



**REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSE ANTONIO PAEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**ESTUDIO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA**

Autoras: Fredmely López Revilla
C.I. N°:19.058.158
Milena Jiménez Maldonado
C.I. N°: 24.449.276

**REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSE ANTONIO PAEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**ESTUDIO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA**

Proyecto de Trabajo de Grado para optar al Título de Abogada

Autora: Fredmely López R.
Milena Jiménez M.

Tutor: José Sánchez

San Diego, Febrero de 2018



**UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PAEZ
CONSEJO UNIVERSITARIO
CU-UJAP-1309-2006**

San Diego, fecha
Ciudadano
C.I. N°
Presente.-

Cumplo con informarle que la Comisión Delegada del Consejo Universitario de la Universidad José Antonio Páez, en su sesión N° 074, celebrada el de próximo pasado, ACORDÓ APROBAR EL Proyecto De Trabajo de Grado presentado por usted, titulado: **ESTUDIO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA.**

Sin otro particular, se suscribe de usted,

Atentamente,

Lic. Katerina Sljussar P.

Secretaria

c.c. Expediente del alumno

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Quien suscribe, José Sánchez, portador(a) de la cédula de identidad N° 12.567.537, en mi carácter de tutor del trabajo de grado presentado por la ciudadana **FREDMELY LÓPEZ REVILLA**, portadora de la cédula de identidad N° 19.058.158, titulado **ESTUDIO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA**, presentado como requisito parcial para optar al título de **ABOGADA** considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En San Diego, a los _____ días del mes de Enero del año dos mil dieciocho.

José Sánchez
C.I. N° 12.567.537

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Quien suscribe, José Sánchez, portador(a) de la cédula de identidad N° 12.567.537, en mi carácter de tutor del trabajo de grado presentado por la ciudadana **MILENA JIMENEZ MALDONADO**, portadora de la cédula de identidad N° 24.449.276, titulado **ESTUDIO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA**, presentado como requisito parcial para optar al título de **ABOGADA** considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En San Diego, a los _____ días del mes de Enero del año dos mil dieciocho.

José Sánchez
C.I. N° 12.567.537

ÍNDICE GENERAL

	pp.
CONTENIDO	
RESUMEN INFORMATIVO	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO	
I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
1.2. OBJETIVOS.....	6
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	6
II MARCO TEÓRICO.	
2.1. ANTECEDENTES.....	10
2.2. BASES TEÓRICAS.....	14
2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.....	68
III MARCO METODOLÓGICO.....	71
IV RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	77
REFERENCIAS.....	85
Impresas.....	85
Trabajos No Publicados.....	86
Jurisprudenciales.....	86
Electrónicas.....	87
Leyes.....	88
ANEXOS	
A. ORGANISMOS PÚBLICOS QUE INTEGRAN EL SISTEMA RECTOR NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	91

**REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSE ANTONIO PAEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**ESTUDIO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA**

Autoras: Fredmely López
Milena Jiménez M.
Tutor: José Sánchez
Fecha: Enero, 2018

RESUMEN INFORMATIVO

La presente investigación tuvo como objetivo general, estudiar el Proceso de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela. El estudio estuvo enmarcado dentro una investigación dogmática jurídica, de carácter histórico interpretativo y de tipo documental, descriptivo y analítico. En éste se hace una aproximación epistemológica a este fenómeno desde una visión socio-jurídica a fin de comprender sus alcances desde los aportes de la jurisprudencia venezolana, se analizaron los propósitos y objetivos de la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescentes, siendo su principal propósito el de su carácter orgánico, sus disposiciones que prevalezcan sobre otras leyes desarrollando principios constitucionales en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y los Tratados Internacionales referente a la materia, siendo uno de los más importantes la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional De Menores ; su objetivo es el de garantizar y promover la protección y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cambiando los paradigmas existentes referente al delito de sustracción o secuestro para la mejor formación del niño, y por último, procurar herramientas metodológicas con el fin de que se pueda planear, ejecutar y evaluar las acciones a seguir para la protección de los mismos Se concluye que además de la concientización a los organismos competentes como a la ciudadanía es al estado venezolano finalmente, a quien correspondería la evaluación y selección de alternativas de políticas, para erradicar el problema de Sustracción y Secuestro. El método utilizado es de carácter analítico y de interpretación.

Descriptores: Restitución de niños, niñas y adolescentes, instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. Derecho Venezolano. Regulación internacional.

INTRODUCCION

La Asamblea General de las Naciones Unidas realizada el 20 de noviembre de 1989, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, desde entonces el mundo comenzó a beneficiarse de una serie de derechos jurídicos para todos los niños, las niñas y los adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el acuerdo de derechos humanos más ampliamente ratificado en el mundo. En sus 54 artículos, y las dos adiciones facultativas, describe los derechos y cómo deben aplicarse.

En este sentido, inicia diciendo que todos los menores de 18 años, independientemente de su género, origen, religión o posibles discapacidades, necesitan atención y protección especiales porque los niños y las niñas son a menudo muy vulnerables. También indica que los gobiernos deben tomar medidas para asegurar que esos derechos se respeten. Termina describiendo la manera de poner en práctica la teoría y supervisar los progresos que se logren.

Al respecto, el Dr. Héctor Peñaranda (2009), señala en su libro “Fundamentos del Derecho de la niñez y de la adolescencia”:

El movimiento de los reformadores tiene su génesis en el siglo XIX, como consecuencia de los efectos que originó la Revolución Francesa. Este movimiento surge en E.E.U.U. con un carácter moralista de la clase media y media alta, con el fin de colocar el problema de la infancia en un lugar privilegiado dentro de la sociedad.

Se crea así la figura del menor y se trató de resolver la problemática a través de normas jurídicas; evidenciándose de esta manera una relación complementaria entre los jueces provistos de discrecionalidad y el movimiento social de los reformadores.

Los reformadores se propagaron hacia América Latina, apareciendo así la figura del “menor en situación irregular” cuyo principal contexto giraba en torno al tratamiento institucional de una conducta o una condición, lo que implicaba un desvío de las normas sociales.

En América Latina se desarrolla ese sentido desde 1915 a 1960. Hasta 1940, se caracteriza la medicalización de los problemas sociales, donde las

visiones antro-po-biológicas operan como elemento legitimador de la institucionalización que separaba al “menor” de su entorno familiar. Para fines de los años 40, se evidencio la crisis del positivismo, etapa en la que la sociedad entiende que los menores abandonados-delincuentes son ahora en parte el resultado de deficiencias socio-estructurales y en parte el resultado de tensiones entre los fines culturales y los medios institucionales.

Por otra parte, en el siglo XIX Estados Unidos puso en marcha importantes reformas sociales que produjeron muchos cambios. Varios Estados promulgaron legislación laboral que prohibió la explotación de menores en condiciones laborales severas; también se promulgaron leyes de protección de la infancia contra el maltrato físico y el abandono por sus padres, y leyes de educación que garantizaban a todo niño, niña o adolescente el derecho a una educación en las escuelas del sistema de instrucción pública de la nación.

Sin embargo, no fue sino en abril de 1899, cuando el estado de Illinois en la ciudad de Chicago, estableció el primer tribunal de menores de USA, sistema innovador que sirvió de modelo para toda la nación. Se rechazaba la idea de crimen y justicia como principio orientador del sistema judicial de menores. En lugar de ello, se confiaba en el niño para rehabilitarlo y los procesos jurídicos efectuados desde su captura hasta su confinamiento en una institución debían regirse por criterios clínicos y no punitivos.

Entre los años 1919 y 1939 se da un período desde Argentina hasta Venezuela donde todos los países crean leyes tutelares de menores. La inquietud por producir cambios en la realidad legal social de la infancia venezolana se remonta al segundo quinquenio de los años 1980, cuando a través del Instituto Internacional de las Naciones Unidas para el Estudio sobre el Delito y el Crimen (UNICRI), y del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) se promovió una investigación entre varios países de América Latina sobre el «Desarrollo de los Tribunales de Menores» en esa región.

De la misma manera, y debido a la sustracción de menores, que se registran a nivel mundial, el Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños se adoptó en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, con fecha 24 de octubre de 1980 y por la unanimidad de los estados presentes. Esto es, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia.

Posteriormente, en el año 1989 la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores suscrita por la Organización de Estados Americanos, acentúa su normativa en la actuación del Estado frente a los traslados o retenciones indebidas de niños y adolescentes, así como velar por el respeto de los derechos de guarda y de visita. Para ese mismo año, se aprueba en la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual es ratificada por Venezuela mediante Ley Aprobatoria el 29 de agosto de 1990, el instrumento internacional consagra la Doctrina de la Protección Integral, y con ella el Interés Superior del Niño en materia de derechos de niños y adolescentes.

En 1996 Venezuela incorpora a su legislación el Convenio de la Haya y la Convención Interamericana, mediante Ley Aprobatoria, el día 19 de julio y 28 de mayo, respectivamente. Como resultado de las discusiones y debates realizados para adecuar la Convención Internacional de los Derechos del Niño a la legislación venezolana, se promulga el 02 de octubre de 1998 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, con un periodo de *vacatio legis* que operó hasta el 01 de abril del año 2000.

La presente investigación tiene como objetivo fundamental Estudiar el Proceso de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes adaptado al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Haya) y a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (OEA),

ambos ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, adecuados a su vez a los principios rectores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y de esta manera precisar los lineamientos jurídicos que deben orientar dicho procedimiento.

En tal sentido, el objetivo de esta investigación es el Estudio Del Proceso De Restitución Internacional De Niños, Niñas Y Adolescentes En Venezuela, el cual está conformado por cuatro capítulos estructurados de la siguiente manera: Capítulo I, donde se desarrollan el Planteamiento del Problema, los Objetivos de la Investigación y la Justificación. Capítulo II, conformado por el Marco Teórico, Antecedentes, Bases Teóricas y definición de Términos Básicos. Capítulo III, donde se desarrolla el Marco Metodológico, el Capítulo IV, donde se especifican los recursos utilizados. Capítulo V, desarrollado por las conclusiones, y finalmente las referencias y anexos de la investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento Del Problema

La República Bolivariana de Venezuela presenta actualmente un escenario de grandes transformaciones legales, con especial énfasis en los grupos vulnerables. Muchas de estas transformaciones se expresan en el proceso de diseño de políticas públicas de inclusión social dentro de las cuales, según el marco legal vigente, los niños, niñas y adolescentes son prioridad.

Sin embargo, cabe destacar que aun cuando para la fecha de promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Venezuela ya había ratificado los instrumentos relativos a la restitución internacional de niños y adolescentes, en la novísima ley sólo se hace referencia a los casos de retención indebida en el ámbito nacional en su artículo 390 referido a las visitas.

De tal manera, se evidencia la problemática que representa la indudable desconcentración de los instrumentos jurídicos que regulan la institución de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su procedimiento, lo cual podría traducirse en un futuro, en la continua ejecución de traslados y retenciones indebidas a nivel internacional y la falta de regulación de éstos por los órganos competentes, por cuanto los padres desconocen el procedimiento a seguir cuando se les presenta este tipo de situación, y cuando llegan a tener conocimiento del mismo, quizás es demasiado tarde y el niño o adolescente ya se ha adaptado a su nuevo entorno y ya ha desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado Requerido (siendo ésta una de las razones fundamentales por las cuales la restitución debe ser inmediata).

De hecho, y como presenta la Base de Datos sobre la sustracción internacional de niños (INCADAT) de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), por sus siglas en inglés, *Hague Conference on Private International Law*:

“la sustracción parental internacional es un problema global que afecta a miles de niños cada año. El principal instrumento internacional para proteger a los niños de los dañinos efectos de los traslados y retenciones ilícitas transfronterizas es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este tratado multilateral, que hoy cuenta con 89 Estados parte no pretende involucrarse en cuestiones de custodia, sino que hace efectivo el principio de que todo niño que ha sido sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual. Una vez que el niño es restituido, las autoridades locales pueden determinar dónde y con quién deberá vivir. El Convenio de La Haya de 1980 también ha sido diseñado para asegurar la protección de los derechos de visita”

1.2. Formulación del Problema

En relación al problema planteado, surge la siguiente interrogante: ¿Son suficientes los instrumentos jurídicos que regulan la institución de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su procedimiento en Venezuela?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo General

Estudiar el Proceso de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela.

1.3.2. Objetivos Específicos

1.- Identificar los antecedentes histórico-jurídicos relevantes, las influencias de los tratados internacionales que han dado lugar a la Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes dentro de la legislación venezolana

2.- Examinar la realidad y práctica del proceso de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes, acercándonos al conocimiento y percepción de algunos actores vinculados con ello.

3.- Interpretar la Regulación Internacional en Materia de Restitución de Niños, Niñas Y Adolescentes en Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

1.4. Justificación de la Investigación

Con los resultados arrojados por esta investigación, se aspira conocer la situación referente a la protección de la niñez y la adolescencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y también en caso de establecer si existe vulneración de derechos, señalar las probables causas generadoras.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el Artículo 75, declara que:

(...)Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción 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.

Por otra parte, la Red por los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes en Venezuela (REDHNNA) es una coalición de organizaciones sociales, académicas, comunitarias, centros e institutos de investigación y defensores de NNA, de diferentes regiones del país, en la cual confluyen iniciativas de carácter comunitario, académico y profesional, con una visión compartida sobre los derechos de la niñez y adolescencia en Venezuela, basada en los principios fundamentales de la doctrina de protección integral y los tratados internacionales en materia de protección y defensa de los NNA.

La REDHNNA desarrolla como ejes de acción:

1. Promoción de la Cultura de paz y no violencia;
2. Promoción y defensa de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia;
3. Participación protagónica de los niños, niñas y adolescentes; 4. Construcción de mecanismos de contraloría social que incidan en el diseño y orientación en los planes, legislación y políticas públicas del Estado hacia la infancia y la adolescencia en los distintos niveles: nacional, estatal y municipal.

Desde el año 2004, fecha de su efectiva creación, la REDHNNA ha desarrollado diversas acciones para la promoción y defensa de los derechos de la niñez y adolescencia. En el año 2006 se elaboró el segundo informe alternativo y se participó en la pre-sesión y sesión para la adopción de las recomendaciones emanadas por el Comité sobre los Derechos del Niño.

El 25 de octubre de 2011 se entregó ante el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la contribución conjunta sobre la situación de los derechos de NNA con motivo al Examen Periódico Universal (EPU) de Venezuela y en el marco de las elecciones presidenciales, legislativas y para autoridades regionales y municipales, la REDHNNA ha presentado un conjunto de propuestas a favor de los NNA donde se ha resaltado, entre otros aspectos, la importancia de diseñar e implementar una política pública a favor de la niñez y adolescencia.

Basados en los planteamientos expuestos por la REDNNA en el Informe Alternativo del mes de Octubre de 2013, el presente estudio, se justifica porque constituye una valiosa herramienta a los fines de difundir el tema de la sustracción internacional de los niños, niñas y adolescentes y todo lo que ésta implica, lo cual será de gran utilidad no solo a los estudiantes a manera de fuente de conocimiento, sino también a los empleados de la administración pública y en especial a los del sistema de justicia; todo ello sin desconocer los destinatarios principales como lo es la sociedad

1.5. Alcances

La investigación en desarrollo tiene como alcance el estudio del Proceso de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela, desde un plano jurídico y legal, tanto a nivel nacional como internacional, lo cual constituirá un aporte muy importante para otras investigaciones.

