

Mediación Intrajudicial en la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas y Adolescentes en Venezuela

Court-Connected Family Mediation in the Organic Law For the Protection of Children and Adolescents in Venezuela

Irma Isabel Lovera de Sola*

La Constitución venezolana aprobada por referéndum popular el 15 de diciembre de 1999, dio un vuelco total a la concepción de lo que es la administración de justicia. Hasta 1998 la administración de justicia había sido un monopolio del Estado que solo excepcionalmente y mediante procedimientos engorrosos y formalistas podía pasar a manos de los particulares, y como ejemplo tenemos el entonces inusual procedimiento de arbitraje previsto en el Código de Procedimiento Civil, lleno de incidencias, intervenciones del Poder Judicial y recursos judiciales contra sus laudos.

Se ha invertido esa facultad de administrar justicia, que estuvo en cabeza de pocos personajes investidos de autoridad por el Estado, ahora la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera que la administración de justicia está primaria y originariamente en manos del pueblo y así lo señala su Artículo 253:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos”.

Así queda desmentida la aseveración usual de que los medios alternativos de resolución de conflictos están en nuestro Sistema de Justicia porque son mencionados y promovidos por el artículo 258 de la Constitución, no, esos medios alternativos han adquirido validez y vigencia en nuestro país porque la Constitución puso en manos del pueblo, en cabeza de los ciudadanos, de cada uno de ellos, la administración de Justicia que por delegación ejerce el Estado a través de su organización denominada Sistema de Justicia, que incluye al propio Poder Judicial, a la Justicia de Paz y a los medios alternativos, a los auxiliares de Justicia y entre ellos los abogados, los expertos, los asesores en diversas especialidades, contadores, auditores y en fin todos esos actores que son llamados a colaborar con la Justicia, que no solamente son los tribunales.

* Abogada, Mediadora y Arbitra. Profesora Asistente de la Universidad. Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Correo: irmalovera@gmail.com.

La administración de Justicia es de los ciudadanos, nosotros mismos entre nosotros nos administramos Justicia, mediante la negociación, la conciliación, la mediación, el arbitraje, la Justicia de Paz, y eventualmente, si queremos, si lo decidimos, digámoslo claramente, si nos da la gana, acudimos al Poder Judicial para que resuelva lo que no hemos podido hacer por otros medios que están en nuestras manos y bajo nuestro total control y de los que somos protagonistas.

Podemos ir aún más lejos, somos nosotros los ciudadanos quienes conferimos JURISDICCIÓN (el poder de decir el Derecho), al Poder Judicial, los jueces no la tienen per se, se las damos nosotros al acudir a ellos, incluso en los asuntos que hemos llamado de Orden Público, ya que quienes tenemos el poder originario para establecer qué es y que no de Orden Público, somos nosotros los ciudadanos y en virtud de ese poder, decidimos qué asuntos están dentro del ámbito de la potestad decisora de los jueces y cuáles son parte de nuestro territorio jurisdiccional y los podemos dilucidar nosotros mismos con el auxilio de uno cualquiera de esos medios alternativos que la Constitución ahora menciona y hasta señala la obligación de promover.

El art. 253 crea el Sistema de Justicia y el 258 obliga al Poder Legislativo tanto nacional como municipal, y también a la Administración Pública en función normativa, a promover medios alternativos de resolución de conflictos, y menciona en su primera parte a la Justicia de Paz y en su único aparte, específicamente al arbitraje, la mediación, la conciliación y cualquiera otros; así pues queda claramente determinado que estos no son los únicos sino que se puede ser todo lo creativo que sea posible e implementar y promover otros medios, como de hecho así ha sido al crearse, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo concebida como puente entre la población y la administración, para que coadyuve, e incluso represente a los ciudadanos en el resguardo de sus derechos humanos consagrados, implícita o explícitamente, en la Constitución.

Podemos considerar que el aparte único del artículo 258 da plataforma jurídica a la Mediación Familiar, intra y extrajudicial.

Además de que el pueblo es el dueño de la Justicia, como lo predica la Constitución, también se ha optado por recurrir a medios no estatales que garanticen el acceso a soluciones confiables, realistas y eficaces desde los conflictos entre las grandes empresas hasta las pequeñas molestias que se suscitan en el ambiente comunitario, y las crisis familiares, debido a la ineficacia demostrada por el Poder Judicial para atender las legítimas demandas de los ciudadanos y por las inadecuadas e insatisfactorias soluciones adjudicativas que otorga el Poder Judicial.

En particular en el ámbito familiar, se ha reconocido que los tribunales no resuelven los conflictos, además de retardar las decisiones al punto que cuando son dictadas ya no sirven, la realidad a la que se pretenden aplicar ha cambiado, bien porque la problemática familiar evoluciona cada día y la solución es para una situación estática que probablemente para el momento en que se dicta la sentencia ya no existe, sino también porque aunque fueran oportunas, su ejecución genera nuevos problemas que dejan siempre insatisfechos a los destinatarios.

Por otra parte se han podido observar los beneficios que genera la Mediación Familiar, su adecuación a las situaciones complejas, difíciles y delicadas en las familias, y se ha optado por traerla al procedimiento judicial para que irradie a ese rígi-

do y obsoleto procedimiento, sus beneficios de flexibilidad, escucha, participación, confidencialidad, equilibrio, creatividad y realismo en las soluciones que permiten que se superen los nudos de las frágiles y a la vez fuertes relaciones familiares, y se mantengan los lazos, los vínculos, los afectos.

