

BIBLIOTECA BÁSICA

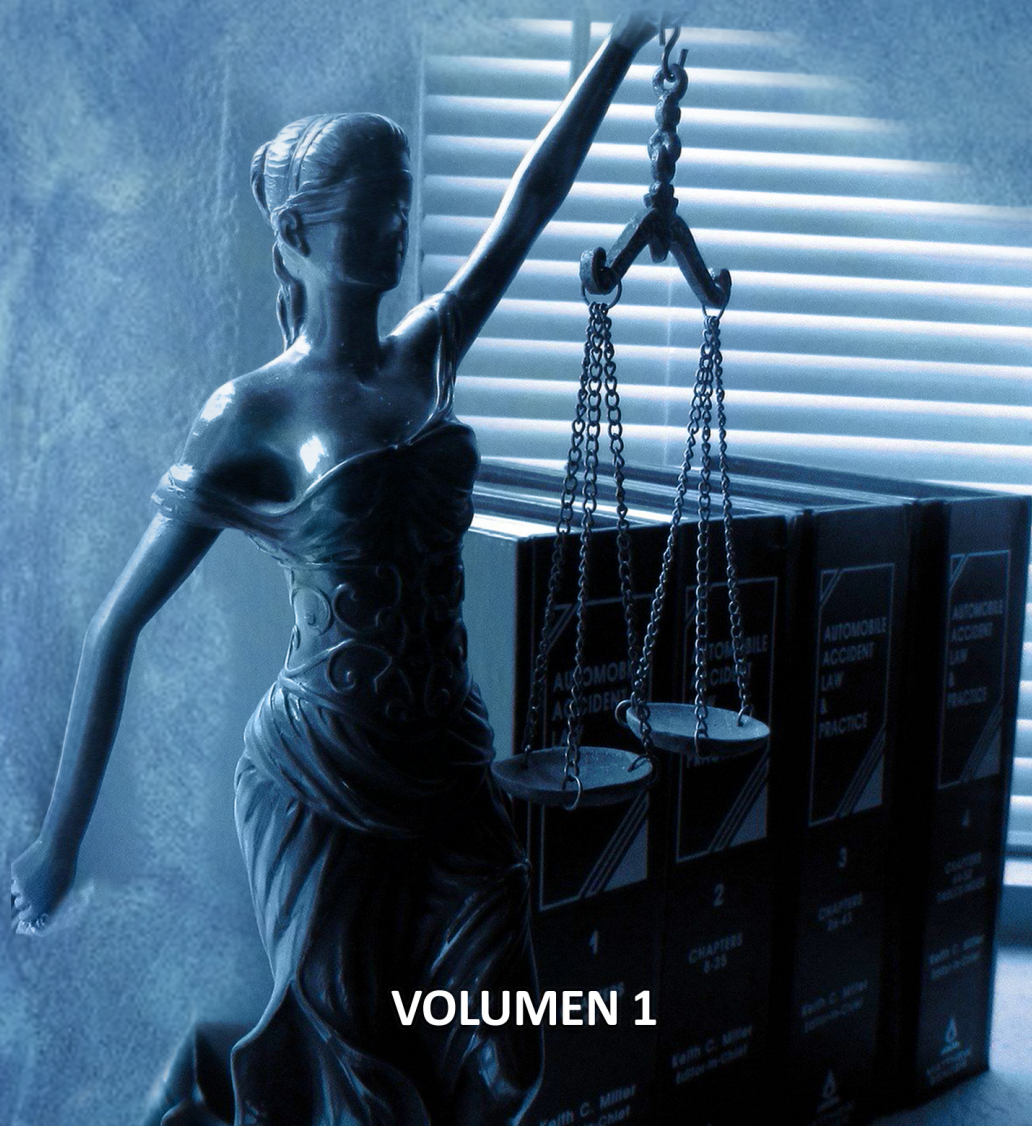
DE LA JURISDICCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

DERECHO DE FAMILIA

Mag. Víctor José Castellanos

Mag. Mirta Felicia Duarte Mena

Mag. Francisco Antonio Pérez Lora



VOLUMEN 1

BIBLIOTECA BÁSICA

DE LA JURISDICCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

DERECHO DE FAMILIA

Mag. Víctor José Castellanos

Mag. Mirta Felicia Duarte Mena

Mag. Francisco Antonio Pérez Lora

VOLUMEN 1



346.0135
R426b

República Dominicana. Poder Judicial.
Biblioteca básica de la jurisdicción de niños niñas y adolescentes : derecho de
Familia / Víctor José Castellanos, Francisco Antonio Pérez Lora, Mirta Felicia
Duarte Mena. -- 1 ed. -- Santo Domingo : Poder Judicial, 2020.
v.1

ISBN: 978-9945-585-58-2

1. Derecho de familia - República Dominicana 2. Derecho del niño –
República Dominicana I. Castellanos, Víctor José II. Pérez Lora, Francisco
Antonio III. Duarte Mena, Mirta Felicia IV. Tit.



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DOMINICANA

Auspiciado por:



“Proyecto de Mejora de la Calidad del Servicio de Administración
de Justicia de la República Dominicana garantizando el acceso y
proporcionando respuestas rápidas, eficientes y oportunas”.

Autores:

Mag. Víctor José Castellanos
Mag. Francisco Antonio Pérez Lora
Mag. Mirta Felicia Duarte Mena

Revisión:

Mag. Juan de las Nieves Sabino Ramos
Yolanda Iluminada González Disla
Flabis María Sánchez Carrasco

Colaboración:

Esther Martínez

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd)
División de Publicaciones y Difusión Web

Corrección de estilo:

Mayra Elena Arbaje Lembert

Diagramación:

José Miguel Pérez N.

Diseño de portada:

Amaury Silva

ISBN: 978-9945-585-58-2

Impreso en:

Imprenta La Unión, S. R. L.
Santo Domingo, República Dominicana,
Diciembre 2020

Hecho los depósitos de Ley
www.poderjudicial.gob.do

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	xi
PRÓLOGO	xiii

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y OTRAS FUENTES

Resumen	3
1. LA CONSTITUCIÓN DOMINICANA	3
1.1. Aspectos Generales	3
1.2. Características de la Constitución	6
1.3. Naturaleza de las Prescripciones Constitucionales	8
1.4. Imperativos Constitucionales y Legales	8
1.5. Anexos	13
1.5.1. La Persona Humana (Diagrama 1)	13
1.5.2. Principios Fundamentales de Justicia, Derecho y Moral (Diagrama 2)	14
1.5.3. Estructura de la Constitución	14
1.5.4. La Jerarquía de las Normas Jurídicas (Diagrama 3)	15
1.5.5. Garantías Constitucionales	16
1.6. Clasificación de los Derechos Consagrados en la Constitución Dominicana:	17
2. LA LEY Y OTRAS FUENTES	20
2.1. La Ley	20
2.1.1. Características de la Ley	20

2.1.2.	Distintos Tipos de Leyes.....	21
2.1.3.	Carácter Permanente de las Leyes	23
2.1.4.	Principio de la Irretroactividad de la Ley	23
2.2.	Reglamentos	25
2.3.	Decretos.....	26
2.3.1.	Se clasifican en: Decretos ordinarios y Decretos-Leyes.....	26
2.3.1.1.	Decretos Ordinarios.....	26
2.3.1.2.	Decretos-Leyes.....	26
2.3.1.3.	Sus Características son:.....	27
2.4.	Ordenanzas Municipales	27
2.5.	Tratados Internacionales.....	27
2.6.	La Costumbre y los Usos	28
2.7.	La Jurisprudencia	29
2.8.	La Doctrina.....	30
2.9.	La Práctica.....	30

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN Y LOS PRINCIPIOS DE NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES

Resumen.....	33
1.1. Órganos Jurisdiccionales y asuntos de Niños, Niñas y Adolescentes	34
1.2. La Competencia en Razón de la Persona y Territorio	52
1.3. Capacidad y Calidad para Ejercer Acciones	54
1.4. La Solución Alternativa al Juicio	59
1.5. Apoderamiento al Tribunal	65
1.6. Medidas de Instrucción e Incidentes Procesales	69
1.7. El Juicio.....	79
1.8. La Sentencia	84
1.9. Medios y Tipos de Impugnación.....	92
1.10. La Ejecución de la Sentencia	100

2.	LOS PRINCIPIOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	103
2.1.	El Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.....	105
2.2.	El Principio de Igualdad.....	108
2.3.	El Principio de Efectividad de Derechos y Protección Integral.....	110
2.4.	El Principio de Participación.....	111
2.5.	Especialización y Privacidad.....	112
2.6.	Economía y Concentración Procesal.....	113
2.7.	Inmediación y Oralidad.....	114
2.8.	Inestimabilidad o Extra Patrimonialidad.....	115
2.9.	Preferencia a la Desjudicialización	116
2.10.	Abordaje Integral	116
2.11.	Tutela de la Realidad.....	117
3.	A MODO DE CONCLUSIÓN.....	118
	Anexos flujogramas.....	121

CAPÍTULO III

LAS ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD

Resumen.....	133	
1.	LA FILIACIÓN.....	134
1.1	Aspectos Generales	134
1.2.	Las Acciones Judiciales Relativas a la Filiación.....	154
1.3.	Valoración de la Prueba.....	167
1.4.	Efectos de la Filiación	171
2.	LA ADOPCIÓN	173
2.1.	Aspectos Generales	173
2.2.	Requisitos de los Adoptantes	187
2.3.	Requisitos de los Adoptados	191
2.4.	Procedimientos.....	195
2.5.	Adopción Internacional.....	202

2.6. Efectos de la Adopción.....	205
2.7. Nulidad de la Adopción.....	208
3. A modo de Conclusión.....	210
Anexos flujogramas.....

CAPÍTULO IV AUTORIDAD PARENTAL

Resumen.....	219
1.1. Concepto, Fundamento y Titularidad de la Autoridad Parental	219
1.1.1. Titularidad de la Autoridad Parental	229
1.2. Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos Titulares de Derechos	231
1.3. Derechos y Obligaciones de los Progenitores	235
1.3.1. Responsabilidad de los Padres por el Hecho de sus Hijos Menores de Edad.....	238
1.4. Administración y Usufructo Legal de los Bienes del Menor de Edad.....	242
1.5. Interés Superior del Niño y Conflicto de Autoridad Parental	250
1.6. Extinción de Pleno Derecho de la Autoridad Parental	257
1.6.1. Suspensión de la Autoridad Parental	259
1.6.2. Terminación la Autoridad Parental por Decisión Judicial.....	269
2. Conclusión.....	275
Anexos flujogramas.....	277

CAPÍTULO V GUARDA Y REGULACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

Resumen.....	283
1.1. Guarda: Conceptualización	283
1.2. Fundamentos Normativos: Nacional e Internacional de la Guarda ..	295
1.3. Derechos y Obligaciones del Guardador.....	299
1.4. Formalidades para la Demanda en Guarda	304

1.4.1.	Fase de conciliación: Intervención del Representante del Ministerio Público	305
1.4.2.	Apoderamiento del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes y los Recursos	309
1.5.	Medios de Pruebas y Criterios para Otorgar la Guarda de la Persona Menor de Edad.....	315
1.6.	Regulación del Derecho de Visita	340
1.7.	Titularidad del Derecho de Visita.....	343
1.8.	Consecuencias del Incumplimiento del Régimen de Visita	358
	Anexos flujogramas.....	361

CAPÍTULO VI

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD

Resumen.....	371	
1.1.	Sustracción y Restitución Internacional de Menores: Aspectos Generales.....	371
1.2.	Convención de los Derechos del Niño y Protección de la Persona Menor de Edad Traslada o Retenida de Forma Ilícita	373
1.3.	Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980	376
1.3.1.	Interés Superior del Niño y Procedimiento de Restitución Internacional	387
1.4.	Procedimiento de Restitución Internacional del Menor de Edad establecido en el Convenio de La Haya de 1980	391
1.5.	Excepciones a la Restitución del Menor de Edad establecidas en el Convenio de La Haya de 1980	395
1.5.1.	En los Casos del No Ejercicio Efectivo de la Custodia en el Momento en que fue Traslado o Retenido	396
1.5.2.	Consentimiento o Posterior Aceptación al Traslado o Retención	397
1.5.3.	En los Casos de Riesgo Grave que el Retorno de la Persona Menor de Edad que lo Exponga a un Peligro Físico o Psíquico o en una Situación Intolerable.....	397

1.5.4.	Oposición del Menor de Edad a la Restitución	405
1.5.5.	Cuando no lo Permitan los Principios Fundamentales del Estado Requerido	406
1.6.	Derecho de Visitas y el Convenio de La Haya de 1980	407
1.7.	Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 por los Tribunales Dominicanos	409
2.	Conclusión.....	421
Anexos flujogramas.....		423

CAPÍTULO VII

LA TUTELA Y EL CONSEJO DE FAMILIA

Resumen.....	437
1.1. Tutela: Concepto	437
1.2 Órganos de la Tutela	440
1.2.1. Tutor.....	441
1.2.2. La Tutela Legal	443
1.2.3. Tutela Testamentaria.....	450
1.2.4. Tutela Dativa.....	451
1.3 Consejo de Familia.....	456
1.4. Incapacidad y Excusa	464
1.4.1 Dispensa de la Tutela	466
1.5. Administración de la Tutela	469
1.5.1. Actos que Requieren Autorización del Consejo de Familia..	473
1.5.2 Venta de Bienes Inmuebles correspondiente al Menor de Edad	478
1.6. De las Cuentas de la Tutela	484
2. Conclusión.....	488
Otros flujogramas anexos.....	493
BIBLIOGRAFÍA	503

PRESENTACIÓN

El Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial dominicano Visión Justicia 20|24 ha establecido como uno de sus ejes una Justicia para todas y todos, el cual constituye la inspiración que impulsa todas las transformaciones en el servicio de la administración de justicia, con el fin de que llegue a todas las personas, pero sobre todo a aquellas que han quedado desplazadas de los servicios públicos en general y de los de la administración de justicia en particular.

Hay un grupo de personas que, por razón de su edad, encuentran condiciones especiales para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia.

La niñez y adolescencia son etapas del desarrollo de la vida de las personas en las que se deben proporcionar garantías para la efectividad de sus derechos, logrando que la oferta del servicio de justicia esté preparada para atenderlos a través de procedimientos acordes con los instrumentos internacionales y la normativa adjetiva.

Operadores/as del sistema de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, habían externado la necesidad de contar con un texto especializado, debido a que carecían de un documento único que sirviera de guía al desenvolvimiento cotidiano en el desarrollo de sus funciones, por lo que las normativas en las cuales amparaban sus decisiones estaban dispersas en códigos, leyes, resoluciones, convenciones y reglamentos de forma independiente, lo que traía como

consecuencia que la aplicación fuera difícil de homogeneizar en todo el territorio nacional.

Tomando como modelo el proyecto de Biblioteca del Juez de Paz, desarrollado por la Escuela Nacional de la Judicatura, el cual consiste en la compilación de leyes, procedimientos, doctrinas y jurisprudencia en un solo documento, se consideró oportuno que se realizara un proyecto similar en la materia de Niños, Niñas y Adolescentes. Para ello, contamos con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid).

Hoy tenemos el placer de presentar la Biblioteca Básica de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo proceso fue protagonizado por jueces/zas especializados/as en la materia y apoyados por un equipo técnico de distintas áreas del Poder Judicial, los cuales no solo compilaron las informaciones requeridas, sino que enriquecieron el texto con sus experiencias en los tribunales, complementándolo con flujogramas, que visualizan los procesos llevados a cabo en la jurisdicción. De esta manera, se puede ahora contar con una referencia sustantiva para las personas operadoras del sistema, las cuales se apoyarán en esta herramienta para dilucidar dudas que se presenten en sus labores.

Entendemos que esta obra representa un aporte a la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, que se hace desde el Poder Judicial, en su rol de protección y garantía para la tutela judicial efectiva de esta población en condición de vulnerabilidad, denominada niños, niñas y adolescentes.

Dirección de Justicia Inclusiva

PRÓLOGO

La administración de justicia en la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes constituye un gran reto para los operadores del sistema de justicia ya que debe ser de alta prioridad la protección y el desarrollo de los menores de edad porque de ellos dependen la estabilidad y progreso de las naciones.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible tiene en sus 17 objetivos unas 169 metas conexas, que priorizan la dignidad de los niños y su derecho a vivir sin temor ni violencia, lo que demuestra la importancia para los Estados de priorizar la protección y tutela de los menores de edad.