1.6. Limitaciones

Este proyecto de investigación se enmarca en materia de Derecho de Familia y su relación con la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo tanto, no se profundiza en otras áreas del Derecho, ni se efectúa consulta alguna a los profesionales de Ciencias Jurídicas de otras ramas.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Según Ballestrini (2002) el marco teórico es "el resultado de la selección de aquellos aspectos más relacionados del cuerpo teórico epistemológico que se asume, referidos al tema específico elegido para su estudio". (p.91)

Fidias Arias (2004), refiere "Los antecedentes reflejan los avances y el Estado actual del conocimiento en un área determinada y sirven de modelo o ejemplo para futuras investigaciones". En tal sentido, se propone un grupo de trabajos que anteceden al presente y dada su estrecha vinculación, se convierten en un importante referente teórico que permite avalar la información ya que esos estudios contienen un aporte significativo por lo que se citan seguidamente:

Chacín B., Ángela M. (2003), en un Trabajo Especial de Grado titulado: "*Lineamientos Jurídicos que deben orientar la adecuación en Venezuela de un Procedimiento de Restitución Internacional de Niños y Adolescentes adaptado al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (OEA)*" expresa que, la protección contra el traslado y la retención ilícita de niños y adolescentes en el ámbito internacional desde una perspectiva civil es la restitución internacional de niños y adolescentes, la cual consiste en la acción de devolución o regreso inmediato, con las mayores garantías, de éstos al lugar de su residencia habitual, si fuere procedente en atención a su Interés Superior. Dicho procedimiento se encuentra regulado por un instrumento universal el cual cuenta con la ratificación de 73 Estados, el Convenio de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Asimismo, en el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos aprobó en su seno la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y cuenta con la ratificación de 10 Estados Contratantes. Ambos instrumentos han sido ratificados por Venezuela, y aun cuando

no presentan soluciones contradictorias si existen vacíos respecto a ciertas alternativas lo cual hace imperiosa la regulación de esta materia por la legislación venezolana.

Esta investigación fue de tipo documental donde se analizaron ambos convenios, así como la legislación comparada, jurisprudencias nacionales e internacionales, informes y libros especializados, a los fines de determinar la viabilidad de la adecuación en Venezuela de un procedimiento de niños y adolescentes adaptado al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Haya) y a la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores (OEA), y los lineamientos jurídicos que deben orientarlo según la nueva Doctrina de la Protección Integral.

Concluye que, ante la vigencia simultanea del Convenio de la Haya y de la Convención Interamericana, y frente a la necesidad de aplicar los principios que trae consigo la Doctrina de la Protección Integral del Niño y del Adolescente, se hace imperiosa una adecuación interna para brindar a estos casos de sustracciones internacionales soluciones sujetas al Principio del Interés Superior del Niño.

Visto los objetivos de la investigación, guarda estrecha relación con el tema objeto de estudio en virtud de que se en su contenido se señala que existen vacíos respecto a la problemática que representa la Restitución Internacional de Menores en nuestro país.

Por su parte, González, Juana J. (2004) en su Trabajo de Grado titulado *“Principios Procesales Del Procedimiento De Adopción Internacional Contenidos En La Ley Orgánica Para La Protección Del Niño Y Del Adolescente”* tuvo como objetivo general por finalidad proporcionar un análisis crítico de la aplicación de los principios procesales en materia de adopción internacional contenidos en Ley Orgánica para la Protección del niño y del Adolescente, a la luz de la interpretación gramatical, sistemática y psicológica de las normas procesales. Así mismo, se pretendió determinar la aplicación de los principios jurídicos establecidos por el

legislador, en el procedimiento de la adopción, en beneficio e interés superior de los niños y adolescentes.

De esta forma, se analiza un capítulo novedoso en la ley de la materia. Aun cuando se desarrolla en forma escueta en tiempos atrás, nunca se llegó a tratar el procedimiento de adopción internacional, por cuanto no estaba contemplado, en las leyes anteriores, aun cuando se dejaba abierta la posibilidad de realizar este tipo de adopción. Sin embargo, en disposiciones anteriores vigentes no se hizo mención al procedimiento de adopción internacional.

Casos excepcionales que fueron tratados y constituyen parte de la Jurisprudencia Venezolana, como uno acaecido en 1906, hoy en día constituyen problemas actuales para ser decididos mediante la aplicación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Contemporáneamente, puede afirmarse que existe una normativa que regula la adopción internacional. Actualmente ocurre de manera diferente, pues con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se establece un avance en el procedimiento de adopción internacional, ya que debido a éste se presenta una oportunidad para las partes a optar este tipo de adopción. Ante ello, se hace necesario realizar un análisis en relación a la aplicación de los principios procesales aplicables en el procedimiento de adopción internacional, previo cumplimiento de los requisitos legales.

Concluye que la solución de la adopción de un niño en el extranjero ha de encararse como una solución alternativa. No obstante, la solución ideal para el niño es permanecer en el seno de la familia biológica cuando la misma se encuentra en condiciones de dispensarle seguridad afectiva y condiciones de vida razonable. Ahora bien, si un niño es obligado a dejar su familia biológica o es separado de ella, es necesario agotar todas las posibilidades para que sea adoptado en su país de origen, no existiendo esta posibilidad, la adopción internacional puede aparecer como una buena alternativa en beneficio e interés superior del niño, y deberá tomarse en cuenta que ante la imposibilidad de que el niño permanezca con su familia de origen, éste

tiene derecho a crecer con una familia sustituta en forma permanente, es decir, ser adoptado por una familia que le proporcione la protección que no tuvo de su familia de origen.

Por otra parte, Mendoza, José (2014), en su Tesis de Grado, titulada:” *Aspectos e Incidencias Legales Que Debe Observar El Progenitor Que Desea Residenciarse Fuera Del País Con su Hijo Menor Sin Consentimiento del Otro*”, de la Universidad “José Antonio Páez” (UJAP), señala que:

En la actualidad, debido al fenómeno social-económico que atraviesa el país, se ha incrementado el deseo de migrar a otro país en busca de nuevas oportunidades de vida, en la que el progenitor en aras de viajar con su hijo menor de edad, requiere por mandato de la Ley especial LOPNNA, la autorización del otro progenitor.

Debido a esta situación se han venido presentando problemas referentes a la guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes en virtud de que los padres o tutores de los mismos deben contar con la debida autorización de los organismos competentes de una de las partes.

Esta circunstancia causa gran preocupación, porque al no contar con la autorización del progenitor o permiso de un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes se puede incurrir en el delito de traslado y sustracción de menores de edad, establecido como comisión de un delito en nuestro ordenamiento jurídico, y que adicionalmente cuenta en materia de tratados internacionales el Convenio de la Haya que garantiza y vela por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en el país contratante, ya que ambos progenitores tienen que estar de mutuo acuerdo para dicho traslado internacional y no unilateralmente por uno de ellos, en resguardo y aseguramiento del progenitor no guardador, y del menor, garantía del mutuo Derecho de Convivencia Familiar que entre ellos se tutela el estado, como interés superior del niño, niña y adolescente, y de la institución familiar.

En este aspecto, Gómez Bengoechea, Blanca (2002), refiere que se encuentran como condicionantes del aumento del número de menores sustraídos de sus Estados de origen los siguientes:

- la evolución de la institución familiar (considerable número de matrimonios mixtos y mayor facilidad de separación y divorcio de los matrimonios),
- los avances tecnológicos (de medios de transporte y comunicaciones internacionales),
- los movimientos migratorios y la facilidad en el cruce de fronteras; y
- El nacionalismo judicial entendido como causa de la inadecuada solución de casos de; sustracción internacional, al confiar el sustractor en un amparo legal y judicial del estado de refugio, a la situación de hecho provocada. (p. 20)

2.1. Antecedentes Histórico-Jurídicos Relevantes, Las Influencias De Los Tratados Internacionales Que Han Dado Lugar A La Restitución Internacional De Niños, Niñas Y Adolescentes Dentro De La Legislación Venezolana

Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran plasmados en el sistema interamericano, en los siguientes instrumentos:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José.

Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Artículo XII. Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

Artículo 7. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida.

Artículo 15: 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

c. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Artículo 16. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Carta Democrática Interamericana.

Artículo 16. La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales que pertenecen a las minorías.

Artículo 27. Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil. Se prestará atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables

Artículo 19. Los Estados Parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional De Menores.

Artículo 25. La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional De Menores.

Artículo 1: El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido, los Estados Parte de esta Convención se obligan a:

- a) asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;
- b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de

menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y

c) asegurar la pronta restitución de la menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Como puede observarse en lo expuesto anteriormente, en el sistema interamericano de derechos humanos no tenemos un tratado similar a la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, siendo los únicos tratados especializados en menores aquéllos de naturaleza y con origen en el derecho internacional privado, los cuales sin duda alguna también recogen importantes elementos para la protección de niñas y niños, pese a que no sean tratados de derechos humanos.

Cabe destacar que además de los artículos que de cada tratado aquí han sido subrayados, el conjunto de estos instrumentos debe entenderse como aplicable a la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el marco del sistema interamericano. De acuerdo con lo señalado anteriormente, se puede establecer que la protección de los niños y las niñas recae en: la familia la sociedad el estado, y los órganos establecidos en cada tratado para la vigilancia y observancia del contenido de dichos tratados.

En cuanto a la familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, está llamada a satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas de éstos, debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación.

La familia es el núcleo primario en el cual los niños y las niñas se deben desarrollar armónicamente, además del espacio en el cual en primer momento deben ejercer y contar de manera plena con los derechos de los cuales son titulares. La familia debe velar por que los niños y las niñas tenga las condiciones necesarias para lograr su desarrollo integral, lo que implica no sólo proporcionar medios materiales,

sino también afectivos y psicológicos, además de la constante garantía y respeto pleno de los derechos de estos sin excepción

La Declaración De Los Derechos Del Niño De 1959.

Esta declaración fue aprobada el 20 de noviembre de 1959, por la Asamblea General de la ONU.

En diez principios, la Declaración establece los derechos del niño para que disfrute de protección especial y disponga de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal, en condiciones de libertad y dignidad; para que tenga un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; para que goce de los beneficios de seguridad social y reciba tratamiento, educación y cuidados especiales si tiene algún padecimiento; para crecer en un ambiente de afecto y seguridad; para que reciba educación y figure entre los primeros que reciban protección y socorro en casos de desastre; para que se le proteja contra cualquier forma de discriminación, a la par de que sea educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, por la paz y la fraternidad universal. Esta Declaración, además de proclamar los derechos de las niñas y de los niños, insta a los padres, a los adultos, a las organizaciones y a las autoridades, a que reconozcan estos derechos y luchen por su observancia.

En el caso de Venezuela, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, inició su cooperación con Venezuela con la firma de un Acuerdo Básico de Cooperación ratificado mediante Ley Aprobatoria en 1967. Durante más de dos décadas trabajó sin oficina y sin personal residente, hasta que la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por Venezuela el 29 de agosto de 1990 supuso una ampliación del marco de colaboración, que culminó el 28 de agosto de 1991 con la firma del primer Plan de Operaciones entre Venezuela y UNICEF, y la apertura de su primera oficina en el país. Al ratificar la CDN, el tratado que transformó las necesidades de la niñez en derechos, Venezuela asumió con la infancia y la adolescencia el compromiso de

brindarles protección integral, lo que abarca dos aspectos fundamentales: protección social y protección jurídica. La protección social se logra a través de un conjunto de actividades dirigidas a propiciar las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad, para satisfacer las necesidades básicas y para garantizar derechos fundamentales de la niñez y juventud. La protección jurídica implica legislar para hacer exigibles los derechos consagrados en la Convención, mediante la creación de instancias administrativas y judiciales que intervengan en caso de que esos derechos sean amenazados o violados.

El plan que UNICEF y el gobierno nacional firmaron y pusieron en marcha con una vigencia de 5 años, nació para iniciar el apoyo de UNICEF en la construcción y fortalecimiento de políticas, sistemas y servicios públicos que aseguraran los derechos contemplados en la CDN para cada niño, niña y adolescente. Ese primer plan de cooperación abarcó varios elementos que atendían los principales desafíos de la niñez en aquella época en la que el país sufría el remanente de una fuerte crisis política y económica suscitada al final de la década de los 80. La mortalidad infantil, la desnutrición, niños y niñas en situación de calle, deserción escolar y calidad educativa, y la discriminación de género, fueron los principales retos abordados. UNICEF se planteó varios objetivos con el fin de disminuir estas dificultades, con especial énfasis en la población infantil más vulnerable y excluida.

Entre las principales metas del primer Plan de Operaciones, hoy conocido como Programa País, estuvieron las siguientes:

1. Reducir la mortalidad infantil en menores de 5 años en un tercio.
2. Mejorar la calidad y aumentar la cobertura de los servicios de salud en un 50% de la población objetivo.
3. Reducir la tasa de mortalidad materna en un 20% de los niveles registrados en 1990.
4. Reducir la frecuencia de desnutrición en niños y madres en un 50%.
5. Reducir a la mitad los casos de bajo peso al nacer.
6. Mejorar la oferta del cuidado diario del niño.

7. Mejorar la atención al menor en circunstancias especialmente difíciles y atacar las causas fundamentales que conducen a estas situaciones.

8. Apoyar la formulación de políticas económicas y sociales y de planes específicos que aseguren la superación de problemas críticos derivados de la pobreza, de la crisis y de las políticas de ajuste.

9. Mejorar la calidad de la educación adaptándola a las necesidades del medio rural y reduciendo la repitencia y deserción escolar.

10. Reforzar la capacidad institucional en beneficio de la mujer para revalorizar su perfil en la sociedad y mejorar los servicios específicos en su favor.

11. Contribuir a introducir mecanismos de participación popular, comunicación y movilización social.

Para los años 1996-1997, se elaboró un Programa Puenteo de transición, una extensión del Programa País anterior con los mismos objetivos y la incorporación de otros componentes: Salud, Protección, Educación y Desarrollo Infantil, y Políticas Públicas. Durante aquel periodo, UNICEF contribuyó, junto con organizaciones de la sociedad civil, a la elaboración del proyecto de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), que entró en vigencia en abril del año 2000 y fue un logro sin precedentes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes en Venezuela.

A finales de los años 90, Venezuela comenzó a experimentar importantes cambios sociales y políticos, promulgándose a través de la Asamblea Nacional, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en vigencia en diciembre de 1999. En materia de niñas, niños y adolescentes, la nueva Constitución acogió en forma expresa la Convención sobre los Derechos del Niño y contempló nuevos principios que impactaron de forma directa en las instituciones familiares; entre ellos, el de equidad de género y el de igualdad de derechos y deberes de hombres y mujeres en la crianza de hijos e hijas.

Convención Internacional Sobre Derechos Del Niño De 1989.

La Convención constituye un compromiso de la comunidad internacional con los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos civiles y políticos al igual que los de naturaleza económica, social y cultural.

Esta Convención es un tratado internacional que reconoce los derechos de los niños y las niñas en 41 artículos esenciales y establece en forma de ley internacional para los Estados Partes, la obligación de garantizar a todos los niños y sin ningún tipo de discriminación el beneficio de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; acceso a la educación y atención médica; condiciones para desarrollar plenamente su personalidad, habilidades y talentos; un ambiente propicio para crecer con felicidad, amor y comprensión; y la información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y ser parte del proceso en una forma participativa.

La Adopción Internacional. Influencias Y Bases De Los Sistemas Jurídicos

La adopción internacional se configura cuando los adoptantes y los adoptivos no tienen la misma nacionalidad o cuando el domicilio habitual de los adoptantes y del niño se encuentra en países diferentes. Este fenómeno se ha producido como consecuencia de que actualmente países desarrollados de baja natalidad se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el abandono de los niños adquiere dimensiones importantes.

En este sentido, tanto la posición del tratadista como la de legislador, es clara en cuanto al ideal de que el niño o la niña sean adoptados en su país de origen y solo de manera subsidiaria contemplar el evento de una adopción internacional. Por lo cual de manera general podemos concluir que ésta es una solución alternativa, para aquellos eventos en los cuales el niño o la niña no pueden permanecer en el seno de su familia biológica y tampoco estén ante la posibilidad de ser adoptado en su país de origen.

De ese modo, en un primer momento es la Familia, el Estado y la sociedad los que deben velar por los derechos de los menores de edad y porque éstos crezcan en

ambientes propicios para su crianza y su desarrollo integral; algo inmerso en la teoría de los derechos humanos. Siendo la comunidad internacional la última que debe ser llamada a solucionar este tipo de problemas cuando estas obligaciones no sean cumplidas. Básicamente esta Convención aplicará para los menores en situación de adoptabilidad, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

De igual forma la Convención establece que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo. Así mismo determina que la Ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: a) La capacidad para ser adoptante; b) Los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c) El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y d) Los demás requisitos para ser adoptante.

