Caso: José Fernando Coromoto Angulo Y Rosalba María Salcedo de Angulo. [Pagina web en línea] disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1917-140703-02-2865.htm>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

para el abuso de derecho, debiendo existir lealtad, honestidad y sinceridad de allí que estos medios no deben ser usados para fines contrarios; la confidencialidad previamente analizada en los principios doctrinales, versa en la obligación de guardar silencio sobre lo expuesto en las sesiones correspondientes no pueden fungir de testigos, expertos o expertas los mediadores y/o conciliadores en algún procedimiento posterior que verse sobre lo tratado en las reuniones sostenidas. Referente a la oralidad totalmente presente en este tipo de medios deben versar la interacción de las partes, si existiera por algún motivo alguna limitación para comunicarse de este medio deben tomarse las medidas necesarias para el uso de un intérprete de ser necesario todo conforme a la ley.

Debe tomarse en cuenta que estos principios en opinión propia aun explicando con mayor detalle los lineamientos de la mediación y la conciliación en algunas ocasiones se tornan redundantes y hasta sinónimos de preceptos también ya enunciados, por lo que existiría falta de técnica legislativa en la mención de estos principios aunque dejando esto de lado estipula totalmente el alcance que estos MASC deben tener.

Casos bajo los cuales no es susceptible la aplicabilidad de la mediación y la conciliación familiar

Como ya fue analizado anteriormente hay temáticas en el derecho de familia donde la mediación o la conciliación no se logran, aun siendo materias susceptibles de las mismas, sin embargo acogiendo lo señalado por la doctrina deben mencionarse los posibles casos que llevan a que la mediación y/o conciliación no tengan el éxito deseado al expresar:

“Generales:
-Hay mala fe

-Los litigantes son unos litigantes crónicos y debe proporcionárseles una atención adecuada.

-El caso tiene antecedentes de ser insoluble por Mediación

-El caso involucra asuntos importantes gubernamentales de orden público o de política oficial.

-Cuando sea necesaria una revelación publica total de los hechos.

-En ciertos cuando las partes consideran que la solución al conflicto es de fijo a dividir.

Específicos...

-solución no deseada

-Búsqueda de un precedente

-Dolo o Fraude involucrados”⁵⁵

Debe tomarse en cuenta que la doctrina establece de modo general para cualquier materia los motivos por los cuales una causa no se susceptible de mediación y/o conciliación, pero no en específico cuando esta estrictamente vinculado el derecho de familia, debe tomarse en cuenta que muchas veces en el ámbito del Derecho de Familia hay problemas de tipo psicológico, pueden influir de manera profunda en la falla de la mediación y la conciliación ya que muchas veces los estados de ira, rabia, sufrimiento, venganza y dolor de las partes involucradas juegan un rol importante, ante la posibilidad de que todos estos sentimientos influyan para el logro de un acuerdo. De allí que si la mediación y/o conciliación falla será específicamente por la presencia de un síndrome que afecte a la familia.

Entre los síndromes, más comunes que pueden encontrarse como obstáculo para el logro de un acuerdo:

⁵⁵ Franklin Hoet-Linares: La Mediación Administración y Negociación de Justicia... op. cit. p.88

- El síndrome de la mujer divorciada
- El síndrome de la mujer maravilla
- El síndrome de la madre maliciosa
- El síndrome de alienación parental
- El síndrome de Caín
- Otros síndromes de impacto en los hijos.

El Síndrome de la mujer divorciada

Este mismo síndrome ha sido definido por la doctrina como:

“...Cuando una mujer, una vez concluido el proceso de divorcio, y pasado un tiempo prudencial, no puede adaptarse a los cambios en su vida y seguir adelante, suele presentar una serie de síntomas identificables y una serie de sentimientos y comportamientos autodestructivos:

- Depresión y ansiedad.
- Alteración del sueño y la alimentación.
- Baja autoestima y autoevaluación de los pensamientos y comportamientos asociados a este estado.
- Grandes esfuerzos por compensar la imagen negativa de sí misma (trabajadora incansable, haciendo dietas, ejercicio físico...).
- Dificultad para establecer relaciones sociales.
- Temor y resistencia a la intimidad.
- Pensamientos suicidas por vergüenza o asco de sí misma.
- Parálisis psicológica, incapacidad de seguir adelante.
- Tendencia a sabotear cualquier cambio potencialmente positivo en su vida.
- Tendencia a ser reservada sobre su historia real, comunicando sólo la historia oficial.
- Mantenimiento de relaciones con el ex marido, a pesar de la indiferencia manifiesta y/o incluso la hostilidad de éste.

Los síntomas más frecuentes, y por los que se suele pedir ayuda, son la intensa ansiedad y la depresión debilitante, presentes en un conflicto interno sin solución. Sin embargo, estas mujeres no relacionan este agotamiento

emocional con el vínculo que mantienen con sus ex maridos, que realmente es la causa de su malestar...”⁵⁶

Se hace énfasis en este Síndrome, porque si una esposa o ex esposa acude a la mediación o conciliación con este cuadro psicológico, los acuerdos que pueden ofrecerse o proponerse no serán exitosos, ante la ráfaga de emociones que afectan las conductas de esta persona.

El síndrome de la mujer maravilla

Según la doctrina el mismo puede entenderse como:

“...un conjunto de características que presentan aquellas mujeres que se han adjudicado como misión de vida compaginar los diversos roles de la mujer que aspira triunfar y ser profesionalmente hablando competente, como a su vez, lograr la unión y convivencia familiar además de conjugar la riqueza de una vida llena de múltiples compromisos sociales.

Este perfil de mujer pretende ser una madre entregada, esmerada, esposa, meticulosa mujer de hogar, liberal, generosa, amiga y excelente trabajadora. Otorga gran importancia a la calidad y cantidad de tiempo que les dedica a sus seres queridos. Está dispuesta a lograr esa inalcanzable plenitud y se propone hacerlo mejor que si tuviera a su cargo un solo rol; sin embargo, al darse cuenta de que es muy difícil lograr el equilibrio entre un desarrollo personal y profesional adecuado y un buen desempeño como madre y esposa, “resuelve” ese dilema convirtiéndose en una Mujer Maravilla...”⁵⁷

Debe tomarse en cuenta que este tipo de mujeres, presenta una serie de particularidades y es sentirse autosuficientes, muchas veces el entablar un acuerdo, lo conciben como una humillación aspecto por el cual no se encuentran satisfechas y no acuden a este tipo de sesiones con las ganas de tener buena fe actuando a favor de sus hijos o el resto de su núcleo,

⁵⁶ Sandra Kahn: De nuevo soltera. Editorial Grijalbo. 1991. Madrid, España. p.35

⁵⁷ Martha Alicia Alles: Conciliar vida profesional y personal. Ediciones Granica. Buenos Aires, Argentina 2010. p.25.

prefiriendo sentirse ganadora total ante el conflicto existente, o presentando el argumento que al ser dominante “los hijos” son solo de ella, no necesitando bajo su concepción la interacción del otro padre, o demás familiares que contraríen su postura.

El síndrome de la madre maliciosa

La doctrina ha señalado que se entiende como que:

“...Son mujeres despiadadas que no tienen piedad a la hora de utilizar el chantaje emocional, la manipulación y el control para someter a los niños e interferir de una forma negativa en la relación del padre con sus hijos....El objetivo de las madres que actúan de esta forma es ganar terreno a nivel emocional sobre sus hijos para que sus padres no puedan pasar tanto tiempo con ellos y para que el nexo de unión no sea de tanto intenso, ni de tanta confianza. Los gestos pueden ser muy negativos, por ejemplo, la madre puede mentir a sus hijos diciéndoles que el padre no ha llamado para hablar con ellos cuando sí lo ha hecho. Los padres sufren mucho este tipo de situación porque están en inferioridad de condiciones a la hora de poder defenderse. Por otra parte, las madres ponen mil complicaciones a los padres para que no puedan visitar a los niños...”⁵⁸

Es decir que ante la presencia, de este tipo de elementos como una madre que ve como una amenaza notoria la interacción del padre con sus hijos, este se convierte en un obstáculo para la mediación y la conciliación.

El síndrome de alienación parental

Según Fernández y Godoy⁵⁹ consiste:

“En programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación, el hijo da entonces su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienador. El progenitor alienador confía en su hijo sus

⁵⁸ Aurelia María Romero Coloma: Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar, Colección Scientia jurídica-Reus, Madrid, España. 2010, p. 32.

⁵⁹ Encarna Fernández Ros y Carmen Godoy Fernández: El niño ante el divorcio. Editorial Pirámide, 2002 p.32

sentimientos negativos y las malas experiencias vividas con el progenitor ausente y el hijo absorbe la negatividad del progenitor”.

Es decir el Síndrome de Alienación Parental mejor conocido como SAP presenta la situación de querer crear odio hacia el padre generando una imagen y que también esto puede conllevar a que el hijo obtenga del padre alienador una imagen netamente negativa que tampoco permitiría a simple vista la mediación y/o conciliación. Y no solo afectando la relación con el padre víctima de la alienación sino sobre los demás familiares del mismo.

El síndrome de Caín

El síndrome de Caín, ha sido entendido como:

“...El niño al que le cabe en suerte un hermanito o una hermanita, reacciona primero, muy generalmente, con unos celos desmedidos y de carácter completamente animal, que subsisten luego, latentes y más o menos bien reprimidos. Para el psicoanálisis, el complejo de Caín no es más que una proyección del complejo de Edipo, producido por el desplazamiento hacia el hermano del odio hacia el padre...”⁶⁰

Bajo esta perspectiva debe tomarse en cuenta que el odio o diferencias que puedan existir entre hermanos, también muchas veces pueden hacerse presentes en la mediación y/o conciliación sobre todo ante situaciones de tipo sucesoral o en aquellas que ante la ausencia de los padres son estos los responsables como en el caso de la extensión de la obligación de manutención siendo un síndrome que actuaría conjuntamente con la alienación parental.

Otros síndromes de impacto en los hijos

⁶⁰ Charles Brenner: *Elementos fundamentales de Psicoanálisis*. Artes Gráficas Bartolomé Chiesino. Buenos Aires, Argentina. 1977, p.35

Debe tomarse en cuenta que aun siendo estos los síndromes que afectan de manera directa la posibilidad de la mediación o una conciliación entre los padres o demás familiares no es menos cierto que existen otros síndromes orientados más a los hijos que deben ser mencionados como son:

El niño hipermaduro.

Niños que aparentan una madurez superior a la de su misma edad. Pero que tras esta madurez se esconde un sufrimiento en silencio por no atreverse a expresar sus sentimientos, ya que ven mal a sus padres y quieren hacer creer que no les afecta la separación para que estos no se preocupen.

El niño espía.

Cuando se bombardea a los hijos con preguntas sobre el otro progenitor, sobre qué han hecho con ellos, con quien han estado,.. Pero las respuestas de los hijos provocan distintas reacciones en los padres, que los hijos captan haciendo que puedan entrar en un conflicto de lealtad.

Conflicto de lealtad.

El conflicto se produce en el menor cuando sabe que si contesta desagrada a uno de sus padres y si no contesta puede ser causa de un enfrentamiento entre ellos. El niño no quiere desagradar a ninguno de los dos, lo que crea la situación de conflicto.

El niño dividido.

Cuando se intenta negar la existencia del otro progenitor, el niño aprende que ciertos temas son tabú, ni siquiera se atreven a llevar un juguete a casa que les haya regalado el otro progenitor, lo que lleva a algunos menores a llevar una doble vida, saben que cuando están con uno, no deben existir signos o muestras de la relación con el otro. Esta situación les lleva a vivir una realidad dividida.

El niño mensajero.

Se utiliza al menor para transmitirse mensajes de uno a otro.

El niño colchón.

El niño que amortigua el conflicto entre sus padres. Los padres descargan sobre el hijo la rabia ante las actuaciones malintencionadas del ex, soportando descalificaciones y desvalorizaciones de uno contra el otro, sin delatarles en ningún momento.

El niño confidente.

Niños que son utilizados como confidentes del conflicto de pareja por uno de sus padres. Los niños se sienten culpables y traidores ante el otro progenitor porque tiene una información que les afecta y que ocultan, al mismo tiempo que sufren en silencio una angustia por una posible ruptura, lo cual puede dañar la estabilidad psicológica del menor.

El niño víctima del sacrificio de su madre/padre.

Cuando la madre o el padre dice frases como “lo he sacrificado todo por ti” el niño crece sintiendo que es una carga y piensa que su madre o padre lamenta su existencia por el tono de reproche que capta en sus palabras lo que crea en el niño un sentimiento de culpa.

“...El efecto bumerán.

Se produce cuando el desprestigio y la desvalorización vertida sobre uno de los progenitores y que en su momento propició una alianza con el propulsor de esta campaña, se vuelve en contra de este...”⁶¹

Debe tomarse en cuenta que ante la presencia de este tipo de síndromes, en la mediación y/o conciliación muchas veces existirá la limitación que el mediador y/o conciliador deberán observar para tratar de optar por una solución de raíz que muchas veces ante la no superación de estos factores se tornara difícil debiendo de seguir el proceso ordinario a través de la instancia judicial.

La violencia intrafamiliar

“...En el mismo sentido se encuentra el caso de la violencia intrafamiliar, es notorio que la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia...”⁶² señala que es obligación de Estado la protección de la mujer y su familia de la violencia que sufre y por lo tanto es complejo hablar de la posibilidad de la mediación de este modo la doctrina ha expresado que:

“...La mediación, aún con los resguardos legales adoptados, se desnaturaliza al ser aplicada a este tipo de conflictos, porque en estas materias es claro que los involucrados en un problema de esta envergadura, no son aptas para someterse a mediación, no pudiéndose cumplir con los presupuestos básicos de esta vía alternativa de resolución de conflictos. Es claro que no existirá la participación voluntaria y en un plano de igualdad de las partes, que es uno de

⁶¹ Encarna Fernández Ros y Carmen Godoy Fernández: El niño ante el divorcio. Op. Cit. p.33

⁶² Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Gaceta Oficial N° 38.668 del 20 de abril de 2007

los requisitos que la doctrina establece para la mediación. La indefensión psicológica, la dependencia emocional y normalmente económica de la víctima con respecto al agresor, hacen irreal cualquier tentativa del mediador para alcanzar la igualdad entre los intervinientes. Se suele hablar de la “cultura del maltrato” para referirse a la violencia intrafamiliar, concepto que clarifica que el fenómeno de la violencia doméstica tiene numerosos componentes relacionados y con una dinámica propia...”⁶³

Debe acotarse que ante el planteamiento hecho, el uso por lo tanto de la mediación como de la conciliación ante este tipo de situaciones lejos de ser beneficioso causa es una inseguridad notoria ante la problemática de la violencia generada en el seno familiar, por la presencia del miedo o rencor de las partes que tampoco pudiera ser superado de manera sencilla sobre cuando se encuentra en juego la vida, la integridad física y psicológica de los miembros del núcleo familiar.