LA MEDIACIÓN EN LA LOPNNA¹

La LOPNNA contempla al menos dos medios alternos de resolución de conflictos, la CONCILIACIÓN y LA MEDIACIÓN. En el espacio administrativo instaura la CONCILIACIÓN y por ello es conveniente señalar en este punto inicial, el concepto general de lo que es una **conciliación** en su sentido tradicional y amplio, que diferenciaré más adelante del concepto de mediación:

Es el llamado de un tercero, generalmente con autoridad, ascendiente o poder sobre las partes, a que armonicen sus intereses en la búsqueda de un acuerdo.

Es conveniente señalar que aunque en nuestra lengua conciliar es una palabra polivalente o multisignificante, ya que no solamente designa a ese medio alternativo que es la conciliación y que quedó definido anteriormente, sino que también es la acción misma de conciliar intereses, gustos, necesidades y opiniones, lo cual permite su utilización de la palabra en el ámbito de la mediación, que tiene por objetivo deseable el acuerdo, que visto de manera sencilla es la conciliación de posiciones e intereses de las partes realizado por ellas mismas y no por el tercero que de forma imparcial, solamente los ayuda en la comunicación de sus inquietudes.

En mi opinión, tanto normas de la LOPNNA que mencionan la conciliación como las que indican a la mediación como forma de armonización de divergencias entre partes, *pueden ser interpretadas de manera flexible y puede ser instaurado un proceso de mediación aunque la ley lo denomine conciliación*. No hay regulación que lo prohíba y por el contrario la ley favorece este tipo de medio de solventar diferencias tanto en los niveles administrativos como en los judiciales.

La LOPNNA contiene múltiples normas que tratan en forma explícita o implícita sobre la mediación, una de las primeras que observamos al leer su articulado es la prevista en el 308, que aunque se refiere al procedimiento conciliatorio ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, desde nuestra perspectiva, si bien se puede instaurar un proceso conciliatorio, nada obsta para que ese proceso sea de mediación, ya que previamente debe verificarse que la materia sobre la cual versará es disponible, conciliable, transable y por tanto mediable, y el resto de las previsiones legales de protección, también permiten suponer que un procedimiento de mediación será bienvenido porque se podrá instaurar con o sin los abogados, con participación protagónica de los interesados, y los niños deberán ser oídos.

¹ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Gaceta Oficial 10 de diciembre de 2007, N° 5.859 extraordinario).

Así pues, aunque no se denomina a ese proceso como mediación, sino conciliación en este punto de la legislación de protección, y estos dos institutos, la conciliación y la mediación son diferentes, bien puede realizarse una mediación, lo cual dependerá de que quien conduzca el proceso sepa hacerlo, tenga las herramientas adecuadas y la capacitación como mediador para que el mismo sea fiel a su naturaleza e incluso sea exitoso.

Podríamos dudar de esta afirmación en el sentido de cuán legítimo sería que un integrante de una Defensoría, intentara realizar una mediación en vez de una conciliación. Mi respuesta es que en los asuntos que se plantean ante las Defensorías están dadas todas las condiciones para instaurar un proceso de mediación, ya que por un lado la Defensoría no es un organismo de carácter receptor de denuncias ni tiene atribuciones para imponer sanciones, sino que es un ente administrativo de carácter orientador y protector, tal como se evidencia de los artículos 201 y siguientes que fijan sus elementos, atribuciones y características, y por otra parte es justamente un Defensor (no una autoridad con carácter coercitivo) quien es el llamado a mediar.

LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL DE LA LOPNNA

Se ha establecido la mediación como un instrumento de solución de un conflicto que ha sido planteado para su decisión judicial.

El legislador decidió introducir una variante, una “desviación” del clásico proceso judicial para darle cabida a un mecanismo típicamente no judicial de solución de controversias.

Para que el Juez tenga jurisdicción (no competencia, jurisdicción), es decir, la facultad de tomar decisiones con peso ejecutivo y valor de cosa juzgada, es necesario que previamente sucedan dos cosas:

1º) **Que fracasen los mecanismos normales** con que cuenta toda familia para resolver sus conflictos. Esto presupone que todo grupo familiar tiene una forma, un estilo, unos mecanismos que le permiten solventar las diferencias de opinión que normalmente surgen en su seno y que por algún motivo dejan de funcionar, puede ser por la ruptura de la relación de pareja, por la separación de hecho, por haber sucedido algo tan grave que ha roto la comunicación entre los miembros de esa familia, por una crisis emocional profunda, por un descalabro económico, por un vicio de alguno de los integrantes de la familia (alcoholismo, drogadicción, tabaquismo, ludopatía, etc.). Es decir un presupuesto fáctico para que un miembro de la familia acuda al Juez es que no estén operando normalmente las fórmulas familiares usuales de solventar las diferencias.

El segundo presupuesto es:

2º) **Que se intenten otros mecanismos no judiciales de arreglo** de las diferencias, como consultar a otros miembros de la familia extendida con cierta autoridad o ascendiente que pudieran fungir de conciliadores o a un mediador, que en el presen-

te en Venezuela, que aún la mediación familiar no se ha difundido como un manto de nueva cultura para la paz familiar, no sucedería, pero sí consultarían un abogado, que podría actuar como conciliador o por el contrario atizar la llama del conflicto pensando en su beneficio profesional y económico y que tampoco estas vías tengan éxito.