No obstante la Convención prevé en el supuesto de que los requisitos de la Ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la Ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste

De igual forma la Convención manifiesta expresamente que las adopciones que se ajusten a ella, surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida. Es así como de manera esencial la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de la adopción acoge las diferentes problemáticas que surgen en el marco del derecho internacional en materia de adopción.

Convención Interamericana Sobre Conflictos De Leyes En Materia De La Adopción.

La solución a la problemática anteriormente planteada se resuelve a la luz de la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de la adopción, la

cual refleja los esfuerzos de los estados por armonizar lo fáctico junto con lo jurídico, para así permitir que el derecho no se detenga en el interior de cada país y que el formalismo y la rigurosidad de la norma no entorpezca las finalidades prácticas de la adopción.

Sistema Convención de la Haya Relativa A La Protección Y A La Cooperación En Materia De Adopción Internacional

Entre otras cosas, su objetivo consiste en establecer garantías para que las adopciones internacionales se lleven a cabo tomando en cuenta el interés superior del niño y el respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional. De esta forma, la Convención de La Haya, confirma que la adopción internacional constituye un campo de actividad que debe desarrollarse en la perspectiva de los derechos del niño, de principio a fin del procedimiento.

De esta manera, la Convención es expresa al determinar que la adopción de un niño determinado por padres procedentes del extranjero solo se podrá contemplar cuando corresponda al interés superior del niño y pueda llevarse a cabo de conformidad con sus derechos fundamentales. Constituyéndose estas dos condiciones como acumulativas e inseparables.

Si bien es cierto, el elemento más delicado, que ha dado pie a la elaboración de la presente Convención es prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, mediante el respeto de dichas garantías y la institución de un sistema de cooperación entre Estados. Es por ello que para conseguir que se apliquen los derechos del niño, la Convención de La Haya impone a los Estados, determinados controles y medidas en distintas etapas del procedimiento por lo cual, reitera el orden de prioridades en materia de protección de la infancia.

En este sentido, se debe proporcionar un apoyo adecuado a la familia biológica del niño, para que ésta pueda asumir sus responsabilidades para con él. De fracasar esta medida, se debe cerciorar de que el niño es adoptable; comprobar si el niño puede ser colocado o adoptado por una familia en su propio país; en caso contrario;

comprobar si la adopción internacional responde al interés superior del niño. Es por ello, que para garantizar la mayor protección posible a los niños en los procedimientos internacionales de adopción, la Convención de La Haya propone a los Estados un sistema de cooperación que consiste en constituir autoridades centrales y establecer un procedimiento internacional que, incluya también a las agencias intermediarias.

Ahora bien, en estricto sentido la Convención de La Haya describe minuciosamente el procedimiento que da lugar a la adopción de un niño extranjero. Es por esto que tanto el niño como los futuros padres adoptivos deben ser objeto de un informe social. Se requiere el consentimiento de los padres naturales o de cualquier otra persona competente y cuando proceda, del niño. Las autoridades del Estado de donde procede el niño deben cerciorarse de que la colocación del niño obedece al interés superior de este. La identidad de los padres biológicos deberá estar protegida si la ley del Estado de origen no autoriza su divulgación. Así una vez reunidos dichos elementos, siempre y cuando las autoridades centrales de ambos Estados acepten que el procedimiento continúe hasta el final, la decisión definitiva de adopción se tomará en el país de origen o de recepción del niño, de conformidad con la legislación vigente. Se distingue entonces como la Convención intenta eliminar los conflictos de leyes determinando la ley aplicable cuando personas de distinta nacionalidad intervienen en un proceso de adopción y se encuentra domiciliado en países diferentes.

Otro de los intentos de la convención de la Haya, es el de conciliar la Ley Nacional y la Ley del domicilio, ya que la primera rige para algunos Estados europeos y la segunda en el Sistema de los Estados Unidos. En síntesis la Convención determina que son competentes en una adopción las autoridades del país de residencia habitual del adoptante o adoptantes, o las autoridades de la nacionalidad del adoptante. De igual forma determina que por regla general debe aplicarse la Ley interna del país a que pertenecen las autoridades encargadas de autorizar la adopción. Sin embargo, es posible hacer una concesión al principio de la nacionalidad.

De igual manera, la Convención es clara al manifestar que las adopciones autorizadas de conformidad con ella, deben ser reconocidas de pleno derecho por todos los estados vinculados por la Convención.

Dentro de algunos estados se encuentran Australia, Canadá, Chile, Colombia, Alemania, India, Italia, suiza, Estados Unidos.

Sistema de Convención Europea.

Esta Convención fue firmada dentro del marco del Consejo de Europa la cual entro en vigor el 26 de abril de 1968 y su principal finalidad es unificar las legislaciones nacionales en materia de adopción de los países miembros, todo ello alrededor de los principios mínimos contenidos en la Convención Europea sobre la adopción de niños. En dicho entendido los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación interna de cada país con el fin de ajustarla a las reglas elaboradas en la Convención. Dentro de los principios esenciales, se pueden encontrar que la adopción debe ser aplicada solo a menores de edad. De igual forma, se requiere para la adopción el consentimiento de los padres o entidad responsable del menor. La Convención determina que la edad del adoptante no debe ser inferior a 21 años ni sobrepasar los 35.

Cabe destacar, que si bien el ámbito de aplicación de la Convención de 1967 se limita a las parejas heterosexuales casadas, el alcance de la Convención revisada en 2007, se extiende a las parejas heterosexuales no casadas que conviven con una pareja de hecho registrada en los Estados que reconocen esa institución. Por lo cual, actualmente la Convención permite a los Estados que lo deseen ampliarla en este sentido. Así mismo, se puede identificar como esta Convención también menciona que la adopción solo se pronunciará cuando ofrezca interés al niño. Principio altamente reconocido en todas y cada una de las Convenciones o tratados internacionales alusivos al tema.

Por ello cuando la Convención de 1967 fue revisada en 2007 se destacó, que sólo hay un principio esencial para una buena práctica de la adopción, el cual consiste

en procurar por el mejor interés del niño, tal como se indica en el artículo 4, apartado 1 de la Convención. Por ello la comisión encargada de revisar la Convención determinó que dicho principio es indispensable, pero si se toma por sí solo podría no ser totalmente eficaz. Por esta razón, la Convención desarrolla este principio con el fin de darle precisión y definir su alcance.

La Convención dentro de sus principios también recoge el hecho de que al adoptado se lo debe asimilar en sus derechos y obligaciones al hijo legítimo, por lo cual, como consecuencia de ello, el adoptado debe adquirir el apellido del adoptante, su nacionalidad, entre otros. Ahora bien, una vez descritos los diferentes instrumentos internacionales que sirven de base y fundamento jurídico a los diferentes sistemas, es evidente la concordancia y correlación que tienen entre sí, lo cual lleva a determinar que la adopción en materia internacional ha logrado compenetrarse, todo ello en pro del bienestar y protección de los niños, niñas y adolescentes a nivel mundial. Es por esto que las diferentes convenciones o declaraciones en su conjunto ejercen una influencia importante en las adopciones internacionales. Siendo un complemento eficaz entre ellas, toda vez que si alguna adopción no está cubierta por la una, lo será por la otra. Sin olvidar el objetivo básico de todas ellas el cual es lograr la aprobación de la adopción atendiendo al mejor interés del menor, proporcionándole un hogar armonioso, pero teniendo también en cuenta los derechos de los solicitantes de la adopción internacional. En conclusión el derecho internacional privado ante la proliferación de las relaciones privadas internacionales, producto de la apertura de fronteras y de intercambios internacionales se convierte en un instrumento ineludible en la solución de los problemas por este cambio fronterizo. Por ello se da la cooperación internacional en relación directa con la protección de menores.

Derecho De Visita

El Artículo 21 del Convenio establece que:

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

El Convenio no ha destinado un largo articulado a los caracteres del derecho de visita, aun cuando lo define en el artículo 5°. Su infracción sólo permite presentar una solicitud a las Autoridades centrales de los Estados contratantes con el fin de que éstas procedan a su organización o a garantizar el ejercicio efectivo.

En este sentido, los Estados Contratantes que favorecen una interpretación literal han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los tribunales pueden intervenir en cuestiones de derecho de visita sino que se concentra en la asistencia procesal por parte de la Autoridad Central pertinente. Otros Estados Contratantes han permitido que se instituyan procesos sobre la base del Artículo 21 a fin de hacer efectivos los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos derechos de visita.

Así y a modo de ejemplo, se muestran dos interpretaciones diversas del Convenio, extraídas de la jurisprudencia del Convenio:

En el primer caso, ante el traslado de una menor a Austria, el tribunal hizo hincapié en el hecho de que debe reconocerse que el Convenio no previó una regulación exhaustiva del derecho de visita, y precisamente, una vez fallado el conflicto relativo a la restitución, quedaba en trámite una solicitud de derechos de visita futuros ante el Tribunal Civil de Distrito de Graz. El tribunal estableció que el

Tribunal Civil de Distrito de Graz tenía jurisdicción para decidir sobre la solicitud de derechos de visita, y que la ley austríaca debía ser aplicada conforme al Convenio de la Haya de 1961 para la protección de los menores porque el Artículo 21 del Convenio de sustracción de la Haya de 1980 sólo disponía el marco mínimo para otorgar los derechos de visita.

En el segundo caso, a una madre suiza/americana se le otorgó el derecho de custodia y al padre estadounidense el derecho de visita de sus tres hijas; éste presentó a la Autoridad Central Suiza una solicitud de asistencia para encontrar una solución amigable con la madre. Las negociaciones no dieron como resultado un nuevo acuerdo para el régimen de visitas. El padre presentó ante el tribunal suizo una solicitud de derecho de visita. La madre se opuso a la solicitud y buscó obtener del tribunal suizo una modificación del acuerdo de divorcio declarado en los Estados Unidos. No se hizo lugar a la solicitud de la madre dado que tal modificación no se encontraba comprendida en el alcance del Convenio.

Además el Tribunal dictaminó que la madre no había establecido que el ejercicio de los derechos de visita por parte del padre expondría a las menores a un grave riesgo de peligro. Sostuvo que en cualquier caso, no se podía rechazar el ejercicio de los derechos de visita invocando las excepciones del artículo.

García Cano (2003), opina que esta parte del Convenio se ha mostrado claramente insuficiente en el actual contexto de la sustracción internacional de menores, para garantizar adecuadamente el derecho de visita, y el derecho del hijo a tener relaciones con sus padres, revelando una consecuencia negativa del planteamiento esencialmente utilitarista del Convenio. Esto, al menos en la primera interpretación que se reflejó. Lógicamente, en estos casos se trata de que el derecho de visita no ponga en peligro el de custodia, haciendo recaer en las Autoridades Centrales el peso de facilitar su ejercicio, como de garantizar sus condiciones. Dicha tarea resulta extremadamente difícil para la Autoridad Central de que se trate, más aun cuando el propio articulado expresa que deben eliminar, en la medida de lo posible, todo obstáculo para el ejercicio del derecho. Ello hace patente, una vez más,

la importancia del estudio de un convenio de cooperación internacional entre autoridades.

En este aspecto, el Convenio de Luxemburgo incluye el derecho de visita en las resoluciones relativas a la custodia. Por su parte, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, sí prefiere definirlo, como aquél que comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Pérez Vera (1981), señala que no se quiso excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; sino más bien subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor teme de manera especial, pues implica que aunque el menor permanecerá alejado de su centro de vida en forma transitoria, existe un riesgo latente de que no se le restituya en las épocas acordadas.

Por otra parte, Para García Cano(2003), la definición es incompleta y anticuada, además de someter su garantía a un régimen jurídico muy distinto en su artículo 21, que sólo permite presentar una solicitud a las Autoridades centrales de los Estados contratantes con el fin de que éstas procedan a la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita. Esta definición se torna insuficiente en la realidad actual de las relaciones familiares y del derecho del menor a mantener una relación adecuada con sus padres.

La Conferencia de la Haya ha advertido la importancia de la organización de los derechos de visita y del contacto transfronterizo entre padres e hijos, como corolario necesario del derecho de guarda y como mecanismo complementario para garantizarlo, de modo que en forma permanente mantiene estudios y publica guías de buenas prácticas y formula cuestionarios a los Estados parte, en relación con su funcionamiento práctico. Así, ha publicado el documento denominado Contacto Transfronterizo relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, destinado especialmente a jueces y Autoridades Centrales designadas en

virtud de los Convenios de 1980 o 1996, así como para los gobiernos que estén desarrollando políticas en materia de contacto transfronterizo. Postula como principio general que:

Deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos.

Además, formula recomendaciones tales como promover los acuerdos parentales, amistosos, y otras sobre cooperación internacional de autoridades, fiel a la naturaleza de la Convención.

Carácter Ilícito de un Traslado o Retención

La Convención en su artículo tercero considera el “traslado” y “retención” como dos figuras que configuran el fenómeno de la sustracción de menores por uno de sus padres, siempre y cuando estas cumplan con los requisitos señalados en las letras a y b del artículo 3°, de manera tal que se tornen ilícitas.

Existe un caso de sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en un Estado distinto al de su residencia habitual.

Para Montón García, para que se produzca la situación de secuestro, no basta el sólo hecho de verse afectado el ejercicio del derecho de custodia sobre el menor, sin que haya sido desplazado de su residencia habitual, sino que además, es necesario que ese desplazamiento en las referidas condiciones, pueda entenderse como ilícito por no ser querido o consentido. De esta situación, colige la autora, cualquier desplazamiento que vulnere la situación familiar de las personas, configura su ilicitud.

En este sentido, García Cano (ob.cit), sostiene que el secuestro internacional de menores es el resultado de una infracción de las normas reguladoras de los derechos de custodia y de visita, acompañado de un desplazamiento del menor del lugar donde tiene su residencia habitual, su entorno de vida. La mayor parte de los supuestos de sustracción de menores se produce cuando el sujeto que goza del derecho de visita, aprovechando uno de esos períodos, traslada al menor al extranjero y allí lo retiene.

La jurisprudencia también ha interpretado estos términos, aun cuando el carácter ilícito, como hemos estudiado, está estrechamente ligado con la infracción de derechos de custodia y visita ya examinados.

A modo de ejemplo, hemos encontrado el caso denominado Findlay v. Findlay 1994 SLT 709, entre Canadá y Escocia (Reino Unido), en que el menor había vivido en Canadá toda su vida. Durante el juicio de separación, los padres decidieron que el menor viviría en Escocia con el padre durante cuatro meses. El 5 de noviembre de 1992, el padre se llevó el menor a Escocia.

Su regreso estaba programado para el 5 de marzo de 1993. El 9 de febrero de 1993, la madre solicitó ante un tribunal de Ontario la custodia de los cuatro hijos del matrimonio y la restitución del menor a Canadá. El 7 de mayo de 1993, se hizo lugar a esta solicitud. El 28 de septiembre de 1993, la Cámara Externa del Tribunal Superior de Justicia en Escocia, ordenó la restitución del menor sobre la base de que el consentimiento de la madre había sido únicamente por un período limitado y que la retención posterior fue ilícita.

El padre apeló. La apelación fue acogida y enviada a dicha Cámara Externa para decidir sobre las cuestiones de retención ilícita y residencia habitual. En oportunidades, resulta relevante determinar cuándo ha ocurrido el traslado o retención, ya que ello determinará o no la aplicación el artículo 12 como también la aplicación o no del Convenio mismo, según la fecha de su ratificación por el Estado parte de que se trate.

En otra sentencia, que clarifica aún más la tendencia de algunos tribunales a estimar ilícita la retención por adelantado, los padres israelitas viajaron a Inglaterra

para buscar puestos de investigación. Acordaron que la familia se quedaría allí al menos por un año. El 24 de enero de 1993 el padre se mudó del hogar familiar en Inglaterra. El 22 de abril de 1993, el padre regresó a Israel en forma permanente.

El 11 de junio de 1993 el padre inició el proceso invocando el Convenio para la restitución de sus hijas. El tribunal señaló que era forzada la opinión de que la retención de las niñas no debería ser considerada ilícita hasta el vencimiento del período de residencia acordado, septiembre de 1993. Sin embargo, el tribunal sostuvo que cuando uno de los padres declara que no tiene intenciones de restituir los niños, no puede seguir confiando en el acuerdo del otro padre con respecto al período de traslado o retención limitado como una protección, ya sea de acuerdo con el Artículo 3 o con el Artículo 13. Asimismo, el tribunal sostuvo que la decisión previa al anuncio, aun cuando no haya sido comunicada al otro padre, debe ser capaz en sí misma de constituir un acto de retención ilícita.