Los Tribunales de Niños Niñas y Adolescentes constituyen estamentos judiciales de vital importancia para nuestra sociedad, y requieren necesariamente de cada uno de los intervinientes, una especialización en la materia, por tratarse de una jurisdicción que tutela los derechos de un grupo vulnerable; nuestros niños a pesar de que en el plano formal tienen voz, tradicionalmente son silenciados por una cultura que los ha cosificado bajo la premisa de que no tienen la madurez para emitir opiniones ni tomar decisiones.

Por otra parte, el ejercicio de sus derechos está supeditado a un adulto que los representa y que toma las decisiones por ellos, que muchas veces no son las más idóneas para estos.

Otra de las razones por la que se requiere de una especialización para esta jurisdicción, es la necesidad de conocer el fenómeno victimización colateral de la que son susceptibles frecuentemente nuestros niños, por lo que solo con jueces sensibles, conocedores de las normas especiales, se podrá hacer justicia.

La creación de un texto especializado en esta materia tan importante es una excelente iniciativa de la Escuela Nacional de la Judicatura y de la Dirección de Justicia Inclusiva, quienes han seleccionado los más experimentados y conocedores juristas de la materia. Contar con coautores de la talla de los magistrados Víctor José Castellanos, Mirtha Felicia Duarte, Francisco Antonio Pérez Lora y Juan de las Nieves Sabino, convierten esta obra en el más importante texto de la materia en toda la historia de esta jurisdicción.

La Jurisdicción de Niños Niñas y Adolescentes necesitaba un texto en el que los estudiantes de derecho, los abogados, jueces, aspirantes a jueces, fiscales y empleados judiciales, puedan consultar temas tan importantes como las acciones relativas a la filiación y la adopción de menores de edad, la autoridad parental o la guarda y el régimen de visitas, o las reglas especiales para la jurisdicción penal para adolescentes.

Esta obra contiene verdaderas cátedras de derecho constitucional, en la que se describen todos los procedimientos especiales en la jurisdicción penal juvenil, por lo que su contenido la convierte sin lugar a duda en la publicación más completa de la materia de Niños Niñas y Adolescentes.

En el primer tomo los autores en siete capítulos hacen un estudio minucioso de las fuentes constitucionales, legales y reglamentarias de la tutela especial para los Niños, Niñas y Adolescentes, las que aborda magistralmente el magistrado Víctor José Castellanos en el Capítulo I. Así como el profundo análisis que realiza el magistrado Francisco

Pérez Lora en el capítulo II sobre la jurisdicción y la tutela de los Niños, Niñas y Adolescentes; en el que se definen todos los temas procesales relativos a esta materia.

En el Capítulo III, también, escrito por el magistrado Francisco Pérez Lora, se explican las acciones relativas a la filiación y adopción de menores de edad, enriqueciendo el contenido, además, con gráficos y flujogramas que lo convierten en un material muy didáctico.

La magistrada Mirta Duarte en el capítulo IV trata el espinoso tema sobre la autoridad parental. La autora se remonta al derecho romano realizando un recuento de la evolución del *Paterfamilias* y señalando cómo se ha logrado la igualdad de género en cuanto a la patria potestad, centrada durante mucho tiempo solo en el padre.

El Capítulo V trata sobre la guarda y régimen de visitas, un tema fundamental para la solución de conflictos familiares, en el que se enfatiza el derecho de la persona menor de edad a ser oída.

En el Capítulo VI la magistrada Mirta Duarte aborda la sustracción internacional de menores de edad, señalando y analizando de forma minuciosa todas las fuentes de derecho internacional que regulan la materia.

Finalmente, el Capítulo VII trata el tema de la tutela y el consejo de familia y establece todos los pasos para la realización con éxito de un consejo de familia.

El segundo tomo, compartido entre los magistrados Francisco Pérez Lora y Juan de las Nieves Sabino, trata sobre la jurisdicción penal juvenil, describe todos y cada uno de los procedimientos penales de esta especial jurisdicción, además, de abordar sin dejar detalles pendientes la ejecución de la pena de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes.

Felicitemos a cada uno de los coautores por sus brillantes aportes para la comunidad jurídica y para la ciudadanía en general. Todos y cada uno de nosotros tenemos una función que desempeñar para asegurar que los niños y niñas disfruten de su infancia, niñez y adolescencia.

Esther E. Agelán Casanovas

Exjueza de la Suprema Corte de Justicia

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y OTRAS FUENTES

Víctor José Castellanos

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y OTRAS FUENTES

Resumen

La norma más relevante de todo ordenamiento jurídico es la Constitución, en razón de que constituye el pacto entre los miembros de la sociedad, a los fines de lograr su estabilidad, desarrollo y el respeto de los derechos individuales, económicos, sociales, culturales y colectivos.

La Constitución vigente (2015) de la República Dominicana se autoproclama como la garante del respeto de los derechos de la persona, así como protectora de los derechos en el ámbito familiar, de ahí, la imperiosidad de que sea la fuente primaria a utilizar en todos los temas que serán desarrollados en esta biblioteca básica.

Se explicarán aspectos generales de otras fuentes jurídicas: convenios internacionales, códigos o leyes, decretos, resoluciones, jurisprudencia, costumbre, doctrina y práctica, que constituyen citas de autoridad que son utilizados al momento de justificar las decisiones judiciales.

1. LA CONSTITUCIÓN DOMINICANA

1.1. Aspectos Generales

El pueblo dominicano, a través de sus representantes elegidos, reunidos en Asamblea Revisora, conocieron y aprobaron un proyecto de reforma a la Constitución, cuya proclamación se efectuó el 26 (veintiséis) del mes de enero del año dos mil diez (2010), día del

natalicio del Padre de la Patria Juan Pablo Duarte, que abordo en el artículo 55 con detalle derechos que surgen de las relaciones familiares. Estas disposiciones se mantuvieron inalteradas en la Carta Magna, acontecida en fecha 13 de junio de 2015.

A pesar de las reformas introducidas en los trabajos de revisión, se mantienen intactos los preceptos fundamentales de las constituciones anteriores; se introdujeron además, otros derechos fundamentales de tercera y cuarta generación, de donde emerge, como figura cimera, *la persona humana*, símbolo, estandarte y fundamento de todos los demás. Ratifica la idea universal de que todos los *seres humanos son iguales en dignidad y derechos*, sin hacer distinciones de ninguna especie. Enfatiza en la concepción de una nación libre y justa, donde *la persona* como tal sea la meta a proteger; que exista un conglomerado social abierto a las formas de convivencia humana y en aptitud de reciprocidad continua a recibir los distintos beneficios que la sociedad moderna aporta, sobre todo, cimentándose en aspiraciones y promesas de carácter general al mismo tiempo que en principios y valores humanos permanentes que garanticen de esa forma, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los Derechos Humanos.

La reforma constitucional del año 2010 introdujo, entre otras, la siguiente reforma: un Preámbulo, cuyo texto copiado íntegramente dice:

Nosotros, representantes del pueblo dominicano, libre y democráticamente elegidos, reunidos en Asamblea Nacional Revisora; invocando el nombre de Dios; guiados por el ideario de nuestros Padres de la Patria, Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez y de los Próceres de la Restauración de establecer una República libre, independiente, soberana y democrática; inspirados en los ejemplos de lucha y sacrificios de nuestros héroes y heroínas

inmortales; estimulados por el trabajo abnegado de nuestros hombres y mujeres; regidos por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social; declaramos nuestra voluntad de promover la unidad de la Nación dominicana, por lo que en ejercicio de nuestra libre determinación adoptamos y proclamamos la siguiente...

Se introdujeron un sinnúmero de novedosas figuras que permiten que la Carta Magna, responda a los nuevos tiempos en que vive el país y el mundo que nos circunda. Así tenemos: la forma en que se encuentran redactados los artículos que la componen; la literatura de cada uno de ellos va precedida de un epígrafe, que permite una mejor comprensión y fácil asimilación del contenido; tal y como hemos dicho un considerable aumento de derechos y garantías en beneficio de los ciudadanos de tercera y cuarta generación; una serie de disposiciones que convierten la función pública en instituciones transparentes y confiables; creación de nuevos órganos e instancias, como el Tribunal Constitucional, Tribunal Superior Electoral, el Consejo del Poder Judicial, entre otros; permitiendo que la nación dominicana, el Estado dominicano y sus instituciones puedan responder a los nuevos retos que la sociedad de hoy reclama.

Es de incalculable valor, que al tenor de lo que consagra la Constitución dominicana, toda persona sea o no funcionario público, debe siempre tener presente los siguientes postulados:

1. Que la *Persona* es el centro de la Sociedad y del Estado.
2. Que todos, sin excepción, tenemos como un imperativo categórico, respetar y proteger al ser humano.

3. Que la Constitución es la ley sustantiva del Estado, y, que como tal, tiene supremacía sobre toda normativa adjetiva, debiendo, por consiguiente, respetarse y cumplirse en todo lo que ella ordena hacer o no hacer.
4. Que la idea de la existencia de Dios reflejada en la Constitución debe ser la norma de conciencia, que debe ser relacionada con los valores a los fines de que regule nuestras acciones.

Se debe enfatizar que la Constitución política de un Estado es la ley fundamental donde se consignan, en reglas generales, la declaración de deberes y derechos de los ciudadanos de un país determinado, y es además el cimiento donde descansan los Poderes del Estado.

Por consiguiente, al ser la Constitución dominicana el ordenamiento político fundamental de la Nación, en esa medida, pretende regular los aspectos esenciales de la vida política. Es la “*Ley Primera*”, la “*Ley de las Leyes*”, es “*la Carta Magna*” por muchas y variadas razones. Entre éstas, es más general, más concreta, específica y sobre todo porque brotó del seno del poder soberano de una Asamblea, como máximo exponente de la voluntad del pueblo.

Por otra parte, nuestra primera Constitución fue proclamada el 6 de noviembre de 1844, pero, debido a lo convulsionado de la vida independiente del país, ha sido modificada en innumerables ocasiones, llegando al texto actualmente vigente que, como se ha dicho, fue proclamada el 13 de junio de 2015.

1.2. Características de la Constitución

- Es una constitución *escrita* en razón de que ha sido votada por una Asamblea Revisora y se encuentra plasmada en un documento solemne, que guía la vida institucional del país.

- “En cuanto al *procedimiento de emanación*, se considera popular por su procedencia, pues ha sido redactada y votada por una Asamblea Nacional Revisora, que contó desde el inicio con la participación del pueblo que, por medio de seminarios, talleres, charlas, reuniones, paneles, vistas públicas, tanto a nivel nacional como en el extranjero, hicieron oír sus voces y fueron escuchados”¹.
- La Constitución del 6 de noviembre de 1844 la consideramos derivada, en tanto cuanto no aporta principios fundamentales y funcionales nuevos, puesto que se limitó a seguir los lineamientos de modelos preexistentes como fueron la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución de Estados Unidos de América de 1787. De igual forma concebimos, la Constitución de 2010, aunque cabe destacar que entre las modificaciones introducidas tal y como hemos expresado, crea nuevas figuras y sienta precedentes muy novedosos para el quehacer de la vida institucional del país, sobre todo en el ámbito judicial.
- Su texto es *semirrígido*, solo es reformable a través de un mecanismo especial que la misma constitución establece y diferente al utilizado para la aprobación de las leyes adjetivas. Sin embargo, al decir de muchos jurisconsultos, por el contrario, la consideran como rígida.
- Además, su texto en conjunto resulta *muy detallista*, lo que implica que, en el futuro, propicie nuevas modificaciones para adecuarla a las necesidades de la población y del Estado.

¹ Palabras de presentación de la Constitución de 2010, a cargo del presidente y vicepresidente de la Asamblea Nacional Revisora, publicación enero 2010, impresión Signatura Artesanía Impresa.

1.3. Naturaleza de las Prescripciones Constitucionales

Las prescripciones que caracterizan la Constitución dominicana, son:

- A. *Obligatorias*: en tanto cuanto es donde constan los derechos y deberes de los ciudadanos.
- B. *Directivas o programáticas*: fijan normas atendibles por el legislador ordinario y son las que determinan propiciar políticas o planes de acción del Estado en determinadas materias.
- C. *Institucionales y organizativas*: establecen las instituciones constitucionales sin normas o reglas de conducta, que, al decir de los autores constitucionalistas se llaman, prescripciones.
- D. En cuanto a su *extensión*, existe discrepancia. Algunos la consideran de tipo intermedio, mientras que otros, la mayoría, la señalan como de tendencia extensiva en razón de que no se limita al establecimiento de la forma de gobierno y su funcionamiento, sino que consagra en su texto, entre otras cosas la organización administrativa y judicial, los principios fundamentales de derechos, en fin, señala principios de naturaleza programática del Estado en materia social y económica.

1.4. Imperativos Constitucionales y Legales

La Constitución dominicana reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de la dignidad y derechos inherentes a la persona, propendiendo siempre a la aplicación correcta de la norma e interpretando los hechos reales de acuerdo con la sola conciencia del que la aplica.

Además, el Estado, a través de sus órganos establecidos, persigue el mantenimiento de los medios básicos y efectivos que permitan

una verdadera vivencia de libertades públicas plenas, sin menoscabo de ninguna especie.

En consecuencia, al Juez de Niños, Niñas y Adolescentes le corresponde mantener siempre presente las garantías, derechos y deberes de las personas que requieren de sus servicios como parte de la organización del Estado.

Dentro de ese contexto, existen principios fundamentales; por ejemplo:

Como principio incuestionable: *“La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y en la indisoluble unidad de la Nación, patria común de todos los dominicanos”*².

Por otra parte, *“La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”*³.

Resulta también un imperativo categórico: *“Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y el derecho de todos”*⁴.

Ordena que, *“Son dominicanas y dominicanos:*

1. Los hijos e hijas de madre o padre dominicanos;

² Constitución dominicana de 2015. Votada y proclamada por la Asamblea Nacional, en fecha 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial núm. 10805. Artículo 5.

³ Ibídem. Artículo 7.

⁴ Ibídem. Artículo 8.

2. *Quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución;*
3. *Las personas nacidas en el territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas;*
4. *Los nacidos en el extranjero, de padre o madre dominicanos, no obstante haber adquirido, por el lugar de nacimiento, una nacionalidad distinta a la de sus padres. Una vez alcanzada la edad de diez y ocho años, podrá manifestar su voluntad, ante la autoridad competente, de asumir la doble nacionalidad o renunciar a una de ellas;*
5. *Quienes contraigan matrimonio con un dominicano o dominicana, siempre que opten por la nacionalidad de su cónyuge y cumplan con los requisitos establecidos por la ley;*
6. *Los descendientes directos de dominicanos residentes en el extranjero;*
7. *Las personas naturalizadas, de conformidad con las condiciones y formalidades requeridas por la ley”⁵.*

De igual forma, “*Todos los dominicanos que hayan cumplido dieciocho años de edad y quienes estén o hayan estado casados, aunque no hayan cumplido esa edad, gozan de ciudadanía*”⁶.

⁵ Constitución dominicana de 2015. Artículo 18.

⁶ *Ibidem*. Artículo 21.

“Son derechos de ciudadanos y ciudadanas: ...4.- Formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés público y obtener respuesta de las autoridades en el término establecido por las leyes que se dicten al respecto”⁷.

”Los extranjeros y extranjeras tiene en la República Dominicana los mismos derechos y deberes que los nacionales, con las excepciones y limitaciones que establece esta Constitución y las leyes; en consecuencia:

- *No pueden participar en actividades políticas en el territorio nacional, salvo para el ejercicio al sufragio de su país de origen;*
- *Tienen la obligación de registrarse en el Libro de Extranjería, de acuerdo con la ley;*
- *Podrán recurrir a la protección diplomática después de haber agotado los recursos y procedimientos ante la jurisdicción nacional, salvo lo que dispongan los convenios internacionales”⁸.*

Enfatiza la Constitución que: *“Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden público y los derechos de los demás”⁹:*

Al juez que conoce procesos de familia y muy especialmente al Juez de Niños, Niñas y Adolescentes se le impone que: *“La familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas. Se constituye por vínculos naturales*

⁷ Constitución dominicana de 2015. Artículo 22 numeral 4.

⁸ Ibídem. Artículo 25.

⁹ Ibídem. Artículo 43.

jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio por la voluntad responsable de conformarla”¹⁰.