Clases de mediación y/o conciliación familiar

Una de las fallas notorias que se observa en la LPEMPF (2010)⁶⁴ es que la legislación no hace mención sobre las clases de mediación o conciliación familiar que pueden haber, factor que de manera ventajosa denota el derecho comparado específicamente la normativa chilena por ejemplo al establecer:

... Materias de mediación obligada.

⁶³ Viviana Álvarez Quiñones y Pamela Ortega Pérez: La Mediación como Medio Idóneo en la Resolución de los Conflictos Familiares. Universidad de Chile. 2012. [Pagina web en línea] disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112676/de-alvarez_v.pdf?sequence=1 Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

⁶⁴ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes op. cit.

En las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y regular... Materias de mediación prohibida.

Las materias de mediación prohibida son las relativas al estado civil de las personas, la declaración de interdicción, causas sobre maltrato de niños, niñas y adolescentes y los procedimientos sobre adopción...

... Materias de mediación facultativa.

Todas las demás materias de competencia de los Tribunales de Familia que no clasifican como mediación obligatoria ni como mediación prohibida, son de mediación facultativa. Es decir, al interponerse la demanda respecto de algunas de estas materias, el juez ordenará a un funcionario especialmente calificado para ello, para que instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a la mediación. También pudiera ocurrir, que ambas partes soliciten la mediación a acepten la propuesta del juez de concurrir a ella (...).

...Materias a las que dé lugar la aplicación ante violencia intrafamiliar.

En una categoría intermedia a la de mediación facultativa, obligatoria y prohibida, quedan situados los asuntos sobre Violencia Intrafamiliar. La regla general es que, en casos donde ha habido violencia intrafamiliar, no sea posible mediar. Pero, excepcionalmente se han reconocido ciertas hipótesis en las que sería posible llevar a cabo el proceso de mediación. En estos casos, no es obligatorio para el juez de familia someter a mediación, pero podrá hacerlo bajo ciertos requisitos, esto es, en el contexto de la aplicación de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Tanto la vía de la conciliación, como la de la mediación, quedan absolutamente descartadas cuando el demandado o denunciado ha cometido antes actos de violencia intrafamiliar o cuando el denunciante o demandante se opone a ellas...⁶⁵

La clasificación de las materias susceptibles de mediación y conciliación se encuentran claramente definidas, por la Ley, más aún ante la situación de que no todo, es susceptible de la aplicabilidad de la mediación y/o conciliación familiar. En este ámbito la legislación venezolana otorga prácticamente un manejo genérico de la mediación y conciliación instando a que la misma logre el objetivo de un acuerdo en cualquier estado y grado del proceso, aun habiendo agotado la etapa orientada a este tipo de medios. En la violencia intrafamiliar, sea física o psicológica, bien sea en contra de la mujer, el hombre, los hijos, parientes o ancianos que hacen parte de la familia, no puede haber mediación, porque el interés jurídico tutelado, es eminentemente de orden público.

⁶⁵ Viviana Álvarez Quiñones y Pamela Ortega Pérez: La Mediación como Medio Idóneo en la Resolución de los Conflictos Familiares

Tipos de mediación y conciliación familiar

Aunque previamente se había hecho mención hecha a las clases de mediación y conciliación respecto al alcance y margen de extensión que sobre las materias que pueden ser totalmente de conocimiento de mediación y/o conciliación⁶⁶. Debe hacerse énfasis que existen diversos tipos de mediación y/o conciliación según el ámbito de acción en la que se desarrolle y el modo de gestión de la mediación y la conciliación, de este modo ambos tipos se analizarán a continuación:

- Mediación y/o conciliación pública y privada
- Mediación y/o conciliación judicial y extrajudicial

Mediación y Conciliación pública y privada

La mediación privada, es impulsada por personas mediadoras que ofrecen sus servicios como profesionales libres, a cambio de una remuneración previamente pactada con los particulares. Aunque en el Derecho Comparado esta desarrollado y tabulado el costo de este tipo de servicios, en el caso venezolano, de llevarse a cabo no se encuentra explícitamente estipulada. No obstante al hacer mención al Reglamento de Honorarios mínimos del abogado esté señala que:

“Artículo 3 Para la estimación de honorarios superiores a los establecidos en este Reglamento, los abogados o abogadas deberán tomar en consideración:

- a) La importancia del (los) asunto (s) y/o los servicios prestados.
- b) La cuantía del asunto.
- c) La novedad o dificultad de los problemas jurídicos discutidos.
- d) Su experiencia o reputación.
- e) La situación socioeconómica del cliente.

⁶⁶ Marta Blanco Carrasco: Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Madrid, España. Reus, 2009, p. 143

- f) La posibilidad que el abogado quede impedido de patrocinar otros asuntos.
- g) Si los servicios son eventuales, fijos o permanentes.
- h) La responsabilidad que deriva para el abogado el asunto encomendado.
- i) El tiempo requerido.
- j) El grado de participación en el estudio, planteamiento y desarrollo del asunto.
- k) Si el abogado o abogada ha procedido como asesor, consultor o apoderado.
- l) El lugar de la prestación de los servicios según sea, el domicilio del abogado o fuera de él.
- m) El índice inflacionario de acuerdo a las indicaciones del Banco Central de Venezuela.”⁶⁷

Es decir que el mediador y/ o conciliador en caso de ser abogado debería de tomar estos aspectos para el cobro de sus honorarios por medio utilizado en el logro del acuerdo.

La mediación y/o conciliación pública, es la realizada por el personal que cumple su función dentro del marco institucional y administrativo, prestando el servicio como integrante de un servicio social, y por lo tanto de carácter gratuito para las partes afectadas, en este caso debe tomarse en cuenta la labor que ha desarrollado la LOPNNA (2007)⁶⁸ y la LPEMPF (2010)⁶⁹ reforzando el uso de estos métodos en el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Mediación y/o conciliación judicial y extrajudicial

Atendiendo al lugar donde se impulse la mediación y/o conciliación la misma puede ser judicial o extrajudicial.

⁶⁷ Reglamento Interno Nacional de Honorarios Mínimos de Abogados publicado en Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.361 del 04 de febrero de 2010.

⁶⁸ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes...op.cit.

⁶⁹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes óp. cit.

La mediación y/o conciliación judicial se entiende como aquel medio utilizado por el administrador de justicia en este caso el juez que bajo el uso del dialogo, y escuchando las posturas de las partes en conflicto busca el logro de un acuerdo que va a tener los mismos efectos jurídicos de una sentencia, sin seguir con el procedimiento ordinario en el cual como resultado final se obtendrá una sentencia existiendo un ganador y un perdedor. Al contrario de la misma la mediación y/o conciliación extrajudicial se entiende como aquella que, desarrollándose al margen del mismo se encuentra vinculada a él de alguna forma, es el caso de esos acuerdos que buscan ser homologados en los tribunales que son obtenidos previo acuerdo de las partes que para darle un efecto jurídico mayor se presentan ante la sede jurisdiccional.

Mediación y/o conciliación como sistema de gestión de conflictos

Desde esta perspectiva la mediación y/o la conciliación se puede dividir en dos tipos: facilitadora y evaluativa, tomando en cuenta que la facilitadora se estipula en aquellos sistemas donde lo determinante es garantizar que se alcance la solución al conflicto; mientras que en el caso de la evaluativa lo determinante no es obtener de una solución, sino la construcción de una posible solución que las partes del conflicto propongan. En el ámbito del Derecho de Familia venezolano la mediación y/o conciliación se ha orientado más a ser facilitadora, de este tipo de mediación y/o conciliación ha señalado que:

“... El objetivo de la mediación practicada en este ámbito, es la consecución de un acuerdo ante un conflicto que enfrenta a diferentes miembros de una familia, lo que permitirá, no solo evitar un posible pleito sobre dicha cuestión, sino fundamentalmente, que la relación familiar no se vea dañada de forma irreparable como consecuencia de una gestión inadecuada del mismo. La persona mediadora tendrá en estos casos, como función principal, ayudar a los

miembros de la pareja a alcanzar un acuerdo satisfactorio para regular todos aquellos aspectos de su nueva forma de vida familiar...”⁷⁰

Es decir que la mediación y/o conciliación en Venezuela, respecto a la temática del Derecho de Familia es de tipo facilitadora, buscando la obtención de un acuerdo que opcionalmente el mediador y/o conciliador puede ser sugerido a las partes para que ellas decidan acogerlo o no, sin existir coacción alguna.

Elementos de la Mediación y la Conciliación Familiar

Entre los elementos esenciales que configuran el marco contextual de la mediación y conciliación, deben diferenciarse tres aspectos: El aspecto físico, el conflicto y el aspecto personal.

El aspecto físico:

Según la doctrina “...el espacio es aquel donde se va a desarrollar el encuentro y posterior desarrollo del proceso que se valida a sí mismo.”⁷¹ De este elemento puede señalarse que:

- a) Como espacio personal:
 - Ha de sostener la identidad de quien en él trabaja: es el escaparate donde traduce el trabajo del mediador.
 - Lugar donde los actores trabajan sobre su problemática.

⁷⁰ La Mediación: Una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis De La Mediación Educativa. Universidad de Salamanca. Estudios Interdisciplinarios de Género. [Pagina web en línea] disponible en: http://redos.usual.es/jspui/jitstream/10366/80254/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_HerreraSanchez_B.pdf. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

⁷¹ Henri Bouché Peris y Francisco Hidalgo Mena, Mediación familiar. Tomo III, Madrid, España: Dykinson, 2010, p. 222 y ss.

b) Como recurso para generar confianza:

- Espacio de crecimiento personal.
- Espacio en el que se legitima a cada actor como competente.
- Lugar donde se construyen consensos acerca de reglas de interacción entre los participantes.
- El ambiente debe contribuir a la integración de todas las posturas.

c) Como herramienta de trabajo:

- Es el lugar donde el mediador despliega sus recursos profesionales.
 - Es un espacio neutral, cuyo propósito es explorar los recursos familiares.
 - Es un espacio contingente al problema que se aborda. Su finalidad es trabajar libre y voluntariamente sobre la problemática que les trae a mediar.
- “Es un espacio limitado en el tiempo, puesto que tiene por finalidad abordar una problemática concreta en un tiempo acordado”⁷².

En este caso el espacio físico, es elemental para la realización de la mediación y la conciliación como un ambiente que genere estabilidad y tranquilidad a las partes en la fase del logro de un acuerdo, es por eso que el logro del espacio físico es buscar crear una identidad del mediador y/o conciliador, como recurso para generar confianza, como herramienta de trabajo para el impulso de un acuerdo, es necesario que estos concurren.

El conflicto y las partes

En el caso del conflicto como elemento esencial, porque si el mismo no existe para que se habla del uso de cualquier MASC. En el primer capítulo si eso énfasis sobre este aspecto, y respecto a las partes, también como elemento esencial de mediación y la conciliación se hará énfasis en el capítulo siguiente.

Ventajas y desventajas de la mediación y/o conciliación familiar

Finalmente luego de haber analizado a lo largo de este capítulo el impacto que la mediación y/o conciliación familiar puede ofrecer en el Derecho de

⁷² Francisco. Díez y Gachí Tapia: Herramientas para trabajar en mediación, Barcelona: Paidós Mediación, 1999.

Familia debe tomarse en cuenta que también las mismas pueden ofrecer ventajas y desventajas, dado que al estar presente la interacción de las relaciones humanas no se obtienen soluciones firmes en todos los casos, es por ello que se enunciarán a continuación las siguientes:

Ventajas

-Minimiza la tensión emocional y afectiva de las partes en el ámbito las relaciones familiares y de pareja.

-Es voluntaria las partes pueden decidir finalizarla en cualquier momento, pudiendo no llegar a un acuerdo si creen que la vía contenciosa en la sede jurisdiccional será más equitativa y justa pudiendo resolverlo mejor.

-Se fortalecen los vínculos y el ejercicio de las responsabilidades entre los padres y sus hijos en un ambiente de cooperación y respeto mutuo.

-Las decisiones se toman por las partes en el conflicto familiar y no por un tercero, favoreciendo un mayor nivel de cumplimiento de los compromisos acordados.

-Es más breve y más económica para las partes y favorece un clima de pacificación, dado que la asistencia de un abogado en un litigio será más onerosa.

-Ayuda a restablecer la comunicación entre los miembros de la familia, favoreciendo la toma de decisiones.

-Es flexible, permite indagar en la solución de grandes y pequeños problemas.

-Atiende a las necesidades particulares de cada uno de los implicados sin olvidar las de los menores a su cargo, cuando las hay.

-Permite a los padres y representantes tomar decisiones realistas y adecuadas en beneficio de sus hijos en pro de equilibrar su desarrollo.

-Genera acuerdos creativos, que llevan a ambas partes sentirse ganadoras.

Desventajas

Aunque la mediación y/o la conciliación presentan una amplia gama de ventajas plenamente señaladas, también tienen desventajas que aun siendo menores deben enunciarse a continuación:

-Pérdida de tiempo y dinero: con frecuencia, las mediaciones y/ conciliaciones son marcadas como eficientes, tanto económicamente como en tiempo. Dado que ambas partes aspiran inicialmente mediar la disputa. Si una de las partes de la familia no va con esa intención de hacer concesiones y lograr un acuerdo, es probable que se fracase.

- Se puede obtener un mal acuerdo, si el mediador y/o conciliador no es competente en su labor. Generalmente este tipo de sujetos son profesionales entrenados, no obstante, como ocurre con todos los expertos, su capacidad y sus tendencias personales difieren. Puede darse la posibilidad de contratar un mediador y/o conciliador se haya visto envuelto en una disputa similar y que tenga una tendencia definida a favor de una de las partes.