Existe también una guía de buenas prácticas para fomentar ciertas medidas de prevención de los traslados ilícitos destinadas a los Estados firmantes; preventivas propiamente tales (como exigencia de documentos de viaje, consentimiento para viajar, control fronterizo, medidas punitivas); de acción (como mediación ante la ruptura familiar); y, de reacción ante el riesgo creíble de sustracción (barreras al viaje, exigencia de visados); todas ellas sin perjuicio de adecuadas soluciones legislativas para evitar la ocurrencia de las situaciones que el Convenio trata de evitar.

Una Herramienta De Trabajo, La Base De Datos Sobre La Sustracción Internacional De Niños

Una herramienta que resulta sumamente útil a la hora de confeccionar nuestros dictámenes es la base de datos de INCADAT. Dicha base fue creada en el año 1999, por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con el fin de promover un entendimiento mutuo y fundamentalmente la interpretación y el funcionamiento efectivo del Convenio de 1980.

Esta base de datos nos permite acceder a decisiones destacadas sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, así como también otras decisiones relevantes sobre sustracción internacional de niños. INCADAT comprende sumarios de decisiones actualizadas en forma permanente, que sin duda contribuyen a la hora de efectuar nuestros dictámenes.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)

Es el Organismo Especializado de la OEA en materia de niñez y adolescencia.

Como tal, asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El IIN tiene como máximo órgano a su Consejo Directivo integrado por las máximas autoridades en infancia de los 34 Estados del Sistema Interamericano. Esto lo posiciona como un espacio de búsqueda de consensos y compromisos de los gobiernos, articulador dentro del Sistema Interamericano y referente técnico a nivel regional en materia de niñez y adolescencia. Fundado en 1927, se integró como Organismo especializado de la OEA en 1949. Su vocación continúa siendo la de promover la consolidación de las democracias en la región y la construcción de una cultura de respeto a los Derechos Humanos, en especial los de la niñez y la adolescencia, tomando como referentes de su quehacer a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta Democrática Interamericana.

Objetivos:

1. Fortalecer las capacidades de los entes rectores de niñez de los Estados miembro de la OEA para garantizar integralmente el ejercicio pleno de derecho de niños, niñas y adolescentes, considerando como marco la promoción y protección de derechos que la CDN proclama.

2. Desarrollar mecanismos y herramientas que les permita a los Estados establecer estrategias y acciones para la promoción y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

3. Apoyar a los Estados en sus tareas de seguimiento, incidencia y monitoreo del cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

4. Fortalecer el posicionamiento del IIN como Órgano Especializado de la OEA en niñez y adolescencia, en el ámbito regional e internacional y, asimismo, articular y constituirse en referente insustituible en el Sistema Interamericano.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos.

A la fecha, veinticinco naciones americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención. Tal declaración, la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la persona, fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

Relatoría sobre los Derechos de la Niñez

Es un mecanismo especializado de la CIDH que colabora con ésta en el análisis. En el marco de su 100° período ordinario de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decidió crear la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez con el fin de fortalecer el respeto de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas. La Relatoría está a cargo de un Comisionado o Comisionada nombrada por el pleno de la Comisión.

La Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión colabora en el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas. La Relatoría asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia. Asimismo, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes. y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas. Asimismo, asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia. De igual forma, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes.

La Restitución Internacional De Niños, Niñas Y Adolescentes En El Derecho Venezolano

En este punto es importante referirse primeramente a los aspectos de derecho sustantivo y, luego, a los de derecho procesal, especialmente a la jurisdicción y competencia de los tribunales, siguiendo, en ambos casos, el orden de prelación de las fuentes previsto en la Ley de Derecho Internacional Privado (en lo sucesivo Ley de DIP) venezolana.

Normativa vigente en Venezuela en materia de Restitución Internacional De Niños, Niñas Y Adolescentes.

De acuerdo al artículo 1º de la Ley de DIP, las normas aplicables en dicha materia serán, en primer lugar, las que establezcan los tratados internacionales vigentes en este país, los cuales, como antes se dijo, son: y la Convención Interamericana y la Convención de La Haya. Las disposiciones de ambas Convenciones resultan aplicables en Venezuela, con excepción de las reservas formuladas, las cuales se refieren, en la primera, a los artículos 24 y 26; en la segunda, al artículo 34.

En segundo lugar, se aplicarán como fuentes las normas de Derecho Internacional Privado venezolano, las cuales están contenidas fundamentalmente en la propia Ley de DIP, cuyos artículos 26º (tutela y demás instituciones de protección), 11º (calificación del domicilio) y 13º (domicilio de menores e incapaces) resultan aplicables en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. El artículo 26º dispone que: “La tutela y demás instituciones de protección de incapaces se rigen por el Derecho del domicilio del incapaz.” Para su aplicación, esta norma debe concordarse con lo previsto en los artículos 11º y 13º e jusdem, lo que permite afirmar que, para los efectos en ella previstos, el domicilio de los incapaces (a estos fines: niños, niñas y adolescentes), se encuentra en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual.

Por lo tanto, al someterse en la norma de conflicto contenida en el mencionado artículo 26, todo lo relacionado con las instituciones de protección (entre ellas la restitución) de los incapaces, al Derecho de su domicilio, entendiéndose ubicado éste en el territorio del Estado donde estas personas tienen su residencia habitual, puede afirmarse que, dicha solución, está en perfecta armonía con lo previsto en la letra a) del artículo 3 de la Convención de la Haya, y en el artículo 4 de la Convención Interamericana, donde también se considera aplicable, a los fines allí previstos, el Derecho del Estado donde estaba la residencia habitual del menor, antes de su traslado o retención.

En consecuencia, la aplicación del Derecho de la residencia habitual de los niños, niñas o adolescentes trasladados o retenidos, para calificar la ilicitud o ilegalidad del traslado o retención, es una solución en la cual concuerdan perfectamente las mencionadas Convenciones y el Derecho Internacional Privado venezolano. Para complementar lo anterior habría que añadir que, al encontrarse prevista dicha solución en el Derecho interno venezolano, la misma se aplica también frente a los otros Estados que no sean Parte de ninguna de las Convenciones mencionadas.

Otra disposición que resulta aplicable en la materia, es el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo LOPNNA), el cual regula lo referido a la “Retención del niño o niña”, en los siguientes términos:

“El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo o hija cuya Custodia haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la Custodia, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo o hija, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño, niña o adolescente retenido.”

Mediante esta norma, cuyo origen es anterior a la fecha en que entró en vigencia, para Venezuela, la Convención Interamericana, quedaron regulados, en

el Derecho interno venezolano, los supuestos de sustracción o retención indebida de niños, niñas y adolescentes. En esta norma se consagran las consecuencias jurídicas que, conforme a dicho Derecho, se producen en cualquiera de los mencionados supuestos, existan o no elementos de extranjería en su planteamiento, ya que, como puede observarse, nada hay en el texto de dicha norma, que limite su aplicación sólo a los casos nacionales o, excluya, directa o indirectamente, los casos internacionales. Sin embargo, lo que ocurre en la práctica es que la mayor parte de los casos de sustracción o retención ilícitas o indebidas de niños, niñas o adolescentes, en los cuales existen elementos de extranjería, están relacionados con Estados Partes de una de las Convenciones internacionales vigentes para Venezuela, por lo que cualquiera de ellas que se invoque, tendrá siempre aplicación preferente a lo previsto en el citado artículo 390 de la LOPNNA.

Muy diferente sería la situación, si no estuviese vigente, en Venezuela, tratado o convención internacional alguno en la materia, caso en el cual haya o no elementos de extranjería en el supuesto de hecho que se plantea, a la correspondiente sustracción o retención ilícita de niños, niñas o adolescentes la única disposición aplicable sería la citada norma legal. Por lo tanto, procede aplicar dicha norma, especialmente, cuando el elemento de extranjería del caso conecta con un Estado que no es Parte de alguno de los instrumentos internacionales vigentes en Venezuela o, cuando se trata de un caso absolutamente nacional.

Venezuela en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. Aspectos procesales: Jurisdicción y Competencia

Utilizando el orden de prelación de las fuentes de Derecho Internacional Privado, previsto en el mencionado artículo 1º de la Ley de DIP, es importante referirse a las previsiones sobre jurisdicción contenidas en la Convención de La Haya y en la Convención Interamericana.

Estas son, por su naturaleza, convenios de cooperación entre Estados, destinados o garantizarla inmediata restitución de niños, niñas o adolescentes

trasladados o retenidos ilícitamente, simplificando para ello las actuaciones y formalidades requeridas para el logro de este objetivo, las cuales serían muy engorrosas si el mismo lo tuviese que alcanzar, cada uno de los Estados, por separado. Sin embargo, aun cuando no se trata de Convenciones cuyo objeto es lograr acuerdos sobre derecho aplicable, jurisdicción, autoridades o reconocimiento de decisiones, resultó necesario que, para el logro de sus objetivos, algunas de sus disposiciones previesen, aun cuando fuese de manera indirecta, ciertas soluciones vinculadas a tales aspectos.

En cuanto al derecho aplicable, ambas Convenciones coinciden en aplicar el derecho del Estado de la residencia habitual de los niños, niñas o adolescentes, para determinar el carácter ilícito o ilegal de su traslado o retención, a fin de decidir la procedencia o no de la restitución solicitada (letra a) del artículo 3 de la Convención de la Haya y artículo 4 de la Convención Interamericana, debiendo advertirse, de antemano, que la referencia expresa que se hace a este derecho es sólo a los fines indicados, y no como criterio de jurisdicción.

Jurisdicción De Las Autoridades De Los Estados Partes

Cabe destacar dos aspectos: la jurisdicción para conocer de las respectivas solicitudes de restitución y, la jurisdicción para decidir la procedencia o no de la restitución solicitada, así como los conflictos sobre custodia o visitas que subyacen en los casos de traslados y retenciones ilícitas de niños, niñas y adolescentes.

Con relación al primero de estos aspectos, encontramos una de las pocas diferencias que existen entre ambas Convenciones, ya que el artículo 6 de la Convención Interamericana confiere competencia, en forma expresa, a tres distintas autoridades judiciales o administrativas, a saber:

a) las del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; a opción al actor y cuando existan razones de urgencia,

b) las autoridades del Estado Parte donde, en ese momento, se encuentra o se supone que se encuentra el menor trasladado o retenido ilícitamente y,

c) las autoridades del Estado Parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

Si bien en este estudio se utiliza el término competencia, es obvio que se refiere a la competencia internacional o jurisdicción, como lo señala en su tercero y último párrafo al prever que:

“El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.”

En la Convención de La Haya, el artículo 8 contiene una solución más amplia, ya que la solicitud de restitución puede presentarse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o, a la de cualquier otro Estado contratante.

En relación a la jurisdicción para decidir sobre la procedencia o no de la restitución, ambas Convenciones aluden a las autoridades del Estado donde se encuentra el niño, niña o adolescente, ya que son las llamadas a restituirlos, en caso de una decisión favorable.

En cuanto al conocimiento y decisión de los eventuales conflictos sobre custodia o visitas, debe reconocerse que no hay previsión al respecto en ninguno de los mencionados instrumentos. En efecto, si lo que persiguen ambas Convenciones es que en los Estados Partes se respeten los derechos de custodia y de visita, que existan en el momento en que los respectivos niños, niñas o adolescentes son trasladados o retenidos, no tiene ningún sentido y no es materia de estos convenios de cooperación, entrar a resolver otros problemas sobre custodia o visitas. Por ello, resulta lógico que dichos problemas sean decididos por las autoridades del Estado donde residía de manera habitual el niño, niña o adolescente.

Habida cuenta de lo complejo del aspecto, resulta conveniente tener presentes los comentarios de la relatora Elisa Pérez Vera, contenidos en su Informe Explicativo

del Convenio de La Haya, los cuales contribuyen a aclarar la situación y constituyen una reflexión válida para la Convención Interamericana. En los dos párrafos que se transcriben a continuación, afirma dicha relatora:

“... B) Los objetivos del Convenio. 16. Los objetivos del Convenio, que constan en el artículo primero, se podrían resumir de la forma siguiente: dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del *statu quo* mediante la «restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante».

Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia, llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado.

“...19. En un último esfuerzo de clarificación de los objetivos convencionales, cabe subrayar que, de conformidad especialmente con lo dispuesto en el artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia, situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía *ex lege* como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente.”

En cuanto a las normas sobre jurisdicción contenidas en el Derecho Internacional Privado venezolano, resultan aplicables los Artículos 39° y 42° de la Ley de DIP. El artículo 39° establece como criterio de jurisdicción, el domicilio del demandado, el cual es aplicable para todo tipo de acción; y el artículo 42° establece el

paralelismo y la sumisión expresa y tácita, ambos aplicables, específicamente, para las acciones sobre estado de las personas y relaciones familiares.

Ambos criterios de jurisdicción pueden aplicarse en los casos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, especialmente si no existe tratado internacional alguno entre Venezuela y el otro Estado. La misma Ley de DIP incluye normas sobre competencia interna de los tribunales, con criterios territoriales, destinadas a facilitar la aplicación de sus disposiciones referidas a la jurisdicción.

Interpretación de la Regulación Internacional en Materia de Restitución de Niños, Niñas Y Adolescentes en las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

De acuerdo al Derecho venezolano, las sentencias dictadas por los Tribunales de Instancia en materia de restitución internacional de niños niñas y adolescentes, no pueden ser recurridas en casación, debido a que no ponen fin a un juicio sobre estados familiares, capacidad de las personas o de establecimiento de un nuevo acto del estado civil.

En consecuencia, dichas sentencias sólo llegan a ser conocidas por el Tribunal Supremo de Justicia: a) si se ejerce contra ellas una acción de amparo constitucional por amenaza o violación de derechos o garantías constitucionales, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Constitucional; b) si se consulta una decisión relativa a la jurisdicción venezolana, materia de la cual conoce la Sala Político-Administrativa.

Entre los años 2000 a 2010, el Tribunal Supremo de Justicia conoció siete (7) casos de acciones de amparo constitucional y dos (2) consultas sobre la jurisdicción venezolana, relacionados con la materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. En todos estos casos, los hechos estaban vinculados a Estados Partes de la Convención de La Haya; sin embargo, resulta curioso, tal y como se verá, la impropia referencia que se hace, en algunos de ellos, a la Convención Interamericana.

Consultas Sobre Jurisdicción Venezolana.

Acción de Amparo Constitucional.

Caso 1. Sentencia 01560, de fecha 4 de Julio de 2000.

Hechos: Padre residente en USA, en ejercicio de guarda y custodia de hija de 7 años, solicita restitución alegando retención ilícita conforme la CLH. Madre con derecho de visitas, retiene la hija en Venezuela, luego de vacaciones escolares, solicita restitución de la guarda y custodia, alegando ejercerlas de hecho.

Acción: Padre demanda falta de jurisdicción del tribunal venezolano, para decidir lo solicitado por la madre, porque la residencia habitual de la niña estaba en USA, según convenio de los progenitores.

Decisión de instancia: Niega la restitución porque la niña se opuso a ella (art. 13 CLH); declara sin lugar la falta de jurisdicción por: 1- la ley venezolana protege a los menores que se encuentran en el país;

2- la niña es venezolana;

3- la niña se niega a regresar con el padre. Alude a la CI.

Sentencia TSJ: Afirma la jurisdicción venezolana por considerar la guarda y custodia materia de orden público, que no puede ser relajada ni renunciada por convenios entre particulares. Lo convenido por los padres no podía derogar la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

Comentarios

-El Tribunal de Instancia negó la restitución con fundamento en la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que condiciona la oposición del menor a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez, en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. En la argumentación para decidir no se aludió a ninguna de dichas condiciones, al punto que ni siquiera se menciona la edad de la niña.