Aún después de estos dos intentos, el primero, solucionar el asunto con los mecanismos familiares habituales que a veces se utilizan sin siquiera tener plena conciencia de que son vías de solución válidas y habituales, y luego, la consulta a otros personajes de la propia familia o externos, pero cercanos, si aún persiste el deseo de encontrar solución, es entonces, sucedidos estos dos eventos, es decir que fracasen los mecanismos intrafamiliares de solución y también los extrafamiliares (familia extendida y otros personajes relacionados con esa familia), cuando los integrantes de la familia convertidos en partes de un litigio acuden a un juez e interponen una demanda que enciende el camino del proceso judicial y con él confiere jurisdicción al juez.

Qué significa en resumen esta afirmación, que considero que los jueces de familia y de protección no tienen capacidad de intervención en los conflictos familiares hasta tanto alguno de los miembros de la familia le plantea el problema y le confiere la facultad de intervenir y en consecuencia de tomar decisión.

En otras palabras, el juez de familia o de protección es incompetente hasta tanto la familia le plantea el conflicto y le pide que tome una decisión.

La obvia excepción a esta incompetencia del Poder Judicial para intervenir *motu proprio* se produce cuando se incumple la protección debida o se vulneran derechos de niños, niñas y adolescentes, pero esto no es lo más frecuente, lo más frecuente es que surjan desencuentros de diversa índole dentro de la familia y que la propia familia por la inercia que traen de años resolviendo sus propios asuntos, traten de resolverlos, y cuando no lo logran recurran a terceros cercanos y solo en situaciones extremas, acudan al Juez y le confieran capacidad de decisión.

Avalo mis afirmaciones con varias citas textuales de algunos artículos de la LOPNNA:

Artículo 349 Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad. La Patria Potestad sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos e hijas, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 177 de esta Ley.

Artículo 351 Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio. En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el juez o jueza debe dictar las medidas provisionales, en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención

que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. **En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes.**

Artículo 360 Medidas sobre Responsabilidad de Crianza en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas. En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio o si el padre o la madre tienen residencias separadas, estos decidirán de común acuerdo quien ejercerá la Custodia de sus hijos o hijas, oyendo previamente su opinión. **De no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la Custodia, el juez o jueza determinará a cuál de ellos corresponde.**

Artículo 372 Prorrateso del monto de la obligación El monto de la Obligación de Manutención puede ser prorrateado entre quienes deben cumplirla, cuando estos se encuentran materialmente impedidos de hacerlo en forma singular. En este caso, los **obligados y obligadas pueden acordar el prorrateso mediante conciliación**, que debe hacerse del conocimiento del juez o jueza, al cual corresponde homologarla. De no existir acuerdo en cuanto al prorrateso, corresponde al juez o jueza establecer la proporción en que debe contribuir cada obligado u obligada.

Artículo 375 Convenimiento El monto a pagar por concepto de la Obligación de Manutención, así como la forma y oportunidad de pago pueden ser convenidos entre el obligado u obligada y el solicitante o la solicitante.

Artículo 387 Fijación del Régimen de Convivencia Familiar El Régimen de Convivencia Familiar debe ser convenido de mutuo acuerdo entre el padre y la madre, oyendo al hijo o hija. **De no lograrse dicho acuerdo** cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescentes podrá solicitar al juez o jueza que fije el Régimen de Convivencia Familiar, quien decidirá atendiendo al interés superior de los hijos e hijas.

Artículo 393 Intervención judicial En caso que la persona o personas a quienes corresponda otorgar el consentimiento para viajar **se negare a darlo o hubiere desacuerdo para su otorgamiento**, el padre o madre que autorice el viaje, o el hijo o hija si es adolescente, **puede acudir ante el juez o jueza** y exponerle la situación, a fin de que este decida lo que convenga a su interés superior.

Todas estas normas transcritas presuponen la existencia de mecanismos familiares para resolver desavenencias y presumen que solo en las ocasiones en que esos recursos no funcionan, la familia acudirá al Juez. Justamente en el momento de la constatación de la inoperancia del mecanismo intrafamiliar de solución y antes de activar el recurso judicial, puede la mediación familiar socorrer a ese grupo familiar y brindarle sus beneficios, con la venia implícita o explícita de la ley, como hemos reseñado en las normas mencionadas.

¿Que hizo el legislador ante una realidad como esta?

Intentó emular los mecanismos normales a los que recurre una familia para solventar sus diferencias, es decir, designó a un **Juez Mediador y Sustanciador**.

Para salvar el escollo de la objeción siempre presente de que el Juez no debe ser a la vez quien media y quien juzga, el legislador nacional crea la duplicidad de

los jueces, y divide las funciones judiciales en dos etapas, una preliminar con un Juez que no juzga, solamente tiene como atribución mediar y tramitar, y otro Juez que sí juzga, es quien sentencia, y así está contemplado en el Artículo 175 con la denominación de **Jueces de Mediación y sustanciación**.