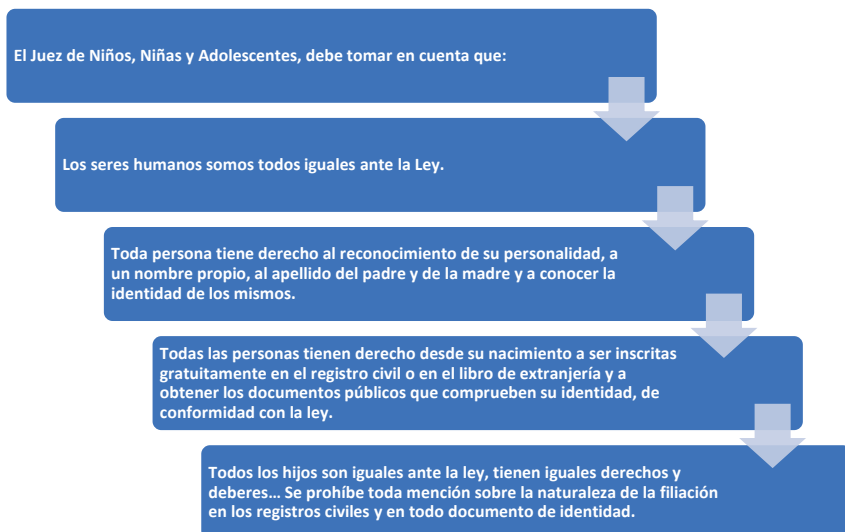
- *Toda persona tiene derecho a constituir una familia, en cuya formación y desarrollo la mujer y el hombre gozan de iguales derechos y deberes y se deben comprensión mutua y respeto recíproco;*
- *El Estado garantizará la protección de la familia. El bien de familia es inalienable e inembargable, de conformidad con la ley;*
- *El Estado promoverá y protegerá la organización de la familia sobre la base de la institución de matrimonio entre un hombre y una mujer. La ley establecerá los requisitos para contraerlo, las formalidades para su celebración, sus efectos personales y patrimoniales, las causas de separación o de disolución, el régimen de bienes y los derechos y deberes entre los cónyuges;*
- *Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales;*
- *La unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley;*
- *Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad, a un nombre propio, al apellido del padre y la madre y a conocer la identidad de los mismos;*

¹⁰ Constitución dominicana de 2015. Artículo 55.

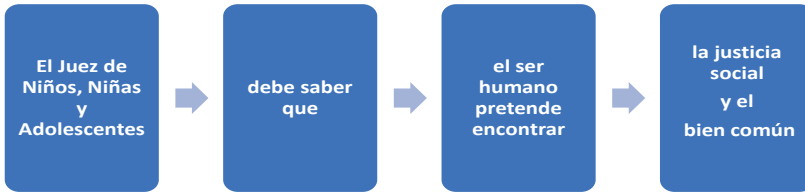
- *Todas las personas tienen derecho desde su nacimiento a ser inscritas gratuitamente en el registro civil o en el libro de extranjería y obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la ley;*
- *Todos los hijos son iguales ante la ley, tienen iguales derechos y deberes y disfrutan de las mismas oportunidades de desarrollo social, espiritual y físico. Se prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en todo documento de identidad;*
- *El Estado garantizará, mediante ley, políticas seguras y efectivas para la adopción.*

1.5. Anexos

1.5.1. La Persona Humana (Diagrama 1)



1.5.2. Principios Fundamentales de Justicia, Derecho y Moral (Diagrama 2)



La Justicia Social: es la que persigue que cada ser humano como ente social, reconozca en el otro lo que le es debido a él como persona.

El Bien Común: supone un conjunto de condiciones sociales, a través de las cuales el ser humano se realiza como tal.

Justeza: si se presenta una discrepancia entre lo legal y lo justo, decidirse por esto último debe ser la norma a seguir.

Moralidad: como valor y dentro de la conducta humana debe apreciarse dentro del contexto social donde se vive, ya sea que se realice o no.

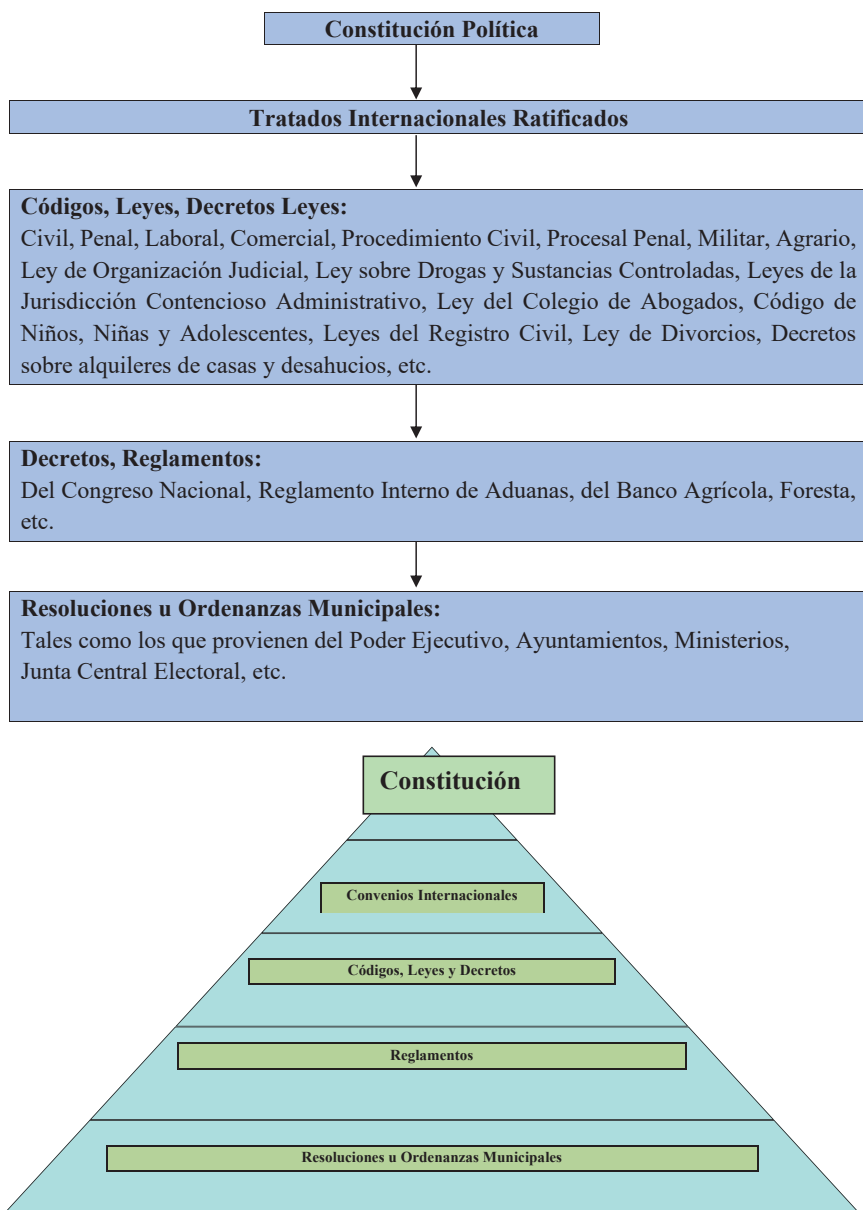
1.5.3. Estructura de la Constitución

La Constitución Política de la República Dominicana consta de:

- 1 Preámbulo.
- 15 Títulos.
- 8 Partes.
- 277 Artículos.
- 19 Disposiciones Transitorias.
- 1 Disposición Final.

Los títulos están formados por secciones, artículos, párrafos, incisos y letras (acápito literal).

1.5.4. La Jerarquía de las Normas Jurídicas (Diagrama 3)



Nota: Tratadistas de Derecho Internacional y Constitucional, consideran que los tratados internacionales, debidamente ratificados por

los países u organismos signatarios, tienen una jerarquía igual a la Constitución de los propios Estados.

1.5.5. Garantías Constitucionales

1) Derechos Negativos: (Derechos del individuo a que no se le haga algo).

Frente al Gobierno:

- 1) Derechos Privados:
 - Vida.
 - Libertad física.
 - Creencia y práctica religiosa.
 - Expresión artística.
 - Investigación.
 - Enseñanza.
 - Intimidad.
 - Otros.
- 2) Derechos Políticos:
 - Sufragio activo.
 - Sufragio pasivo.
 - Expresión política.
 - Reunión.
 - Organización.
 - Petición.
 - Otros.
- 3) Derechos Económicos:
 - Propiedad.

- Empleo.
- Comercio.
- Contratación.
- Otros.

Frente a Personas o Grupos:

1) Protección contra:

- Daños corporales.
- Coacción económica.
- Libelo.
- Discriminación.
- Servidumbre involuntaria.
- Otros.

2) **Derechos Positivos:** (Derechos del individuo a que se le haga algo).

- Ingresos Adecuados.
- Servicios Educativos.
- Servicios Sanitarios. Vivienda.
- Otros.

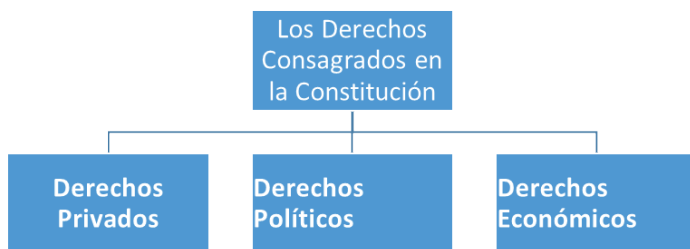
1.6. Clasificación de los Derechos Consagrados en la Constitución Dominicana:

1) Derechos Privados:

- Inviolabilidad de la vida.
- Inviolabilidad del domicilio.
- Seguridad individual.
- Libertad de tránsito.

- Igualdad ante la ley.
 - Expresión del pensamiento.
 - Reunión y asociación.
 - Libertad de conciencia y de cultos.
 - Inviolabilidad de la correspondencia
 - Igualdad de acceso a la información.
 - Capacidad civil de la mujer casada.
 - Protección a la familia y uniones consensuales.
 - Enseñanza.
 - Otros.
- 2) Derechos Políticos:
- Derecho electoral activo y pasivo
 - Libertad de organización de partidos políticos.
 - Libertad de reunión y asociación.
 - Libertad de expresión del pensamiento.
 - Otros.
- 3) Derechos Económicos:
- Libertad de trabajo.
 - Libertad de empresa.
 - Propiedad privada.
 - Propiedad intelectual.
 - Otros¹¹.

¹¹ Esquema de Brea Franco, Julio. *El Sistema Constitucional Dominicano*. Volumen I. República Dominicana. P. 178.



Inviolabilidad de la Vida.	Derecho Electoral Activo.	Libertad de Trabajo.
Inviolabilidad del domicilio.	Derecho Electoral Pasivo.	Libertad de Empresa.
Seguridad Individual.	Libertad de Organización de partidos Políticos.	Propiedad Privada.
Libertad de Tránsito.	Libertad de Reunión y Asociación.	Propiedad Intelectual.
Igualdad ante la Ley.	Libertad de Expresión y de Pensamiento.	
Expresión del Pensamiento.		
Reunión y asociación.		
Libertad y Conciencia de Cultos.		
Inviolabilidad de Correspondencia.		
Igualdad de Acceso a la Información.		
Capacidad civil de la Mujer Casada.		
Protección de la Familia y Uniones Consensuales.		
Derecho a la Educación.		

2. LA LEY Y OTRAS FUENTES

2.1. La Ley

La ley representa una regla socialmente obligatoria que establece de un modo permanente la autoridad pública y sancionada por la coacción. La ley debe manifestarse siempre, cuando una necesidad social la reclama, y por eso, se infiere que esta debe estar inspirada en la realidad de la sociedad en donde se va a aplicar.

El maestro Eugenio María de Hostos, define la Ley, “*Como el medio de hacer efectivo el derecho con el poder y hacer legítimo el poder con el derecho*”¹².

De la definición del maestro, se deduce una idea positiva de que la ley, viene a ser el equilibrio que siempre debe existir entre el poder y el derecho. Al mismo tiempo será la misma ley la que emane del poder legitimado por el derecho, porque en caso de fundamentarse en un poder ilegítimo o contrario al derecho, será una orden que tendrá que obedecerse por razones de fuerza, pero jamás podría ser considerada como una ley. Son estas razones las que hacen necesario, que el poder se sustente en el derecho para no convertirse en arbitrariedad. “*La ley de la fuerza, no es ley. La ley de la injusticia no es ley*”¹³.

2.1.1. Características de la Ley

Partiendo de las ideas generales de que la ley debe estar cimentada en los ideales de “*Justicia y Equidad*”, conviene señalar también que precisa de otras condiciones para poder llevar a cabo su misión en la sociedad. La ley debe ser: *necesaria, general, precisa, clara y concreta*.

¹² De Hostos, Eugenio María. (1982). *Lecciones de Derecho Constitucional*. República Dominicana. ONAP. p. 116.

¹³ *Ibidem*. p. 117.

1. *Debe ser necesaria*, porque solo debe manifestarse cuando una necesidad social la reclama.
2. *Debe ser general*, para que le permita cubrir a todas las personas, en aquellos casos en que la necesidad nacional la urge.
3. *Debe ser precisa*, porque debe enunciar específicamente lo que permite o prohíbe.
4. *Debe ser clara*, porque debe traducir en forma diáfana el objeto que persigue.
5. *Debe ser concreta*, como una forma de cubrir todo su objeto, haciendo abstracción de cualquier otro objeto que pueda dar lugar a interpretaciones maliciosas o interesadas.

2.1.2. Distintos Tipos de Leyes

Atendiendo al objeto que persigue, estas se pueden clasificar en:

- A. *Leyes Generales*: que abarcan todo el conjunto general de los nacionales, cuando se trata de una necesidad nacional, a los provincianos, cuando la necesidad es provincial, y a todos los compueblanos, cuando la necesidad se circunscribe al municipio.
- B. *Leyes Especiales*: se refieren a una materia especial, una actividad específica. Ejemplo, Ley núm. 63-17, sobre Movilidad, Transporte y Seguridad Vial.
- C. *Leyes Orgánicas*: son las que organizan y reglamentan una institución autónoma o del Estado. Ejemplo, Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales.

- D. *Leyes de Habilitación*: conllevan una delegación del Poder Legislativo en el Ejecutivo, para una materia determinada. Es como una ley ordinaria, pero permite que el poder reglamentario dicte decretos susceptibles de derogar, modificar o reemplazar textos legislativos ya existentes. Este tipo de leyes tienen un carácter singular para la jurisprudencia administrativa, delimita el campo de acción del poder reglamentario.
- E. *Leyes Imperativas*: presentan un carácter de orden público, puesto que establecen un estatuto legal por medio del cual se prohíbe limitar por convenciones particulares. El legislador en muchas ocasiones precisa el carácter imperativo, cuando prescribe que una ley “es aplicable a pena de nulidad”, o cuando señala, que tal ley “es de orden público”.
- F. *Leyes Facultativas*: son llamadas también interpretativas. No presentan el carácter de orden público que las anteriores. En caso de que la ley no establezca en forma clara y precisa su forma de actuar, debe primar la soberana apreciación del juez.
- G. La mayoría de las reglas del Código Civil dominicano son interpretativas. Así, por ejemplo, son facultativas las normas que se refieren a los diferentes contratos que el mismo Código consigna.



2.1.3. Carácter Permanente de las Leyes

Las leyes deben presentar un carácter de permanencia, en virtud de lo cual, pueden regir los actos y hechos posteriores a su puesta en vigor hasta el día que son abrogadas o derogadas.

No obstante, el legislador muchas veces crea leyes con un tiempo de vida preestablecido (vigencia temporal) y además, en algunos otros casos, esas mismas leyes al llegar a su término prefijado, deben ser “*prorrogadas*” por otra ley que debe fijar un nuevo término.

2.1.4. Principio de la Irretroactividad de la Ley

El conflicto de las leyes en el tiempo se produce en todo cambio de legislación. Una ley antigua es abrogada o anulada y surge la interrogante de su vigencia. Muchas veces, el legislador prevé este paso de una situación antigua a un contexto nuevo:

El Código Civil en su artículo 2, prevé la irretroactividad de la ley, cuando dice “*la ley no se dispone sino para el porvenir: ella no tiene efecto retroactivo*”.

El principio de la irretroactividad tiene un carácter constitucional porque la Constitución consagra en su artículo 110¹⁴:

Irretroactividad de la ley. La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

De la simple lectura del texto, advertimos la procedencia del carácter retroactivo de las leyes penales, en lo que respecta al que se encuentra subjúdice o cumpliendo condena; para estos la nueva ley recibe una correcta aplicación siempre y cuando les favorezca.