-La solicitud de la madre para que se le confiriera la guarda y custodia de la hija, antes de haberse decidido la restitución solicitada por el padre con base al

convenio sobre custodia y visitas celebrado con la madre, ante una autoridad judicial competente, en fecha anterior a la retención ilícita de la hija, ha debido resolverse de acuerdo al artículo 16 de la mencionada Convención. Dicho artículo está concebido para facilitar el cumplimiento del objetivo convencional relativo al retorno del menor y, por eso, prohíbe, expresamente, a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde ha sido trasladado o está retenido ilícitamente el niño, niño o adolescente, resolver sobre el fondo del derecho de custodia, después de haber sido informadas de dicho traslado o retención en el sentido previsto en su artículo 3, hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del convenio para la correspondiente restitución o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud del convenio.

-El convenio sobre custodia y visitas celebrado entre los progenitores, y cuya existencia aceptó la propia madre, se fundamenta en el último párrafo del artículo 3 de la citada Convención de La Haya, según el cual:

“...El derecho de custodia...puede resultar, en particular...o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.” Por cuanto Venezuela no hizo reserva a esa disposición, carece de sentido la invocación del artículo 12 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, así como del artículo 6 del Código Civil, pues procede aplicar lo dispuesto en dicha Convención, de acuerdo al orden de prelación de las fuentes de Derecho Internacional Privado, previsto en el artículo 1 de la Ley de DIP.

-La alusión a la Convención Interamericana era improcedente, por cuanto los Estados Unidos de América no es Estado Parte.

Acción de Amparo Constitucional.

Caso 2. Sentencia 333, de fecha 28 de Febrero de 2007.

Hechos: Madre residente en USA, en ejercicio de custodia de hija de 14 años, solicita restitución alegando retención ilícita conforme la CLH. Padre con derecho de visitas. La hija se niega a regresar con la madre, luego de las vacaciones. 1ª. Instancia

admite la solicitud y dispone la inmediata restitución, inaudita parte y sin procedimiento previo.

Acción: El padre recusa la juez y apela del auto de admisión. Declarada sin lugar la apelación por el superior, el padre interpone acción de amparo contra dicho auto, en su propio nombre y en el de su hija adolescente.

Decisión de instancia: Declara inadmisibile la acción de amparo porque no se acudió a los medios procesales ordinarios.

Sentencia TSJ: Declara sin lugar la apelación contra la decisión de instancia, por haber cesado la supuesta violación de derechos constitucionales al dictarse sentencia en 1ª. Instancia, ratificando la restitución de la adolescente, no obstante su oposición. Recomienda al padre solicitar la modificación de la guarda, por tratarse de un procedimiento distinto al de restitución.

Comentarios

Resulta inadmisibile que, después de haber hecho expresa referencia a la decisión del Tribunal de 1ª. Instancia, en la cual se ratifica que procede la restitución internacional de la adolescente y, ésta debe regresar con su madre a su residencia habitual en los Estados Unidos de América, para dar así cumplimiento al objetivo previsto en la letra a) del artículo 1 de la Convención de La Haya, la propia Sala Constitucional indique al padre y a la adolescente, en la misma sentencia, que pueden iniciar, a continuación, un juicio de guarda con arreglo a la ley venezolana.

Tal afirmación es contraria al mencionado objetivo y a la finalidad del artículo 16 de dicha Convención, el cual posterga la decisión referida a “...la cuestión de fondo sobre los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud del presente Convenio”

En efecto, si la propia sentencia reconoce que si se reúnen las condiciones para la restitución de la adolescente y, por tanto, ésta debe ser efectivamente restituida al Estado requirente, resulta improcedente que, como se lo aconseja la Sala, el padre

inicie un procedimiento sobre los derechos de custodia, ante las autoridades judiciales del propio Estado requerido, ya que sería responsable por desacato a la sentencia donde se dispone tal restitución.

Acción De Amparo Constitucional

Caso 3. Sentencia 1275, de fecha 13 de Agosto de 2008.

Hechos: El padre retoma los hechos planteados en el caso de la sentencia 333, de 27/02/2007, y apela la decisión de 1ª Instancia, que ratificó la restitución de la hija a USA, sin valorar su oposición conforme al art. 13 de la CLH.

Decisión de instancia: Declara parcialmente con lugar la apelación, pero ordena la restitución inmediata de la adolescente a USA.

Acción: El padre introduce acción de amparo constitucional y alega violaciones al orden público.

Sentencia TSJ: Declara terminado el procedimiento de amparo intentado por el padre, porque transcurrieron más de seis meses desde la última actuación del accionante hasta la fecha de la sentencia, y porque, a su juicio, no estaba involucrado el orden público.

Voto salvado: El magistrado disidente afirmó que “...en el caso concreto, sí estaba involucrado el orden público y, por tanto, no debió declararse la terminación del procedimiento por abandono del trámite...” “...la Sala ha mantenido criterio respecto a que cuando pudieran verse afectados los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes estará presente el orden público...”.

Comentarios

En anteriores decisiones, el máximo Tribunal venezolano no ha dudado en oponer la naturaleza de orden público de la guarda, conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, aplicando dicha norma con preferencia, incluso frente a Convenciones internacionales vigentes para Venezuela. Sin embargo, en esta oportunidad, la propia Sala Constitucional, desatendiendo el mandato que le da la Constitución, en lugar de

continuar, de oficio, un procedimiento en el cual se había llevado, a su conocimiento, numerosas violaciones a la normativa constitucional y al Derecho convencional, decidió darlo por terminado. Lo que le correspondía hacer a la Sala, quedó contundentemente expresado por el Magistrado disidente en la conclusión de su voto salvado.

Acción de Amparo Constitucional.

Caso 4. Sentencia 850 de fecha 19 de Junio de 2009.

Hechos: Progenitores residentes en Francia. La madre ejerce la custodia del menor hijo, por decisión judicial, y lo traslada a Venezuela por problemas de visa. Luego del traslado del niño, un tribunal francés le atribuye al padre su patria potestad y fija con él su residencia. El padre solicita se ejecute esta decisión y se restituya al niño, alegando su traslado ilícito conforme la CLH. En 1ª. Instancia se admite la solicitud y se ordena que comparezca la madre y el niño para ser oído y, 4 días después, dicta otro auto, ordenando la restitución inmediata del niño, inaudita parte y sin procedimiento alguno.

Acción: La abuela materna (la madre no apareció) introduce amparo contra este auto y alega la necesidad de exequátur de la sentencia francesa.

Decisión de instancia: Declara parcialmente con lugar el amparo: la nulidad del auto, ordena el procedimiento a seguir y sin lugar el exequátur porque procedía continuar con la restitución solicitada conforme la CLH y la CI.

Sentencia TSJ: Considera inadmisibile el amparo, nula la sentencia de 2ª. Instancia y se pronuncia de oficio sobre el expediente, en resguardo del orden público. Decide que en el caso no se reúnen los requisitos para una restitución conforme la CLH, ya que lo que el padre pretende es ejecutar una sentencia extranjera valiéndose de la CLH.

Caso 5. Sentencia 01683, de fecha 16 de Octubre de 2007.

Hechos: Padre residente en USA, en ejercicio de la custodia de la hija por convenio con la madre, homologado por tribunal venezolano. La madre con derecho de visita, sin visa de USA, conviviría con la niña cuando el padre la llevara a Venezuela. La madre solicita la restitución de guarda y custodia de la hija porque el padre no cumplió lo acordado. 1a. Instancia concede la guarda provisional a la madre y solicita a la Autoridad Central venezolana tramitar la restitución conforme a la CLH, pero no envía la respectiva documentación.

Acción: El padre contesta la demanda y opone, luego, falta de jurisdicción del tribunal venezolano.

Decisión de instancia: Declara que Venezuela no tiene jurisdicción porque la niña estaba domiciliada en otro país.

Sentencia TSJ: Afirma la jurisdicción venezolana porque ambas partes se sometieron a la misma, conforme al numeral 2 del art. 42 de la Ley de DIPr (sumisión tácita). Además, considera que la demanda está vinculada con una niña, que es venezolana y lo referido a la guarda es materia de orden público, conforme a la ley venezolana.

Comentarios

A pesar de los elementos de extranjería presentes en los hechos, el caso no llegó a tramitarse ni como solicitud de restitución internacional de la niña, ni siquiera como una violación del derecho de visitas vigente en Venezuela, ante las autoridades de los Estados Unidos de América. La Convención de La Haya sólo se mencionó, pero no se aplicó y la Sala nada dijo al respecto.

Se procedió a afirmar la jurisdicción de los Tribunales venezolanos mediante la aplicación de la Constitución de la República y las normas procesales sobre jurisdicción contenidas en la Ley de DIP, complementando su motivación con disposiciones de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente para enfatizar la naturaleza de orden público de la guarda.

Acción de Amparo Constitucional.

Caso 6. Sentencia 242 de fecha 16 de Abril de 2010.

Hechos: Madre residente en España, en ejercicio de la custodia de sus 2 menores hijos, según convenio con el padre, ante notario español. Padre con derecho de visitas, traslada ilícitamente los niños a Venezuela, y la madre solicita la restitución conforme la CLH. La Autoridad Central venezolana remite al tribunal venezolano competente la respectiva solicitud de la Autoridad Central española, y se inicia al procedimiento previsto en el Derecho venezolano, para tales fines.

Acción: El padre interpone amparo ante el TSJ, por haberse afectado su derecho a la defensa al remitir la Autoridad Central venezolana la solicitud de restitución al tribunal de instancia, en lugar de hacerlo al TSJ para que se cumpla el procedimiento de exequátur del supuesto acuerdo de custodia suscrito por los progenitores, en territorio español bajo su derecho interno. Invoca la sentencia del TSJ 850 de 19/06/2009.

Sentencia TSJ: Declara improcedente in limine litis la acción interpuesta. Señala que, de acuerdo con la decisión mencionada se estimó necesario tomar en consideración la naturaleza del acto que origina la solicitud de restitución internacional. Que el caso es distinto, ya que no se pretende ejecutar una sentencia judicial, sino una actuación de la Autoridad Central venezolana, en aplicación de la CLH, la cual se activó por la solicitud de la Autoridad Central española, debido al traslado de un país a otro de unos menores, por un progenitor no custodio.

Acción de Amparo Constitucional.

Caso 7. Sentencia 579, de fecha 20 de Junio de 2000.

Hechos: Progenitores residenciados en USA, en ejercicio de la custodia de sus dos menores hijas. Padre autoriza viaje de las niñas a Venezuela, cuya duración fijó el tribunal que conocía del divorcio. La madre acepta su jurisdicción y que el padre tendría la custodia, si las niñas no regresaban oportunamente. La madre demanda divorcio en Venezuela y obtiene cautelar para que las niñas no regresen a USA en la

fecha fijada. Padre solicita restitución por retención ilícita, conforme la CLH. 1a. instancia la admite y ordena la restitución inmediata con apoyo de la fuerza policial, inaudita parte y sin procedimiento alguno.

Acción: La madre interpone amparo ante el intento de la fuerza policial de ejecutar la decisión judicial, en las condiciones mencionadas. -Decisión de instancia: Declara con lugar el amparo por violación del derecho a la defensa y al debido proceso.

Sentencia TSJ: Conoce en consulta del amparo y lo confirma parcialmente. Afirma que en la CLH: la urgencia mencionada en el art. 2 no niega que se abra un debate y la negación de los principios procesales más elementales es contraria a la ella; los arts. 12 y 13 presuponen un proceso cognitivo que garantice una decisión, fundada en las alegaciones y probanzas de las partes; el art. 7 anima a que la autoridad competente procure una solución amigable; de toda pretensión particular, el juez debe integrar el principio de libertad con el de justicia de los objetivos de la CLH.

Comentarios

Esta es una de las sentencias que interpreta con mayor detalle y precisión algunos artículos de la mencionada Convención, que han sido y siguen siendo objeto de innumerables discusiones dentro y fuera de los tribunales venezolanos.

Se ha convertido en jurisprudencia para la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención y, especialmente, al aclarar la necesidad de la apertura inmediata de un procedimiento que debe cursar ante los órganos competentes del Estado en el cual se formule una solicitud de restitución, para que, con absoluto respeto del derecho a la defensa, al debido proceso y a los derechos y garantías constitucionales que correspondan observar, se decida con justicia cada caso.

Proceso de Restitución Internacional De Niños, Niñas Y Adolescentes, Conocimiento Y Percepción de Algunos Actores Vinculados con Ello.

Fundamento Legal De La Restitución.

El Artículo 3 de la Convención de la Haya del 25 de Octubre 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Oportunidad para exigir la Restitución del Menor

El Artículo 12 de la Convención de la Haya, señala: “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente...”

Excepciones a La Restitución.

Al momento en que sea requerido que se restituya un menor a su país de residencia habitual, (bien sea por rogatoria, o a través de la Autoridad Central del país requirente), el Abogado que se oponga a la restitución, deberá alegar, fundamentar, y probar, entre otras cosas, las siguientes excepciones, de conformidad con el artículo 13 ejusdem: 1.- Que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido,

2.-Que el solicitante de la restitución había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención. En este punto, debo hacer una observación, no es lo mismo “retener” a un menor, que “trasladar” a un menor. Los Abogados debemos ser cuidadosos en este sentido.

3.-Que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. En este sentido, nuestros Tribunales han aceptado que esta excepción abarca no sólo al menor, sino a cualquier persona, cuyo interés primario indique que pueda ser expuesto a tal peligro o situación.

4.- Que la restitución no procede pues no lo permiten los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

5.-Que de haberse obtenido una medida, decisión interlocutoria, sobre la custodia, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Procedimiento Para La Restitución

El procedimiento para de la Restitución Internacional se rige por los siguientes

Artículos:

Artículo 8: Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9: 1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

- a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;
 - b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y
 - c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.
2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:
- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
 - b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
 - c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;
 - d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y
 - e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.
- Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

Tal y como se desprende de los artículos anteriormente expuestos, el Proceso de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes el Estado debe ser entendido en su manifestación administrativo ejecutiva, judicial y legislativa, con lo cual se incluye a cualquier funcionario público de cualquier nivel que desempeñe actividades en cualquiera de esas ramas.

En este sentido, la eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios

idóneos y experiencia probada en este género de tareas. Por lo tanto, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, son al menos cuatro los órganos de derechos humanos que están llamados a observar y en su caso, determinar la existencia de violaciones a los derechos humanos de niñas y niños, pero además, esos mismos órganos son quienes pueden dar asistencia a los Estados al igual que a la familia para que éstos cumplan con sus obligaciones en el ámbito que aquí se estudia.

Derecho Internacional y Derecho Comparado

Mucho se ha insistido en que la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 Nov., 1989 en vigor desde 2 de septiembre, 1990), produjo un fuerte cambio de paradigma en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política, regulación y protección, para pasar a convertirse en sujetos de derecho.

Nuestras comunidades reconocen e integran a los niños y niñas como sujetos autónomos capaces de formarse su propia opinión, de manifestarla, y de ser tomados en serio. Y esa nueva condición impacta la labor de jueces y

Juezas decidiendo casos y adoptando medidas concernientes a los niños, para recuperar el lenguaje del artículo 3.1 de la Convención. El cambio, se dijo, venía motivado por el reconocimiento del interés superior del niño como piedra angular de las decisiones relativas a niños, niñas y adolescentes:

Artículo 3:1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1).

Desde luego que, así descrito, el interés superior del niño presenta escasos límites a la discrecionalidad decisional de jueces y demás autoridades públicas. Una de las primeras críticas que se formuló en contra del principio fue la extensión que abría a la arbitrariedad de la autoridad, pues prácticamente cualquier decisión podía terminar justificándose en el interés de los niños y adolescentes involucrados, cuestión particularmente cierta en el continente.

La respuesta judicial ha variado dependiendo de los distintos tipos de conflictos en los que se reclama la vigencia de los derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes. El derecho comparado nos enseña que los tribunales han debido resolver casos de conflictos entre el Estado, de una parte, y niños y sus padres, de otra.

Asimismo, el desarrollo de las ideas acá reseñadas ha evidenciado una evolución en la configuración de la autonomía de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos constitucionales, previsto que el ordenamiento jurídico se los reconoce. En concreto, esa esfera de autonomía (el interés superior del niño) se construyó en sus inicios con referencia casi exclusiva al interés del Estado y, el personal, de los jueces, para luego identificar el mejor interés de los niños con referencia exclusiva a los intereses de los padres. Como se ha señalado, sin embargo, los casos más complejos son aquellos en que se transita desde la identificación de los intereses del niño con el de sus padres, a los intereses del niño configurados autónomamente.