Aunque es indispensable señalar que por imperativo del Artículo 450 de la LOPNNA, los medios alternativos de resolución de conflictos deben ser aplicados y promovidos "*a lo largo del proceso*" judicial y por lo tanto la mediación intrajudicial no es exclusividad del Juez de Mediación y Sustanciación sino de los dos jueces encargados de tramitar el procedimiento judicial en toda su extensión, sin embargo, el señalamiento legal de una oportunidad específica para dar inicio al procedimiento de mediación permite afirmar que es ese Juez de Mediación y Sustanciación que da admisión a la demanda judicial, el encargado de evaluar la conveniencia y legalidad de la mediación y aplicarla como primera opción de solución del conflicto familiar.

Ahora bien, el proceso judicial uniforme de la LOPNNA que está contemplado fundamentalmente para solicitudes de Régimen de Convivencia Familiar, Responsabilidad de Crianza, Contacto directo o convivencia familiar y Obligación de Manutención, contempla **tres etapas** claramente diferenciadas que son:

Audiencia preliminar, a su vez dividida en

Etapa de Mediación

Etapa de Sustanciación (incluye saneamiento del proceso)

Audiencia de juicio, que consiste en la

Exposición de las partes y

Evacuación de las pruebas.

Etapas de sentencia.

Este esquema de procedimiento judicial tiene su origen en el Código Procesal Civil Uniforme para Iberoamérica, que a su vez ha servido de base al también reciente procedimiento laboral venezolano.

La **Audiencia preliminar en su etapa inicial** que justamente se produce una vez notificada la parte demandada y fijada la primera comparecencia personal de las partes es la que nos atañe para nuestro estudio de la mediación intrajudicial.

FASES DE MEDIACIÓN

Art. 458 y el 467, establecen que una vez notificada la parte demandada, debe iniciarse la fase de mediación.

Este período del proceso es **privado** y con la **presencia personal obligatoria** de las partes, en particular en lo atinente a:

- Responsabilidad de crianza
- Obligación de manutención y
- Régimen de Convivencia Familiar

tán seguros de estar dispuestos a cumplirlo, porque no están convencidos de que salió de su libre iniciativa; en estos casos se suscriben acuerdos, pero no son de calidad, es decir, al no ser legítimamente surgidos de la voluntad de las partes, será fácil que lo incumplan, porque no se sienten comprometidos, lo cual no sucede cuando quien suscribe un acuerdo lo percibe como propio, como surgido de sus verdaderas necesidades y sentimientos.

4. Equidistancia funcional. Cuando comenzó a conocerse la Mediación, se hablaba de la neutralidad e imparcialidad del Mediador, pero estos conceptos son abstractos y pretendidamente previos al inicio del proceso de Mediación, lo cual los hace impracticables. Se pretendía que el Mediador fuera neutro ante cualquier prejuicio, opinión o sentimiento. En realidad es al Juez a quien corresponde ser imparcial, y no al Mediador. Tampoco esto quiere decir que el Mediador sea parcial o favorezca la posición de alguno de los intervinientes, sino que no se refleja en el concepto de imparcialidad su verdadero papel. En este particular es de rigor señalar que el Mediador no es transparente, el Mediador no carece de opiniones, sentimientos y emociones, es decir, no es un *extraterrestre* que se presenta como el personaje mágico que soluciona todos los problemas, no, el Mediador es una persona normal, profesionalmente formada y por tanto con ciertas herramientas que le permiten desempeñar su papel, pero no es neutro, sino que mantiene una distancia necesaria y suficiente del conflicto mismo y de cada uno de los intervinientes, para poder hacer su labor que involucra el ganar la confianza de los participantes en el sentido de que no favorecerá a ninguno de ellos en el proceso ni inclinará las posibles soluciones para beneficiar a uno de los mediados, así como tampoco permitirá el desequilibrio en el proceso mismo, en beneficio de ninguno de ellos. La equidistancia es un equilibrio que se construye en el proceso mismo de la Mediación y que el Mediador, con los instrumentos aprendidos en su formación profesional y en la práctica, va delicadamente edificando en beneficio del proceso mismo y de los mediados, y también de la posibilidad de un acuerdo sano y legítimo entre los mediados.
5. Sin sujeción a autoridad alguna. El Mediador no debe estar sujeto a ninguna autoridad diferente de su propia conciencia, a ninguna normativa gremial o institucional, diversa de la ley misma y el interés superior del niño en caso que hubiera algún menor involucrado en el conflicto que se intenta resolver. Ni siquiera el Juez de la causa que le haya remitido el caso puede condicionar la actuación del Mediador. El Mediador ha de ser y sentirse libre en el desempeño de su tarea, sin más atadura que su profesionalismo y su ética.
6. Apropiarse activamente del conflicto. El Mediador debe transitar el sendero del reforzamiento del protagonismo de las partes, es decir, que ellos se conviertan en los actores de la solución a su crisis. El Mediador debe ayudar a los mediados a percibir que la solución de su crisis o conflicto, se encuentra en sus propias manos y solamente en sus manos, es decir, ellos deben "*apropiarse del conflicto*" para poder resolverlo, sentirse los actores, y no entregar su causa a un tercero (que podría ser el Juez, el psicólogo o el Mediador) para que le den la solución. Entre los Mediadores argentinos se utiliza la expresión inglesa

"empowerment", es decir, tomar el poder, agarrar las riendas de su propio problema, sentirse capaces de hacerlo, y formular aportes para resolverlo. Al Mediador no le corresponde dar soluciones, sugerir salidas a la crisis, le incumbe guiar a los mediados para que ellos mismos encuentren su acuerdo a la medida de su muy particular realidad.