Ahora bien, no siempre resulta fácil determinar si una ley tiene o no efectos retroactivos. La situación se torna fácil cuando los hechos a los cuales se aplica comienzan y terminan en el pasado o si están configurados en el pasado. En cambio, el asunto se torna complejo, cuando existen situaciones de hecho de tal naturaleza que, aun teniendo su origen en el pasado y concerniente a su formación, se extienden y se manifiestan después de la ley. Sostienen algunos autores que, en estos casos, existe una situación de hecho y puede regir en ciertos casos, por eso la disposición legal debe ser considerada como retroactiva.

Pero si en verdad queremos establecer de una manera más correcta si la ley es o no retroactiva, tomamos el hecho de su aplicación y nos interrogamos si perjudica o no derechos adquiridos. En ese

¹⁴ Constitución dominicana de 2015. Artículo 110.

orden, si la disposición legal no perjudica derechos adquiridos, la aplicación de la nueva ley no será retroactiva, pero si por el contrario perjudica dichos derechos adquiridos, entonces existirá la irretroactividad constitucional.

2.2. Reglamentos

Los reglamentos constituyen mandamientos que tienen un carácter general e impersonal, emanados del Poder Ejecutivo y que como tales, se encuentran dentro de su facultad y viene a constituir lo que se denomina Poder Reglamentario, al cual hemos hecho referencia. Consiste este poder, en la capacidad jurídica de dictar medidas de alcance general e impersonal, destinadas al público en general o para los agentes de la administración pública, en cuando a la ejecución y observancia de una ley.

Es importante reseñar que sobre su naturaleza jurídica, la doctrina discrepa; algunos autores sostienen que son verdaderos actos legislativos, mientras que otros, sostienen que son actos de pura administración.

Los Reglamentos se clasifican en:

- 1) *Autónomos*, dictados por el Poder Ejecutivo sobre una materia que se considera nueva, a la cual no se refiere la Constitución, pero, que en ningún momento puede ser contradecida;
- 2) *Delegados*, son aquellos encargados por las leyes al Poder Ejecutivo para fines de complementarlas;
- 3) *De ejecución*, contienen detalles, datos y formas para ejecución de las leyes.

2.3. Decretos

En el sentido etimológico del término, Decreto significa, “*decisión*”. Se define dentro del contexto constitucional, como “*el término genérico con el cual se designan todas las decisiones escritas del Jefe del Estado*”¹⁵.

2.3.1. Se clasifican en: Decretos ordinarios y Decretos-Leyes

2.3.1.1. Decretos Ordinarios

Constituyen uno de los elementos constitutivos de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Poseen un carácter normativo y en su generalidad se usan para realizar actos concretos o particulares. Sus características le otorgan el carácter de unilateral y particular, tornando como base si tienen origen en la voluntad del presidente de la República, o si son utilizados para actos concretos como sería el nombramiento de funcionarios y empleados públicos.

Por su naturaleza jurídica, el decreto ordinario podría ser considerado como un acto de carácter administrativo, que ordena la ejecución de determinadas medidas.

2.3.1.2. Decretos-Leyes

El Decreto-ley tiene su origen en las facultades constitucionales otorgadas al Poder Ejecutivo, en caso de que se produzcan sucesos anormales que lo obliguen a tomar medidas extremas, que de ordinario no serían de su competencia.

¹⁵ De Hostos, Eugenio María. Ob. Cit. p. 131.

2.3.1.3. Sus Características son:

1. Su origen se centraliza en el Poder Ejecutivo y proviene del Jefe del Estado;
2. Se utiliza en casos de que surja una situación anómala; y
3. No necesita de la aprobación del Congreso Nacional, en caso de que este no se encuentre reunido.

La naturaleza jurídica dependerá, de si el Poder Ejecutivo lo somete, o no, a la consideración del Poder Legislativo; si este lo sanciona, alcanzaría el estatus de ley, si no, permanecería con el rango de un *decreto-ley* con carácter general y para situaciones extraordinarias.

2.4. Ordenanzas Municipales

Las Ordenanzas Municipales son las decisiones tomadas por los Consejos Edilicios o Sala Capitular que componen los Ayuntamientos. Estas decisiones se imponen dentro y para las demarcaciones territoriales que corresponden a ese municipio. Tienen una gran vigencia en materia de regulación de tránsito, ornato y demás cuestiones municipales. En los lugares donde existen juzgados de paz municipales, serán los ordinarios los encargados de conocer de estas ordenanzas.

2.5. Tratados Internacionales

De acuerdo con lo prescrito por la Constitución, los tratados internacionales son obligatorios, cuando han sido ratificados por el Congreso Nacional. No obstante, algunos tratadistas como Adolf Merkl señalan que existen algunos arreglos que están dentro de la esfera del Poder Ejecutivo que no necesitan de la aprobación del Congreso para su puesta en vigencia. Estas formas de convenios o arreglos se les llaman “*Convenios Administrativos*”, y se les exonera

de la sanción del Congreso porque su contenido no versa sobre cuestiones que entrañen aspectos de carácter político.

Una vez aprobados los tratados, tal y como lo exige la Constitución, son obligatorios para todos los residentes en el país.

2.6. La Costumbre y los Usos

La costumbre y los usos están intrínsecamente ligados a la idiosincrasia de los pueblos. Ella emana directamente del pueblo, en forma general y permanente. El pueblo la crea, la moldea, perfecciona y él mismo la hace desaparecer. Conserva en muchos países un reconocimiento como obligatoria por la autoridad.

La costumbre como tal puede llegar a ser Ley; así tenemos los artículos 590, 591 y 593 del Código Civil dominicano, cuando se refieren al derecho del usufructuario de un monte talar.

No obstante, la jurisprudencia se muestra dubitativa en darle a la costumbre autoridad contra la ley: “*La Ley no puede ser derogada por el desuso...*”. Aun así, existen hipótesis en las que se nota la prevalencia de la costumbre sobre la ley. Por ejemplo, aplicando la máxima “*Error communis facit jus*”, un error común e invencible (costumbre contra legem), es creador de una regla de derecho.

En el campo jurídico dominicano, aunque la costumbre es tomada en consideración, esta se encuentra por debajo de la ley, aunque se presenten los casos en que la ley nos remita a la costumbre (ver párrafo 2do. de esta misma sección).

En la costumbre se observan una serie de características que la identifican, tales como:

- a) Debe ser de uso general.
- b) Debe tener una vigencia continua en el tiempo.

- c) Debe ser una norma con cierto poder coactivo.
- d) Debe ser conocida de todos o por lo menos de una mayoría.

2.7. La Jurisprudencia

La jurisprudencia es el conjunto de las decisiones que emanan gradual y periódicamente de los distintos tribunales.

Conviene aclarar que a la Suprema Corte de Justicia, como máximo tribunal del orden judicial, le corresponde mantener a través del recurso de casación la unidad de criterio de la jurisprudencia.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es considerada como fuente del derecho, es tomada en forma indirecta, porque los tribunales no pueden dictar decisiones que tengan aplicación general y que conlleven al mismo tiempo una cierta obligatoriedad.

La jurisprudencia, por su carácter intrínseco, debe ser cambiante, acorde con los tiempos y por las nuevas formas de interpretación de las distintas leyes vigentes, como una forma de adaptarse siempre a la realidad social del pueblo al cual se aplica.

Hemos señalado el carácter nacional de la jurisprudencia dominicana, pero en relación con la jurisprudencia de naciones extranjeras, especialmente Francia, sobre todo en materia civil, por ser cuna de nuestra legislación, tiene una autoridad orientadora para la justicia dominicana.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene un carácter obligatorio, de conformidad con lo previsto en la parte central del artículo 184 de la Constitución, que prevé que ese tribunal tiene como fin “...*garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen*

precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado... ”.

2.8. La Doctrina

La doctrina es también una fuente indirecta del derecho; sin embargo, debe ser utilizada constantemente por los encargados de impartir justicia, como una forma de enriquecer el acervo jurídico dominicano.

A los jueces dominicanos, dentro de su noble función, se les impone hurgar en la doctrina, en la opinión sabia de los conocedores del Derecho, la solución de los conflictos que le son sometidos a su consideración. Se hace impostergable además, enfatizar en la doctrina netamente dominicana, más que en la extranjera, sin desdeñar de ningún modo, aquellos aportes doctrinales de autores de naciones amigas, que traen en definitiva una movilidad y modernización a las instituciones jurídicas dominicanas.

2.9. La Práctica

La práctica en los tribunales y en el quehacer diario del jurista, interpreta la norma jurídica. Ante una dificultad de los particulares de carácter jurídico se “*practica*” como fuente el derecho. En el consejo apropiado y sometido al tamiz de una reflexión jurídica como forma de evitar un litigio, también se practica y se hace derecho.

La práctica no puede modificar la norma, pero, nada impide que el legislador tomándola como base, modifique legalmente la norma. “*Una práctica errada y viciosa, nunca puede ser motivo de una consagración permanente*”.

CAPÍTULO II
LA JURISDICCIÓN Y LOS
PRINCIPIOS DE NIÑOS, NIÑAS,
ADOLESCENTES

Francisco Antonio Pérez Lora

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN Y LOS PRINCIPIOS DE NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES

RESUMEN

El Estado dominicano, en cumplimiento de su compromiso asumido al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.5), aprobó mediante la Ley núm. 14-94, el Código para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, que ordena la creación de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, a la que le otorgó una competencia dual: asuntos de familia y derecho penal adolescente.

La jurisdicción especializada fue puesta en funcionamiento por la Suprema Corte de Justicia, en el año 1998, en 9 distritos judiciales desde ese momento su norte ha sido la resolución de conflictos que interesan a la población infantil, tomando como punto de partida los principios y normas internacionales y locales, que tienen como propósito la garantía de derechos y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Con el estudio de los principios se pretende, que los juzgadores especializados reconozcan que son normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles con un carácter general y por tanto aplicable a la resolución de un universo de casos, con el propósito de que las sentencias que emitan envíen mensajes de que los derechos de las personas menores de edad deben ser tomados en serio por todas las personas.

En este apartado abordaremos las diferentes jurisdicciones que conocen asuntos relacionados a los menores de edad, haciendo énfasis en la jurisdicción especializada de niños, niñas y

adolescentes, profundizaremos respecto a los principios del derecho de infancia y familia, tomando como referentes a la Constitución, convenios internacionales que reconocen derechos a esta población, la Ley núm. 136-03 y otras fuentes de autoridad.

1.1. Órganos Jurisdiccionales y asuntos de Niños, Niñas y Adolescentes

La Constitución dominicana prevé como una regla pétrea que el gobierno se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, cada uno independiente y especializado, es lo que se conoce en la doctrina constitucional como separación de los poderes del Estado, idea que se ha universalizado en los sistemas democráticos y que fue desarrollada por el Barón de la Brede et de Montesquieu, Charles Louis de Secondat, en su libro *Del Espíritu de las Leyes*, publicado en Ginebra en el año 1748.

El Poder Judicial es asumido por la Suprema Corte de Justicia, las Cortes de Apelación, los tribunales y juzgados de la República, que se encuentran regulados a grandes rasgos por los artículos 149 y siguientes de la Constitución, así como por la Ley núm. 821, sobre Organización Judicial, sus modificaciones y otras leyes especiales que regulan diferentes materias.

Tradicionalmente para referirse a las funciones del Poder Judicial se utiliza la denominación de jurisdicción palabra proveniente del latín *iurisdictio* (equivalente a decir el derecho), que es la facultad derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el derecho en el caso concreto resolviendo la controversia, incidente o fondo del asunto, potestad que es ejercida en forma exclusiva por las cortes, tribunales y juzgados¹⁶, sin perjuicio de la resolución de conflictos por vías alternas, tales como el arbitraje, conciliación y mediación.

¹⁶ Lacalle Noriega, María. (2013). *La Persona como Sujeto de Derecho*. España: Dykinson. p. 305.

Los órganos jurisdiccionales tienen como fin la tutela judicial efectiva, que se concreta en los siguientes derechos: derecho de acceso a la justicia, derecho a la sentencia y derecho a la ejecución¹⁷. Un cuarto componente es el derecho al recurso, sujeto a las condiciones y excepciones que establezca la ley¹⁸.

El principal fin de los órganos jurisdiccionales es reconocer y otorgar derechos a las personas, adjudicándolo a favor de quien le corresponda, tomando como referente la expresión del jurista romano Domicio Ulpiano, que definió la justicia de la siguiente manera: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, es decir la justicia es la constante y perpetua voluntad de conceder a cada uno su derecho.

El Tribunal Constitucional en términos similares, ha manifestado que: “*la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde, lo que implica no solo las actividades de declarar el derecho, sino también los pasos que permiten su realización...*”¹⁹. Por lo que para los tribunales, el fondo de la pretensión es de trascendental importancia, así como también los procedimientos que deben ser ejecutados conforme a las reglas del debido proceso.

En ese sentido, la magistrada García Santamaría, ex jueza de la Suprema Corte de Justicia, afirma con acierto que los tribunales están llamados a garantizar los derechos fundamentales, normas y principios expresados en reglas cuyos efectos gravitan en la relación

¹⁷ Lacalle Noriega, María. (2013). *La Persona como Sujeto de Derecho*. España: Dykinson. p. 306.

¹⁸ Constitución de la República Dominicana. Votada y proclamada por la Asamblea Nacional, el 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial núm. 10805, artículos 69.9 y 149 párrafo III.

¹⁹ Tribunal Constitucional dominicano. Sentencia TC/0339/14, del 22 de diciembre, párrafo 15.4.

entre los sujetos y la Constitución²⁰. En consecuencia, al momento de adjudicar el derecho, el juzgador debe hurgar no tan solo en las normas jurídicas, sino también en los principios y valores constitucionales y convencionales, a los fines de dictar una sentencia ajustada a la protección efectiva de la persona.

Los conflictos jurídicos que conciernen a los intereses de las personas menores de edad pueden ser competencia de diversos tribunales, dependiendo del asunto de que se trate y si es promovido de manera principal o accesoria. En las líneas siguientes se identificarán los órganos jurisdiccionales que conocen asuntos relacionados a estos y las diferentes demandas que conocen.

A. Juzgados de Paz

Los juzgados de paz son los tribunales base en el sistema de la organización judicial, para ser designados en esa categoría los interesados se deben someter y aprobar un concurso público de méritos y evaluaciones escritas y orales, con posterioridad serán capacitados en la Escuela Nacional de la Judicatura²¹.

Estos juzgados conocen principalmente los asuntos de menor complejidad, que le han sido atribuidos por la Ley núm. 821, sobre Organización Judicial, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes especiales.

Los juzgados de paz se clasifican en tres:

- 1) Juzgados de paz ordinarios: la mayor cantidad de casos que conocen son pensiones alimentarias, acciones personales y mobiliarias hasta un monto de veinte mil pesos

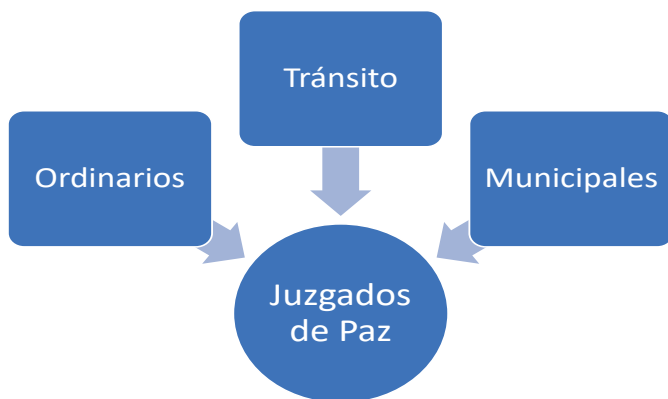
²⁰ García Santamaría, Martha Olga. (2012). *Aproximación a los Derechos Fundamentales con Transversalización de Género y Edad. República Dominicana*. Suprema Corte de Justicia. p. 408.

²¹ Constitución dominicana de 2015. Artículo 150.

(RD\$20,000.00), procesos penales de poca lesividad y la fase de instrucción penal de niños, niñas y adolescentes en los casos de urgencia;

- 2) Juzgados de paz municipales: conocen de las infracciones a leyes, ordenanzas, reglamentos y resoluciones municipales; y
- 3) Juzgados de paz de tránsito: conocen de las infracciones a la Ley núm. 63-17, sobre Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

Como es evidente las funciones de los juzgados de paz están relacionadas a su denominación, estos se encuentran ubicados en la mayoría de los municipios del territorio nacional.