2.2. Bases Legales

Según Villafranca D. (2002), "Las bases legales no son más que leyes que se sustentan de forma legal el desarrollo del proyecto", al tal efecto, o se exponen las leyes que respaldan el estudio.

En el ámbito nacional, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), dispone que todas las convenciones sobre Derechos Humanos tengan carácter vinculante para el país, es decir, prevalecen en el orden interno,

siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales y todos los demás órganos del poder público.

Venezuela protege a los niños niñas y adolescentes por medio de la Constitución (Art. 78), la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente vigente desde 1998 y del Código Penal. La Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente, establece tanto medidas generales para la protección, como medidas específicas ante la violación de los derechos (Art.125 y 126).

El estado asume la obligación de garantizar programas permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral dirigidos a aquellos niños, niñas y adolescentes, que hayan sido víctimas de abuso o explotación sexual.

La utilización de niños, niñas y adolescentes es sancionada por medio de la Ley contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2005 que castiga a quien explote la industria o el comercio de la pornografía, agravando la pena si involucra niños, niñas o adolescentes (Art. 14). Por otra parte la Ley sobre Delitos Informáticos de 2001 penaliza utilización de niños, niñas y adolescentes, o de su imagen, con fines de exhibición pornográficos. Además Venezuela dispone del Plan de Acción Nacional contra el Abuso Sexual y la Explotación comercial de niños, niñas y adolescentes, diseñado por el Consejo Nacional de derechos del niño y del adolescente.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) en el Capítulo V De los Derechos Sociales y de las Familias, Artículo 75. Establece que:

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen.

Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Del mismo modo, en el Artículo 78, se refiere que:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, el Código Civil Venezolano dicta normas de protección al menor tal y como se desprende en su Artículo 33, establece que:

El domicilio de cada uno de los cónyuges se determinará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de este Código. El menor no emancipado tendrá el domicilio del padre y la madre que ejerzan la patria potestad. Si los padres tienen domicilios distintos, el domicilio conyugal determinará el del menor. Si está bajo la guarda de uno de ellos, el domicilio de este progenitor determinará el del menor. Si el menor está bajo tutela, su domicilio será el del tutor. El entredicho tiene el domicilio de su tutor.

De la misma manera, en los artículos 301, 318, y 319, se establecen medidas de protección al menor:

Artículo 301.- Todo menor de edad que no tenga representante legal será provisto de tutor y protutor y suplente de éste.

Artículo 318.- El Estado asumirá de hecho la tutela de los menores abandonados y la ejercerá en la forma que determinen leyes especiales. Respecto de otros menores sometidos a tutela, el Estado ejercerá vigilancia especial sobre ella, de acuerdo con las leyes.

Artículo 319.- En tanto que se dicten las leyes especiales que prevé el artículo anterior, cualquier Autoridad Civil o de policía que tenga conocimiento de la existencia de menores abandonados o desamparados, deberá pedir el depósito de estos al Juez Civil de la localidad, sin perjuicio de que pueda por sí misma tomar esa medida.

Por otra parte, el Código Penal de Venezuela en su Artículo 178, señala:

Cualquiera que con un objeto extraño al de satisfacer sus propias pasiones, de contraer matrimonio o de realizar alguna ganancia hubiere arrebatado a una persona, menor de quince años, aun consintiéndolo ella, del lado de sus padres, tutores o demás guardadores siquiera sean temporalmente, será castigado con prisión de seis meses a dos años; e igual pena se impondrá al que, indebidamente, secuestre a dicha persona aunque esta preste su asenso para ello.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA)

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la cual entro en vigencia el 1 de abril de 2000. Esta ley surge gracias a un movimiento social en el que participan diversos integrantes de la sociedad y en el que niños, niñas y adolescentes son protagonistas. Este instrumento legal se ajusta al paradigma de protección integral en la convención internacional sobre los derechos del niño.

Antecedentes.

El origen de esta ley se remota a la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, cuyo objeto principal fue transformar necesidades en derechos; por ejemplo: anteriormente se consideraba

que la infancia tenía necesidad de educación y salud; con la aprobación de la Convención se transformaron en derechos en vez de necesidades. El 29 de agosto de 1990, se promulgó en Venezuela la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño para brindarles protección social y jurídica a los niños, niñas y adolescente.

Objeto de la LOPNA

El objeto de la LOPNNA es regular los derechos y garantías, así como los deberes y responsabilidades relacionadas con la atención y protección de los niños, niñas y adolescente, además esta ley refuerza el concepto de familia como célula fundamental de la sociedad, por lo que le da gran importancia a las obligaciones que tiene como responsable principal, inmediata e irrenunciable en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Esta ley tiene rango constitucional, es decir, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada el 15 de diciembre de 1999, en su capítulo V establece que hay que darle prioridad a la protección integral del niño, niña y adolescente. Así mismo señala:

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

Se puede considerar que entre los propósitos de la LOPNA están:

-Concibe al niño como sujeto social de derechos, Son personas, ciudadanos por lo tanto se les debe reconocer sus derechos y deberes en cada etapa de su desarrollo.

-Busca distribuir las responsabilidades de la protección de los niños, niñas y adolescentes entre la familia, la comunidad, la sociedad y el Estado en sus distintos

niveles de actuación (municipal, regional y nacional, judicial, legislativo y ejecutivo).

-Se propone otorgar nuevos derechos a los niños, niñas y adolescentes hasta ahora no incluidos en ninguna ley nacional.

Contempla así derechos tales como a participar, a opinar, a ser respetados por los educadores, etc.

-Establece los deberes que tienen los niños, niñas y adolescentes en cada etapa de desarrollo, Se entiende que el ejercicio ciudadano lleva necesariamente a la responsabilidad, lo cual requiere madurez necesaria para asumir las tareas y deberes.

-Se establece la obligación del Estado de proteger y apoyar a la familia como grupo social esencial y la prohibición expresa de la entrega o renuncia a la maternidad o paternidad por razones de pobreza.

-Establece normas, procedimientos y estrategias diversas para la protección integral de todos los niños, niñas y adolescentes que son víctimas claramente diferentes de los previstos para la protección, atención y o tratamiento de los adolescentes que son victimarios.

Derechos

Entre los derechos establecidos se encuentran: derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la protección en casos de conflictos armados, a la educación, acceso a la información, a preservar su identidad, al nombre y nacionalidad, a no ser separado de sus padres, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la recreación y la cultura, a la protección y seguridad, a la participación libre y al desarrollo.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos de la exposición a material pornográfico y películas o video-juegos que inciten a la violencia; así como la venta de licores y cigarrillos que inducen al vicio. Aquellos comercios que violen este derecho serán sancionados, tal como lo establece la LOPNA.

Deberes

Entre los deberes están: honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsable, siempre y cuando sus órdenes no violen los derechos y garantías e los niños; respetar los derechos y garantías de las demás personas; cumplir sus obligaciones en materia de educación; honrar a la Patria y sus símbolos; Cualquier otro deber que sea establecido en la ley.

La LOPNA consta de 685 artículos, los más importantes e innovadores son:

Del título I de las Disposiciones Directivas:

Artículo 1°. Objeto. Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles desde el momento de su concepción.

Artículo 3°. Principio de Igualdad y no Discriminación. Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, ético o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o adolescente, de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares.

En el artículo 3, se establece la igualdad de las personas, es decir, prohíbe la discriminación por raza, credo, sexo, posición económica, origen social, discapacidad o enfermedad.

Artículo 8°. El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El Artículo 8, precisa que el estado, la familia, y la sociedad deben asegurar todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Señala asimismo, que el interés superior de la infancia y de la adolescencia es un principio general y de obligatorio cumplimiento para asegurar su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos y garantías.

Título II Capítulo II de los Derechos, Garantías y Deberes

Artículo 50. Salud Sexual y Reproductiva. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser informados y educados, de acuerdo a su desarrollo, en salud sexual y reproductiva para una conducta sexual y una maternidad y paternidad responsable, sana, voluntaria y sin riesgos.

El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar servicios y programas de atención de salud sexual y reproductiva a todos los niños y adolescentes. Estos servicios y programas deben ser accesibles económicamente, confidenciales, resguardar el derecho a la vida privada de los niños y adolescentes y respetar su libre consentimiento, basado en una información oportuna y veraz. Los adolescentes mayores de 14 años de edad tienen derecho a solicitar por sí mismos y a recibir servicios.

De la misma manera, el Artículo 50 refiere que: el estado debe garantizar a los niños y adolescentes el derecho a ser educados e informados sobre salud sexual y reproductiva, maternidad y paternidad responsable, sana, voluntaria y sin riesgos, de acuerdo a su edad y capacidad.

Artículo 60. Educación de Niños y Adolescentes Indígenas. El Estado debe garantizar a todos los niños y adolescentes indígenas regímenes, planes y programas de educación que promuevan el respeto y la conservación de su propia vida cultural, el empleo de su propio idioma y el acceso a los conocimientos generados por su propio grupo o cultura. El Estado debe asegurar recursos financieros suficientes que permitan cumplir con esta obligación.

Artículo 61. Educación de Niños y Adolescentes con Necesidades Especiales. El Estado debe garantizar modalidades, regímenes, planes y programas de educación específicos para los niños y adolescentes con necesidades especiales. Asimismo, debe asegurar, con la actividad participación de la sociedad, el disfrute efectivo y pleno del derecho a la educación y el acceso a los servicios de educación dónde estos niños y adolescentes. El Estado debe asegurar recursos financieros suficientes que permitan cumplir esta obligación.

En este Artículo se establece que el Estado debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales el disfrute efectivo y pleno del derecho a la educación, así como programas de educación específicos, de acuerdo a sus necesidades.

Artículo 80. Derecho a Opinar y a Ser Oído. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a:

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

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

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

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

Parágrafo Tercero: Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, éste se ejercerá por medio de sus padres, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño o

adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión.

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

Y por último, el artículo 80 se refiere a que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a opinar y ser oídos, pueden expresarse libremente en asuntos de su interés, además, sus opiniones deben ser considerados en función de su desarrollo. Este es uno de los artículos más novedosos de esta ley.

Sistema de protección del niño y del adolescente

El sistema de protección del niño y del adolescente se denomina así porque todos sus componentes son importantes y trabajan articuladamente. La LOPNA lo define como el conjunto de órganos, entidades y servicios que formulan, coordinan, integran, orientan, supervisan, evalúan y controlan las políticas, programas y acciones de interés público para la protección debida a los niños, niñas y adolescentes.(ver fig. 1) Para proteger todos esos derechos, la LOPNA creó el Sistema de Protección del Niño y del adolescente (Art.117), dividido así:

Artículo 117. Definición, Objetivos y Funcionamiento. El Sistema de Protección del Niño y del Adolescente es el conjunto de órganos, entidades y servicios que formulan, coordinan, integra, orientan, supervisar, evalúan y controlan las políticas, programas y acciones de interés público a nivel nacional, estatal y municipal, destinadas a la protección y atención de todos los niños y adolescentes, y establecen los medios a través de los cuales se asegura el goce efectivo de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley. Este sistema funciona a través de un conjunto articulado de acciones intersectoriales de interés público desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o descentralizado, y por entes del sector privado.

Artículo 118. Medios. Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente cuenta con los siguientes medios:

- a) Políticas y programas de protección y atención;
- b) Medidas de protección;
- c) Órganos administrativos y judiciales de protección;
- d) Entidades y servicios de atención;
- e) Sanciones;
- f) Procedimientos;
- g) Acción judicial de protección.
- h) Recursos Económicos;

El Estado y la sociedad tienen la obligación compartida de garantizar la formulación, ejecución y control de estos medios y es un derecho de niños y adolescentes exigir el cumplimiento de esta garantía.

Órganos administrativos

Son las instancias públicas creadas por el estado con la participación activa de la sociedad, a las cuales se puede acudir en busca de orientación y solución de problemas relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para la defensa y protección de los derechos colectivos y difusos se crean los consejos de derechos; para la defensa de los derechos individuales se crean los Consejos de Protección en cada Municipio.

Consejo de Derechos: Nacional, Estatal y Municipal.

Consejo de Protección: Municipal

Órganos Jurisdiccionales

Dependen del Poder Judicial, son los que dictan la normativa jurídica para la resolución de problemas cuando una situación llega a su pleno conocimiento.

Estos organismos jurisdiccionales se dividen en:

Tribunales de Protección del Niño y Adolescente;

Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se conocerá el Recurso de Casación. En caso de que surjan conflictos en las familias, entre padres e hijos, pueden acudir a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, ya que éstos son los encargados de dirimir las controversias surgidas en el núcleo familiar.

El Ministerio Público

Mejor conocido como la Fiscalía, es el encargado de velar por el cumplimiento de las normativas legales. Debe contar con fiscales especializados para la protección del niño y del adolescente. Este fiscal especializado sustituye la figura del antiguo Procurador de Menores.

Las Entidades de Atención

Son aquellas instrucciones de interés público, que ejecutan programas, medidas y sanciones; deben asegurar el respeto a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, ajustando su funcionamiento al Principio del Interés Superior del Niño.

Pueden ser constituidas como organizaciones o asociaciones públicas, privadas o mixtas.

Las Defensorías

Artículo 201. Definición y Objetivos. La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio de interés público, organizado y desarrollado por el municipio o por la sociedad, con el objetivo de promover y defender los derechos de niños y adolescentes. Cada Defensoría tendrá un responsable, a los efectos de esta Ley.

Artículo 202. Tipos de Servicio. Las Defensorías del Niño y del Adolescente pueden prestar a éstos y a sus familias, entre otros, los siguientes servicios:

- a) Orientación y apoyo interdisciplinario;
- b) Atención de casos que ameriten la imposición de medidas de protección o que constituyan infracciones de carácter civil, administrativo o penal, a fin de orientarlos a la autoridad competente;
- c) Orientación en los casos que ameriten la atención de otros programas y servicios;
- d) Denuncia ante el Consejo de Protección o el juez competente, según sea el caso, de las situaciones a que se refiere la letra b);

- e) Intervención como defensor de niños y adolescentes ante las instancias administrativas, educativas y comunitarias que corresponda;
- f) Estímulo al fortalecimiento de los lazos familiares, a través de procesos no judiciales, para lo cual podrá promover conciliaciones entre cónyuges, padres y familiares, conforme al procedimiento señalado en la sección cuarta del Capítulo XI, en el cual las partes acuden normas de comportamiento en materia tales como: obligación alimentaria y régimen de visitas, entre otras;
- g) Fomento y asesoría técnica para la creación de programas de protección en beneficio de los niños y adolescentes;
- h) Asistencia jurídica a niños y adolescentes o sus familias, en materias relacionadas con esta Ley;
- i) Promoción de reconocimiento voluntario de filiaciones;
- j) Creación y promoción de oportunidades que estimule la participación de los niños y adolescentes en la toma de decisiones comunitarias o familiares que los afecten;
- k) Difusión de los derechos de los niños y adolescentes así como la educación de los mismos para la autodefensa de sus derechos;
- l) Asistencia a niños y adolescentes en los trámites necesarios para la inscripción ante el Registro del Estado Civil y la obtención de sus documentos de identidad;

Artículo 203. Principios. La prestación de los servicios indicados en el artículo anterior debe tomar en cuenta el interés superior del niño y la efectiva ejecución de los derechos consagrados en esta Ley y para ello debe basarse, entre otros, en los siguientes principios:

- a) Gratuidad;
- b) Confidencialidad;
- c) Carácter orientador y no impositivo.

Artículo 204. Usuarios. Pueden solicitar los servicios de la Defensoría del Niño y del Adolescente:

- a) Los propios niños y adolescentes;
- b) Sus familiares;
- c) Cualquier persona que tenga conocimiento de una situación que afecte los derechos de los niños y adolescentes. Las Defensorías del Niño y del Adolescente deben tener un archivo de los casos recibidos, resueltos y en trámite.