7. Soluciones que regulen o resuelvan. Esta expresión llama la atención porque todos en nuestras vidas deseamos soluciones, pero sabemos que eso no siempre es posible, ya que hay situaciones tan conflictivas, tan cambiantes, que no permiten fórmulas definitivas, sino unas normas de convivencia o de regulación del conflicto, que al bajar la tensión, quizás en un futuro permitan arribar a soluciones. El Mediador ayuda a las partes a encontrar su propia solución, si ella es posible, si no, se conformará con facilitar la comunicación entre las partes para llegar a acuerdos provisionales, a *"tareas de prueba"*, que podrían transformarse en soluciones o podrían abonar el camino a solventar la divergencia, transcurrido algún tiempo, pero mientras eso sucede, con algunas pautas de regulación de la conducta de los mediados se podrán afrontar con mayor posibilidad de éxito futuro, el diseño de soluciones y si esto no es posible, también la regulación de un conflicto es un avance positivo que aporta una forma de encarar la crisis y da pautas de comportamiento útiles y practicables, refresca el complicado camino a la concordia familiar.
8. Satisfactoriamente para ambas partes. Las soluciones o regulaciones del conflicto, deben ser lo más cercanas a lo satisfactorio para ambas partes, aunque ambas deben estar conscientes de que ellas mismas deben *"fabricar"* sus soluciones y que ambas deberán ceder si sus aspiraciones iniciales eran muy exigentes o reflejaban posiciones muy extremas. Deben llegar a un acuerdo practicable, sensato, realista, para esa familia en particular, para ese conflicto diferente al de cualquiera otra persona y familia.

La mediación tiene dos características que la diferencian sustancialmente de otras formas alternativas de resolución de conflictos y son: que está siempre **orientada hacia el futuro**, no intenta reparar el pasado, sino se centra en lo que vendrá, en la manera de regular las relaciones futuras entre los miembros de una familia, y que también en que intenta que los acuerdos se fundamenten en **soluciones prácticas, realistas**, a la medida *"pret a porter"* de la familia de la cual se trata, sin esquemas, prejuicios e ideas preconcebidas de que lo usual es tal o cual solución o que los padres deben hacer, decir o frecuentar a sus hijos con tal o cual regularidad, sino plantarse en la realidad específica y las condiciones de esa familia en particular y conseguir que sobre esa realidad se construyan logros realistas y practicables para ellos, aunque no funcionarían para otras familias.

OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

El nuevo procedimiento judicial uniforme diseñado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela, contempla la obligato-

riedad de la asistencia personal de las partes a las sesiones de mediación que debe realizar el juez al inicio del mismo. Esa exigencia de asistencia y las consecuencias de la inasistencia están contempladas en el artículo 472 de dicha ley que citamos a continuación:

*Artículo 472. No comparencia a la mediación de la audiencia preliminar Si la parte **demandante no comparece** personalmente o mediante apoderado o apoderada sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar se considera desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta y debe publicarse en el mismo día. Este desistimiento extingue la instancia, pero la parte demandante no podrá volver a presentar su demanda antes que transcurra un mes. Si la parte **demandada no comparece** sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar, se presumen como ciertos hasta prueba en contrario, los hechos alegados por la parte demandante, excepto en aquellas materias en las cuales no procede la confesión ficta por su naturaleza o por previsión de la Ley, dándose por concluida la fase de mediación de la audiencia preliminar, dejando constancia de ello en un acta.*

Uno de los principios inspiradores de la mediación es la voluntariedad, y ese principio entra en frontal contradicción con el Artículo 472 de la LOPNNA que establece severas penalidades a la inasistencia de las sesiones de mediación. No es posible conciliar la voluntariedad con la sanción a la inasistencia a las sesiones de mediación judicial.

Sin embargo, en la República Argentina, que es el país de América Latina con mayor experiencia acumulada en mediación y en especial en la familiar, le han dado una solución salomónica, que consiste en exigir a demandante y demandado asistir tan solo a la primera sesión de mediación. Como ya sabemos en esta primera oportunidad el mediador ilustra a las partes sobre la mediación, sus características, ventajas, posibilidades y potencialidades y pregunta a esas personas si realmente están dispuestas a participar del proceso de mediación e intentar transitarlo de buena voluntad, cooperativamente y eventualmente arribar a un acuerdo, y en ese momento termina la asistencia obligatoria, ya que las partes están en libertad de continuar o no, sin que se produzca ninguna consecuencia negativa para ellas y ninguna sanción. Este sistema se ha denominado "*de la primera audiencia*".

Podría pensarse que en Venezuela funcionaría de esta manera también, ya que la LOPNNA no especifica si las sanciones a la inasistencia de las partes se producen si dejan de asistir a la primera o a ulteriores sesiones con el juez de mediación, así que dependerá de la futura interpretación que los jueces, y posteriormente la jurisprudencia, den a este dispositivo legal, cuál será la aplicación práctica que se le dé, y de mi parte propicio la interpretación semejante a la que se le ha dado en Argentina, aunque allá la ley sí prevé explícitamente que las partes están obligadas a asistir solamente al primer encuentro, y allí, en el marco de ese inicio de la mediación tienen la libertad de decidir si continúan o no, libres de toda presión.