- Las mujeres suelen conseguir peores acuerdos cuando concurren al sistema de mediación y/o conciliación, que cuando solucionan sus conflictos

en el sistema judicial formal, aunque esto depende pero se ha visto plasmado.

-En materia de dinero, las cuotas que obtienen algunas veces son inferiores. En el caso de de materias como las obligaciones de manutención.

- La neutralidad de los mediadores, no está claro cuál es el alcance de ser neutro, ni cuáles son los parámetros de esto dentro del proceso de mediación y/o conciliación, se pone en duda si la neutralidad es algo dado, o puede ser aprendido. Siempre se tiene presente, que la mediación y/o conciliación es una técnica de excelentes resultados cuando los conflictos son de baja intensidad, y no siempre resulta exitosa en casos de conflictos grandes y problemas arraigados en la familia afectados por SAP.

-La intervención mediadora y/o conciliadora puede ser rechazada por las partes como un proceso inaceptable, especialmente cuando las partes muestran deseos de resolver por sí mismas las desavenencias; siendo las mismas las que en muchas ocasiones, avanzan en la resolución adecuada de sus problemas.

En conclusión a lo largo de este capítulo, se han analizado los diferentes basamentos que le otorgan a la conciliación y a la mediación el sitio de los medios alternativos para solución de conflictos de mayor idoneidad en el Derecho de Familia. La legislación venezolana aunque ha hecho un esfuerzo de regular dicha temática aun presenta grandes inconsistencias hasta el punto de que situaciones como la violencia intrafamiliar, aun no tiene un horizonte claro en el modo de buscar obtener un acuerdo; los conflictos psicológicos de la familia, el carácter subjetivo de quienes funjan de mediadores o conciliadores aun presentan contradicciones que no permiten un manejo pleno de estos medios; pero es innegable que aun con estos

aspectos la mediación y la conciliación han venido a darle al Derecho de Familia venezolana, el avance que otras legislaciones ya habían tenido en su momento. La sede jurisdiccional y la administrativa cuentan con dos excelentes instrumentos, solo es cuestión de perfeccionar su modo de aplicación buscando en todo momento el fortalecer los lazos de la familia.

CAPITULO IV

LA INCIDENCIA DE LOS ORGANOS DE PROTECCION, LOS CONSEJOS COMUNALES Y LAS PARTES INTERVINIENTES EN LA APLICABILIDAD DE LA MEDIACION Y CONCILIACION FAMILIAR EN VENEZUELA

A lo largo de los capítulos precedentes se ha analizado el alcance de los medios alternativos de solución de conflictos y de la mediación y conciliación familiar, no obstante al estudiar los elementos esenciales para la existencia de los medios alternativos de solución de conflictos y en específico de la mediación y conciliación familiar, aparte del espacio físico y la existencia de un conflicto se torna necesario indagar sobre los diversos sujetos que forman parte en estos medios alternativos de conflictos, en este sentido la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEFM) del año 2010 ha señalado al respecto que:

Artículo 3. La presente Ley se aplica a todos los procedimientos administrativos y judiciales referidos a conflictos familiares tramitados ante:

1. Los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales.
2. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes.
3. Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
4. Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Ministerio Público podrá promover la conciliación en las materias de su competencia, siempre que sean de naturaleza disponible, debiendo seguir las orientaciones y lineamientos establecidos en esta Ley. Los procedimientos administrativos y judiciales de conciliación y mediación familiar se rigen preferentemente por lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y la presente Ley.

Los conflictos que involucren a niños, niñas y adolescentes de los pueblos indígenas se registrarán conforme a la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.⁷³

⁷³ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEPFM)... Op. Cit.

Es decir al observar los sujetos que la LPEPFM (2010) menciona se puede pensar que solo estos órganos son los únicos que se encuentran vinculados para llevar a cabo la mediación y la conciliación familiar, no obstante a continuación se demostrará el alcance de cada uno de estos órganos y su impacto en el uso de la mediación y/o conciliación para el logro de acuerdos en las relaciones familiares.

Los órganos de Protección en la mediación y la conciliación familiar

Aunque la (LPEPFM) del año 2010, enumera la lista supuesta de órganos de protección que aparentemente son los que cumplen la mediación y/o conciliación familiar; en opinión propia la referida legislación omite de manera directa otros órganos que se encuentran consagrados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNNA) del año 2007 y que crea de cierto modo una laguna que se aspira ser resulta seguidamente explicando de forma detallada el modo en que la mediación y/o conciliación familiar se encuentra presente en este tipo de órganos clasificándolos en administrativos, judiciales y jurisdiccionales como son:

Administrativos

- Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social
- Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (IDENA)
- Consejos Municipales de Derechos
- Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Judiciales

- Ministerio Público

- Defensoría del Pueblo
- Servicio Autónomo de la Defensa Pública
- Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes.

Jurisdiccionales

- Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes
- Jurisdicción Indígena

Los Órganos Administrativos

Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social

Según la LOPNNA (2007) señala que entre sus atribuciones tendrá:

- c) Aprobar los lineamientos y directrices generales, de carácter imperativo y obligatorio cumplimiento, del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, presentadas a su consideración por el Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.
- d) Efectuar el seguimiento y la evaluación de las políticas, planes y programas en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes.
- e) Revisar y proponer las modificaciones a la normativa legal aplicable, a los fines de garantizar la operatividad del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.
- f) Establecer y desarrollar formas de interacción y coordinación conjunta entre entes públicos, privados y comunitarios, a los fines de garantizar la integralidad de las políticas y planes del Sistema.
- g) Garantizar el cumplimiento de las competencias y obligaciones del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes en las materias de su competencia, así como las de los entes u organismos bajo su adscripción.⁷⁴

⁷⁴ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... op. cit.

Según el Decreto 6732 de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional⁷⁵ señala:

Artículo 25 Son competencias del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social:...

22. La formulación, ejecución, seguimiento y control de las políticas y programas de atención y formación integral dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, como medios efectivo para el disfrute en sociedad de sus derechos y garantías, así como el acceso a los medios que les permitirán el pleno desarrollo de sus capacidades y destrezas;

23. El diseño, control y seguimiento de las políticas y programas dirigidos a la protección, asistencia y resguardo de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de vulnerabilidad o exclusión, de manera de asegurarles una atención inmediata e integral que posibilite su crecimiento acorde con los derechos y garantías que les corresponden.

Es decir aunque este ministerio tiene a su cargo, la función de hacer seguimiento y control de las políticas y programas de formación integral, una de las finalidades es precisamente lograr instar a los demás órganos inferiores como los Consejos Municipales de Derecho y de Protección a que se instruyan en el alcance que deben de tener sobre los medios alternativos de solución de conflictos, específicamente sobre la mediación y la conciliación a tal punto de que tal vez ellos directamente no son competentes en el conocimiento de conflictos familiares pero si pueden crear líneas estratégicas para la capacitación de esta temática estrictamente vinculada.

Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (IDENA)

⁷⁵ Decreto 6732 de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. Publicado en la Gaceta Oficial numero 39202 de fecha 17 de junio de 2009.

Este instituto según la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescentes (2007) se conceptualiza como:

...un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrito al ministerio del poder popular con competencia en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes, el cual tiene como finalidad garantizar los derechos colectivos y difusos de los niños, niñas y adolescentes. Como ente de gestión del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes ejerce funciones deliberativas, contraloras y consultivas. Las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes son actos administrativos que agotan la vía administrativa. Sus actos administrativos de efectos generales deberán ser divulgados en un medio oficial de publicación. El Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, tendrá como domicilio la ciudad de Caracas y en los estados tendrá Direcciones Regionales. El Reglamento Interno determinará las competencias de estas Direcciones.⁷⁶

Es decir busca la protección sobre los intereses colectivos y difusos, sin embargo aunque su labor y misión tiene una finalidad de interés general, no es menos cierto que ella al igual que el ministerio previamente señalado debe instar a la mediación y a la conciliación así como al uso de cualquier medio alternativo de solución de conflictos en aras de garantizar los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y el desarrollo de sus familias.

Consejos Municipales de Derechos

Los Consejos Municipales de Derechos, sobre los mismos la LOPNNA (2007) ha expresado que deben: "...d) Promover la divulgación de los derechos, garantías y deberes de niños, niñas y adolescentes y ser vocero de sus intereses e inquietudes...."⁷⁷ Es decir debe buscar que se divulguen los derechos garantías y deberes de los niños, niñas y adolescentes, es decir si los MASC en específico la mediación y la conciliación van a dar este tipo

⁷⁶ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... op. cit.

⁷⁷ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

de garantías para los conflictos familiares ellos también como órgano deben garantizar el impulso del cumplimiento de estos métodos.

Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

La LOPNNA (2007) conceptualiza a los mismos como:

Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son los órganos administrativos que, en cada municipio y por mandato de la sociedad, se encargan de asegurar la protección en caso de amenaza o violación de los derechos y garantías de uno o varios niños, niñas o adolescentes, individualmente considerados. Estos Consejos son permanentes y tendrán autonomía en el ejercicio de las atribuciones previstas en la ley y demás normas del ordenamiento jurídico.⁷⁸

Es decir se entiende que los Consejos de Protección buscan resguardar en caso de amenaza o violación de los derechos y garantías uno o varios niños, niñas y adolescentes, y muchas veces esto se encuentra estrictamente a conflictos familiares que deben por lo tanto con el uso de la mediación y la conciliación. En este sentido la LPEMPF (2010) sobre el rol del Consejo de Protección estipula que:

Artículo 27. La conciliación ante los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se limita y circunscribe exclusivamente a las materias de su competencia, siempre que sean de naturaleza disponible, verse sobre aquellos asuntos en los cuales tienen competencia para dictar una medida de protección y se realice dentro de un procedimiento administrativo.

Artículo 28. No podrán ser objeto de conciliación ante los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, aquellas materias sobre las cuales no tienen competencia para dictar medidas de protección, tales como:

1. Adopciones.
2. Colocación familiar o entidad de atención.
3. Privación, restitución y extinción de la patria potestad.
4. Orogamiento, privación y restitución de la responsabilidad de crianza o custodia, sin perjuicio de la competencia para dictar las medidas de abrigo y de separación de la persona que maltrate a un niño, niña o adolescente.

⁷⁸ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

5. Autorizaciones sobre administración de bienes de niños, niñas y adolescentes y demás asuntos patrimoniales.
6. Asuntos de naturaleza mercantil, laboral y tránsito.
7. Sanciones derivadas de la comisión de infracciones a la protección debida.
8. Sanciones derivadas de la comisión de hechos punibles.
9. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Objeto de la conciliación

Artículo 29. La conciliación ante los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tiene como finalidad proteger el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, debe versar sobre la forma, oportunidad y condiciones para preservar o restituir los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes frente a las amenazas o violaciones que existieren.⁷⁹

Es decir debe tomarse en cuenta que esta legislación establece ya en el caso de los Consejos de Protección como mecanismo alternativo de solución el uso de la conciliación estipulando que materias son susceptibles resolver en este órganos y cuáles no están disponibles, y sobre el objeto de la misma y es básicamente la de proteger el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo haber utilizado el artículo 29 más que el término “efectivo” que solo equivale a una respuesta sin saber su ventaja o no, a la palabra “eficiente” que denota criterios de mayor calidad en beneficio total de los niños, niñas y adolescentes.

Los Órganos Judiciales

En este aspecto los órganos judiciales, se encuentran representados por 3 según la LOPNNA (2010) al señalar que son: Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y el Servicio Autónomo de la Defensa Pública.

El ministerio Público

⁷⁹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

La LOPNNA (2010) sobre este órgano menciona:

Artículo 169

Ministerio Público

El Ministerio Público deberá contar con fiscales especiales para la protección de niños, niñas y adolescentes en cada localidad donde se constituya un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes....

Artículo 170

Atribuciones del Ministerio Público

Son atribuciones del o de la Fiscal Especial para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, además de aquellas establecidas en su Ley Orgánica:

f) Promover acuerdos judiciales y extrajudiciales en interés de niños, niñas y adolescentes.⁸⁰

Debe tomarse en cuenta, que la LOPNNA (2010) así como Ley Orgánica del Ministerio Público⁸¹ en su artículo 43 numeral 7 consagra entre las atribuciones de los Fiscales y las Fiscales del Ministerio Público en el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y la Familia, la facultad de poder promover acuerdos, es decir les da la potestad de conciliar con las partes, para formalizar el resultado obtenido de este tipo de MASC en Tribunales de Protección a fin de ser homologado. Sin embargo es una falla notoria de la LPEMPF (2010) que omitió en su contenido enunciar como este tipo de órgano iba a realizar el referido procedimiento.

Defensoría del Pueblo, la Defensa Pública y las demás Defensorías

La Defensoría del Pueblo en el artículo 169-A de la LOPNNA (2007) estipula que:

Artículo 169-A

Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo debe contar con defensores y defensoras especiales para la protección de niños, niñas y adolescentes en las Defensorías del Pueblo

⁸⁰ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

⁸¹ Ley Orgánica del Ministerio Público Gaceta Oficial numero 38647 de fecha 19 de marzo de 2007.

delegadas en cada estado y municipio del territorio nacional y en el Distrito Capital.

Artículo 169-B

Servicio Autónomo de la Defensa Pública

El Servicio Autónomo de la Defensa Pública deberá contar con defensores y defensoras especiales para la protección de niños, niñas y adolescentes en cada localidad donde se constituya un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.⁸²

Debe tomarse en cuenta que la LOPNNA (2007) hace mención a dos órganos con una importante labor, el primero de ellos es la Defensoría del Pueblo y el segundo la Defensa Pública ambos con la misión de realizar la labor de Defender Derechos uno inicialmente en sede administrativa y el otro en la sede jurisdiccional, pero buscando tener en común la misma finalidad, sobre este particular. En este sentido ambos órganos en los artículos 170-A y 170-B en el literal d) establecen la posibilidad de poder promover acuerdos judiciales y extrajudiciales en interés de niños, niñas y adolescentes. Es decir estos defensores pueden actuar de manera amplia, también se hace énfasis de otro tipo de Defensorías como las de Niños, Niñas y Adolescentes, las cuales son definidas por la LOPNNA (2007) como:

Artículo 201

La Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes es un servicio de interés público que en cada municipio debe ser organizado por la Alcaldía y, de acuerdo con su población, deberá contar con más de una Defensoría. Así mismo, las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes pueden ser organizadas por la sociedad, a saber: consejos comunales, comité de protección, asociaciones, fundaciones, organizaciones sociales o por cualquier otra forma de participación ciudadana. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para fortalecer las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes creadas por la sociedad. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes tienen como objeto promover y defender los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Cada Defensoría tendrá un responsable a los efectos de esta Ley.