Artículo 205. Convenios de Cooperación. Las Defensorías del Niño y del Adolescente pueden celebrar convenios de cooperación y asistencia

con entes públicos, privados o mixtos, nacionales o interaccionales, para la organización y desarrollo de sus actividades. Son servicios de interés público organizados y desarrollados por los Municipios o la sociedad, con el fin de promover y defender los derechos de los niños, niños y adolescentes.

2.3. Definición De Términos Básicos

A continuación, se exponen los conceptos centrales del estudio:

Derechos Del Niño: Son un conjunto de normas jurídicas que protegen a las personas hasta cierta edad. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. Varios documentos consagran los derechos de la infancia en el ámbito internacional, entre ellos la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cada caso de sustracción es único y responde a causas específicas. Sin embargo, los cambios sociales, sobre todo en materia de migraciones, cambios tecnológicos y en sí en los sistemas jurídicos que ha traído consigo la era global, han creado condiciones propicias para el desarrollo de este fenómeno.

Estado Requerido: Es el Estado al cual se le exige devuelva, retorne al menor al Estado Requirente.

Estado Requirente: Es el Estado en el cual el menor tenía fijada su residencia.

La sustracción internacional o secuestro de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor.

Falta De Jurisdicción. Hay falta de jurisdicción, cuando el asunto sometido a la consideración del juez no corresponde en absoluto a la esfera de poderes y deberes que idealmente están comprendidos en la función genérica de administrar justicia, atribuida a los órganos del poder judicial, sino a la esfera de atribuciones que asignan la Constitución y las leyes a otros órganos del poder público, como son los órganos administrativos o los órganos legislativos.

La soberanía del Estado se ejerce en el ámbito espacial del territorio, y en determinadas materias, reglas de derecho internacional privado, aceptadas con fuerza obligatoria por nuestro país, excluyen la resolución del conflicto por los jueces venezolanos. En tal caso se dice que hay falta de jurisdicción frente al juez extranjero, pues ningún juez venezolano tiene poder para resolver el conflicto. El caso más patente se relaciona con los conflictos cuyo objeto esté constituido por bienes inmuebles situados en el extranjero.

Niño y Adolescente: según la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad. Si existieren dudas acerca de si una persona es niño o adolescente se le presumirá niño hasta prueba en contrario. Si existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario.

Restitución Internacional: Restitución Internacional de un menor tiene lugar cuando uno de los Progenitores, persona, institución u otro organismo, traslada o retiene en otro país distinto al de su residencia habitual a un menor, de forma ilícita, vulnerando los derechos de custodia o visitas, atribuidos al otro Progenitor, persona, institución u organismo.

Sustracción Internacional de Niños : Por Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes, entendemos aquella situación en la cual, uno de los padres sustrae, trasladando o reteniendo en el extranjero, a su hija/o menor de 16 años de edad manera ilegal, esto es, sin contar con el consentimiento del otro progenitor para hacerlo, violentando así el derecho de custodia o guarda y/o el de visita que ejercían individual o conjuntamente los padres antes de que ocurra el hecho, arrancándolo con ello de su lugar de residencia habitual.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo Investigación

La Investigación Jurídica es el conjunto de actividades tendientes a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento de lo jurídico en sus aspectos sistemático, genético y filosófico, a tal efecto, la presente investigación es de tipo dogmática jurídica la cual según Witker (1995) “Es aquella que concibe el problema Jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento factico o real que se relacione con la institución, norma Jurídica o estructural legal”. p 59.

Del mismo modo, es una investigación dogmática jurídica, de carácter histórico interpretativo tal y como lo refiere Witker (1995) “Carácter histórico: cuando hacen una evolución de una institución jurídica a la luz exclusivamente de cambios legislativos... interpretativas: cuando investigan el sentido de las expresiones del legislador (exegéticas, sistemáticas, etc.)” p.65

Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica

En un contexto jurídico, la exégesis pretende interpretar el significado de los textos legislativos de manera rigurosa y objetiva.

Este tipo de interpretación en los textos jurídicos se conoce como método exegético, método en el cual se enmarca la investigación y que Witker (1995) lo describe como: “Es el propio de los aplicadores del derecho vía exégesis, sistematización o finalidad de significado y sentido del orden normativo (lógico-deductivo). Buscan demostrar problemas y, por tanto, su hipótesis se plantea al interior de leyes, códigos, etc.” p. 66.

La técnica utilizada para la investigación jurídica dogmática es esencialmente documental.

Fases Metodológicas de la Investigación

Fase I: Identificar los antecedentes histórico-jurídicos relevantes, las influencias de los tratados internacionales que han dado lugar a la Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes dentro de la legislación venezolana.

El presente estudio aborda uno de los problemas sociales con mayor gravedad en Venezuela: Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, tales derechos se encuentran plasmados en el sistema interamericano, en varios instrumentos como leyes, convenciones, acuerdos, entre éstos:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".
- Carta Democrática Interamericana.
- Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables
- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional De Menores.
- Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional De Menores.
- La Declaración De Los Derechos Del Niño De 1959.
- Convención Internacional Sobre Derechos Del Niño De 1989.
- Convención Interamericana Sobre Conflictos De Leyes En Materia De La Adopción.

En el desarrollo de esta Fase se pudo observar que, en el sistema interamericano de derechos humanos no tenemos un tratado similar a la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, siendo los únicos tratados especializados en menores aquéllos de naturaleza y con origen en el derecho internacional privado, los cuales sin duda alguna también recogen importantes

elementos para la protección de niñas y niños, pese a que no sean tratados de derechos humanos.

Cabe destacar que además de los artículos que de cada tratado aquí se estudiaron, el conjunto de estos instrumentos debe entenderse como aplicable a la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el marco del sistema interamericano. De acuerdo con lo señalado anteriormente, se puede establecer que la protección de los niños y las niñas recae en: la familia la sociedad el estado, y los órganos establecidos en cada tratado para la vigilancia y observancia del contenido de dichos tratados.

Fase II. Examinar la realidad y práctica del proceso de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes, acercándonos al conocimiento y percepción de algunos actores vinculados con ello.

Durante el desarrollo de esta segunda fase, se pudo constatar que en el proceso de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes existe gran variedad de instrumentos legales aplicables donde también participan varios actores, como el Estado , la familia en general compuesta por los padres y los hijos y que en muchos casos se presentan situaciones en las que pueden advertirse resoluciones de urgencia, de impacto profundo en el seno familiar y en los cuales el juez o jueza no puede dejar de debatirse entre la difícil tarea de desentrañar y respetar el interés superior del niño por un lado y al mismo tiempo evitar que con un pronunciamiento equivocado o tardío ocasione responsabilidad internacional al Estado, por el no cumplimiento de los tratados internacionales en los que es parte.

Fase III. Interpretar la Regulación Internacional en Materia de Restitución de Niños, Niñas Y Adolescentes en las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

Tal y como se estableció en los objetivos planteados, la finalidad del presente estudio es contribuir al conocimiento de las interpretaciones hechas por el máximo

Tribunal venezolano, en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, para así propiciar su discusión y lograr, en lo posible, que se repase sobre los antecedentes jurisprudenciales de dicha materia al momento de resolver los casos futuros.

Es por esta razón que esta fase estuvo encaminada en la revisión de antecedentes relativos a la Restitución Internacional en el Caso Jurisprudencial Venezolano a fin de analizar algunos casos de Sentencias, estas se realizan en orden cronológico a fin de observar los cambios o reiteraciones de los criterios expresados. En cada caso se hace una breve síntesis de los antecedentes, luego se alude a la respectiva decisión y, se transcriben algunos párrafos de la interpretación del juzgador, para finalizar con los comentarios.

En esta fase se consultaron, dichas sentencias, las cuales sólo llegan a ser conocidas por el Tribunal Supremo de Justicia: a) si se ejerce contra ellas una acción de amparo constitucional por amenaza o violación de derechos o garantías constitucionales, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Constitucional; b) si se consulta una decisión relativa a la jurisdicción venezolana, materia de la cual conoce la Sala Político-Administrativa.

Fuentes Jurídicas en el Marco Internacional sobre el proceso de Restitución Internacional del Niño, Niña y Adolescente

Fuentes de Conocimiento Jurídico.

En la presente investigación, las fuentes de conocimientos implementadas fueron la ley, la jurisprudencia y la realidad socio-jurídica, por ello siendo el principal instrumento internacional para proteger a los niños de los dañinos efectos de los traslados y retenciones ilícitas transfronterizas es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Este tratado multilateral, que hoy cuenta con 84 Estados parte no pretende involucrarse en cuestiones de custodia, sino que hace efectivo el principio de que

todo niño que ha sido sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual. Una vez que el niño es restituido, las autoridades locales pueden determinar dónde y con quien deberá vivir.

El Convenio de La Haya de 1980 también ha sido diseñado para asegurar la protección de los derechos de visita. Nuestro país además de tal convenio suscribió y ratificó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989. Cuando un Estado es parte de ambos Convenios, el artículo 34 de la Convención Interamericana le otorga prioridad a la Convención Interamericana respecto del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados involucrados

Objetivo del Convenio de la Haya de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Sabido es, que la restitución del menor obedece: a una finalidad general, que es el mantenimiento del status quo, y a tres objetivos claros: 1) el respeto de los derechos de custodia preestablecidos, 2) la defensa de la competencia natural de la residencia habitual anterior (al traslado o retención), para decidir y 3) el mantenimiento de una situación de igualdad procesal entre las partes, al tratar de impedir que el progenitor cuyo derecho de custodia ha sido vulnerado con la sustracción, quede en una situación de desventaja.

Dichos objetivos, se trazaron en función de un contexto, en el que el porcentaje mayoritario de sustracciones se realizaba por el o la progenitora que no estaba al cuidado del menor y con el cual el niño tenía menos relación que con el titular de la custodia, cuyo derecho se veía infringido mediante la sustracción internacional.

De ese modo, la cooperación internacional y la orden de restitución permitían restablecer la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción, en un claro beneficio del interés del niño, que había sido alejado ilícitamente de quien tenía su custodia. Así se ordenaba como regla la restitución al lugar de origen, salvo que se configurara alguna de las excepciones que prevén ambas convenciones suscriptas por nuestro país en la materia.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Resultados

De acuerdo a los objetivos específicos que se plantearon en la presente investigación, se tiene que el primer objetivo fue: “*Identificar los antecedentes histórico-jurídicos relevantes, las influencias de los tratados internacionales que han dado lugar a la Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes dentro de la legislación venezolana*”, cuyo resultado en la investigación arroja que en el año de 1936, se celebró en Venezuela la Primera Convención de la Federación Venezolana de Maestros, que tuvo repercusión el Derecho de Menores, junto con la Segunda Convención de la misma Federación. En la primera de esas Convenciones se aprobó la Tabla de los Derechos del Niño del año 1936, que también había sido aprobada en Brasil y Uruguay. Constituyéndose de esta forma la Tabla de los Derechos del Niño, en el primer documento que plantea en Venezuela algunos derechos para la infancia, sobre todo los referidos al ámbito escolar, laboral y delictual.

En los años de nacimiento de las leyes de “menores” venezolanas, en el siglo XX, mencionado el siglo de los niños, en virtud del aumento en los actos antisociales de los menores, se condujo al estudio minucioso de sus causas u orígenes por parte de penalistas, antropólogos y sociólogos, quienes establecieron que, en esos tiempos se había descuidado notablemente el problema de la madre y el niño, es así como, el 06 de agosto de 1936, el Ejecutivo Federal creó el Consejo Venezolano del Niño para ejercer la vigilancia y coordinación de los organismos oficiales y privados dedicados a la protección de la madre y del niño.

En agosto de 1937 se celebró el Congreso Venezolano del Niño, y en él se destacó que era labor de urgencia inaplazable la protección de la mujer desde la gestación. Durante la quinta sesión de ese Congreso fue presentado un “Estudio sobre el Código de Menores”; cuya propuesta fundamental fue que el Congreso se concretara a aprobar las bases de la futura legislación juvenil. En una de las conclusiones establecidas en el Informe, se consideró como mayor urgencia el establecimiento de una legislación que protegiera a la madre y al niño en Venezuela. Este Informe de fecha 06 de febrero de 1938, de acuerdo con la orientación señalada por el Congreso dio nacimiento al “Código de Menores” presentado ante el Congreso Nacional de ese año y promulgado en enero de 1939.

Este Código representó la etapa de transición entre un sistema represivo del menor y un sistema tutelar, en el cual no se le otorgaban derechos a los menores y éstos seguían siendo tratados como incapaces, por eso, Mendoza, (1960, 20), expone que el juez de menores durante ese tiempo, lo tituló Código Penal infantil; ya que: “...seguía un sistema ecléctico, según el cual no se había desprendido el menor del campo del derecho penal, pero se aminoraban los rigores del clasicismo con medidas específicas y procedimientos adecuados..”

En cuanto al Estatuto de Menores de 1949 se puede observar que representó la consagración jurídica de los principios fundamentales que orientan la filosofía de la Escuela de la Defensa Social, cuya premisa primordial radica en la consideración individual, personal o aislada del delincuente, sujeto activo del delito o antisocial, con miras a la aplicación del tratamiento corrector o recuperador adecuado a cada personalidad. Seguía este Estatuto tratando al menor como incapaz, sin reconocérsele ningún tipo de derechos inherentes a la persona humana.

De igual manera destaca la Ley Tutelar de Menores, esta Ley contiene en sus disposiciones fundamentales los Derechos del Niño aprobados por las Naciones Unidas en la Declaración del 20 de noviembre de 1959 en el cual se

enunciaran los principios orientadores en la materia del derecho del menor, pero por tratarse de una declaración no tenía carácter vinculante, ni de obligatorio cumplimiento para los Estados representados en las Naciones Unidas, y por eso no pasó de ser una “declaración de buenas intenciones”.

Siguiendo este orden de ideas un adelanto muy importante significa la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Venezuela el 29 de Agosto de 1990, un hecho muy significativo en el marco jurídico así como también para los derechos humanos. Este instrumento marcó una línea fundamental entre la Doctrina de la Situación Irregular, la cual como se ha venido comentando, consideraba al niño como un objeto de tutela, carente de derechos, y la Doctrina de la Protección Integral, que le garantiza a los niños, niñas y adolescentes el goce y desarrollo absoluto de sus derechos y deberes, al considerarlo sujeto pleno de derechos.

En la Doctrina de la Protección Integral existen principios básicos de vital importancia, tal y como lo señala Cillero Buñol, (1998,77):

“Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos”.

Estos principios se consagran en la Convención Internacional de los derechos del Niño tal y como lo refiere su artículo segundo y que han sido definidos doctrinariamente como igualdad y no discriminación, interés superior del niño, prioridad absoluta y participación o solidaridad. En tal sentido, procederemos a analizar cada uno de ello, tomando como punto de referencia su contenido de la propia Convención.

En lo referente al objetivo de *“Examinar la realidad y práctica del proceso de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes, acercándonos al*

conocimiento y percepción de algunos actores vinculados con ello”, se obtuvo como resultado que en nuestro país existen varios instrumentos legales mediante los cuales se puede aplicar la Restitución Internacional del niño niña y adolescentes. Sin embargo, se puede establecer que la protección de los niños, las niñas y los adolescentes recae en: la familia, la sociedad, el estado, y los órganos establecidos en cada tratado para la vigilancia y observancia del contenido de dichos tratados.

Por otra parte, para cumplir con el desarrollo del objetivo referente a *“Interpretar la Regulación Internacional en Materia de Restitución de Niños, Niñas Y Adolescentes en Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”*, se revisaron y analizaron diferentes sentencias según las cuales se pudo constatar que las mismas llegan a ser conocidas por el Tribunal Supremo de Justicia: si se ejerce contra ellas una acción de amparo constitucional por amenaza o violación de derechos o garantías constitucionales, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Constitucional; y si se consulta una decisión relativa a la jurisdicción venezolana, materia sobre la cual, conoce la Sala Político-Administrativa.

CONCLUSIONES

La Convención, firmada en la asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y que fue ratificada por Venezuela mediante Ley aprobatoria en fecha 29 de agosto de 1990, dio inicio a la erradicación sobre la concepción del niño como objeto de tutela o de protección por parte del Estado, a través de la figura del Juez de Menores, no sólo en América Latina sino en todas las legislaciones de los países que ratificaron la Convención y así reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho, convirtiéndose en imperioso construir un nuevo derecho para los mismos.