Pienso que si bien es cierto que una fórmula para dar a conocer la mediación es la obligatoriedad inicial de la asistencia de las partes a la apertura del proceso, ocasión en la cual el Juez tiene oportunidad de ilustrarlas sobre su concepto, proceso, conveniencia y ventajas, también es cierto que no debe perder su esencia voluntaria, lo cual se conseguiría dejando a las partes el libertad, sin presión ni sanción alguna, de elegir si realmente quieren participar o no y que así puedan manifestárselo al Juez, sin que este pueda acudir a la aplicación de sanciones para conseguir sucesivas comparecencias.

La mediación bajo presión queda desnaturalizada, ya que es crucial que los participantes se sientan libres de presión para que avancen confiadamente en la consecución de un acuerdo mutuamente provechoso que les permita mantener espontáneas relaciones familiares.

LOS NIÑOS Y LA MEDIACIÓN

El segundo aparte del Artículo 469 de la LOPNNA, dice textualmente:

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

Si bien es cierto que el niño es el sujeto, es la estrella alrededor de la cual gira todo el universo del Derecho de Niños y Adolescentes, también es cierto que una afirmación tan terminante y absoluta no es la más adecuada para todas las circunstancias que pueden presentarse en un proceso judicial en que deba tenerse en cuenta la opinión del niño.

Primero creo que hay que tener en cuenta para la toma de una decisión judicial adecuada, no es solamente la opinión del niño sobre el conflicto planteado al Juez, sino su estado anímico, sus sentimientos, sus afectos, sus miedos, el pequeño mundo que lo rodea y al cual se siente unido y forma parte de su ser, sus padres, hermanos, amigos, maestros, abuelos, primos, vecinos, cuidadores, y demás elementos que conforman su entorno particular. Y sobre todos esos asuntos debe versar la conversación entre el Juez y el niño, niña o adolescente.

Por otra parte, también es necesario considerar si es verdaderamente conveniente a la emotividad, la seguridad psicológica, la estabilidad de ese niño, que sea expuesto a una entrevista con una persona desconocida, que además tiene un definido rol de Juez y que el niño sabe que puede ser quien lo aparte de su mundo conocido, lo arranque de su escuela, sus amigos y parientes o cuidadores, con quienes él se siente a gusto o al menos es su mundo conocido donde no tiene amenazas e inseguridades ni zozobras, o donde podría sentirse maltratado pero siente afecto por quienes lo maltratan porque piensa que lo hacen por una razón que él no entiende pero existe.

Es mi opinión que no siempre es conveniente y adecuado llamar al niño para que se entreviste con el Juez, que esta situación debe evaluarse antes de exponer al

niño a situaciones en las cuales no sabe manejarse y le provocan gran ansiedad. Si la decisión del juez es contraria a sus deseos o a los de uno de sus padres, se sentirá culpable por haber dicho algo o por haber dejado de decirlo, y la tormenta familiar continuará para él.

Aclaro, no pienso que no deba llamarse al niño en ningún caso, y tampoco que deba llamárselo en todos los casos, sino que cada situación debe ser previamente evaluada de tal forma que el llamado al niño siempre traiga mayores beneficios que perjuicios para su estabilidad emocional.

VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Estas ventajas van desde las más evidentes, como

- la **disminución de casos** que deban ser decididos por los Jueces, puesto que aunque lleguen a los tribunales de protección, serán las partes en mediación las que resolverán su propio problema. También **ahorro de tiempo y de dinero**, para todos, jueces, partes y el Estado, hasta la excelencia de haber encontrado un método de resolución de conflictos familiares en el cual al final, si se ha llegado o no a un acuerdo, en todo caso no hay ganadores ni perdedores, puesto que
- **no es confrontacional**, no arroja un saldo de caídos y triunfadores.

Además de estas ventajas iniciales que se perciben casi de inmediato al hablar de la mediación, hay otras:

- Mantiene y a veces mejora las relaciones entre las partes, al tener que hablar, dialogar sobre su conflicto, eso permite restablecer relaciones rotas o mejorar las que han estado deterioradas.
- Baja los niveles de angustia de las partes al darles una esperanza de poder encontrar una solución por un mecanismo inesperado, novedoso y que los pone al mando de la búsqueda y el encuentro del acuerdo.
- Aumenta la creatividad en las soluciones al permitir que inventen los medios, los mecanismos, la instrumentación apropiada para ellos y no soluciones estereotipadas, estándar, para todos iguales, extrañas a su realidad particular.
- Mayor protagonismo de las partes, porque son ellas mismas quienes llevan las riendas del proceso y de la eventual solución, se "apoderan", se hace cargo de su conflicto y del desenlace positivo que pueda tener.
- Acuerdos duraderos, debido a que las partes mismas los han diseñado a su medida, y muy probablemente ellos se ocuparán de cumplirlos y de que duren en el tiempo o evolucionen y se adapten a las nuevas realidades de esa familia.
- Es pedagógica en varios sentidos: por una parte muestra a los participantes que ellos sí son capaces de resolver sus conflictos aun cuando pensaban que ya no podrían hacerlo, por otra parte ante un nuevo desencuentro futuro, antes de acudir a la vía judicial, intentarán dialogar y conseguir la terminación de la discordia, y aún más, muestra al resto de la familia que sus protagonistas

podieron solventar un asunto muy complejo que parecía no tener solución y pensarán que otros miembros de esa misma y otras familiar cercanas también podrán hacerlo.