Artículo 202

Tipos de servicio

⁸² Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes pueden prestar a éstos y a sus familias, entre otros, los siguientes servicios:

....f) Estímulo al fortalecimiento de los lazos familiares, a través de procesos no judiciales, para lo cual podrán promover conciliaciones entre cónyuges, padre, madre y familiares, conforme al procedimiento señalado en la Sección Cuarta del Capítulo XI de esta Ley, en el cual las partes acuerden normas de comportamiento en materias tales como: Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, entre otras.⁸³

Cabe acotar que este tipo de Defensorías, buscan interactuar, logrando un fortalecimiento de los lazos como pudo observarse a través del uso de la conciliación como medio para el logro de un acuerdo, debe tomarse en cuenta que no solo existen por lo tanto este tipo de Defensorías a nivel Municipal, sino que en igual sentido en el ámbito educativo existen las Defensorías Educativas⁸⁴. No obstante en el ámbito de la LPEMPF (2010) se ha estipulado de manera genérica el rol que van a tener las Defensorías sin distinguir de cual se trate, aunque aparentemente a simple vista esta legislación solo hubiera tomado en su haber mencionar a estas últimas al mencionar que:

Materias objeto de conciliación

Artículo 15. Las materias objeto de conciliación familiar ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes son las siguientes:

1. Decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad de crianza, tales como: orientación moral y afectiva, formación, educación, recreación, esparcimiento, salud, pautas de crianza, forma de vestir, disciplina y vigilancia de los niños, niñas y adolescentes.
2. Conflictos sobre custodia entre el padre y la madre para determinar con quién debe convivir el hijo o hija. En ningún caso podrá celebrarse un acuerdo que conceda la crianza, custodia o cuidado a terceras personas.
3. Régimen de convivencia familiar.

⁸³ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

⁸⁴ Resolución Defensorías Educativas N° 447 del 06-11-01 emanada del Ministerio de Educación y Deportes Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 37.324.

4. Obligación de manutención, para garantizar el sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes requeridos por los niños, niñas y adolescentes.
5. Fortalecimiento de los lazos y relaciones familiares.
6. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Materias excluidas de conciliación

Artículo 16. No podrán ser objeto de conciliación familiar ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes las siguientes materias:

1. Privación, restitución y extinción de la patria potestad.
2. Privación y restitución de la responsabilidad de crianza.
3. Privación y restitución de la custodia, así como otorgamiento de la custodia de los niños, niñas, y adolescentes a personas distintas a la madre o padre.
4. Medidas de abrigo.
5. Colocación familiar o en entidad de atención, así como entrega de los niños, niñas y adolescentes a terceras personas para su crianza, custodia o cuidado.
6. Adopción.
7. Autorizaciones sobre administración de bienes de niños, niñas y adolescentes y demás asuntos de naturaleza patrimonial.
8. Asuntos de naturaleza mercantil, laboral y tránsito.
9. Sanciones derivadas de la comisión de infracciones a la protección debida.
10. Sanciones derivadas de la comisión de hechos punibles.
11. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.⁸⁵

Debe acotarse que la LPEMPF (2010) hace énfasis sobre las materias que pueden ser objeto de conciliación y cuales se encuentran excluidas siendo notorio que estas últimas son en su mayoría de orden público y buscan influir sobre aspectos que inciden en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

⁸⁵ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

Los Órganos jurisdiccionales

Según la LOPNNA (2010) se menciona que el órgano jurisdiccional por excelencia es el Tribunal de Protección de niños, niñas y adolescentes, no obstante ante la situación de la existencia de una población indígena en Venezuela, y la creación por ley de la jurisdicción indígena ante la ineludible realidad de que existe una población de niños, niñas y adolescentes indígenas se menciona por lo tanto a dos tipos de órganos jurisdiccionales como son:

- Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes
- Jurisdicción Indígena

Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Según la LOPNNA (2010) se define como:

....Corresponde a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme con lo establecido en este

...Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tendrán sede en Caracas y en cada capital de estado, además de las localidades que determine la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

....Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se organizan en circuitos judiciales, de acuerdo con lo que determine la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la cual podrá crear más de un circuito judicial de protección de niños, niñas y adolescentes en una misma circunscripción judicial, cuando por razones de servicio sea necesario. Su organización y funcionamiento se rige por las disposiciones establecidas en esta Ley, en las leyes orgánicas correspondientes y en el Reglamento Interno de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 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....⁸⁶

Ante lo relevante de su labor, y al igual que los demás órganos del Sistema de Protección, es en la sede jurisdiccional donde se define el alcance de los acuerdos realizados por los demás órganos que a través de la homologación adquieren el mismo carácter de cosa juzgada que una sentencia puede ofrecer; es por ello que ante este factor que existe una doble función de la sede jurisdiccional como es la de recibir los acuerdos obtenidos por conciliación de otros órganos y también proponer como primera opción el uso de MASC, como la mediación para obtener una respuesta favorable.

En el mismo sentido se encuentra la jurisdicción indígena que según su normativa propia estipula:

Artículo 132. La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de restablecer la armonía y la paz social. En los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad. Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas

⁸⁶ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley.⁸⁷

Entre sus mecanismos permite, por lo tanto el uso de medios como la mediación, la vía conciliatoria e insta a los acuerdos reparatorios, mencionando la participación de la familia, en todos estos asuntos.

Los Consejos Comunales y los Comités de Protección Social

Aunque la LPEMPF (2010) menciona las atribuciones relativas a los Consejos Comunales, no define claramente el alcance que las mismas deben tener solo estipulando que:

....Los Consejos Comunales, especialmente a través de sus Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes, como instancias de participación del pueblo organizado, para el ejercicio directo de la soberanía popular, dentro del Sistema Rector Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, deben desarrollar una actividad protagónica en los procedimientos de conciliación, en coordinación y colaboración recíproca con los demás integrantes del sistema...⁸⁸

Es decir la interacción de los Consejos Comunales, y por ende con los Comités de Protección Social aun estando señalada en LPEMPF (2010) se rige por lo dispuesto en la doctrina actuando conjuntamente con las leyes antes enunciadas al expresar:

⁸⁷ La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas publicada en Gaceta Oficial numero 38.344 de fecha 27 de Diciembre de 2005.

⁸⁸ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

Comité de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes Es un comité comunitario para enfrentar y resolver, en corresponsabilidad con el Estado y las familias, las diversas situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes dentro de la comunidad, además articular todas las iniciativas y organizaciones comunitarias en un plan único de trabajo, teniendo como objetivo influir en el corto, mediano y largo plazo en mejorar los niveles de atención y la calidad de vida de niños, niñas y adolescentes en situación de calle, en la calle ó privados de libertad (en caso que existan centro penitenciario dentro de las adyacencias de los Consejos Comunales), prevención y atención al consumo de drogas en población infantil y adolescentes, adolescentes embarazadas, así como implementar un plan de trabajo que conlleven a realizar articulación con los demás comités de Consejo Comunal y fortalecer los programas sociales establecidos por el Estado Nacional, en el Proyecto Nacional Simón Bolívar (Primera línea de acción, Suprema Felicidad Social), así como la atención de manera integral y solidaria a la población antes mencionada tal como está planteado en los ART: 78 Y 79 CRBV y Ley Orgánica de los Consejos Comunales.⁸⁹

Es decir ante estas afirmaciones el Comité de Protección Social aspira el resolver los problemas que ponen en riesgo los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Comunidad, siendo altamente utilitario el uso de la conciliación y/o la mediación de ser necesario. Es por ello que cuando la LPEMPF (2010) estipula el rol de este órgano y del Consejo Comunal se puede afirmar que debe:

1. Velar por el cumplimiento del principio de la corresponsabilidad del Estado, de las familias y la sociedad en la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes en todas las fases y procedimientos de conciliación familiar.

⁸⁹Comité de Trabajo y Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes del Consejo Comunal Simón Bolívar. [Pagina web en línea] disponible en: <http://comunidadenlineasimonbolivar.blogspot.com/2012/03/comite-de-trabajo-proteccion-social-de.html>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

2. Promover la observancia de los preceptos sobre protección de la niñez y la adolescencia, establecidos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, así como las normas y tratados internacionales que rigen la materia.

3. Desarrollar acciones de divulgación y formación dirigidas a las familias, especialmente a los niños, niñas y adolescentes, para que sus conflictos sean resueltos, de forma preferente, en su seno mediante el diálogo democrático entre sus integrantes.

4. Realizar acciones para lograr la desjudicialización efectiva de la solución de conflictos familiares para que los conflictos que no puedan ser resueltos en el Comité de Protección, sean abordados por servicios e instancias del Sistema Rector Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

5. Coordinar y articular sus acciones con los integrantes del Sistema Rector Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cada consejo comunal deberá constituirse y funcionar un Comité de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con el procedimiento contemplado en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, para promover y defender los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, así como para fomentar los procedimientos especiales de solución de conflictos.⁹⁰

La obligatoriedad de establecer un Comité de Protección Social, de conformidad a lo señalado en la normativa comunal y haciendo mención de la necesidad de poner en prácticas los procedimientos especiales en materia de solución de conflictos es un punto importante que debe desarrollarse ante el escaso conocimiento que pueden algunas veces tener los miembros de estos sectores, sobre todo ante lo delicado de la labor que deben realizar

⁹⁰ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

como es el de impulsar la conciliación en sus comunidades respectivas, de allí que la labor propuesta se vea complementada cuando la misma LPEMPF (2010) menciona:

Los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales deben promover la conciliación de las controversias familiares en el seno de la familia y la comunidad; a tal efecto sus atribuciones son:

1. Recibir y atender las solicitudes efectuadas por personas afectadas por conflictos familiares presentes en la comunidad.
2. Efectuar un registro permanente de las solicitudes recibidas o atendidas de oficio que en materia de conflicto familiar se atiendan en la comunidad.
3. En los conflictos que excedan las competencias de los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes, remitir a los Consejos de Protección los datos registrados del caso por el consejo comunal y la comunidad.
4. Tramitar de oficio o a solicitud de parte interesada, ante el Ministerio Público o el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los conflictos familiares que por su notoriedad y magnitud afecten el normal desenvolvimiento de la comunidad y atenten contra los derechos y garantías de los niños niñas y adolescentes.
5. Desarrollar campañas permanentes de información y formación en materia de niños, niñas y adolescentes y conciliación familiar en las comunidades.
6. Velar por el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios desarrollados en la presente Ley y denunciar la violación de los mismos ante los Consejos de Protección.
7. Coordinar acciones con otros comités de protección u otras formas de organización popular previstas en la ley, con base al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.⁹¹

Es decir que ante estos planteamientos, debe mencionarse que, los Comités de Protección Social tienen una amplia labor, llamando la atención que tienen muchas similitudes a las funciones que originariamente le corresponden o lleva a cabo los Consejos de Protección, sin embargo el numeral 6 mantiene en todo momento su misión originaria estipulada en este ámbito por parte del legislador en velar por el cumplimiento de los acuerdos

⁹¹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

conciliatorios debiendo denunciar su incumplimiento de ser necesario ante el órgano jurisdiccional.

Es sobre este particular que ante la labor que le ha correspondido a esta normativa que básicamente a parte de regular el manejo de la Conciliación y la mediación en algunas instancias pero omitiendo el señalar de manera explícita el comportamiento que la conciliación y/o mediación debe tener en cada órgano solo enunciando el modo que los Consejos Comunales, y otros órganos puntuales deben actuar, también debe afirmarse que se insta a que el Ministerio de la comunas y protección social elabore programa de capacitación que permiten en estos sectores un conocimiento debido sobre estas normativa y el modo en resguardar los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Debe acotarse que la doctrina en este caso representada por el ex Magistrado Juan Rafael Perdomo señaló en su debida oportunidad respecto a la vigencia de la LPEMPF (2010) que:

...el referido instrumento legal, que consta de 44 artículos, fue concebido para promover la conciliación, la solidaridad, el esfuerzo común y el respeto recíproco para allanar fórmulas efectivas no judiciales para la resolución de los conflictos familiares, propiciando el contacto entre las partes para llegar a acuerdos satisfactorios e incorporando la figura de los consejos comunales como instancia de mediación, a través de la creación de los comités de protección social de niños, niñas y adolescentes.

Estos comités, según el texto legal, tienen entre sus atribuciones tareas como recibir y atender denuncias efectuadas por personas afectadas por conflictos familiares presentes en la comunidad, remitir a los Consejos de Protección los casos que puedan exceder sus competencias, tramitar los conflictos familiares que por su notoriedad y magnitud afecten el normal desenvolvimiento de la comunidad y velar por el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios alcanzados.

En la misma medida en que nosotros logremos que la gente se apodere de la conciliación y la mediación como instrumentos para resolver controversias legamos al país una posibilidad real de solución de conflictos.

Se resalta que el texto legal tiene gran importancia pues entre sus objetivos figura regular los procesos de la conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos, que permitan a las familias recuperar el diálogo necesario para resolver sus controversias; promover relaciones familiares fundamentadas en la igualdad de derechos y deberes y contribuir a la

desjudicialización en la solución de diferencias, privilegiando su abordaje y solución en el ámbito familiar o en su defecto ante órganos y entes administrativos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Con este instrumento se ha creado un sistema legal destinado a lograr la armonía y paz familiar, al dotar a la sociedad de fórmulas que tienen por base el diálogo para la conciliación y el entendimiento. Uno de los aspectos más importantes es que tanto los consejos comunales, los consejos de derechos y de protección de los municipios y los tribunales de protección han establecido trámites para desjudicializar los conflictos familiares.⁹²

Las Partes Intervinientes

Respecto a las partes intervinientes en el proceso de mediación y/o conciliación debe hacerse mención en opinión de la autora se dividen en los siguientes:

Los padres y/o representantes

Los niños, niñas y adolescentes

El mediador y/o conciliador del respectivo órgano administrativo, judicial, jurisdiccional o del Consejo Comunal.

Los padres y/o representantes

De este modo la LPEMPF (2010) señala al respecto que:

Personas que participan en la conciliación y mediación familiar
Artículo 7. En la conciliación y mediación participan las personas en controversia familiar, quienes reciben el apoyo de una tercera persona debidamente legitimada por la ley, con la finalidad de orientar y asistir con imparcialidad a las familias para que alcancen acuerdos justos y estables que resuelvan una controversia o, al menos, contribuyan a reducir el alcance de la misma.