Es de esta manera que se cambian las instituciones necesarias a los fines de impulsar este derecho, basándose en los principios rectores de la doctrina de la protección integral; a saber: como se dijo anteriormente, el niño, niña y/o adolescente como sujeto de derecho, el interés superior del niño, la prioridad absoluta, la participación y el rol fundamental de la familia, el Estado y la sociedad en la garantía de los derechos y deberes de estos. Es así como surge una nueva concepción doctrinaria, la cual tiene su justificación en el referido instrumento jurídico de carácter internacional y rompe con el viejo prototipo de la doctrina de la situación irregular, dando inicio al modelo paradigmático de la protección integral.

Con esta perspectiva se reconoce a la infancia y a la adolescencia en su condición de persona y en consecuencia como titulares de derechos y de deberes, cuya incapacidad no puede ser utilizada como pretexto para desconocerles sus derechos esenciales, se deben establecer las vías efectivas para garantizarles dichos derechos. Bajo este nuevo esquema nace una noción de capacidad muy diferente y opuesta a la que había sido manejada hasta entonces por la doctrina tradicional.

En base al modelo de protección antes descrito, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998), dio el paso fundamental para

garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por Venezuela a partir de la ratificación de la Convención. Dicho cuerpo normativo constituye una verdadera adecuación legislativa y consagra en su Título II los Derechos, Deberes y Garantías de los niños y adolescentes. Luego en 1999, el Constituyente venezolano recogió en el artículo 78 de la Carta Magna el espíritu y propósito de la Convención y de la legislación especial. Más Tarde con la Promulgación de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) se incluyó de manera categórica y contundente el artículo 451, en el cual se le otorga capacidad plena para acceder a los órganos de justicia a los adolescentes.

Este hecho es de vital importancia, ya que la sociedad venezolana ha confrontado una novedosa situación en lo que se refiere a la capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes a partir de la vigencia de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2007, la cual garantiza a los adolescentes el acceso a los órganos de justicia llevado a un estado de seguridad jurídica.

Cabe destacar que se hizo una selección de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia y se realizó un análisis de las mismas en el capítulo segundo del presente trabajo. Igualmente, se realizó un estudio de las diversas leyes de protección a la niñez y a la adolescencia, que han sido promulgadas en los países de habla hispana de América Latina, sobre los artículos relacionados con el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, así como los artículos que establezcan capacidad procesal para los mismos.

Se pudo apreciar en consultas sobre la jurisdicción venezolana referente a la Restitución Internacional del niño niña y adolescente, que en muchos de los casos se evidencia la decisión errónea de jueces y/o juezas que van en contra de lo establecido en la Convención de la Haya, como por ejemplo la Sentencia 333, del 28 de Febrero de 2007 signado como el Caso 2, donde la madre residente en USA, en ejercicio de custodia de hija de 14 años, solicita restitución alegando retención ilícita conforme la CLH. Padre con derecho de visitas, y la hija se niega a regresar con la madre, luego

de las vacaciones. El Tribunal de 1ra. Instancia admite la solicitud y dispone la inmediata restitución, inaudita parte y sin procedimiento previo.

El padre recusa la juez y apela del auto de admisión, la cual fue declarada sin lugar.

Como se expuso anteriormente este hecho resulta inadmisibles que, después de haber hecho expresa referencia a la decisión del Tribunal de 1ª. Instancia, en la cual se ratifica que procede la restitución internacional de la adolescente y, ésta debe regresar con su madre a su residencia habitual en los Estados Unidos de América, para dar así cumplimiento al objetivo previsto en la letra a) del artículo 1 de la Convención de La Haya, la propia Sala Constitucional indique al padre y a la adolescente, en la misma sentencia, que pueden iniciar, a continuación, un juicio de guarda con arreglo a la ley venezolana.

Tal afirmación contradice al mencionado objetivo y a la finalidad del artículo 16 de dicha Convención, el cual posterga la decisión referida a “...la cuestión de fondo sobre los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud del presente Convenio”

Finalmente se puede concluir que la Convención de la Haya representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño, niña y del adolescente con el Estado y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos, administrativos, judiciales y legislativos. Sin embargo corresponde tanto al Estado como a la familia procurar el bienestar y goce pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

RECOMENDACIONES

La Restitución Internacional de los Niños, Niñas y Adolescentes debe ser en conjunto, Estado, Instituciones, Tribunales, Defensorías y la familia, deben basarse en cumplir las leyes tal y como están establecidas en sus principios básicos y artículos, así como en la reconstrucción del tejido social que actualmente se encuentra alterado por los procesos acelerados, los cambios políticos, el alto índice de inflación, la falta de políticas públicas a los problemas de la nación, la inmigración y todas estas situaciones que hacen vulnerable a los individuos por tener miles de necesidades insatisfechas.

Es importante resaltar la necesidad de capacitar más a fondo a jueces y/o juezas así como a los demás funcionarios de los Circuitos Judiciales y Organismos de Protección del Niño, Niña y Adolescente, a los Defensores Públicos, a los Fiscales del Ministerio Públicos, y a los profesionales del derecho en libre ejercicio, para que asistan a los niños y niñas en garantizar sus derechos y garantías; y de igual forma escuchen, apoyen, asistan y guíen a los adolescentes, en el debido acceso a los órganos de justicia para defender sus derechos tal como lo contempla la Ley Orgánica para la protección del Niño, Niña y del Adolescente.

Finalmente se sugiere la descentralización, consistente en la creación de instituciones a nivel nacional, donde en cada estado del país se tenga acceso a la información necesaria y a los formatos que se requieren para el proceso de restitución internacional, esto debido a que en las Redes Sociales no existe una página donde se explique claramente dicho proceso como tal, esta descentralización conllevaría tanto a la celeridad procesal como a la disminución de los gastos económicos en cuanto a los constantes traslados a la ciudad de Caracas por parte de los afectados, lo que beneficiaría de forma muy significativa tanto a los niños, niñas y adolescentes como a los padres de los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Impresas

Candenado, Miguel Angel (Coord.). Derecho Familiar, Unidad y Acción para el Siglo XXI, Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Prememorias, Tomo I. Panamá, Panamá. 1996. 575 pp.

Cornieles, Cristóbal (Coord.). Primer año de vigencia de la LOPNA Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niños y del Adolescente. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB. 2001. 401 pp.

Cortes Bechiarelli, Emilio. Aspectos de los Delitos contra la Filiación y nueva Regulación del Delito de Sustracción de Menores. Madrid, España. Editoriales de Derecho Reunidas. 1996. 169 pp.

Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Desalma. 1981. 617 pp.

Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso. Medellín, Colombia. Editorial Themis. 1994. 394 pp.

García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (Comp.) Infancia en América Latina, Tomo I. Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires. Editorial Temis - Ediciones Depalma. 1999. 792 pp.

Guerra, Víctor Hugo. Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. Caracas, Venezuela. Intertextos consultores. 2000. 223 pp.

Maelket, Tatiana de y otros. Derecho Internacional Privado. Tomo II. Caracas, Venezuela. Intertextos consultores. 2000. 748 pp

Morais, Maria G. (coord.). Segundo año de Vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente Tercera Jornadas sobre la LOPNA. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB. 2002. 481pp.

Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Valencia, Venezuela. Vadell Hermanos Editores C.A. 2000. 113 pp

Código Civil (1990). Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
Caracas. Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999).Gaceta Oficial del
jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860. Caracas. Venezuela.

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del
Adolescente (2007) Asamblea Nacional N° 317. Caracas, 14/08/2007.

Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA). (1998)
Publicada en la Gaceta Oficial N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre del
año1998

Trabajos no Publicados

Jiménez Blanco, Pilar (2008). *Litigios Sobre la Custodia y Sustracción Internacional
de Menores*. Universidad de Oviedo. Marcial Pons. Madrid. Barcelona.
Buenos Aires

Pino M., Alejandra F., Quiroz López, Eduardo A. (2015). *Análisis Doctrinario Y
Jurisprudencial Del Convenio de la Haya Sobre Los Aspectos Civiles De La
Sustracción Internacional De Menores*. Memoria Para Optar Al Grado De
Licenciado En Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile.

Jurisprudenciales

Sentencia N° 01560 del Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa de
20 de Septiembre de 2007. Recurso de Nulidad.

Sentencia N°333, Tribunal Supremo de Justicia. De fecha 28 de Febrero de
2007.Acción de

Sentencia n° 333 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala de Casación Penal de 18 de
Septiembre de 2003Amparo Constitucional.

Sentencia 1275. Tribunal Supremo de Justicia. Acción De Amparo Constitucional.
De fecha 13 de Agosto de 2008.

Sentencia 850. Tribunal Supremo de Justicia. Acción de Amparo Constitucional. De
fecha 19 de Junio de 2009.

Sentencia 01683, Tribunal Supremo de Justicia. De fecha 16 de Octubre de 2007

Sentencia n° 01683 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Político Administrativa de 7 de Diciembre de 2011. Recurso de nulidad conjuntamente con acción de amparo

Sentencia N° 242 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 16 de Abril de. Acción de Amparo Constitucional.

Electrónicas.

Concejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente.[Página web en línea]. Disponible: <http://www.idena.gob.ve/> (Consulta: Febrero 2018)

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.(Página web en línea). Disponible:www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html. (Consulta Enero 2018)

Consideraciones acerca de la Restitución internacional de niños. (Página web en línea). Disponible:www.franciscosantana.net/2015/01/consideraciones-acerca-de-la.html(Consulta Febrero2018)

INCADAT. Base de datos sobre la sustracción internacional de niños de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (Página Web en línea) <http://www.incadat.com>(Consulta: Febrero 2018)

Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución. (Página web en línea). Disponible:www.derecho.uba.ar/investigacion/.../scotti-las-garantias-fundamentales. (Consulta Febrero 2018)

Menéndez Pérez, Gloria. 2012-2013. El Secuestro Internacional De Menores En El Marco De La Unión Europea. Estudio Del Reglamento 2201/2003. [En Línea]<http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/19264/4/TFM_Menendez%20Perez,%20Gloria.pdf (Consulta Febrero 2018).

Restitución Internacional - Unicef(Página web en línea). Disponible: https://www.unicef.org/ecuador/1_restitucion_internacional.pdf. (Consulta Febrero 2018)

Restitución Internacional de Menores en el Código Civil y Comercial (Página web en línea). Disponible: www.juschubut.gov.ar/images/.../restitucion-internacional-trabajos-doctrinales.pdf(Consulta Febrero 2018)

Restitución Internacional de Menores: el aporte de la Mediación. (Página web en línea). Disponible: noticias.juridicas.com/.../4928-restitucion-internacional-de-menores:-el-aporte-de-la-(Consulta Febrero 2018).

Restitución internacional de menores con abogado en Venezuela(Página web en línea). Disponible: <https://www.protejase.com.ve/restitucion-internacional-de-menores-con-abogado-en-v>(Consulta Febrero 2018)

Scotti, Luciana B. [s.a.] Bases Legislativas Para El Trámite Urgente De Los Pedidos De Restitución Internacional De Menores [en línea], <<http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscotti.pdf>>, (consulta: Febrero 2018).

Venezuela: El poder judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer las solicitudes de restitución internacional de niños que han sido sustraídos de Venezuela.<https://cartasblogatorias.com/.../venezuela-el-poder-judicial-venezolano-tiene-jurisdicc>. (Consulta Febrero 2018)

Leyes

Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución de la República bolivariana de Venezuela”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5558. 24 de marzo de 2000.Mes III.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. “Código Orgánico Procesal Penal”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5558. 14 de noviembre de 2001.

Congreso de la República de Venezuela. “Ley Aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial N° 34.541. 29 de agosto de 1990. Mes VIII.

Congreso de la República de Venezuela. “Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.070. 28 de mayo de 1996. Mes V.

Congreso de la República de Venezuela. “Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.266. 02 de octubre de 1998. Mes X.

Congreso de la República de Venezuela. “Código Civil”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990. 26 de julio de 1982. Mes VII.

Congreso de la República de Venezuela. “Código de Procedimiento Civil”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209. 18 de septiembre de 1990.

Congreso de la República de Venezuela. “Decreto con rango y fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos”. Caracas, Venezuela. Decreto N° 368. 05 de octubre de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria 36.845. 07 de diciembre de 1999. Mes XII.

Congreso de la República de Venezuela. “Ley Aprobatoria del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.004. 19 de julio de 1996. Mes VII.

Congreso de la República de Venezuela. “Ley de Derecho Internacional Privado”. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.511. 06 de agosto de 1998. Mes VI.

Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica. “Internacional Child Abduction Remedies Act (ICARA)”. Public Law 100-300. 29 de abril de 1988. Mes IV.

ANEXOS

ANEXO A

ORGANISMOS PÚBLICOS QUE INTEGRAN EL SISTEMA RECTOR NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

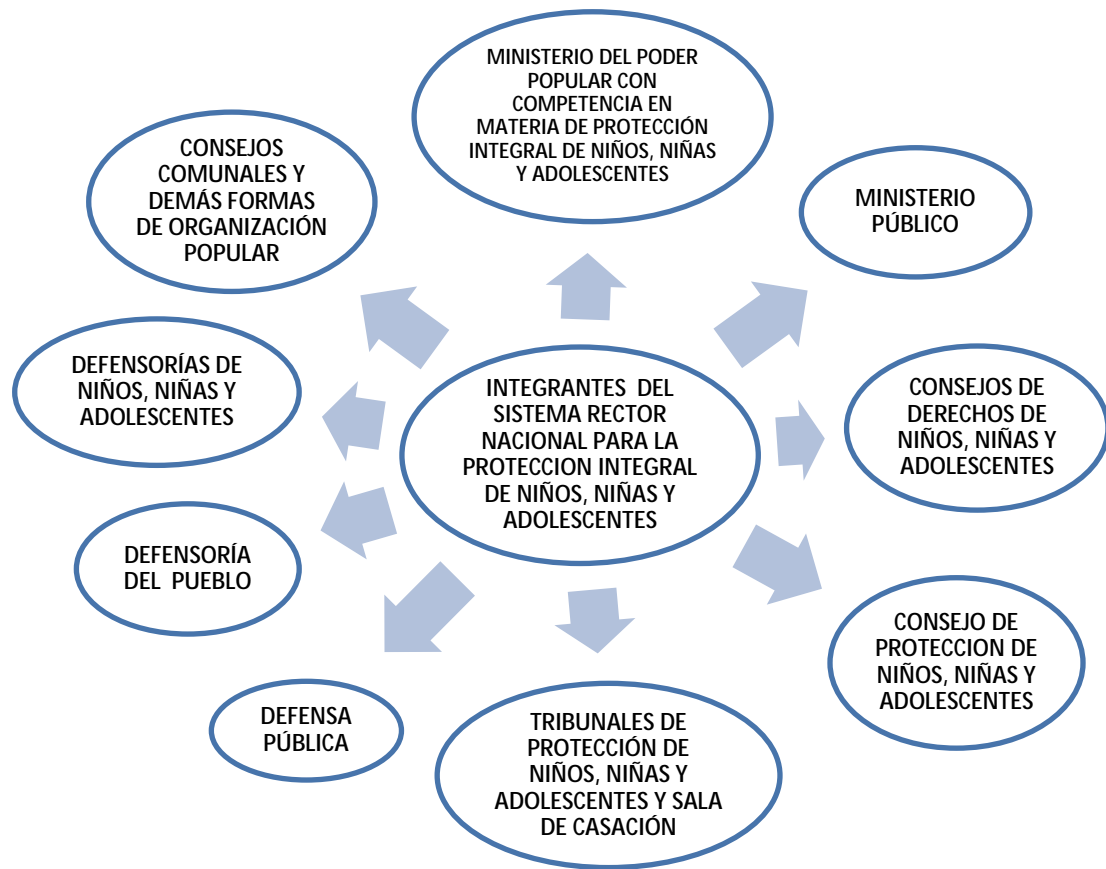


Figura 1. Organismos Públicos Que Integran El Sistema Rector Nacional Para La Protección Integral De Niños, Niñas y Adolescentes .Fuente. CRC.CVEN.3-5(2012)