Muchas utilidades, ganancias y mejoras en la calidad de vida de las familias se logran con la mediación familiar y estas son solo algunas de ellas.

OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL EN LA LEY VENEZOLANA

A pesar del esfuerzo de creatividad del legislador, en el sentido de intentar desarrollar un clima favorable a la mediación intrajudicial con la división de roles entre dos jueces, uno de mediación y sustanciación, un juez que no decide, que no sentencia, que no juzga, y otro de juicio, que sería quien gestiona la parte propiamente litigiosa del proceso y será quien dicta la sentencia, sin embargo muchos factores conspiran contra la mediación judicial y de esos elementos, mencionaré los más relevantes:

- a) El papel social que juega la imagen de un juez que, a pesar de llamarse de mediación y sustanciación, está investido de una autoridad que no favorece su papel como intermediario, facilitador de la comunicación, escucha de las partes, de sus problemas y sentimientos. Difícilmente el juez puede deshacerse de ese rol que social y legalmente le ha correspondido, que es el de adjudicar la razón o quitarla, la de dar o privar de libertad, la de condenar o absolver. Así pues mal puede el juez ser la figura accesible y comprensiva que se espera del mediador y facilitar una mediación.
- b) Otro factor que empaña la labor mediadora del juez es su capacidad, muchas veces ya ejercida al momento del llamado a mediación, de decretar medidas preventivas sobre los bienes y las personas de la familia, por ejemplo: embargo de salario para cumplir con una obligación de manutención, decreto de visitas supervisadas, etc. Esa capacidad coercitiva del juez, muchas veces ya aplicada para ese momento en que debería prevalecer la armonía y la imparcialidad, condiciona las actitudes de las partes al momento de dar inicio a la mediación. El Juez no puede desprenderse de su autoridad, porque parecería una farsa frente a quienes esperan de él una actitud decisiva en el conflicto que se encuentra en sus manos y por otra parte tampoco debe dejar de dictar una medida de protección cuando en conciencia cree que debe hacerlo. Es muy difícil que logre ganarse la confianza de ambas partes, quien como Juez ya ha dictado una medida preventiva que es interpretada por una de las partes como que es a su favor y por la otra en su contra. Esto contradice uno de los principios inspiradores de la mediación que es la imparcialidad y también la falta de autoridad coercitiva del mediador sobre las partes.

- c) Otro punto más en contra del rol de Juez como mediador es el cúmulo de trabajo administrativo y propiamente judicial que lo agobia y que no permite dedicarle a las mediaciones el tiempo, paciencia, persistencia y tenacidad que son requeridas por tan delicado proceso. El Juez corre el riesgo de convertir la mediación de un espacio de comprensión y escucha, en un sitio de presión y urgencia en el logro de una solución que es más para su estadística que para la verdadera superación de un conflicto familiar.
- c) También el plazo que fija la ley para desarrollar todo el proceso de mediación es de tan solo treinta días, que a primera vista pareciera un tiempo razonable, pero a quienes conocemos el funcionamiento de los tribunales, las múltiples labores que se exigen del juez y el cúmulo de casos que está obligado a atender, podemos decir que es un plazo corto, que si bien no es sano alargar indefinidamente estos procesos, tampoco es conveniente fijarles rígidamente un término de expiración. Pensemos en lo que sucede en la realidad diaria de nuestros tribunales de protección comúnmente llamados tribunales de la LOPNNA, donde se fija una hora determinada para la comparecencia personal de las partes con o sin sus abogados ante el Juez en audiencia privada. El juez no puede hacer uso de la información que contiene el expediente para comenzar la mediación, porque en ese momento el expediente solamente contiene la demanda y las probanzas invocadas por la parte accionante, si hace uso de esa información se estará inclinando a favor del demandante que es la única versión de los hechos que conoce hasta ese momento, por lo tanto deberá obviar lo que sabe y ocuparse en primer término de informar a los participantes en qué consiste un proceso de mediación y constatar que ambos están en disposición de participar y colaborar en el mismo. Seguidamente debe escuchar a las partes en sus planteamientos, alegatos, posiciones, sentimientos y resentimientos y profundizar en la búsqueda de sus intereses que son los que le permitirán tender los puentes necesarios para que las personas se comuniquen, se expresen y una vez transitado todo el sendero de la acumulación de información, comenzar a sondear las posibilidades de opciones de solución, adaptadas a esas personas y a esa familia en particular. Este es un largo proceso, lleno de avances y retrocesos, reclamos mutuos, quejas, discusiones que no conviene acallar, reproches, preocupaciones, sufrimientos, temores, alegrías, desencuentros. Esto no se logra en unas pocas horas de conversación tensa bajo la presión de las obligaciones del juez y de las exigencias del cargo.
- d) Cuán difícil es decirles a unas personas que han sido citadas a un juicio, que se les ha fijado un día y una hora para ir a hablar con el Juez, que ellos están allí **voluntariamente**, cuando en realidad han ido por la importancia y trascendencia que para ellos tiene el tema demandado y porque así han sido instados por una comunicación que les ha mandado el Juez, por un sentido del deber y el temor a las consecuencias, y, por si fuera poco, han ido porque saben que su inasistencia tiene consecuencias legales en su contra de las que han sido advertidos.
- e) En este ambiente de total confusión y contradicción entre la necesaria y fundamental **voluntariedad** y la **obligatoriedad** legal de asistir, pasa a ser casi

imposible que los otros principios inspiradores de la mediación tengan alguna vigencia en ese proceso; así por ejemplo, la confidencialidad, ¿cómo podemos pensar que alguien va a creer que lo que diga al Juez en esos momentos de debilidad, de rabia, de inquietud, de resentimiento, de deseo de proteger a sus hijos, va a quedar allí sin que deriven consecuencias para esa persona y para el resto de su familia? Eso es imposible.