⁹² Juan Rafael Perdomo: los alcances de la Ley sobre Conciliación y Mediación Familiar en los Procedimientos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 8vo. Foro: Derecho de la Infancia y Adolescencia. Tribunal Supremo de Justicia. 2011.

En la conciliación familiar quienes intervienen como conciliadores y conciliadoras son los Comités de Protección Social de niños, niñas y adolescentes de los Consejos Comunales, los defensores y defensoras de Niños, Niñas y Adolescentes, los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el Ministerio Público. En la mediación familiar intervienen los jueces y juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En lo que se refiere a las materias objetos de conciliación familiar ante el Ministerio Público se circunscribe a aquellos asuntos que sean de naturaleza disponible y en los cuales no se encuentre expresamente prohibida por la Ley.⁹³

Debe resaltarse que en la LPEMPF (2010) hace referencia de modo genérico a las partes intervinientes señalando que son personas que forman parte de la controversia familiar, en los que se incluirían inicialmente los padres y/o los representantes, se critica de este artículo que excluye en un segundo plano a los niños, niñas y adolescentes, cuando también su opinión es relevante para el logro de un acuerdo entre las partes. En este mismo sentido para estas partes la legislación plenamente mencionada ha establecido una serie de deberes y de derechos que se explican seguidamente al estipular:

Artículo 8. Las personas que participan en los procesos de conciliación y mediación familiar tienen, entre otros, los siguientes derechos:

1. Participar de forma protagónica en la conciliación y mediación familiar.
2. Decidir libremente si desean celebrar o no acuerdos para resolver sus conflictos.
3. Recibir de quien dirige la conciliación o mediación un trato respetuoso y considerado, en condiciones de igualdad y sin discriminación en el diálogo.
4. Recibir información acerca del objeto, finalidades y características de la conciliación o mediación familiar.
5. Recibir de quien dirige la conciliación o mediación familiar apoyo para facilitar la comunicación y el diálogo entre las personas que se encuentran en conflicto.
6. Recibir asesoría para atender las necesidades de los niños, niñas y adolescentes afectados y afectadas por el conflicto familiar.
7. Que se incluyan en los acuerdos todos los aspectos convenidos en la reunión de conciliación o mediación.

⁹³ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

8. Los demás establecidos en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.⁹⁴

Es decir al observar todo este conjunto de Derechos, los mismos aspiran es garantizarle a las partes una real participación en el proceso de mediación y/o conciliación no convirtiéndose por lo tanto las mismas en unos títeres del sujeto que realice la mediación y/o conciliación respetando en todo momento el principio de voluntariedad para que los acuerdos que se obtengan se encuentren fomentados en la buena fe. Sobre este mismo particular aun las partes gozando de Derechos deben las mismas gozar de Deberes los cuales también la LPEMPF (2010) estipula al expresar que:

Deberes de las personas que participan en la conciliación y mediación familiar
Artículo 9. Las personas que participan en los procesos de conciliación y mediación familiar tienen, entre otros, los siguientes deberes:

1. Asistir a los actos de conciliación y mediación a los cuales fueran convocado o convocadas.
2. Actuar de forma positiva y de buena fe, con la disposición para celebrar acuerdos que contribuyan a solucionar su conflicto familiar.
3. Actuar y celebrar acuerdos orientados por el interés superior de niños, niñas y adolescentes con pleno respeto y cumplimiento de sus derechos y garantías.
4. Respetar las reglas del proceso de conciliación y mediación.
5. Ofrecer a quien dirige la conciliación o mediación un trato respetuoso y considerado.
6. Respetar las actuaciones promovidas por quien dirige la conciliación o mediación, manteniendo una posición de colaboración y apoyo a sus funciones.
7. Cumplir cabalmente con los acuerdos alcanzados en los procesos de conciliación y mediación familiar.
8. Los demás establecidos en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.⁹⁵

Ya habiendo señalado que existen una serie de Derechos que buscan resguardar la voluntariedad de las partes en los procesos de mediación y/o conciliación las partes tienen 8 deberes que deben ser cumplidos cabalmente

⁹⁴ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit

⁹⁵ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit

que van desde su deber de asistencia a la conciliación, la buena fe que los mismos puedan tener aunque esto es discutible porque como fue mencionado en capítulos precedentes este será un obstáculo para el logro de acuerdos que realmente sean ejecutables en beneficio de los niños, niñas y adolescentes y sobre todo si se está en presencia de individuos que presenten cualquiera de los síndromes plenamente mencionados, el respeto de las normas de la mediación y/o conciliación haciendo alusión a las normas del buen hablante, del buen oyente sin el uso de calificativos despectivos y lenguaje soez, son aspectos que enmarcan el deber de respeto de los individuos, el querer conciliar y/o mediar como una vía de solucionar los conflictos, no obstante aunque estos se consideran deberes de las partes, muchas veces en la realidad los conflictos familiares, no permiten que pueda llevarse una conversación o discusión en estos términos, no pudiendo ser la ley quien estipule el logro de estas conductas sino que debe ser el mediador y/o conciliador el que las logre a través de las técnicas que usen para tal fin las cuales serán analizadas en el capítulo siguiente.

Los niños, niñas y adolescentes

La ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (2010) al respecto ha manifestado:

Artículo 6. Los niños, niñas y adolescentes tienen plena capacidad para solicitar, participar y defender sus derechos y garantías en los procedimientos de conciliación familiar ante todas las instancias previstas en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo podrán denunciar el incumplimiento de los acuerdos conciliatorios administrativos.⁹⁶

Aunque a primera vista se observa la afirmación de tener capacidad los niños, niñas y adolescentes en este tipo de actuaciones, hay que tomar en

⁹⁶ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit

cuenta que esto es relativo, sobre todo ante el aspecto de que los adolescentes tienen capacidad procesal pero en el caso de los niños y niñas su participación es limitada y aun siendo referencia no es vinculante de allí que no se puede tomar como verídico que puedan niños y niñas defender sus derechos con la amplitud que este artículo estipula, pero si el de dar su opinión y el de ser oído como aspecto esencial para el logro de un acuerdo apegado a la realidad, en el caso de tener su derecho a denunciar el incumplimiento debería hacerse la pregunta ¿Ante quién? ante el intermediario del Consejo Comunal lo vería factible si esto sucediera, pero en el ámbito de los órganos a nivel jurisdiccional o judicial es limitativo porque sus capacidades como sujeto de Derechos son plenas pero no en el aspecto de impulsar por si solo el reclamarlo ante la sede jurisdiccional, de allí que en el caso de los adolescentes es más claro su rol pero en el de los niños y niñas existen ciertas inconsistencias.

El mediador y/o conciliador del respectivo órgano administrativo, judicial, jurisdiccional o del Consejo Comunal.

Respecto al rol del mediador y/o conciliador también la LPEMPF (2010) ha establecido que:

Artículo 10. Las personas que dirigen la conciliación y mediación familiar deben orientar sus actuaciones a:

1. Facilitar la comunicación y el diálogo entre las personas que se encuentran en conflicto.
2. Inculcar a las personas que participan en la conciliación y mediación familiar la necesidad de velar por los derechos humanos y garantías de los niños, niñas y adolescentes en la solución de los conflictos familiares.
3. Cerciorarse que las personas comprendan el proceso y los alcances de la conciliación y mediación familiar, desde su inicio hasta su conclusión.
4. Propiciar que las personas que participan en la conciliación y mediación familiar tomen sus propias decisiones y logren los acuerdos de manera libre, voluntaria y sin ser constreñidas o presionadas.
5. Desarrollar su función de manera imparcial, respetando las posiciones de las personas y preservando su igualdad y equilibrio durante el proceso de conciliación y mediación.

6. Mantener la confidencialidad de las informaciones conocidas en la conciliación y mediación familiar, salvo las excepciones establecidas en la ley.
7. Excusarse de conocer de la conciliación y mediación familiar cuando se encuentren incursos en las causales de inhibición o recusación previstas en la Ley.
8. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.⁹⁷

De esta forma, el mediador y/o conciliador está en la obligación de seguir lineamientos básicos para ganar la confianza de las partes del conflicto sobre todo ante la presencia de síndromes que puedan afectar la tolerancia y la conducta de los individuos, al ser facilitador crea un puente comunicante entre las partes del conflicto para que desahoguen sus frustraciones por la crisis familiar vivida; al recordarles a las partes es que lo más importante que el acuerdo que se logre allí va es en beneficio de los niños, niñas y adolescentes que tengan bajo su responsabilidad como padres o representantes se busca disipar los propios intereses personales que las partes de manera interna tengan desvirtuando la opción de que la discusión aborde inconformidades ajenas a la de los débiles jurídicos; el rol de educador e instructor de todas las fases que se están cubriendo para clarificar; lo que se anhela es un aspecto muy importante que debe cumplir todo mediador y/o conciliador, la imparcialidad, la confidencialidad y la voluntariedad como características propias del mediador y/o conciliador, se tornan esenciales ante el aspecto de que no se puede buscar menoscabar a una de las partes apoyando totalmente a la otra ya que esto generara la dificultad en el logro de un acuerdo.

Siempre teniéndose clara, la labor que al verse afectada por intereses propios el mismo intermediario debe inhibirse conforme, a lo señalado como causales de inhibición que presenta la LPEMPF (2010) al establecer:

⁹⁷ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit

Artículo 18. Los defensores y defensoras de niños, niñas y adolescentes deben abstenerse o inhibirse de conocer los procedimientos de conciliación familiar en las siguientes circunstancias:

1. Exista interés personal y directo en el asunto objeto de conciliación familiar.
2. Exista amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas que participan en el procedimiento de conciliación familiar.
3. Tener vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado o una unión estable de hecho con alguna de las personas que participan o tengan interés en el procedimiento de conciliación.
4. Haber intervenido como perito o testigo en procesos judiciales en los que alguna de las personas tuvieran intereses.
5. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Artículo 37. Los jueces y juezas de mediación y sustanciación, pueden inhibirse o ser objeto de recusación por alguna de las causales siguientes:

1. Por parentesco de consanguinidad con alguna de las partes o sus apoderados, en cualquier grado, en línea recta o en la colateral hasta cuarto grado, inclusive, o de afinidad hasta el segundo grado, inclusive. Procederá también, la inhibición o recusación por ser cónyuge del inhibido o del recusado, del apoderado o del asistente de cualquiera de las partes.
2. Por tener el inhibido, inhibida, recusado o recusada, su cónyuge o algunos de sus consanguíneos o afines, dentro de los grados indicados, interés directo en el pleito.
3. Por haber dado, el inhibido, inhibida, recusado o recusada recomendación, o prestado su patrocinio a favor de alguno de los litigantes, sobre el pleito en que se le recusa.
4. Por tener, el inhibido, inhibida, recusado o recusada, sociedad de interés o amistad íntima con alguno de los litigantes.
5. Por enemistad entre el inhibido, inhibida, recusado o recusada y cualquiera de los litigantes, demostrada por los hechos que, sanamente apreciados, hagan sospechable la imparcialidad del inhibido o del recusado.
6. Por haber recibido el inhibido, inhibida, recusado o recusada, dádiva de alguno o algunos de los litigantes, después de iniciado el juicio.

Los jueces o juezas de mediación y sustanciación no podrán ser objeto de recusación por haber emitido opinión sobre lo debatido en el proceso cuando esta actuación forme parte del ejercicio de la mediación. Tampoco podrán ser objeto de ella por haber decretado diligencias preliminares, medidas preventivas y decretos de sustanciación.⁹⁸

Debe tenerse en cuenta que ambos artículos, establecen de manera más o menos imperativa dependiendo del órgano al que pertenezca la necesidad

⁹⁸ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit

de que ante la presencia de circunstancias como: intereses personales, amistad íntima, parentesco de consanguinidad o afinidad o por unión estable, haber intervenido como perito o testigo, por haber sido inhibido, por enemistad, por haber recibido dádiva de algunas de las partes apenas se inicio el juicio. Todo estos aspectos sean en sede administrativa, o judicial influyen en el rol del mediador, debe hacerse énfasis que en el caso de las causales en la parte administrativa, solo se establecen las mismas en el ámbito de las defensorías creando por lo tanto un vacío sobre los demás órganos pero que analógicamente se acogerían, también se observa que en la sede administrativa se toman en cuenta los parentesco que pueda generarse entre una parte con el conciliador ante la existencia de una unión estable de hecho, al contrario de la sede jurisdiccional que omite el término y ya habla directamente de cónyuge, aquí habría que analizar el alcance de la misma. Así como la de medir la voluntariedad de retirarse el intermediario en la sede administrativa ante la existencia de un nexo por las cuales citadas, al contrario de la parte judicial donde el juez aparte de inhibirse puede ser recusado por las mismas partes.

En conclusión luego de haber analizado la incidencia de los órganos de protección, los consejos comunales y las partes intervinientes en la aplicabilidad de la mediación y conciliación familiar en Venezuela, se ha descubierto la amplia gama de sujetos que confluyen en ejercer estos métodos. Debe hacerse énfasis que aunque Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) de 2010, otorga algunas explicaciones sobre el desenvolvimiento de algunos sujetos se orienta mayormente en los Comités de Protección, en el ámbito Municipal, obviando mencionar el rol que órganos como el Ministerio Público, la Defensa Pública tienen en incentivar la mediación y/o conciliación de las partes, la falta de regulación sobre la participación de los niños, niñas y adolescentes al no mencionar el alcance de su participación

en los medios alternativos antes mencionados crea ciertas dudas, sobre todo al señalar la legislación que los niños y niñas pueden reclamar por si mismos el incumplimiento de los acuerdos que previamente habían sido estipulados por las partes; debe por lo tanto en una futura reforma de la normativa señalarse con mayor detalle el modo en que las partes en cada órgano debe cumplir la mediación y/o conciliación y su rol como partes del mismo.

CAPITULO V

LAS FASES DE CONCILIACION Y MEDIACION ANTE LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS, JUDICIALES Y JURISDICCIONALES EN MATERIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA

A lo largo de la referida investigación se ha ido haciendo mención de los diversos medios alternativos de solución de conflictos de su alcance y perspectiva, haciendo énfasis que la mediación y la conciliación son los de mayor uso en Venezuela, en el capítulo anterior se hizo mención sobre las partes intervinientes del mismo, aspirando en este capítulo explicar finalmente las fases que deben seguirse y el manejo de las técnicas idóneas para el logro de un acuerdo exitoso entre las partes. Sin embargo antes de analizar de forma detallada el modo como se debe llevar a cabo la mediación y/ conciliación es necesario indagar en la doctrina sobre los diversos modelos que sobre esta temática se presentan para que sirva de marco referencial al explicar las fases estipuladas por el legislador venezolano.