En el caso de los Juzgados de Paz Ordinarios, sus atribuciones incluyen conocer asuntos de niños, niñas y adolescentes, tales como la pensión alimentaria y la autorización de viaje. La primera es una atribución exclusiva de conformidad al artículo 174 de la Ley núm. 136-03, salvo que el demandado o imputado goce de privilegio de jurisdicción o se trate de una demanda de alimentos accesoria a otra demanda competencia de un tribunal de primera instancia.

En cambio, la autorización de viaje será conocida por los juzgados de paz únicamente en los lugares donde no hubiere Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, en virtud de las disposiciones del Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes²².

En la actualidad están funcionando doscientos trece (213) juzgados de paz, divididos como sigue: ciento cincuenta y ocho (158) juzgados de paz ordinarios, ocho (8) juzgados de paz municipales y cuarenta y siete (47) juzgados de paz de tránsito.

El procedimiento a seguir en los juzgados de paz (JP) tiene algunas diferencias respecto al seguido en los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes (TNNA) y los tribunales ordinarios, entre las que cabe destacar el plazo y la forma de apoderamiento.

Ambas jurisdicciones (TNNA y JP) se caracterizan por la simplicidad de los tramites, sin embargo en los juzgados de paz, se exige en muchos de los asuntos de su competencia, el depósito de pago de sellos para su apoderamiento, conclusiones y retiro de sentencias en los casos civiles, contrario a la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes en los que no se paga tasa o costo alguno, por mandato de la Ley núm. 136-03, que en su principio X relativo a la gratuidad de las actuaciones dispone: *“Las solicitudes, pedimentos, demandas y demás actuaciones relativas a los asuntos a que se refiere este Código, y las copias certificadas que se expidan de las mismas se harán en papel común y sin ninguna clase de impuestos”*²³.

²² Ley núm. 136-03, (07 de agosto de 2003). Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial núm. 10234. Artículo 109. A partir de ahora se utilizara su numeración, Ley núm. 136-03.

²³ *Ibidem*. Principio X.

Un aspecto símil es que en los asuntos de naturaleza civil o familia en la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes la representación de abogado no es imprescindible, en los Juzgados de Paz en los procesos de pensión alimentaria tampoco es imprescindible la representación letrada, conforme a previsiones de la Ley núm. 136-03²⁴ y la Resolución núm. 1841-2005, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

B. Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes

Los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes fueron creados por el primer Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley núm. 14-94²⁵, su creación normativa obedece al mandato del artículo 40.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que requiere a los Estados que la ratifiquen (como es el caso de República Dominicana) que modifiquen sus normas internas, creen las instituciones y procedimientos necesarios para la vigencia de los derechos de la niñez. La finalidad de la creación de estos tribunales es que los jueces que ocupen esas plazas se especialicen en las materias que por ley le fueran atribuidas.

El principio del juez natural establece que un debido proceso debe tener como figura central a un juez preestablecido, que reúna los requisitos exigidos en la Constitución y las leyes para garantizar su independencia e imparcialidad. Su base normativa descansa en el artículo 69 de la Constitución, el 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en la redacción de esos textos se hace referencia a jueces competentes, independientes e imparciales en

²⁴ *Ibidem*. Artículos 100 y 183.

²⁵ Ley núm. 14-94, de 22 de abril de 1994, Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Artículo 257.

todas las jurisdicciones a los fines de la determinación de derechos y obligaciones.

El Tribunal Constitucional se ha referido al juez, expresando que debe ser competente, lo que constituye una garantía mínima del debido proceso, que se nutre del principio de imparcialidad para evitar contaminación de las funciones jurisdiccionales y garantizar los derechos fundamentales²⁶.

La independencia es la previsión esencial de la jurisdicción, en su mérito los jueces deben tener asegurada la exclusividad de su competencia y la garantía de la imparcialidad²⁷, a los fines de garantizar que el resultado de lo juzgado sea conforme a la Constitución y demás normas jurídicas y no por factores externos.

La Suprema Corte de Justicia, cuatro años después de aprobada la Ley núm. 14-94, específicamente en el mes de agosto del año 1998, puso en funcionamiento los diez (10) primeros Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes: dos en el Distrito Nacional y uno en cada una de las siguientes provincias: Barahona, Duarte, La Vega, Montecristi, San Cristóbal, San Juan, San Pedro de Macorís y Santiago.

En la actualidad además de los diez tribunales precitados, están funcionando los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes de los siguientes distritos judiciales: Espaillat, El Seibo, Hato Mayor, La Altagracia, La Romana, María Trinidad Sánchez, Monseñor Nouel, Peravia, Puerto Plata, Sánchez Ramírez, Santo Domingo y Valverde.

En sus inicios, en el año 1998, sus funciones eran plenas, es decir conocían asuntos penales y de familia, luego de la derogación de la Ley núm. 14-94 y la entrada en vigencia del Código para el

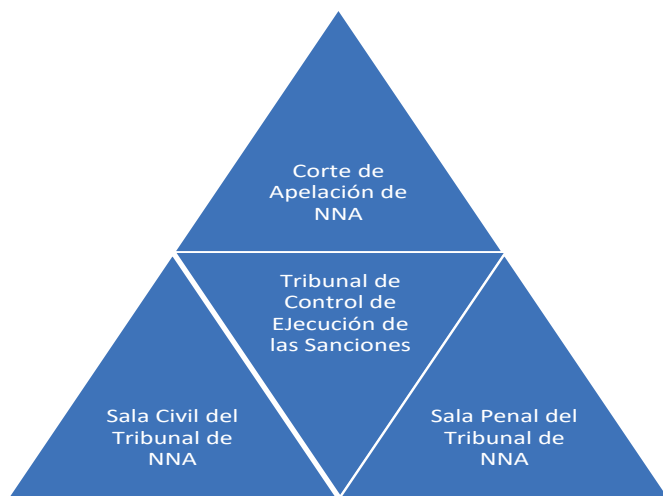
²⁶ Tribunal Constitucional dominicano. Sentencia TC/0309/14, del 22 de diciembre, párrafo 10. c.

²⁷ Dromi, Roberto. (1992). *Los Jueces ¿Es la Justicia un tercio del Poder?* Argentina. pp. 228 - 229.

Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley núm.136-03), los tribunales especializados se dividieron en salas civiles y salas penales, lo que provocó la designación de otro juez en algunos tribunales ya creados, para que uno tuviera la competencia civil y el otro la penal. Sin embargo, se mantuvo la plenitud de jurisdicción en los distritos judiciales de menor densidad demográfica o aquellos lugares donde los conflictos jurídicos no son numerosos.

En los distritos judiciales en los que no se han puesto en funcionamiento los indicados tribunales especializados, de conformidad a la Ley núm. 136-03, conocerán los asuntos *“en primer grado: La sala penal y la sala civil del Tribunal de Primera Instancia de derecho común, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes”*²⁸.

La Ley núm. 136-03, además de la división en salas (civil y penal) del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, crea el Tribunal de Control de Ejecución de las Sanciones, los que conjuntamente con la corte de apelación suman un total de 4 órganos especializados.



²⁸ Ley núm. 136-03. Artículo 209. párrafo II.

Las atribuciones de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad a las previsiones de la ley núm. 136-03, son las siguientes:

La sala de lo civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes tiene competencia para conocer y decidir: a) Las demandas sobre reclamación y denegación de filiación de los hijos e hijas y acciones relativas. El derecho de reclamación de afiliación no prescribe para los hijos e hijas. Las madres podrán ejercer este derecho durante la minoridad de sus hijos e hijas; b) Las demandas en rectificación de actas de estado civil a solicitud de parte interesada u ordenadas por un organismo competente referente a niños, niñas y adolescentes;²⁹ c) Regulación y rectificación de las declaraciones de nacimiento tardías de niños, niñas y adolescentes; d) Lo relacionado con la emisión de actas de nacimiento de los niños, niñas y adolescentes, cuyos padres y madres hayan desaparecido o sean desconocidos, ordenadas por un organismo competente; e) Lo relacionado con la autoridad del padre y de la madre, y su suspensión temporal o terminación; f) La emancipación de los y las adolescentes; g) La autorización o consentimiento matrimonial de los y las adolescentes; h) Los procesos sobre adopción de niños, niñas y adolescentes y su homologación, así como lo referente a la revocación del consentimiento, su impugnación o su nulidad; i) La demanda de guarda, colocación familiar y regulación sobre régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes; j) De la homologación de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia de filiación, guarda, régimen de visitas,

²⁹ Ley núm. 29-11. (24 de enero de 2011). Orgánica del Tribunal Superior Electoral. Gaceta Oficial núm.10604. El artículo 13,6, expresa que es de su competencia conocer de las rectificaciones de actas del estado civil que tengan un carácter judicial. El subrayado ha sido añadido.

*alimentos, adopción y demás asuntos del derecho de familia*³⁰;

k) *La revisión, control y supervisión del cumplimiento o incumplimiento de las medidas especiales de protección dispuestas en este Código; l) Sobre la violación de medidas de protección contenidas en este Código; m) Ordenar medidas cautelares y preventivas de manera provisional, mediante auto, en lo referente a la solicitud de los padres, tutores o responsables y de los representantes del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes; n) Convocar, conocer y conformar el Consejo de Familia; designación y/o remoción de tutores y protutores para la administración y protección del patrimonio de un niño, niña y adolescente. Otorgará expresamente autorización a los tutores para realizar actos de disposición y conservación; ñ) Declaración de estado de abandono de los niños, niñas y adolescentes para los fines de este Código; o) Promover y homologar acuerdos conciliatorios sobre asistencia familiar para los niños, niñas y adolescentes; p) Autorización para que los niños, niñas y adolescentes puedan viajar al exterior en compañía de su padre o madre, adoptantes o terceros; q) Homologar el acta de designación de la familia sustituta y toda decisión que se pueda presentar en este sentido; r) De las acciones en reclamación o reparación de los daños y perjuicios derivados de actuaciones de niños o niñas menores de trece (13) años de edad, o cuando siendo mayores de trece (13) años compromete sólo su responsabilidad civil o la de sus padres o responsables; s) Así como cualquier otro asunto que, de modo expreso, se le atribuya*³¹.

³⁰ Ley núm. 544-14. (15 de octubre de 2014). sobre Derecho Internacional Privado. El artículo 91 prevé lo siguiente: “Procedimiento de exequátur. Para el trámite de exequátur de las decisiones extranjeras de carácter contencioso, será competente la Cámara Civil y Comercial del Tribunal de Primera Instancia del Distrito Nacional.” El subrayado ha sido añadido.

³¹ Ley núm. 136-03. Artículo 211. El subrayado ha sido añadido.

Dos de los literales (b y j) del citado artículo 211, han sido reformados por leyes posteriores, conforme se explica en la nota al pie de página.

Las atribuciones de la sala penal de conformidad con los artículos 215, 386 al 393 y 194 de la Ley núm. 136-03, se limitan a conocer de los procesos penales contra adolescentes, de infracciones en perjuicio de menores de edad cuya sanción sea pecuniaria (multa) y de las apelaciones de las sentencias en materia de pensión alimentaria³² que sean dictadas por los juzgados de paz correspondientes a su distrito judicial.

En razón a que la ley núm. 136-03, no creó un juez de la instrucción de los procesos penales, en el año 2006, la Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución núm. 1186, que prevé la habilitación de los jueces de paz, para ser utilizados como jueces de la fase de instrucción penal, que abarca desde la etapa preparatoria hasta la intermedia, la finalidad de la indicada resolución es garantizar el principio de imparcialidad que estaba siendo vulnerado porque el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes estaba conociendo las etapas preparatoria e intermedia y también el juicio, además tiene como fin que los procesos concluyan de forma más expedita y garantista.

Los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes que están divididos en sala civil y sala penal son los siguientes: Distrito Nacional, Santo Domingo, Santiago, La Vega, San Francisco de Macorís, San Pedro de Macorís y San Cristóbal, en los demás lugares donde existen estos tribunales especializados sus atribuciones son plenas, es decir conocen tanto civil como penal de niños, niñas y adolescentes.

³² Es conveniente recordar que esta competencia como tribunal de segundo grado, le fue otorgada a partir del año 2007, como consecuencia del inicio de vigencia de la Ley núm. 52-07, que modificó la Ley núm. 136-03.

C. Tribunal de Control de Ejecución de la Sanción

La Ley núm. 136-03, en su artículo 219, dispone la creación del Tribunal de Ejecución de las Sanciones, cuya función es controlar la ejecución de las sentencias irrevocables y las resoluciones dictadas como consecuencia del procedimiento de suspensión condicional del procedimiento.

En el año 2004, la Suprema Corte de Justicia pone a funcionar los referidos tribunales de ejecución en cada departamento judicial, asignándole sus atribuciones a un juez de corte de apelación, así como estableciendo reglas mínimas de procedimiento mediante la Resolución núm. 1618-2004.

D. Cortes de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes

Las Cortes de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes fueron creadas por mandato de la Ley núm. 14-94 (primer Código de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). La Suprema Corte de Justicia en el año 1999, puso en funcionamiento las cinco primeras en el Distrito Nacional, La Vega, San Cristóbal, San Pedro de Macorís y Santiago. Posteriormente fueron creadas las Cortes de la provincia Santo Domingo (2012) y San Francisco de Macorís (2016), en la actualidad existen siete cortes de apelación especializadas.

En los lugares donde no han sido creadas las cortes especializadas, les corresponde a las cortes ordinarias conocer los asuntos de niños, niñas y adolescentes, conforme a los principios, reglas y procedimientos de la Ley núm. 136-03, es decir los asuntos de familia o civiles serán conocidos por las cortes civiles y los asuntos penales serán conocidos por las cortes penales.

Las funciones de estas cortes especializadas, de conformidad con la Ley núm. 136-03, son conocer:

a) De los recursos de apelación de las decisiones de la sala civil y la sala penal del Tribunal de Primera Instancia de Niños, Niñas y Adolescentes; b) Incidentes que se promueven durante la substanciación de los procesos en los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, en los casos y en la forma que se indicará; c) De las quejas por demora procesal o denegación de justicia de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes; d) Homologación del Consejo de Familia; e) Recusaciones o inhibiciones de los jueces de Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes; f) Recurso de apelación respecto de las decisiones del Tribunal de Ejecución de la Sanción; g) Así como cualquier otra atribución o competencia asignada por este Código y leyes especiales³³.

Es necesario destacar que las Cámaras Civiles de los Juzgados de Primera Instancia y las Cámaras Civiles de las Cortes de Apelación que conocen de forma subsidiaria asuntos de niños, niñas y adolescentes, tales como guarda, visita, alimentos y conflictos de autoridad parental, como demandas accesorias al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, en cuyo caso el procedimiento a seguir, esta reglado en el Código de Procedimiento Civil.

E. Suprema Corte de Justicia

Las funciones principales de la Suprema Corte de Justicia, en asuntos relacionados a menores de edad, de conformidad con la Ley núm. 136-03, son las siguientes:

En materia de Justicia Especializada de Niños, Niñas, Adolescentes, la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer: 1.- Del recurso de casación; 2.- Del recurso de revisión; 3.- Del procedimiento relativo a los conflictos de competencia entre Cortes de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, entre

³³ Ley núm. 136-03. Artículo 217.

*jueces o Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes de Departamentos Judiciales distinto; 4.- De las quejas por demora procesal o denegación de justicia contra las Cortes de Apelación de Niños, Niñas, y Adolescentes; 5.- Así como cualquier otra atribución asignada*³⁴.

Respecto al recurso de revisión a que hace referencia el numeral 2, del artículo 218 de la Ley núm. 136-03, es en el aspecto penal, debido a que en los procesos de familia, la revisión está prevista en el Código de Procedimiento Civil³⁵ y el tribunal competente será el que decidió la sentencia objeto de recurso.

Según expresa el jurista Rodríguez Huertas, prologuista del libro *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2012-2014*, la Suprema Corte de Justicia ha mantenido el criterio de que su jurisprudencia contribuye eficazmente a la unificación de los criterios jurídicos sobre la correcta aplicación de la ley, emanados de los tribunales de justicia, y sirve de orientación plausible a las corrientes de interpretación judicial de las leyes, la violación de la jurisprudencia no es, en el estado actual de nuestro derecho, motivo de casación (SCJ, 17 de octubre de 2001). Sin embargo la sentencia del 19 de septiembre de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia introduce elementos que fortalecen el papel de la jurisprudencia en el derecho privado, al expresar que: “tanto la igualdad ante la ley como la seguridad jurídica serán garantizadas en la medida en que los litigios sustentados en presupuestos de hecho iguales o similares sean solucionados de manera semejante por los tribunales”³⁶.

De ahí que, el rol de la Suprema Corte de Justicia no se limita a la decisión de controversias concretas, sino que también crea líneas

³⁴ Ley núm. 136-03. Artículo 218.