- f) Además, al menos la parte demandante se siente **decepcionada**, frustrada, porque al entregar el conflicto al abogado para que demandara, se sintió que se "quitaba de encima" ese problema, que ese asunto lo tendría que resolver otro, un tercero, un Juez, y ahora, es convocado a volver a meterse en ese mismo problema sin que el asunto haya avanzado un solo paso, el conflicto está en el mismo punto en que lo entregó para que otro lo solventara y ahora, nuevamente, el conflicto se le devuelve intacto para que lo resuelva y además, junto a su adversario judicial. Es un delirio pensar que la mediación intrajudicial va a ser fructífera, por el contrario temo que ni siquiera logre dar una imagen medianamente certera de lo que es y lo que persigue.
- g) El llamado de los hijos a dar su opinión sobre el tema controvertido, es un aspecto crítico, ya no sólo para los hijos, como quedó dicho, sino para los padres, quienes sienten debilitarse su autoridad, se sienten expuestos a que un extraño pase por encima de sus decisiones, de sus observaciones y correcciones a sus hijos, para venir a pedirle opinión sobre asuntos que él considera que deben quedar dentro de su ámbito de decisión porque en definitiva, son los padres los responsables de la buena marcha del hogar, de la educación, de la escogencia de la escuela, de la forma de trato entre los miembros de la familia extendida, de la relación con los maestros y profesores, de los permisos y las prohibiciones, del establecimiento de los horarios, el uso del teléfono, del automóvil, las salidas y los paseos, los premios y los castigos.

PROPUESTAS

A pesar de toda esta variedad de objeciones de diversa índole a la mediación intrajudicial en la LOPNNA, debo reconocer, primero el enorme esfuerzo del legislador por diseñar un sistema en que entraran todas las variantes posibles de pretensiones administrativas y judiciales y por otra parte también tengan entrada los medios alternativos tanto en cumplimiento de la nueva concepción de la administración de Justicia como derecho ciudadano, como atender la promoción de los medios alternativos, y elegir entre ellos sin duda el más apropiado para ser aplicado a los conflictos familiares.

Además es de rigor dar nuestro apoyo sin mezquindad a la fórmula elegida para comenzar a dar a conocer y desarrollar la mediación familiar en nuestro país que la desconoce como instituto y como herramienta favorecedora de las buenas relaciones familiares y del restablecimiento de los vínculos rotos entre los parientes.

En la oportunidad en que participé del Foro sobre el Proyecto de la LOPNNA en noviembre de 1996 promovido por la Sala Social y realizado en el Tribunal Supre-

mo de Justicia, propuse que a la normativa que contenía el proyecto de reforma en relación con la mediación, que es la misma que quedó en la ley vigente, se agregara la posibilidad de que el Juez, en el futuro, derivara casos para mediación a mediadores que ejerzan su labor fuera del ámbito tribunalicio, preferiblemente en Centros de Mediación integrados por mediadores debidamente calificados y registrados ante el Tribunal Supremo de Justicia. De esta forma se hubiera dejado de una vez abierta la posibilidad de que cuando ya contáramos con grupos calificados de mediadores, se pudiera utilizar su experticia profesional para que mediaran en casos expresamente derivados por los jueces, pero fuera del espacio físico de los tribunales y lejos de la figura condicionante del juez. Pero esa propuesta no fue acogida, sin embargo la mantengo y expongo cada vez que tengo oportunidad a fin de que sirva de reflexión a futuras reformas.

También propuse y lo hago nuevamente, que la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia lleve un registro de mediadores calificados, y de aquellos reunidos en Centros de mediación a fin de derivarles casos para que sean procesados en esos centros por parte de mediadores confiables, debidamente diplomados y éticamente respetuosos.

A pesar que estas propuestas no hayan sido reflejadas en el texto final de la ley que fue aprobada, sin embargo, nuestra LOPNNA vigente deja muchos espacios a la mediación no judicial, a la posibilidad de intervenciones mediadoras que permitan a los padres y otros miembros de las familias solventar sus divergencias de manera armoniosa en beneficio de todos y posteriormente, si así lo estiman conveniente, llevar su acuerdo al Juez para que los homologue y le dé carácter de obligatoriedad.

De mi parte, tengo ya tres años impartiendo Mediación Familiar a alumnos de tercer año de la carrera de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello y he logrado entusiasmar a muchos jóvenes para que en el futuro se conviertan en mediadores familiares. Ahora me corresponde una labor si se quiere más difícil, que es la de conseguir la aprobación de diplomados o postgrados en mediación que permitan darle categoría académica a esos conocimientos y continuar avanzando hacia la apertura del registro nacional de mediadores que propongo sea llevado por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia. Espero su apoyo y solidaridad en esta nueva tarea.

Desear lo mejor también es desear que haya muchos mediadores que armonicen las relaciones humanas y las familiares en particular, y que los miembros de una familia logren superar sus conflictos y continúen siendo familia y sintiendo el afecto sin reclamos ni resquemores.