Los modelos de Mediación y conciliación

Los modelos de mediación familiar estipulados en la doctrina, son aquellos que son la base fundamental del desenvolvimiento en la mediación, con orígenes diversos propuestos por distintos autores y con divergentes posiciones, también de posible aplicabilidad en la conciliación de modo supletorio se comprenden por los siguientes modelos:

- Modelo tradicional lineal (Harvard)
- Modelo Transformativo (Bush y Folger)
- Modelo Circular Narrativo (Cobb)

-Modelo de Folberg y Taylor

-Modelo de Haynes

Modelo tradicional lineal (Harvard)

En este modelo, la mediación se conceptualiza como una negociación por intereses, auxiliada por un tercero, quien funge de mediador, este tendrá como rol el control de la interacción, siendo un experto sobre la temática, en este modelo, la comunicación es lineal, ya que su origen está en la negociación de ambas partes (padres, representantes entre otros), y se configura en los siguientes pasos:

- Expresar el conflicto, con todos sus detalles;
- Apartar el pasado;
- Construir para el futuro.

Bajo este esquema se enfatizan y refuerzan los puntos de acuerdo, desactivando las emociones negativas para poder progresar. El método por lo tanto propone, que haya una desvinculación de lo negativo, los intereses de las partes se negocian omitiendo las posturas extremas, se plantean opciones, para formar un criterio constituyendo los siete elementos del Método Harvard que son: alternativas, intereses, opciones, criterios, compromiso, comunicación y relación, para conseguir finalmente el logro de un acuerdo.⁹⁹

⁹⁹ Miguel Ángel Soria: Mediación familiar. Barcelona, España: Bosch, 2008, p. 127-134.

Modelo transformativo (Bush y Folger).

El objetivo en este modelo no es obtener un acuerdo propiamente dicho, sino que pretende es desarrollar el potencial de cambio individual de cada una de las partes o personas sujetas a mediación, al hacer posible que éstas puedan descubrir por sí mismas sus habilidades en el proceso., Anhela es el crecimiento personal en las relaciones, se busca más que un acuerdo un aprendizaje. En el modelo transformativo el éxito en el proceso llega cuando las partes, a un nivel individual íntimo y personal, cambian para mejorar, como consecuencia de su implicación y aprendizaje adquiridos en el desarrollo del proceso de mediación que experimentan y que les ha permitido avanzar a nivel personal.

Se debe tener en consideración que, a diferencia de otros modelo, los conflictos no son considerados como tales, sino que se consideran verdaderas oportunidades para que las partes crezcan, desarrollando su carácter como individuos, transformarse moralmente y progresando. La utilización de este modelo no solo aspira que las situaciones cambien, sino que el aprendizaje se extienda a otros ámbitos, que se interiorice y que, como consecuencia, las personas implicadas en el proceso cambien positivamente, para el logro de esta transformación de las partes se siguen los siguientes pasos:

- Las partes asisten a reuniones conjuntas entre las partes y el equipo intermediario, pueden establecerse igualmente reuniones individuales con cada una de las partes si se considera conveniente.
- El equipo promueve una relación de causalidad circular entre las partes interviniendo los 3 sujetos.
- Durante las sesiones, se potencia el protagonismo de cada una de las partes de tal manera que asuman la cuota de responsabilidad de cada una

de ellas en el desarrollo de la controversia, así como apreciar igualmente la que corresponde asumir al otro. Con la técnica utilizada en este modelo, se persigue es un cambio humanizado, y que las partes durante las interacciones propias del proceso comprendan que el objetivo es el de erradicar sus diferencias de manera permanente y que se mantengan así siempre.¹⁰⁰

Modelo circular narrativo (Cobb).

Este modelo es oriundo del paradigma sistémico. Es de carácter circular y está orientado tanto al acuerdo en sí como a la modificación de las relaciones establecidas entre las partes. Se entiende que, si las narraciones se construyen a través del lenguaje y, con éste, realmente se van, modificando las narraciones y va cambiando la percepción que de esa realidad tenemos. Desde este modelo, al hacer las narraciones de la historia, se puede volver al punto de partida inicial, incidiendo en la relación causa-efecto del conflicto y construyendo desde ahí un nuevo discurso de carácter conciliador.

Este modelo tiene su basamento en cuatro etapas, y cada una de ellas a su vez puede comprender en varias sesiones la primera etapa es una pre-reunión de las partes que no se realiza con el intermediario, acudiendo las partes acuden a esta sesión por separado y lo que se pretende, precisamente, es evitar que la interacción se produzca y se constituyan “colonizaciones de narrativas”. Lo que se persigue básicamente en este primer contacto es dar una explicación del proceso y sus características, de su relevancia, seguidamente prosigue la reunión conjunta, aquí establecen las reglas y pautas a ambas partes nuevamente pero de manera colectiva,

¹⁰⁰ Miguel Ángel Soria: Mediación familiar.... Op. cit.

posteriormente hay otra reunión individual con las partes para que luego se reúna un equipo formado por psicólogo, el mediador y el abogado, se vuelve a realizar una reunión conjunta y se presenta una propuesta de solución y ante el proceso que se ha venido realizando las partes ya no estarán enfrentadas y podrán lograr un acuerdo.¹⁰¹

Modelo de Folberg y Taylor.

En este modelo, los autores establecen siete fases distintas en el proceso de mediación y supletoriamente en la conciliación que son:

- La fase Introdutoria donde se instauran un clima de confianza.
- Segunda fase, llamada contrato de mediación, que puede ser implícita o explícita, el cual es un compromiso previo.
- Tercera fase, es la identificadora del conflicto donde se establece una gradación según su importancia y dificultad de resolución para las partes.
- Cuarta fase, es la propuesta de opciones, en ella se generan alternativas para la negociación y toma de decisiones.
- Quinta fase, es la negociadora sobre los elementos materiales.
- Sexta fase, redacta un plan de acuerdos.
- Séptima fase, se presenta en los Tribunales de Protección para su homologación otorgándole al acuerdo carácter de cosa juzgada.

¹⁰¹ Miguel Ángel Soria: Mediación familiar.... Op. cit.

Modelo de Haynes

Consta de nueve fases para el logro de la mediación y/o conciliación que son: La Identificación del problema, debiendo las partes asumir la existencia del mismo; análisis y elección del ámbito de resolución del conflicto, la elección del intermediario sea público o privado, la recopilación de la información que se obtiene al oír ambas partes, la definición del problema que se obtiene al darle forma al mismo, la propuesta de opciones, la definición de las posturas de cada parte, la negociación, la redacción del acuerdo¹⁰².

No hay modelos mejores que otros, sino dependiendo los factores que acompañan al proceso de mediación, los antecedentes de las personas partes del conflicto, el contexto en general que lo conforman, utilizando un modelo u otro. Será el intermediario el que luego de canalizar toda la información, después de haber consultado todos los datos previos y estudiando la situación, el que decida qué modelo utilizar con mayor preeminencia, es notable que en el caso venezolano tanto en la mediación como en la conciliación en sus diversas hay una mezcla de todos estos modelos.

Las fases de conciliación y mediación ante los órganos administrativos, judiciales y jurisdiccionales en materia de niños, niñas y adolescentes en Venezuela

La Ley LOPNNA (2007) en concordancia con la LPEMPF (2010) explica la etapa bajo la cual se lleva a cabo la mediación en la sede jurisdiccional, existiendo aun una laguna sobre el modo que la misma se cumplía en otros

¹⁰² Miguel Ángel Soria: Mediación familiar.... Op. cit.

órganos de allí que la LPEMPF (2010) vino a llenar esta laguna al estipular que:

Defensorías de Protección

La fase inicial

Fase inicial

Artículo 19. En la primera entrevista del procedimiento de conciliación ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, el defensor o defensora, después de cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debe proponer a las personas que intervienen en el procedimiento, la firma del acuerdo-compromiso para participar corresponsablemente en la conciliación. Así mismo debe fijar, conjuntamente con las personas interesadas, la fecha y hora para celebrar las sesiones del procedimiento de conciliación. En caso de desacuerdo, el defensor o defensora procederá a fijar la fecha y hora para realizar dichas sesiones.¹⁰³

Debe tomarse en cuenta que la legislación establece una posibilidad de que las partes se les proponga que se lleve a cabo una mediación pero la misma es opcional, porque inicialmente las partes fijarían el horario pero de no estar de acuerdo lo hace el defensor.

La Fase intermedia

Siguiendo el mismo orden señalado en la LPEMPF (2010) se estipula que:

Artículo 20. Durante el desarrollo de la fase intermedia del procedimiento conciliatorio se realizarán las sesiones acordadas, en las cuales el Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes podrá entrevistarse conjunta o separadamente con las personas que participan en el procedimiento. Durante esta fase el defensor o defensora debe ejercer sus atribuciones con base en las siguientes orientaciones:

1. Ajustar su actuación a la situación y circunstancias propias del conflicto familiar planteado, variando el ejercicio de sus funciones en relación con las características de cada caso.
2. Explicar a las personas las reglas para desarrollar la comunicación y el diálogo durante las sesiones, señalando expresamente que deben tratarse con respeto y consideración, hablar por turnos y sin interrupciones mutuas.

¹⁰³ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

3. Facilitar el diálogo a través de preguntas que le permitan conocer mejor el conflicto familiar planteado y las posibles opciones para su solución, prestando especial atención a las respuestas de la personas sobre sus objetivos, contribuciones e ideas en estas materias.
4. Escuchar atentamente a las personas, especialmente a los niños, niñas y adolescentes, prestando atención a sus manifestaciones verbales y corporales.
5. Desarrollar las sesiones en un tiempo prudencial, que permita a las personas analizar y reflexionar adecuadamente sobre los asuntos objeto del diálogo.
6. Evitar imponer una alternativa para solucionar el conflicto familiar, así como constreñir o presionar, de forma directa o indirecta, a personas para que acepten un acuerdo conciliatorio.
7. Asegurarse que las personas hayan comprendido los problemas familiares y las propuestas de solución.
8. Asegurarse que los acuerdos conciliatorios sean expresados con redacciones sencillas, con lenguaje cotidiano, que puedan ser comprendidos por cualquier persona.
9. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.¹⁰⁴

Es decir en esta fase de la conciliación es cuando se lleva a cabo la interacción de las partes y es el conciliador quien debe garantizar el cumplimiento de los principios plenamente establecidos, logrando acuerdos voluntarios para buscar erradicar el conflicto. En el caso de la duración de la conciliación es variable, pero tiene que ser máximo de un mes o que no transcurra de 8 sesiones, sin embargo por petición de las partes si el conciliador observa un posible logro de acuerdo puede prorrogarse, todo de conformidad al artículo de la ley.

La fase de terminación

El procedimiento de conciliación familiar puede terminar por decisión motivada del Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando haya incumplimiento, cuando se denote que no se va a lograr la finalidad, cuando se estime que la solución deba ser abordada de otra forma, cuando no se logre un acuerdo parcial o total y las demás que la legislación

¹⁰⁴ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

venezolana estipule o aquellas adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Según el artículo 23 de la LPEMPF (2010) las partes posteriormente pueden solicitar, fundados en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la revisión o modificación de los acuerdos conciliatorios debidamente homologados por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por el cual debe tramitarse un nuevo procedimiento conciliatorio para conocer de la situación. Si no se hubiera llegado a un acuerdo el Defensor tiene que notificar a la sede jurisdiccional y al Ministerio Público para que haya seguimiento del mismo. De haberse llegado a un acuerdo los Defensores están en la labor darle seguimiento debiendo estipular estrategias para lo mismo.¹⁰⁵

Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes para poder realizar este tipo de técnicas deben ser dotadas de las instalaciones, equipo y personal necesario para el cumplimiento de sus funciones de conciliación familiar, en este sentido deben tener un espacio dirigido especialmente a la atención de los niños, niñas y adolescentes durante su permanencia en la sede de la Defensoría, es decir como una especie de cuarto de juegos o área de esparcimiento y una sala de conciliación cónsona para el desarrollo de las reuniones del procedimiento conciliatorio. Debe haber de este mismo modo una ambientación adecuada a la condición de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo. El órgano administrativo que puede ser el Ministerio de las Comunas, el Ministerio de educación o en su

¹⁰⁵ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

defecto el municipio del cual dependen las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes dispondrá lo esencial para su dotación.¹⁰⁶

Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

La LPEMPF (2010) respecto a los Consejos de Protección estipula que:

Inicio de la conciliación

Artículo 29. La conciliación ante los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tiene como finalidad proteger el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, debe versar sobre la forma, oportunidad y condiciones para preservar o restituir los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes frente a las amenazas o violaciones que existieren.¹⁰⁷

La conciliación en este tipo de órganos busca de cierto modo orientarse a proteger a los niños, niñas y adolescentes de los conflictos, sin embargo no explica detalladamente el alcance que va a tener o como se va a desenvolver suponiendo que será siguiendo los mismos pasos de las Defensorías de Protección.

Tiempo de la conciliación

Artículo 30. La conciliación ante los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no suspenderá el trámite del procedimiento administrativo correspondiente, ni será una causa justificada para suspender o retrasar la oportunidad para que se dicten medidas de protección a que hubiere lugar.¹⁰⁸

Realmente este tipo de conciliación por parte de los Consejos de Protección no puede acogerse como un procedimiento oficial de conciliación

¹⁰⁶ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes.

¹⁰⁷ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

¹⁰⁸ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

sobre todo ante el aspecto que la misma no suspende los efectos del procedimiento administrativo respectivo.

Resultado de la conciliación

Artículo 31. Cuando se logre un acuerdo total a través de la conciliación en un procedimiento administrativo ante los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se levantará un acta dejando constancia de ello e, inmediatamente, se procederá a dictar una medida de protección que exprese el contenido del acuerdo, ordenando su efectivo cumplimiento.¹⁰⁹

De lograrse la conciliación se observa que la misma va a generar un acuerdo y que acto seguido generara el dictar una medida de protección que exprese el contenido de los acuerdos ordenando su efectiva ejecución, en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Ahora es deber del Consejo de Protección hacer un seguimiento al cumplimiento de lo acordado, porque de lo contrario se instaría recurrir a la sede jurisdiccional para dar conocimiento de lo sucedido.