³⁵ Código de Procedimiento Civil dominicano. Artículos 480 y sgtes.

³⁶ Perdomo Cordero, Nassef. (2015). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Dominicano 2012-2014*. República Dominicana. Ángel Potentini. pp. XIV y XV.

jurisprudenciales que sirven de orientación a los diferentes tribunales y operadores jurídicos, sin que esto implique que sus precedentes sean vinculantes.

E. Tribunal Superior Electoral

Las funciones principales del Tribunal Superior Electoral, en asuntos relacionados a menores de edad, de conformidad con el artículo 13 de la Ley núm. 129-11, es el conocimiento de las rectificaciones de errores materiales en las actas de las oficialías del Estado Civil.

A los fines de garantizar un proceso más expedito y garantista el Tribunal Superior Electoral, dicto la Resolución núm. 01-2013, sobre Rectificación de Actas del Estado Civil, que fue sustituida por el Reglamento Contencioso Electoral y de Rectificación del Estado Civil, del 17 de febrero de 2016, que establece el procedimiento a seguir en los artículos 214 y siguientes, enumerando los casos en los que procede la rectificación, de la manera siguiente:

1) Por error u omisión de cualquier dato en las actas del estado civil establecidos por la ley. 2) De los datos del acta, cuando el error recae sobre el lugar, fecha o nombre del oficial del estado civil. 3) Si en el acta existen datos prohibidos o sobreabundantes. 4) Cuando existan en el acta borraduras o tachaduras que imposibiliten comprobar la veracidad de un dato importante. 5) Cambio de letras de los nombres (fonemas), cuando no implique una modificación del nombre. 6) Error en la identificación del sexo del/de la declarado/declarada. 7) Cualquier otra rectificación que proceda de acuerdo a la ley y a juicio del Tribunal Superior Electoral³⁷.

³⁷ Tribunal Superior Electoral dominicano. (17 de febrero de 2016). Reglamento Contencioso Electoral y de Rectificación del Estado Civil. Artículo 215.

Es conveniente destacar que los errores mínimos de grafía, tales como cambio de letras en nombres, apellidos o en los datos del folio, abreviaturas de nombres y apellidos, así como conjunciones, inclusión de número de cedula de identidad u omisión y cambio de dígitos en las cédulas, pueden ser corregidos ante las Oficinas Centrales del Estado Civil, conforme a la Resolución dictada el 19 de mayo del año 2011, por la Junta Central Electoral, denominada Reglamento sobre Corrección de Datos en las Actas del Estado Civil por Vía Administrativa.

La indicada resolución de la Junta Central Electoral, expresa que las correcciones no judiciales de las actas del Estado Civil deben ser realizadas por la Dirección Nacional de Registro del Estado Civil que podrá ser apoderada de forma directa o a través de la Oficialía del Estado Civil correspondiente a requerimiento de la persona interesada en casos de errores materiales de escritura o por omisión, cambios de letras en nombres, apellidos o en los datos generales del folio, en casos de abreviaturas de nombres y apellidos, o por conjunciones. Le compete a la Dirección Nacional de Registro del Estado Civil corregir administrativamente las actas del Estado Civil, fundándose en cotejo y análisis de informaciones contenidas en los registros de los demás actos del Estado Civil, así como en otros documentos públicos y en los registros de los diferentes cultos religiosos establecidos en el país³⁸.

G. Tribunal Constitucional

En la Constitución dominicana del año 2010, se crea el Tribunal Constitucional. Las disposiciones de la Constitución del 2010, son similares a las del 2015, excepto en la reelección presidencial. Ambas

³⁸ Junta Central Electoral. (19 de mayo de 2011). Reglamento sobre Corrección de Datos en las Actas del Estado Civil por Vía Administrativa.

constituciones prevén que el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer en instancia única de:

1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido; 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares; 4) Cualquier otra materia que disponga la ley³⁹.

Los primeros jueces del Tribunal Constitucional fueron designados en el mes de diciembre de 2011 y a partir de 2012, iniciaron sus labores. En los últimos años se ha incrementado el apoderamiento al Tribunal Constitucional (TC) en asuntos relacionados a niños, niñas y adolescentes, principalmente para conocer de la revisión de las sentencias de amparo o de sentencias definitivas dictadas por la Suprema Corte de Justicia relacionadas con pensión alimentaria, guarda, visitas, filiación, penal adolescente, entre otros temas, algunas de las sentencias del TC sobre esos temas serán explicados en otros capítulos de este libro.

El Tribunal Constitucional ha tenido que decidir acciones de inconstitucionalidad contra disposiciones del Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, así como otras normas relacionadas a menores de edad y sobre el control preventivo de tratados internacionales que protegen a niños, niñas y adolescentes.

³⁹ Constitución dominicana. Artículo 185.

Uno de los temas abordados por el Tribunal Constitucional es la constitucionalidad del artículo 48, letras f y g de la Ley núm. 136-03, texto relacionado con la prohibición a los colegios de sancionar, suspender o discriminar a los niños por la falta de pago de las cuotas escolares, en su sentencia TC0058/13, manifestó que los acápite f y g, del artículo 48 de la Ley núm. 136-03, no violan la Constitución, debido a que tienen como fin garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes por cuanto procuran que la falta de pago de colegiatura no sea causa de discriminación o sanción, lo que es conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰.

Otra decisión del Tribunal Constitucional de inmensa importancia en materia de familia y niñez, es la relacionada con el control preventivo de constitucionalidad del Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros miembros de Familia. En su sentencia TC/0310/18, expresó que el referido convenio es conforme a la Constitución debido a que es un deber inexcusable cumplir con esta obligación, la que requiere un tratamiento eminentemente protector con carácter imperativo y de orden público sin importar que el deudor haya fijado su residencia fuera del país, agrega, que el convenio analizado se apega al interés superior del niño, principio reconocido por el artículo 56 de la Constitución y por la Convención sobre los Derechos del Niño⁴¹.

Es conveniente destacar que el Convenio de La Haya del 23 de noviembre de 2007, sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros miembros de Familia, fue ratificado por las cámaras legislativas y publicado por el Poder Ejecutivo a finales del año 2019, en consecuencia ya puede ser aplicado por los tribunales locales.

⁴⁰ Tribunal Constitucional dominicano. (15 de abril de 2013). Sentencia TC/0058/13. Párrafo 10. 1. 3.

⁴¹ Tribunal Constitucional dominicano. (31 de agosto de 2018). Sentencia TC/0310/18. Párrafos 6. c y 6. e.

1.2. La Competencia en Razón de la Persona y Territorio

Los asuntos de familia que son competencia de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad a las previsiones de la Ley núm. 136-03, se pueden dividir en dos: contenciosos y gratuitos, a seguidas veremos un cuadro con los principales asuntos:

Asuntos contenciosos		
Autoridad parental. Guarda. Visita. Autorización de viaje. Restitución internacional de NNA.	Reconocimiento. Desconocimiento. Nulidad de acta. Impugnación y nulidad de adopción.	Acciones en responsabilidad civil derivada de actos de NNA. Otras acciones...

Asuntos Gratuitos		
Homologaciones de: guarda, visitas, etc.	Consejo de familia. Emancipación. Dispensa matrimonial.	Ratificación actas de nacimiento y defunción. Declaración de abandono. Adopción. Medidas cautelares y de protección.

La competencia territorial, se rige por las disposiciones del artículo 213 de la Ley núm. 136-03, que dispone:

Competencia en razón de la persona. El tribunal competente de niños, niñas y adolescentes en atribuciones civiles lo será el del distrito judicial donde tiene su domicilio el niño, niña o adolescente. Párrafo.-El domicilio legal de niño, niña o adolescente es el de la persona que detenta la guarda, sea por mandato de la ley o por decisión judicial⁴².

También la Ley núm. 136-03, dispone que: “*La competencia territorial de la sala de lo civil se regirá por las normas que rigen esta materia en el Código de Procedimiento Civil*”⁴³. Las reglas de competencia territorial están en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, que expresa en su primera parte que. “*En materia personal, el demandado será emplazado para ante el tribunal de su domicilio: si no tuviere domicilio, para ante el tribunal de su residencia: si hubiere muchos demandados, para ante el tribunal del domicilio de uno de ellos, a opción del demandante*”. En consecuencia también es competente para conocer de los procesos de niños, niñas y adolescentes, el tribunal del domicilio de la persona demandada, por lo que existen dos tipos de competencia territorial: la del niño y la del demandado, le corresponde al demandante escoger la competencia.

En los casos de que se trate de un asunto de familia que se conoce de forma accesoria a un proceso de divorcio, nulidad matrimonial, separación judicial, en el que el tribunal competente sea la Cámara Civil del Juzgado de Primera Instancia, las reglas de competencia territorial a seguir son las previstas en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, que prevé que el tribunal competente es el del domicilio del demandado y se apodera a la jurisdicción mediante un

⁴² Ley núm. 136-03. Artículo 213.

⁴³ *Ibidem*. Artículo 211. Párrafo.

emplazamiento, sin embargo en los casos en que los cámaras civiles conocen de acciones principales en sustitución de los tribunales especializados (no creados en sus distritos judiciales), las reglas de competencia, serán las previstas en la Ley núm. 136-03.

1.3. Capacidad y Calidad para Ejercer Acciones

La capacidad ha sido definida como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Se ha dividido en dos: de goce y de ejercicio, entendiendo la primera como la idoneidad para adquirir derechos y obligaciones, y la segunda como la aptitud para que la persona pueda ejercer sus derechos por sí solo.

Según Hernández⁴⁴, algunas personas no tienen capacidad de ejercicio y debe intervenir una persona que les represente, esto sucede por ejemplo con los menores de edad y las personas adultas declaradas interdictas.

Para contratar y demandar en justicia se requiere tener capacidad de ejercicio, de conformidad con las previsiones del artículo 1123 del Código Civil dominicano, en sentido contrario, no pueden contratar ni demandar los denominados “incapaces”, entre ellos los menores de edad y los interdictos, como precisamos anteriormente.

No se puede confundir la capacidad con la personalidad, debido a que esta última la posee todo ser humano o persona, de conformidad con el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la actualidad al menor de edad se le reconoce como un ciudadano social, como persona que puede exigir el cumplimiento de sus derechos, con autonomía progresiva, en ese sentido, la Observación

⁴⁴ Hernández, Pedro Pablo. (2015). *La Personalidad y el Derecho Familiar*. 2do tomo. República Dominicana. Impresora Soto Castillo. p. 37.

General 12 de 2009, del Comité de los Derechos del Niño, reconoce que el Estado debe garantizar su participación en los asuntos que le conciernen.

Desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, el menor de edad va progresivamente adquiriendo una mayor madurez, por esta razón el ordenamiento jurídico, en función del nivel de madurez observado reconoce la existencia de autonomía y la posibilidad de que sean capaces de tomar decisiones y evaluar sus consecuencias⁴⁵.

La expresión de menor maduro, que surge en España a partir de la década de los 60 del siglo pasado, es usualmente utilizada para reconocerle la facultad de ejercer acciones que entienda le beneficien. En República Dominicana, algunas acciones judiciales pueden ser interpuestas de forma directa por personas menores de edad, en consecuencia se ha transformado la noción de incapacidad jurídica de menores de edad, por ejemplo, puede demandar en casos de suspensión y cesación de autoridad parental, habeas corpus y amparo, en virtud de lo previsto en los artículos 77, 324 y 325 de la Ley núm. 136-03.

La calidad es el poder en virtud del cual una persona ejerce una acción en justicia o el título con que una parte figura en el procedimiento, conforme ha sido definido por el máximo órgano del orden judicial⁴⁶. La falta de calidad constituye un medio de inadmisión, mientras que la falta de capacidad conlleva la nulidad del acto procesal.

A. Las Partes Procesales

En los procesos de familia y de niños, niñas y adolescentes, las principales partes que interactúan son la accionante o demandante,

⁴⁵ Lacalle Noriega, María. Ob. Cit. p. 247.

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia (Civil). (22 de junio de 1992). Sentencia núm. 9.

la accionada o demandada y el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.

La parte demandante es la que apodera a la jurisdicción competente por medio del escrito contentivo de la demanda, en cambio la parte demandada, es aquella contra la que se dirige la demanda, el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes puede actuar tanto como demandante, como demandado o como parte adjunta.

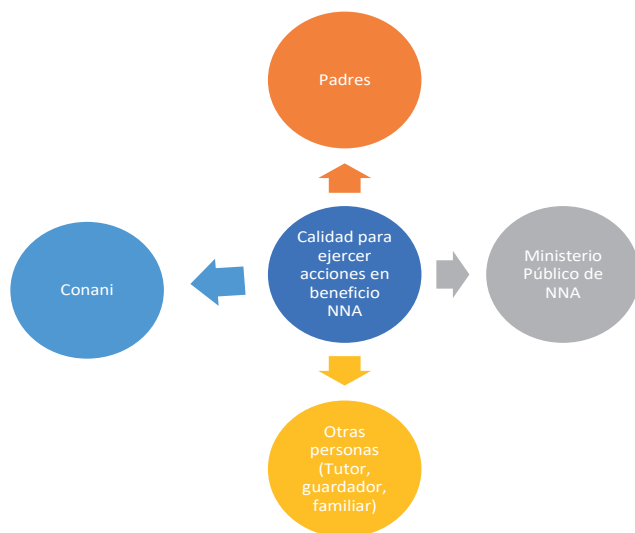
Un principio cardinal que debe regir todo proceso es el de la igualdad procesal, que implica igualdad de armas, de contradicción de la prueba. En ese aspecto el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

El principio de igualdad en el ámbito de un proceso es la manifestación del principio general de “igualdad de armas” que garantiza que las partes dentro del proceso van a contar con idénticas oportunidades y potestades al momento de exponer y defender sus pretensiones, con inmediatez de las pruebas y con el derecho de contradicción plenamente garantizado; Por ello, cuando se vulnera este principio también se afecta el derecho a la tutela judicial efectiva...⁴⁷.

En ocasiones puede existir un litisconsorcio activo o pasivo, que consiste en que exista más de una persona como demandante (activo), un ejemplo pudiere ser el caso de demanda en guarda interpuesta por la madre y abuela. En el litisconsorcio pasivo, existe más de un demandado, por ejemplo, el caso que el guardador de hecho de un menor de edad demanda en pensión alimentaria al padre y la madre que viven en domicilios diferentes.

⁴⁷ Tribunal Constitucional dominicano. (23 de abril de 2015). Sentencia TC/0071/15. Párrafo 11. h.

La Ley núm. 136-03, reconoce calidad para actuar en procesos de menores de edad, a sus padres, al Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes, al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y a otras personas que tengan interés en el asunto de que se trate, siempre preservando los derechos del menor de edad.



B. Intervención de Terceros

En ciertas ocasiones, puede ser llamada una tercera persona para que participe en el proceso, tal es el caso de la demanda en guarda, en la que el padre demanda a la madre y es llamada en intervención forzosa la abuela o ella interviene voluntariamente debido a que tiene la guarda de hecho.

De igual manera podemos tener el caso en el que la abuela que posee la custodia de un menor de edad, demande en pensión alimentaria al padre y este demanda en intervención forzosa a la madre, a los fines de que la pensión sea fijada a ambos padres.

C. Participación del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (Conani)

En los procesos de familia ante la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, se requiere de la participación del ministerio público especializado, como parte adjunta o principal, estos no pueden ser considerados como terceros, debido a que tienen una participación sui generis y su finalidad es la preservación de los derechos de los menores de edad, en tal sentido el artículo 26.10 de la Ley núm. 133-11, Orgánica del Ministerio Público, prevé como una de sus atribuciones principales la de adoptar medidas para proteger los intereses de los menores de edad.

Escribe con mucha razón el magistrado Nolasco⁴⁸, que el derecho de familia está bajo el amparo del derecho público, por la intervención férrea del Estado, a través del ministerio público, que ejercen las funciones de vigilancia, control, asistencia, protección y representación en asuntos que puedan interesar al orden público.

El ministerio público puede actuar como parte principal en los casos en que incoa la acción en representación de la sociedad, tal es el caso de la acción de amparo incoada a los fines de que se transfunda una niña, a lo que se oponen los padres por cuestiones religiosas.

De igual forma el ministerio público puede solicitar un cambio de guarda provisional o una medida de protección, para proteger a menores de edad que está siendo víctimas por acciones u omisiones de los padres, tutores o responsables, que le ocasione daños a los infantes.