Espacio adecuado, recursos humanos y materiales

Artículo 33. Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes deben ser dotados de las instalaciones, equipo y personal necesario para el cumplimiento de sus funciones, en este sentido deben contar con:

1. Un espacio dirigido especialmente a la atención de los niños, niñas y adolescentes durante su permanencia en la sede del Consejo de Protección.
2. Un espacio y dotación apropiada para el desarrollo de las reuniones de conciliación durante el procedimiento administrativo.
3. Ambientación adecuada a la condición de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

El órgano administrativo del cual dependen los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispondrá lo necesario para su dotación.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

¹¹⁰ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

Del mismo modo que en el ámbito de las Defensorías de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para la realización de las conciliaciones, será necesario, la existencia de una sala para los respectivos acuerdos.

Los demás órganos del Sistema de Protección de niños, niñas y adolescentes

La LPEMPF (2010) no menciona el modo en el que los órganos administrativos y judiciales deben impulsar las conciliaciones no obstante aun existiendo este silencio puede notarse que analógicamente y con la vigencia de esta normativa todos estos sujetos deberían buscar conciliar como primera opción siempre que no existan las limitaciones mencionadas en la legislación.

La mediación ante los Tribunales de Protección de niños, niñas y adolescentes

La referida fase de mediación consagrada en la LPEMPF (2010) estipula en un primer instante que cualquier conflicto que no se considere materia excluida podrá ser susceptible de mediación, aspecto que en capítulos anteriores se ha criticado ante las limitaciones que puede presentar la mediación no solo por la indisponibilidad de las materias sino por las conductas de los mismos sujetos, de allí que aunque el artículo 35 de ley antes mencionada enumera una lista de materias no susceptibles de mediación como son:

1. Privación, restitución y extinción de la patria potestad.
2. Privación y rehabilitación de responsabilidad de crianza.
3. Colocación familiar y colocación en entidad de atención.
4. Adopción y nulidad de adopción.
5. Declaración de interdicción o inhabilitación.
6. Curatelas.

7. Autorizaciones para separarse del hogar, cuando haya niños, niñas y adolescentes, o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.
8. Separación de cuerpos y divorcio de conformidad con el artículo 185-A del Código Civil, cuando haya niños, niñas y adolescentes, o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.
9. Homologación de acuerdos de liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes.
10. Rectificación y nulidad de partidas relativas al estado civil de niños, niñas y adolescentes.
11. Títulos supletorios.
12. Justificativos para perpetua memoria y demás diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o algún derecho propios del interesado o interesada en ellas, siempre que en el otorgamiento de los mismos se encuentren relacionados derechos de niños, niñas y adolescentes.
13. Disconformidad con las medidas de protección o abstención de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.
14. Infracciones a la protección debida.
15. Amparo constitucional.

Las excepciones establecidas en el presente artículo a la mediación familiar ante los Tribunales de Protección de Niños, Niños y Adolescentes son de interpretación restrictiva.¹¹¹

Es decir que sobre el ámbito de aplicabilidad de la mediación aun siendo inicialmente amplia, se considera que presenta notorias limitaciones, como las anteriormente señaladas.

Sujetos auxiliares de la mediación

Aunque en el capítulo anterior se hizo énfasis en la participación y el rol de las partes en la mediación no es menos cierto que existen 3 tipos de sujetos que no tienen mayor incidencia en la conciliación ante su ausencia por no ser de carácter obligatorio, pero que presentan un papel importante en la mediación como es el caso del Ministerio Público en la sede jurisdiccional, el equipo multidisciplinario y el abogado privado.

El Ministerio Público

¹¹¹ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

El artículo 39 de la LPEMPF (2010) señala que aun no siendo obligatoria su presencia, debe notificarse sobre las mediaciones, existiendo los casos que por su gravedad deban ser conocidos; debe acotarse que en opinión particular en la mayoría de casos el Ministerio Público debería estar presente dado que serviría para medir el rol del juez como mediador, y que este respete plenamente principios como la neutralidad, voluntariedad e imparcialidad.

El equipo multidisciplinario

La doctrina ha señalado que:

La LOPNNA 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 concordancia 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 y en los procedimientos judiciales, cuando, a criterio del juez de protección del niño y del adolescente, sea considerado conveniente".¹¹²

Ante lo mencionado el Equipo Multidisciplinario juega un papel trascendente respecto a lo anteriormente mencionado, pero ha sido la LPEMPF (2010) la que ha delimitado sus funciones al mencionar que:

Auxilio de equipo multidisciplinario

¹¹² Miriam San Juan Armas: La mediación familiar en el ámbito judicial para la protección de niños, niñas y adolescentes. I Congreso Internacional de Derecho de Familia. No. 38. Tribunal Supremo de Justicia. Fundación Gaceta Forense serie de eventos número 38. 2011, p.169

Artículo 36. Los jueces y juezas de mediación y sustanciación podrán solicitar el apoyo o asesoramiento del equipo multidisciplinario, en aquellas circunstancias que excepcionalmente así lo requiera, tales como:

1. Problemas graves de comunicación del niño, niña o adolescente.
2. Cuando las y los adolescentes deban participar en cualidad de parte durante el proceso de mediación y sea imprescindible sus servicios auxiliares.
3. Constatación de posibles casos de violencia familiar durante el desarrollo de la mediación.
4. Percepción de la existencia de un posible problema psicológico o psiquiátrico de alguna de las personas que participa e interviene en la mediación familiar.
5. Otras situaciones que requieran los conocimientos especializados de quienes integran los equipos multidisciplinarios en aquellas materias que les son propias.

En ningún caso, los y las integrantes del equipo multidisciplinario suplen o sustituyen la función mediadora del juez o jueza, quien debe estar presente en todas las fases del proceso de mediación.¹¹³

Es decir se puede notar que el rol, de los equipos multidisciplinarios es apoyar ante toda una serie de dificultades en el desarrollo de la mediación a los jueces, logrando mantener la calma y canalizando las emociones que pueden obtenerse de este proceso, siendo su presencia relevante para el logro de un acuerdo si la misma se torna para el juez solamente.

Participación de los Abogados en el Proceso de Mediación

Conforme al artículo 450 literal n de la LOPNNA (2007) se ha estipulado que:

- n) 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.¹¹⁴

¹¹³ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

¹¹⁴ Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente... óp. cit.

Es por esto que a simple vista no pareciera obligatorio el uso de un abogado privado, ante la opción de contar con asistencia jurídica gratuita ofrecida de primera mano por la misma Defensa Pública, no obstante la doctrina sobre este tópico había enunciado que era opcional la asistencia o no de abogado, sin embargo la LPEMPF (2010) estipula que:

Artículo 38. Las partes tienen derecho a estar asistidas o representadas por abogados y abogadas en la fase de mediación de la audiencia preliminar. Los abogados y abogadas deben favorecer la solución pacífica de los conflictos familiares a través de la mediación, actuando siempre con lealtad y probidad procesal.

Los abogados y abogadas que intervengan en la fase de mediación pueden brindar asesoría a sus representados o representadas sobre los derechos y obligaciones que se derivaran de los acuerdos a ser alcanzados, velando que el mismo sea suscrito de forma voluntaria y sin coacciones de ninguna naturaleza. En ningún caso los abogados y abogadas pueden intervenir para interrumpir u obstaculizar el desarrollo de una sesión o los acuerdos que se alcancen dentro de la esfera de responsabilidades y derechos de los padres y madres respecto a sus hijos e hijas, salvo que se trate de aclarar o clarificar las propuestas hechas por su representado o representada.¹¹⁵

Es decir a simple vista pareciera que de manera explícita se mantiene el criterio de que es un derecho de las partes el poder ir asistido, no obstante sobre el tema existe inconsistencias, algunos jueces permiten la presencia del abogado en la mediación pudiendo las partes hacerles preguntas cuando consideren necesario. Otros por el contrario advierten que el rol del abogado es una actuación netamente pasiva, dado que su ámbito de acción coarta la posibilidad de un acuerdo entre las partes y otros por el contrario no permiten la entrada de los mismos, alegando que la mediación intrajudicial sobre en el ámbito del Derecho de Familia es netamente privada y que la interacción de mas sujetos va a crear desconfianza; ¿Pero qué pasa cuando una de las partes es abogada por ejemplo una madre y su ex esposo no lo es? ¿Acaso no crea una desventaja si ambos entran a solas a la mediación? Son estas

¹¹⁵ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

imprecisiones las que generan intriga sobre el rol que debe tener el abogado, es de allí que ante la situación expuesta y lo mencionado que no debería el juez condenar la participación del abogado privado o hasta del propio defensor público que lejos de buscar ser una amenaza puede junto con el equipo multidisciplinario lograr acuerdos importantes.

Las fases de la mediación en materia de niños, niñas y adolescentes

La LPEMPF (2010) estipula que la mediación se divide en 3 fases, la fase de inicio, la fase intermedia y la fase de terminación de las mismas se ha expresado que:

Artículo 41. En la primera reunión de la fase de mediación de la audiencia preliminar, junto con la revisión de las pretensiones de las partes, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe explicar suficientemente:

1. La finalidad y conveniencia de la mediación familiar, así como las reglas que regirán su desarrollo durante el procedimiento, las cuales estarán orientadas a facilitar la comunicación entre las partes con miras a alcanzar un acuerdo frente al conflicto planteado ante la instancia judicial.

2. La necesidad de mantener el respeto mutuo entre las partes y ante al juez o jueza durante el desarrollo de la mediación familiar, la imparcialidad y neutralidad de la figura del juez o jueza, el carácter confidencial de cada una de las reuniones y que sus actuaciones no tendrán efectos sobre la decisión definitiva ni podrán ser incorporadas como prueba en los procedimientos administrativos o judiciales, salvo las excepciones establecidas en la ley.

3. Las responsabilidades y funciones de los abogados y abogadas presentes en la mediación familiar, así como el límite y alcance de su intervención y participación.

4. La potestad que tiene el juez o jueza de sostener reuniones unilaterales con alguna de las partes, sus abogados o abogadas, a fin de tener una mejor claridad del problema debatido y la búsqueda de un acuerdo.

5. Las razones por las cuales el juez o jueza puede emitir opiniones orientadoras y pedagógicas sobre el tema debatido, a las partes y sus abogados o abogadas frente a ambas las cuales siempre estarán enfocadas en clarificar la discusión y facilitar el acuerdo.

6. Las razones por las cuales se puede suspender o dar por finalizada la fase de mediación de la audiencia preliminar, así como las sanciones que pudieran derivarse por el mantenimiento sostenido de una conducta irrespetuosa frente a la otra parte y ante el juez o jueza.¹¹⁶

¹¹⁶ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

Es decir ante el impacto que genera la interacción del Juez en la mediación debe ser explicado de manera cabal, en la primera etapa de la mediación todas las consecuencias que generan estos medios, usualmente en la práctica, el juez en la etapa de mediación hace una breve reseña de lo que se va a llevar a cabo, pero no con el detalle que LPEMPF (2010) estipula.

La fase intermedia

La misma legislación anteriormente señalada estipula que:

Artículo 42. Luego de efectuadas las actividades establecidas en el artículo anterior, el juez o jueza de mediación escuchará con atención las intervenciones de las partes a fin de delimitar el conflicto, así como los objetivos e intereses de cada una de ellas, realizando aquellas preguntas que sean necesarias para obtener mayor y mejor información. Debe asegurarse que las personas que intervienen y participan en la mediación familiar han comprendido las pretensiones de la otra parte, así como aclarar aquellos aspectos que parezcan dudosos o inexactos, con el objetivo de replantearle a las partes el problema, mostrando el área común a ambos.

El juez o jueza de mediación y sustanciación así como las partes, pueden ampliar el problema inicial planteado en la demanda, si ello es beneficioso al interés superior del niño, niña o adolescente. El juez o jueza de mediación, con base en los planteamientos hechos por las partes y escuchada la opinión del niño, niña o adolescente, puede realizar contribuciones y brindar opciones de solución que permitan la construcción de un acuerdo desde una perspectiva de mutua satisfacción de intereses. En ningún caso, podrá el juez o jueza de mediación y sustanciación imponer o presionar a las partes para que opten por una solución determinada.¹¹⁷

Al haber expuesto las partes los argumentos que generaron el conflicto, y luego de haber escuchado al niño, niña o adolescente de ser el caso, el juez debe brindar opciones para la solución del conflicto, de acuerdo a una perspectiva mutua de satisfacción de intereses buscando el bien común de

¹¹⁷ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

todos ante el conflicto familiar. Las sesiones no podrán exceder en tiempo más de una hora, y la mediación no podrá durar más de un mes, pudiéndose solo prorrogar por una sola vez la sesión hasta 45 minutos.

La terminación de la mediación

La LPEMPF (2010) ha mencionado que:

Artículo 44. La mediación puede concluir con un acuerdo total o parcial que homologará el juez o jueza de mediación y sustanciación, el cual se debe resumir en un acta y tendrá efecto de sentencia firme ejecutoriada. En caso de acuerdo total se pone fin al proceso. En caso de acuerdo parcial, se debe dejar constancia de tal hecho en un acta, especificando los asuntos en los cuales no hubo acuerdo y continuar el proceso en relación con éstos. El juez o jueza no homologará el acuerdo de mediación cuando vulnere los derechos de los niños niñas o adolescentes, trate sobre asuntos sobre los cuales no es posible la mediación o por estar referido a materias no disponibles.

La mediación también puede concluir por haber transcurrido el tiempo máximo para ella o antes, si a criterio del juez o jueza resulta imposible. En estos casos, se deberán realizar un mínimo de tres sesiones para que el juez o jueza de mediación y sustanciación pueda determinar la existencia de tal imposibilidad.¹¹⁸

La terminación, puede acarrear diversos escenarios, primeramente a través de la obtención de un acuerdo, total o parcial que será homologado adquiriendo el carácter de cosa juzgada. Debe tenerse en cuenta que el juez debe medir que se acuerda a los fines que lo convenido no cercene los derechos de los niños, niñas y adolescentes, o que se refiera a una materia no disponible, aspecto que aun siendo extraño puede presentarse con facilidad si el juez se descuida en medir lo que se conviene, la mediación también puede concluir al haber transcurrido el tiempo máximo de 30 días

¹¹⁸ Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) op.cit.

pero tendrán que celebrarse como mínimo 3 sesiones para que el juez considere esta imposibilidad.