El ministerio público participa como parte adjunta en los casos en que la demanda ha sido iniciada por el padre, madre o parte

⁴⁸ Nolasco, Daniel. (2006). *Instituciones de Derecho de Familia*. 1er tomo. República Dominicana. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. p. 7.

interesada, en el transcurso del proceso puede participar en las audiencias o emitir su opinión por escrito luego de concluida la audiencia de fondo.

Lo habitual debe ser que después de concluido el proceso, se envíe el expediente al Ministerio Público para que emita su opinión, luego se le dé un plazo a las partes para que emitan sus conclusiones y así se garantiza el principio contradictorio.

El Conani tiene calidad para participar como demandante en beneficio de los intereses de los niños, niñas y adolescentes en procesos de protección, relacionados a la autoridad parental en virtud del artículo 77 D, de la Ley núm. 136-03, así como los asuntos de restitución internacional de menores de edad de conformidad a la Resolución núm. 480-2008, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

1.4. La Solución Alternativa al Juicio

A los fines de que la mayoría de los procesos familiares se puedan resolver como consecuencia de acuerdos entre las partes, existen diversas modalidades alternativas al proceso judicial, las principales usadas en materia familiar son la conciliación y la mediación familiar.

El objetivo de estas formas alternas al proceso judicial, es eficientizar la resolución de los conflictos familiares y lograr mayor efectividad de la decisión acordada.

Respecto a la conciliación, de conformidad a las previsiones del artículo 175 de la Ley núm. 136-03, en materia de pensión alimentaria es un imperativo que se realice un preliminar de conciliación con la participación de las partes y del fiscalizador (miembro del ministerio público ante los juzgados de paz).

En los procesos de autoridad parental, guarda y regulación de visitas, la Ley núm. 136-03, prevé en sus artículos 71 y 98 que las

partes deben agotar una etapa conciliatoria, ante el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia, aprobó en el año 2006, el Reglamento para el Centro de Mediación Familiar del Poder Judicial, la indicada resolución establece como asuntos mediables los siguientes:

Toda demanda de divorcio o cualquier demanda en la que se reclame ante un tribunal la obligación alimentaria para hijos menores de edad, la guarda y el derecho de visita del padre o la madre; conflicto de autoridad parental en cuanto al ejercicio de derechos y deberes; reconocimiento de paternidad; Demanda en partición; y, cualquier otro asunto familiar de naturaleza análoga a los anteriores⁴⁹.

Con la conciliación y la mediación se busca descongestionar los tribunales, a la vez que la solución de los conflictos jurídicos emane de la participación activa y acuerdo de las partes, lo que garantizara su efectividad y que su cumplimiento se realice con menos inconvenientes.

A. La Conciliación ante el Fiscalizador y el Fiscal de Niños, Niñas y Adolescentes

La conciliación constituye el modelo de resolución alternativa de disputas, que reconoce de forma expresa la Ley núm. 136-03, en sus artículos 71, 98, 175 y 245, respecto a conflictos de autoridad parental, pensión alimentaria, guarda, visita y procesos penales contra adolescentes.

⁴⁹ Suprema Corte de Justicia. (20 de abril de 2006). Resolución núm. 886-2006. Reglamento para el Centro de Medición Familiar del Poder Judicial. Párrafo 21.

Ha expresado el Dr. Flores⁵⁰ que la conciliación preventiva es un medio de autocomposición ofrecido a las partes de un conflicto. El conciliador (que puede ser el juez) se limita a aproximar a las partes, pero no resuelve, debido a que la solución debe provenir del acuerdo de las partes.

En la conciliación, el ministerio público (fiscalizador ante el juzgado de paz y fiscal de niños, niñas y adolescentes ante el tribunal especializado) tiene la misión de promover la solución a la acción que ha iniciado el demandante (autoridad parental, pensión alimentaria, guarda, visita), a tales fines el indicado representante de la sociedad, debe ser continuamente capacitado, para que tenga las competencias necesarias en búsqueda de una solución acordada que ponga fin al conflicto presentado.

En todos los municipios de la República Dominicana, el principal asunto contencioso que ocupa a los juzgados de paz ordinarios son las pensiones alimentarias, lo que implica que en mucho de los casos no se llega a acuerdos ante los conciliadores, por lo que se debe reforzar la competencia de este funcionario para que aumenten los acuerdos realizados en su presencia y con su colaboración.

El acuerdo realizado ante el fiscalizador, se establece en un escrito, que contiene la cuantía de la obligación alimentaria, el lugar y la forma de su cumplimiento, la persona a la que debe hacerse el pago y demás aspectos necesarios para la resolución de la controversia surgida.

En sentido similar, los asuntos de guarda y regulación de visitas, en los que se llega a acuerdos ante el Fiscal de Niños, Niñas y Adolescentes, se realizan mediante un escrito, que contiene las obligaciones

⁵⁰ Flores Gacharna, Jorge. (2005). *La Eficacia de la Conciliación*. Colombia. Ediciones del Profesional LTDA. pp. 1 - 2.

y derechos de la persona que asume la guarda o visita y las posibles sanciones en caso de incumplimiento.

Las actas levantadas ante el Fiscalizador o Fiscal de Niños, Niñas y Adolescentes, son presentadas ante el Juzgados de Paz o Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, según corresponda, a los fines de homologarlas y convertirlas en títulos ejecutorios, de conformidad con las previsiones de los artículos 99 y 105 de la Ley núm. 136-03.

En el caso de que no se llegue a acuerdos ante estos representantes del ministerio público, debe apoderarse a la jurisdicción correspondiente a los fines de que conozca del proceso y adjudique el derecho a favor de la parte que le corresponda.

B. La Mediación Familiar

La mediación es un medio de solución de controversias en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismos un acuerdo con la intervención de un mediador⁵¹.

Según la mediadora Francés Butler⁵² “*la mayoría de personas que tienen conflictos en relación a sus hijos son totalmente incapaces de explicarnos su situación de un modo racional, juntas, en la misma sala, en una primera reunión*”. Esto da una idea de lo quebrada que suele estar la relación de los padres luego de la disolución del matrimonio o la relación consensual.

La mediación familiar puede definirse, en atención a sus caracteres y principios rectores, como un método autocompositivo de gestión y resolución de conflictos familiares, voluntariamente elegido por las partes, flexible, y en el que interviene un mediador, neutral e

⁵¹ Aranda Rodríguez, Remedios, *et al.* (2015). *Practicum Familia*. España. Thompson Reuter. p. 788.

⁵² Kolb, Deborah et al. (1996). *Mediación, cuando Hablar da Resultados, Perfiles de Mediadores*. Argentina. Paidós. p. 30.

imparcial, que tiende a propiciar la comunicación y acuerdo de las partes, en un entorno de confidencialidad y de igualdad. Es un método autocompositivo y flexible de gestión y resolución de conflictos porque son las partes y, no el mediador, las que, en su caso, encuentran la solución a su conflicto, a través de un proceso flexible e informal en el que estas son las que deciden, con el apoyo y guía del mediador, como quieren que este se desarrolle y la solución al mismo, en consecuencia los principios de la mediación familiar son: **a.** Voluntariedad, buena fe y colaboración; **b.** Igualdad de las partes; **c.** Imparcialidad y neutralidad del mediador; y **d.** Confidencialidad.⁵³

La Suprema Corte de Justicia en su Resolución núm. 886-2006 aprobó el Reglamento para el Centro de Medición Familiar del Poder Judicial, el que está dividido en los siguientes títulos: 1) Definiciones; 2) Disposiciones generales; 3) Del centro de mediación familiar; 4) Del mediador; 5) De los participantes y abogados; 6) Confidencialidad; 7) Derivación y aceptación de casos; 8) Citaciones; 9) Del procedimiento de mediación; y 10) Del registro de casos. De la lectura de los títulos precitados, se observa que contiene las reglas mínimas para la mediación: rol de las partes, principios, casos mediables y aspectos procesales.

En la mediación, a diferencia de la conciliación, los puntos que contienen los acuerdos no surgen de la recomendación del mediador, surgen de los intereses de las partes, en consecuencia el rol del mediador es más objetivo, más bien es un facilitador de la comunicación que propicia que los participantes tomen sus propias decisiones.

Las ventajas de la mediación familiar según Aranda,⁵⁴ se pueden resumir en el siguiente decálogo:

1. Se trata de un procedimiento colaborativo y no adversativo, confidencial.

⁵³ Aranda Rodríguez, Remedios, et al. Ob. Cit. p. 805.

⁵⁴ *Ibidem.* p. 809.

2. Aporta confianza y autoestima a las partes, así como evita la incertidumbre propia de un proceso judicial.
3. Facilita, reinicia o mejora, la comunicación de estas.
4. Coloca a las partes en una posición intermedia y más participativa.
5. No hay ni ganadores ni perdedores, todos ganan.
6. Se desarrolla a través de un proceso flexible, adaptado al caso y sus protagonistas, las partes.
7. Genera una concepción privatista e individualista del conflicto.
8. Menores gastos y mayor rapidez en la resolución del mismo.
9. Busca soluciones basadas en el consenso y la corresponsabilidad de las partes.
10. Produce acuerdos más creativos que, en la práctica, consigue un mayor grado de cumplimiento de las soluciones adaptadas.

El Poder Judicial dominicano, ha instituido como una política pública la implementación y promoción de los mecanismos alternos para la resolución de conflictos y ha tenido éxito en los centros creados. El Lcdo. Alexis Peña Céspedes en su calidad de coordinador de los Centros de Mediación Familiar, en ocasión al duodécimo aniversario de los indicados centros informó que han asistido a cuatrocientos mil personas en los siete centros de mediación ubicados en cinco departamentos judiciales del país, el 75% de las mediaciones realizadas han logrado acuerdos y el 96% de las personas atendidas han manifestado si surge otra controversia volverían al centro de mediación⁵⁵.

⁵⁵ Dirección de Prensa y Comunicaciones del Poder Judicial. (09 de mayo de 2018).

1.5. Apoderamiento al Tribunal

El apoderamiento de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes se encuentra regulado por el Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley núm. 136-03) y la Resolución núm. 1841-05, dictada por la Suprema Corte de Justicia, en cambio las reglas que deben seguir los tribunales ordinarios están contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Es usual distinguir los asuntos administrativos de los gratuitos, entendiéndose por los primeros aquellos que versan sobre la organización del tribunal, sin afectar los derechos de las partes. En cambio los gratuitos son aquellos en que se dictan decisiones en cámara de consejo, es decir desde el despacho, sin necesidad de audiencia⁵⁶, por ejemplo la homologación de un acto de guarda o de un acuerdo de pensión alimentaria. En cambio, constituyen solicitudes administrativas, la fijación de audiencia, copia de expediente, desglose de documentos, entre otros.

La solicitud de homologación de acuerdo de guarda, de visitas, declaración de abandono, de medidas provisionales, el juez debe enviarla al ministerio público especializado conjuntamente con los medios de prueba depositados a los fines de que emita su opinión por escrito, luego decidir las conforme a derecho.

Las demandas contenciosas (que serán debatidas en audiencia), conforme al procedimiento ordinario siguen los siguientes pasos: 1. Redacción del acto introductor de la demanda (emplazamiento dentro del plazo de la octava franca); 2. Constitución de abogado del demandado; 3. Solicitud de fijación de audiencia para conocer la demanda; 4. Acto de avenir notificándole a la contraparte la fecha de

⁵⁶ Hernández Perera, Yoaldo. (2015). *Las Demandas: Materia Civil, Comercial y de los Referimientos*. República Dominicana. Poder Judicial. p. 31.

la audiencia; 5. Comparecencia el día de la audiencia a los fines de presentar conclusiones orales; 6. Lectura de la sentencia.

En cambio el procedimiento seguido en los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes en las demandas contenciosas es más sencillo y libre de costos en el tribunal, consta de los siguientes pasos: 1. Redacción del escrito introductor de la demanda (instancia) y su depósito ante el tribunal; 2. Auto expedido por juez que fija audiencia y autoriza a la parte solicitante a notificarla demanda y la fecha de la audiencia; 3. Notificación de la demanda a la contraparte y citación debiendo mediar un plazo de tres días francos entre la citación y la audiencia; 4. Comparecencia el día de la audiencia a los fines de presentar conclusiones orales; 5. Envío del expediente al Ministerio Público para presentación de opinión. 6. Lectura de la sentencia.

A. La Demanda

La demanda en justicia conforme al criterio del insigne procesalista uruguayo, Dr. Couture es el “*acto procesal introductorio de instancia por virtud del cual el actor somete su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a su interés*”⁵⁷.

Las demandas en justicia pueden ser introductoras o principales e incidentales. Las primeras son realizadas siempre por el demandante e inician el proceso; las segundas pueden ser incoadas por el demandante en cuyo caso reciben el nombre de demandas adicionales y con ellas el demandante modifica o amplía el contenido de la demanda original y las realizadas por el demandado se denominan reconventionales, y persiguen una condenación del demandante. También están las demandas incidentales de terceros, denominadas demandas en intervención voluntaria que tienen por objeto la aspiración del tercero

⁵⁷ Hernández Perera, Yoaldo. (2015). Ob. Cit. p. 19.

de salvaguardar su interés en el proceso e impedir que la sentencia le perjudique, y por último las demandas incidentales contra terceros, o intervención forzosa, que tienen por finalidad hacerle oponible la sentencia⁵⁸.

Ante los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes y en las Cámaras Civiles de los Juzgados de Primera Instancia en los lugares donde no existan tribunales especializados, la demanda principal se debe presentar en un escrito, que de conformidad con la Resolución núm. 1841-05, contiene los siguientes aspectos: 1. Nombre, profesión y domicilio del demandante; 2. Nombre del abogado apoderado, si lo hubiere, y sus datos generales; 3. Nombre y domicilio de la parte demandada; 4. Exposición del objeto de la demanda; e 5. Indicación del tribunal. Ese escrito podrá ser redactado por el solicitante, o con la colaboración de la secretaria del tribunal.

Ante los Juzgados de Paz, en los procesos familiares, como la obligación alimentaria, luego de que ha fracasado la etapa conciliatoria, el Fiscalizador, remite al juzgado de paz, el escrito (generalmente un modelo - formulario) de la solicitud de pensión, conjuntamente con el acta de no acuerdo y los documentos depositados por las partes, inmediatamente el juez fija audiencia para conocer del indicado proceso, son citadas las partes y el fiscalizador, se presentan en audiencia de forma oral las pretensiones, los medios de prueba son debatidos y el juez emite la sentencia correspondiente.

En los procesos ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes relativos a las actas del estado civil, tales como reconocimiento, desconocimiento, nulidad de acta, entre otros, no está prevista una fase

⁵⁸ Tavares Hijo, Froilán. (2010). *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano*. 1er volumen. 7ma edición. República Dominicana. Centenario. p. 307.

de conciliación ante el ministerio público especializado, por lo que se prescinde de esta parte y se apodera directamente a la jurisdicción.

B. Documentación Anexa

La parte demandante tiene la facultad de depositar conjuntamente con su demanda, los medios probatorios que justifican su acción, con esto se procura que el proceso sea conocido con mayor rapidez.

Los documentos más relevantes a depositar por las partes, son el acta de nacimiento del o de los menores de edad, así como aquellos que guarden relación con sus pretensiones, a modo de ejemplo, en una acción de pensión alimentaria, lo ideal es depositar, certificaciones en las que conste donde estudia y cuánto pagan de colegiatura, de cursos extracurriculares, gastos de vivienda, etc., es decir las pruebas de los gastos del o de los indicados menores de edad, así como las certificaciones de los ingresos o situación económica de los padres.

Es una práctica regular en los tribunales que conocen asuntos familiares que en la primera audiencia la parte demandada solicite que se le conceda un plazo para depositar documentos y así garantizar el principio de contradicción y su derecho a la presentación de pruebas, lo que procede de conformidad con las previsiones a los artículos 49 y siguientes de la Ley núm. 834, que modificó el Código de Procedimiento Civil.

C. Notificación de la Demanda a la Contraparte

Luego de que la parte interesada haya realizado el depósito del escrito que contiene la demanda principal ante el tribunal, el juzgador fijara una fecha a los fines de que las partes comparezcan a presentar sus argumentos y conclusiones y autorizara al demandante a notificar a la contraparte el escrito de apoderamiento con copia

de los documentos depositados, con indicación de la fecha de la audiencia.

De igual forma, el escrito de apoderamiento al tribunal, puede provenir del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes, conjuntamente con el acta de no acuerdo, en cuyo caso la parte más diligente, generalmente el demandante, notificara a la contraparte la fecha de la audiencia que fije el tribunal, conjuntamente con el escrito en el que consta la pretensión del demandante.