En conclusión luego de haber estudiado lo concerniente las fases de conciliación y mediación ante los órganos administrativos, judiciales y jurisdiccionales en materia de niños, niñas y adolescentes en Venezuela, debe tomarse en cuenta que la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) presenta algunos vacíos al respecto, puede afirmarse que los procesos de mediación y conciliación en Venezuela presentan una mezcla de los diversos modelos explicados en este capítulo, no siendo de carácter puro el modo a seguir la mediación y/o conciliación, no obstante para el éxito en este tipo de fases es necesario el rol del equipo multidisciplinario, el respeto por parte del juez de mediación de la asistencia jurídica que presta el abogado particular o el defensor público y que el juez en condición de intermediario no se imponga de manera caprichosa a que la mediación pueda darse de forma espontánea, dado que en estos los protagonistas son las partes afectadas por las crisis familiares y no el juez como director del proceso, en el ámbito administrativo y judicial debe la legislación en una futura reforma delimitar el tipo de conciliación que corresponde a cada órgano y su impacto dentro del Sistema de Protección venezolano.

CONCLUSIONES

- Con la entrada en vigencia de la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) en el año 2010, el tema de los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) tomó de nuevo un nuevo matiz, que había sido en parte aclarado por la LOPNNA en el año 2007, en la oportunidad de su reforma, no obstante ante la indagatoria de esta normativa se pudo examinar la situación jurídica de los MASC, existiendo tanto en la legislación vigente diversos métodos, como la opción de incluir otros que en el Derecho Comparado están siendo de gran utilidad como es el caso del arbitraje; no obstante aun habiendo analizado el impacto de los MASC en su marco conceptual y detallando la amplia gama de medios existentes de posible aplicabilidad en el Derecho de Familia y para la protección de niños, niñas y adolescentes, es un hecho notorio que la conciliación y la mediación ocupan un rol trascendental ante el desarrollo que en Venezuela se les ha dado en la LOPNNA (2007) y en LPEMPF (2010). Sin embargo aunque la normativa orientada para tal fin vino a aclarar puntos importantes e incluyo nuevos tópicos como el rol de los Consejos Comunales y los Comités de Protección, omitió de manera directa la función de otros órganos en este caso por ejemplo: el Ministerio Publico o la Defensa Pública, tenían que manejarse ante la aplicación de la mediación y la conciliación; aspecto por el cual, existen dudas sobre si usar la analogía como medio para llenar las lagunas que la normativa aun denota, sobre todo bajo los silencios que se generaron ante la desatención de las fases de la mediación y conciliación concluyéndose que aun habiendo avances no se está en una situación ideal en materia de MASC existiendo vacios que atentan contra el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

- Luego de haber analizado las bases conceptuales que configuran los medios alternativos para la solución de conflictos en materia de niños, niñas y adolescentes es notorio que conceptos como: Conflictos, Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) así como el alcance de los mismos orientados al Derecho de Familia, conjuntamente con la finalidad y alcance que la aplicación de los MASC en Venezuela es una materia de gran amplitud, pero que para su entendimiento debe analizarse de manera detenida las nociones básicas que la constituyen, aspectos como la materia indígena inicialmente parecieran encontrarse apartadas de la aplicación de estos conceptos, no obstante ante la existencia de los niños y adolescentes como sujetos plenos de Derechos, la aplicabilidad de los MASC están a su alcance. Es interesante la evolución que normativas como la LOPNNA del año 2007, trajeron en esta temática y que viene a ser complementada por la LPEMPF del año 2010. Sin embargo hay tipologías de MASC con una total ausencia en las normativas mencionadas pero esto no implica que no puedan ser propuestas a futuro.

-Al observar los diversos medios de resolución de conflictos aplicables en el derecho de familia debe tomarse en cuenta que no solo puede recaer la opción alternativa sobre la mediación y la conciliación, otros mecanismos como los antes señalados pueden servir como vías de solución a los conflictos familiares. No obstante la difusión y la concientización ha inclinado la balanza de manera reiterada a mediar o conciliar, pero no debe obviarse la existencia de estos otros medios y su particular mecanismo de acción que también forman parte de las vías que pueden ayudar a evitar el reforzar un litigio de larga duración, donde en el caso del Derecho de Familia lejos de fortalecer vínculos tiende a debilitarlos.

-se han analizado los diferentes basamentos que le otorgan a la conciliación y a la mediación el sitio de los medios alternativos para solución de conflictos de mayor idoneidad en el Derecho de Familia. La legislación venezolana aunque ha hecho un esfuerzo de regular dicha temática aun presenta grandes inconsistencias hasta el punto de que situaciones como la violencia intrafamiliar, aun no tiene un horizonte claro en el modo de buscar obtener un acuerdo; los conflictos psicológicos de la familia, el carácter subjetivo de quienes funjan de mediadores o conciliadores aun presentan contradicciones que no permiten un manejo pleno de estos medios; pero es innegable que aun con estos aspectos la mediación y la conciliación han venido a darle al Derecho de Familia venezolana, el avance que otras legislaciones ya habían tenido en su momento. La sede jurisdiccional y la administrativa cuentan con dos excelentes instrumentos, solo es cuestión de perfeccionar su modo de aplicación buscando en todo momento el fortalecer los lazos de la familia.

- la incidencia de los órganos de protección, los consejos comunales y las partes intervinientes en la aplicabilidad de la mediación y conciliación familiar en Venezuela, se ha descubierto la amplia gama de sujetos que confluyen en ejercer estos métodos. Debe hacerse énfasis que aunque Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) de 2010, otorga algunas explicaciones sobre el desenvolvimiento de algunos sujetos se orienta mayormente en los Comités de Protección, en el ámbito Municipal, obviando mencionar el rol que órganos como el Ministerio Público, la Defensa Pública tienen en incentivar la mediación y/o conciliación de las partes, la falta de regulación sobre la participación de los niños, niñas y adolescentes al no mencionar el alcance de su participación en los medios alternativos antes mencionados crea ciertas dudas, sobre todo al señalar la legislación que los niños y niñas pueden reclamar por si mismos el incumplimiento de los acuerdos que

previamente habían sido estipulados por las partes; debe por lo tanto en una futura reforma de la normativa señalarse con mayor detalle el modo en que las partes en cada órgano debe cumplir la mediación y/o conciliación y su rol como partes del mismo.

- Luego de haber estudiado lo concerniente las fases de conciliación y mediación ante los órganos administrativos, judiciales y jurisdiccionales en materia de niños, niñas y adolescentes en Venezuela, debe tomarse en cuenta que la Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEMPF) presenta algunos vacíos al respecto, puede afirmarse que los procesos de mediación y conciliación en Venezuela presentan una mezcla de los diversos modelos explicados en este capítulo, no siendo de carácter puro el modo a seguir la mediación y/o conciliación, no obstante para el éxito en este tipo de fases es necesario el rol del equipo multidisciplinario, el respeto por parte del juez de mediación de la asistencia jurídica que presta el abogado particular o el defensor público y que el juez en condición de intermediario no se imponga de manera caprichosa a que la mediación pueda darse de forma espontánea, dado que en estos los protagonistas son las partes afectadas por las crisis familiares y no el juez como director del proceso, en el ámbito administrativo y judicial debe la legislación en una futura reforma delimitar el tipo de conciliación que corresponde a cada órgano y su impacto dentro del Sistema de Protección venezolano.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Abdelkarim, Y.: Mediación como solución alterna ante conflictos familiares en la reforma de la LOPNA. Anuario numero 32. Universidad de Carabobo. Pagina Web en Línea] disponible en: servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc32/art.5.pdf

Alles, M.: Conciliar vida profesional y personal. Ediciones Granica. Buenos Aires, Argentina 2010. p.25.

Álvarez, G., Gregorio, C., Highton E. y otros, Evaluación de la Ley de Mediación y Conciliación después del primer año de vigencia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Fundación Libra, ed. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 1998 p.18

Álvarez, O.: ¿Por qué la desjudicialización de la Justicia de Familia? en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011 [Pagina web en línea] disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/11/>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Álvarez, V. y Ortega, P.: La Mediación como Medio Idóneo en la Resolución de los Conflictos Familiares. Universidad de Chile. 2012. [Pagina web en línea] disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112676/dealvarez_v.pdf?sequence1 Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Arévalo, R.: La mediación familiar: Una solución favorable para las familias en crisis. Revista Lex Nova. 2007. Madrid, España.

Bercoff, M.: El arte de la Negociación. El Método Harvard en 10 preguntas. Ediciones Deusto. Bilbao-España.2005. p.10

Brenner, Ch.: *Elementos fundamentales de Psicoanálisis*. Artes Gráficas Bartolomé Chiesino. Buenos Aires, Argentina. 1977, p.35

Blanco, M.: Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Madrid, España. Reus, 2009, p. 143

Bouché, H. e Hidalgo, F., Mediación familiar. Tomo III, Madrid, España: Dykinson, 2010, p. 222 y ss.

Cabello, Matamala C.: ¿Arbitraje en el Derecho de Familia? Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Derecho de Familia. Lima. 2008.

Carnelutti, F.: Las miserias del proceso penal, Temis, Bogotá, 2005, p. 48

Chávez, Asencio M.: Conflictos Familiares, Su prevención y Tratamiento. Universidad del Externado de Colombia, 2002 p.35.

Código Civil de Venezuela. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

Comité de Trabajo y Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes del Consejo Comunal Simón Bolívar. [Pagina web en línea] disponible en: <http://comunidadenlineasimonbolivar.blogspot.com/2012/03/comite-de-trabajo-proteccion-social-de.html>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

Decreto 6732 de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. Publicado en la Gaceta Oficial numero 39202 de fecha 17 de junio de 2009.

De, Demestre I.: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Primera Parte (autores diversos). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen n° 4, Palestra Editores e Universita Abat Oliba CEU. Lima, 2007.

Deponti, Lascano M.: El Conflicto y sus elementos. [Pagina Web en Línea] disponible en: <http://www.cristinadeponi.com/2007/10/17/el-conflicto-y-sus-elementos/> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2013).

Díez, F. y Tapia, G.: Herramientas para trabajar en mediación, Barcelona: Paidós Mediación, 1999.

Disciplina Positiva: Cómo Educar Hijos, Gestionar Rabietas, Desobediencia y Evitar Grandes Conflictos en la Adolescencia. [Pagina Web en Línea] disponible en: <http://disciplinaenpositivo.com/2012/02/16/el-poder-de-la-negociacion-en-la-familia/>(fecha de consulta: 12 de mayo de 2013).

Dworkin, R.: Los Derechos en serio. Ariel Derecho. Barcelona España. Primera edición, Séptima Reimpresión. 2009 p.9

Escrivá, J.: Matrimonio y mediación familiar. Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra. España. 2001 p.133

Fernández, E. y Godoy, C.: El niño ante el divorcio. Editorial Pirámide, 2002 p.32

Highton, E. y Álvarez, G.: Mediación para Resolver Conflictos. Serie Resolución Alternativa de Disputas, N° 1, 2da. Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 1996. p. 123.

Hoet-Linares, F.: La Mediación Administración y Negociación de Justicia Alterna. Primera Edición. Legis. 2005.

Hung, Vaillant F.: Reflexiones sobre el Arbitraje en el sistema venezolano. Editorial Jurídica venezolana. Caracas 2001. p.49

Kahn, S.: De nuevo soltera. Editorial Grijalbo. 1991. Madrid, España. p.35

Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.430 de 7 de abril de 1998.

La Mediación: Una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis De La Mediación Educativa. Universidad de Salamanca. Estudios Interdisciplinarios de Género. [Pagina web en línea] disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80254/1/TFM_EstudiosInterdisciplinarios_Genero_HerreraSanchez_B.pdf. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Ley Orgánica de Justicia de Paz publicada en la *Gaceta Oficial* No. 4.817 Extraordinario del 21 de diciembre de 1994.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal *Gaceta Oficial* N° 39.913 del 2 de mayo de 2012

Ley Orgánica del Ministerio Público Gaceta Oficial numero 38647 de fecha 19 de marzo de 2007.

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela no. 38344 de fecha 27 de Diciembre de 2005.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Publicada en la Gaceta Oficial N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre del año. 1998.

Ley Orgánica para la Protección del niño, niña y adolescente. G.O. (5.859 Extraordinaria) 10/12/2007.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 Extraordinario del 13 de agosto de 2002

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Gaceta Oficial N° 38.668 del 20 de abril de 2007

Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de niños, niñas y adolescentes (LPEFM). Publicada en Gaceta Oficial N° 39.320 del 3 de diciembre de 2009

Machancoses, A.: La Mediación Familiar. Equipo de Atención Psicológica y Social EDAPS. [Pagina web en línea] disponible en: http://www.mediacionfamiliar.eu/paginas/mediacion_familiar.htm. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Marlow, L.: Mediación Familiar. Editorial Granica, 1999. Buenos Aires, Argentina p.10

Morales, G. y San Juan, M.: Familia Intervenciones protectoras y mediación familiar. Vadell Hermanos Editores. 2005, p.180-187

Perdomo, J.: los alcances de la Ley sobre Conciliación y Mediación Familiar en los Procedimientos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 8vo. Foro: Derecho de la Infancia y Adolescencia. Tribunal Supremo de Justicia. 2011.

Pérez Serrano G. y Pérez de Guzmán M.: Aprender A convivir: El Conflicto como oportunidad de crecimiento. Madrid. Editorial Narcea. 2011. p.20

Plá, A.: Los principios del derecho del trabajo, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 14

Reglamento Interno Nacional de Honorarios Mínimos de Abogados publicado en Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.361 del 04 de febrero de 2010.

Resolución Defensorías Educativas N° 447 del 06-11-01 emanada del Ministerio de Educación y Deportes Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 37.324.

Romero, A.: Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar, Colección Scientia Jurídica-Reus, Madrid, España. 2010, p. 32.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia numero 1917. Expediente numero 2865 de fecha 14 de julio de 2003. Caso: José Fernando Coromoto Angulo Y Rosalba María Salcedo de Angulo. [Pagina

web en línea] disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1917-140703-02-2865.htm>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2013.

Soria, M.: La mediación familiar. Editorial Bosch. Madrid, España. 2008 p.20