La parte demandada puede introducir acciones incidentales o reconventionales, que serán consideradas demandas independientes a la principal.

Una de las demandas adicionales más usual en procesos como la guarda incoada por el padre, es la acción de la madre a los fines de fijar o reducir los horarios de visita de los hijos con el padre, así como la demanda incidental a los fines de suspender o hacer cesar la autoridad parental, el tribunal debe instruir el caso y decidir las acciones de forma conjunta.

1.6. Medidas de Instrucción e Incidentes Procesales

Diversas son las solicitudes que se presentan en los tribunales especializados, algunas relacionadas con la presentación de pruebas para mejor decidir, otras relacionadas a aspectos procesales, tales como las excepciones y fines de inadmisión, así como las relacionadas con los jueces como la recusación, entre otros, en las próximas líneas serán estudiados las principales medidas de instrucción e incidentes procesales en el ámbito de derecho de familia, niñez y adolescencia.

El connotado jurista Pérez Méndez expresa que constituyen incidentes de la prueba, la comunicación de documentos, la comparecencia personal de las partes y el informativo testimonial, debido

a que en todo litigio, es necesario aportar la prueba de los hechos alegados⁵⁹.

A. Comunicación de Documentos

El documento en sentido amplio, es el escrito contenido en papel en el que constan hechos que a las partes le interesa que sean valorados por la autoridad judicial.

La principal medida de instrucción solicitada y ordenada es la comunicación de documentos, de conformidad con las disposiciones del artículo 49 y siguientes de la Ley núm. 834, a cuyos fines el juez aplazará la audiencia con la finalidad de garantizar a ambas partes que los documentos que poseen sean presentados y que recibirán copia de la documentación depositada por la contraparte.

De igual manera, pueden existir documentos en manos de terceros, que el tribunal puede ordenar que sean remitidos al tribunal, de conformidad con las disposiciones del artículo 55 de la Ley núm. 834 del 15 de julio de 1978.

En los recursos que conoce la corte de apelación especializada, lo usual es que esta ordene que le sean remitidas las documentaciones que constan en el expediente del tribunal de primer grado, debido a que generalmente consta de pruebas realizadas por el equipo multidisciplinario (psicólogo, trabajador social) de la jurisdicción.

La corte, puede ordenar comunicación de documentos en razón al efecto devolutivo del recurso, lo que tiene como fin el análisis de todos los aspectos apelados, con la posibilidad de adjuntar nuevo material probatorio.

⁵⁹ Pérez Méndez, Artagnan. (2010). *Procedimiento Civil. Los Incidentes del Procedimiento*. 2do tomo. 1er volumen. 7ma edición. República Dominicana. Taller. pp. 105 - 106.

B. Comparecencia e Interrogatorio de las Partes y de Testigos

Giannone, citado por Midón⁶⁰, expresa que en sentido amplio puede decirse que la prueba testimonial es el relato oral o escrito, espontaneo o provocado, acerca de un hecho que se desea conocer o comprobar. Es la declaración de una persona que llamada a juicio, dice lo que sabe sobre los hechos que se indagan y de cuya demostración depende la decisión de la causa.

Generalmente ante los tribunales especializados son escuchadas las partes, a los fines de ejercer de forma directa su defensa material, en el ámbito procesal civil se le denomina comparecencia personal de las partes, de conformidad a las previsiones de los artículos 60 y siguientes de la Ley núm. 834-78.

En procesos como la guarda existe una exigencia normativa (artículo 101, Ley núm. 136-03) de la comparecencia personal de las partes, pero esto no quiere decir que están obligados a declarar, debido a que nadie puede hacer prueba en su perjuicio. En materia civil y de familia no es procedente tomarle juramento a las partes que serán escuchadas.

Los testigos (informativo testimonial), son muy utilizados en casos como los de guarda, visita y de la autoridad parental; estos son escuchados a requerimiento de las partes, garantizando los jueces el derecho de la contraparte a presentar sus testigos (contraformativo). Los aspectos relativos al informativo y contraformativo están regulados en los artículos 73 y siguientes de la Ley núm. 834-78. Es imperativo que los testigos presten juramento de decir la verdad y que

⁶⁰ Midón, Marcelo Sebastián. (2008). ed. *Tratado de la Prueba*. Argentina. Librería de la Paz. p. 527.

el juez les advierta que incurrirán en pena de multa y prisión en caso de falso testimonio⁶¹.

Tres aspectos relevantes de la prueba testimonial según Giannone son los siguientes: 1. Pretenden llevar convicción al juzgador, para comprobar lo establecido por las partes; 2. La información de los testigos debe ser presentada ante el órgano jurisdiccional; y 3. Se rinde en relación con la litis, respecto de los hechos que se han debatido en el proceso⁶².

Lo ideal, es que esta prueba testimonial sea presentada conforme con las reglas de la Resolución núm. 3869 de 2006, de la Suprema Corte de Justicia, que garantiza la fluidez del testimonio, mientras que en la modalidad decimonónica usual en los tribunales civiles ordinarios el juez actúa como repitente de las preguntas y dilata injustificadamente la presentación de este medio probatorio.

C. Comparecencia y Entrevista a Niños, Niñas y Adolescentes

Un derecho que tiene toda persona menor de edad es el de ser escuchado, este derecho es elevado a principio básico de derecho de infancia, se encuentra reconocido en el artículo 16 de la Ley núm. 136-03 y en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, aprobó en el año 2009, la Observación General 12, en la que prevé las reglas mínimas para escuchar a una persona menor de edad, establece que se debe garantizar que los niños, niñas y adolescentes que estén en condiciones de formarse un juicio propio expresen su

⁶¹ Ley núm. 834. (15 de julio de 1978). Modifica varios artículos del Código de Procedimiento Civil. Artículo 80.

⁶² Midón, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. p. 531.

opinión libremente en todos los casos en que puedan ser afectados, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

La referida observación establece que todos los procesos en que sean escuchados y participen los menores de edad, deben ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, seguros, atentos al riesgo, y responsables. También expresa que se deben adoptar medidas para hacer realidad el derecho del menor de edad a ser escuchado: en primer lugar, se discute la preparación, los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, el niño debe recibir información sobre su opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante; en segundo lugar, el contexto en que ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza. La persona que escuchará las opiniones del niño puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que afectan al niño (maestro, trabajador social, etc.) un encargado de adoptar decisiones (director, administrador o juez) o un especialista (psicólogo o médico). Referente a la evaluación de la capacidad del niño, las opiniones del mismo deben tomarse debidamente en cuenta, siempre que un análisis casuístico determine que es capaz de formar su propio juicio⁶³.

En los casos de adopción, es obligatorio que el niño de más de 12 años esté de acuerdo en su adopción, y es una obligación del juez escucharlo incluso antes de esa edad, para garantizar su derecho a la participación.

La Suprema Corte de Justicia ha reconocido que la declaración de un menor de edad es necesaria en todo proceso de guarda, a tales

⁶³ Comité de los Derechos del Niño. (12 de junio de 2009). Observación General 12, sobre el Derecho del Niño a ser Escuchado. Párrafos 32 a 67.

finés ha sido reiterativa en expresar que debe ser tomada en consideración para resolver asuntos que le conciernen⁶⁴.

D. Presentación de Informes Sociofamiliares y Psicológicos

La Ley núm. 136-03, en asuntos como la guarda y visita, requiere que se realice una evaluación socio familiar, a cargo de un trabajador social, que conforma parte del equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (Conani), adscrito a la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes.

En muchas ocasiones, también son ordenadas pruebas psicológicas a las partes, con el fin de determinar si reúnen las condiciones para criar, o tener en su compañía a los menores de edad, a tales fines se encomienda esa tarea al psicólogo, del equipo multidisciplinario de Conani, que se encuentra adscrito a la jurisdicción especializada.

No es necesario juramentar a los miembros del equipo multidisciplinario en cada ocasión que se le requiera que realicen una evaluación, debido a que son personas designadas por la norma a tales fines y con ello se garantiza su idoneidad y compromiso respecto a los estudios o investigaciones técnicas que realicen.

Es usual que las referidas evaluaciones periciales sean ordenadas por el juez a requerimiento de parte o de oficio, debido a la naturaleza de orden público de los procesos que interesan a la familia, los estudios tendrán un valor de prueba pericial de conformidad a las previsiones del párrafo del artículo 268 de la Ley núm. 136-03 y serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica.

La decisión del juez de ordenar de oficio las referidas evaluaciones es una consecuencia de los poderes instructores del juez, que a

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia (Civil). (13 de octubre de 2004). Sentencia núm. 6.

juicio del Dr. Jiménez⁶⁵, es una garantía de un proceso justo, exigencia constitucional, que requiere de un juez activo y comprometido con el proceso en el que actúa, a fin de equilibrar la igualdad de las partes y lograr un resultado socialmente eficaz que se compadezca con el valor justicia, desde un punto de vista sustancial y no meramente formal.

E. Excepciones de Nulidad y sobre la Competencia

Las excepciones de acuerdo a la Ley núm. 834 son: “*Todo medio que tienda sea a hacer declarar el procedimiento irregular o extinguido, sea a suspender su curso*”⁶⁶.

El ilustre procesalista, Pérez Méndez expresa que: “*generalmente son presentados por el demandado... no pretende llegar al fondo del debate, al contrario, lo rehúye, bien sea paralizándolo temporalmente, dilatándolo, obstaculizándolo e incluso podría liberarse de la condenación si llegase a probar la extinción de la instancia*”⁶⁷.

Las excepciones más usuales son la nulidad a los fines de requerir la invalidez de un acto procesal, sin embargo, si no se demuestra agravio, no se debe acoger la solicitud, en virtud del principio no hay nulidad sin agravio, consagrado en el artículo 37 de la citada Ley núm. 834-78.

Otra excepción que se presenta con regularidad es la excepción de incompetencia presentada usualmente por la parte demandada, en la que afirma que el tribunal apoderado no tiene la atribución funcional o territorial para conocer del asunto que le es presentado.

Es un imperativo para todo tribunal examinar su competencia antes de conocer el fondo, con especial énfasis en la competencia de

⁶⁵ Jiménez Peralta, Gustavo. (2010). *Fundamentos de Derecho de Familia*. 2da edición. Colombia. Unisinu. p. 300.

⁶⁶ Ley núm. 834. Artículo 1.

⁶⁷ Pérez Méndez, Artagnan. Ob. Cit. p.19.

atribución, que es de orden público e incide de manera importante en la seguridad jurídica, es improrrogable, no modificable, ni derogable⁶⁸.

La competencia de atribución de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes se encuentra regulada en el artículo 211 de la Ley núm. 136-03, por lo que si la parte demandada observa que es presentada una acción que no se encuentra prevista en el citado artículo, es posible que solicite al juez la incompetencia de atribución.

Es conveniente recordar, que no todos los asuntos competencia de la jurisdicción especializada, se encuentran previstos en el citado artículo (211), debido a que asuntos relacionados a estos literales también son de su competencia, tal es el caso de la demanda en nulidad de acta de nacimiento de un menor de edad, que no se encuentra prevista de forma expresa, sin embargo, es una práctica constante que el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes sea apoderado y conozca tal asunto, debido al principio del juez natural dada la afinidad con los asuntos que de forma expresa contempla la indicada norma.

La competencia territorial, se relaciona con el órgano jurisdiccional que tiene aptitud para conocerlo en razón al domicilio de las partes. La Ley núm. 136-03, prevé que el tribunal competente es el del domicilio del menor de edad, pero también prevé que son aplicables las reglas del derecho procesal común, que plantean que el competente es el del domicilio del demandado, en consecuencia hay una dualidad de competencia a opción del demandante.

En los casos de que, por error, el demandante apodere un tribunal diferente al del domicilio del menor de edad o del demandado, es posible que el demandado requiera que el tribunal declare su incompetencia territorial y este de acogerla remita a las partes por ante la jurisdicción correspondiente.

⁶⁸ Tribunal Constitucional dominicano. (1° de mayo de 2014). Sentencia 0079/14. párrafo 10. d.

El juez no puede en los asuntos contenciosos, declarar su incompetencia de atribución de oficio, salvo que se trate de un asunto de orden público, de la competencia de atribución de otra jurisdicción o relativo al estado de las personas de conformidad con las previsiones de los artículos 20 y 21 de la Ley núm. 834, contrario a lo que acontece con los asuntos gratuitos o administrativos jurisdiccionales en los que el juzgador que conoce en materia de jurisdicción gratuita puede declarar la incompetencia de oficio y declinar las actuaciones ante el tribunal que estime competente.

E. Fines de Inadmisión

Los fines o medios de inadmisión, son medios de defensa utilizados para hacer declarar al adversario inadmisibles en su demanda, sin examen al fondo, por falta de derecho para actuar, tal como la falta de calidad, falta de interés, la prescripción, el plazo prefijado o la cosa juzgada⁶⁹.

En sentido general, se encuentran establecidos en los artículos 44 y siguientes de la Ley núm. 834 y son ampliamente invocados en los diferentes tribunales civiles y de familia y a diferencia de las nulidades, el que las invoca no tiene que probar ningún agravio.

La Ley núm. 136-03, en su artículo 93 expresa que constituye un fin de inadmisión de la demanda en guarda la no provisión alimentaria de forma injustificada, de la persona que procura que la guarda o custodia le sea otorgada. Respecto a la regulación de visitas, la jurisprudencia ha sido constante, de que no se puede inadmitir por la falta de pago de pensión alimentaria, lo que es correcto, debido a que la regulación de la convivencia entre padre o madre no guardador e hijo, no debe suspenderse por esa causa, más bien debe promoverse

⁶⁹ Ley núm. 834. (15 de julio de 1978). Modifica varios artículos del Código de Procedimiento Civil. artículo 44.

a los fines de reestablecer el vínculo y que el padre no custodio se vea comprometido a satisfacer la obligación alimentaria.

El Tribunal Constitucional en una revisión de una acción de amparo, en la que se puso en causa ante esa alta corte al Conani ha expresado que los medios de inadmisión establecidos en el artículo 44 no son los únicos, admitiendo como medio de inadmisión la falta de objeto y reconociendo que la enumeración de las causales de inadmisibilidad previstas en la Ley núm. 834, “no es limitativa, sino enunciativa”⁷⁰ esto así, porque en el momento de ese colegiado decidir el niño sujeto del proceso ya no se encontraba bajo la responsabilidad del Conani.

Un fin de inadmisión que ha quedado cubierto al momento de decidir, no puede ser acogido, es el caso por ejemplo de la falta de pago de pensión del demandante planteada en un proceso de guarda y en audiencia u otro lugar el demandado realiza el pago de la cantidad adeudada.

G. Otros Incidentes

En ocasiones, se suele requerir el sobreseimiento del proceso de pensión alimentaria, debido a que está en curso una demanda en reconocimiento de paternidad, lo correcto es rechazar tal pretensión, en razón a que no ha lugar a suspender el conocimiento de una acción tan relevante, como la que procura la garantía de la subsistencia de un menor de edad, en ese sentido el artículo 179 de la Ley núm. 136-03, ha establecido que está permitido en los procesos alimentarios las indagatorias relativas a la filiación..

Otro incidente que se presenta con regularidad está relacionado con el juzgador, los fines de que no conozca del proceso, es

⁷⁰ Tribunal Constitucional dominicano. (15 de marzo de 2013). Sentencia TC/0035/13. párrafo 9. e.

la denominada recusación del juez, respecto a ella es conveniente recordar que las disposiciones del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil que prevé que se debe de pagar una fianza para recusar al juez civil, ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, mediante su sentencia 050/12, por contravenir el principio de acceso a la justicia, en consecuencia en la actualidad no se requiere el pago de una fianza para recusar en materia civil y de familia como contemplaba el Código de Procedimiento Civil.

El principio de imparcialidad se relaciona con la posibilidad de recusar al juez o de que este se inhíba del conocimiento de un proceso, debido a que el juzgador debe ser un tercero en el proceso, sin interés respecto de las partes lo que significa que esta ajeno a prejuicios cuyo fin es dictar una decisión fundamentada, objetiva y justa.

1.7. El Juicio

El Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes en sus atribuciones de familia debe garantizar el debido proceso, entendido como un remedio idóneo de conflictos a través de la erradicación de la fuerza ilegítima, un debate en el que participan las partes con la intervención de un tercero independiente e imparcial que interpreta y aplica la ley en cada caso concreto, se rige por una serie de principios y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, y en definitiva es un juicio justo para las partes⁷¹.

Los principios del debido proceso se encuentran reconocidos en los artículos 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷¹ Meléndez, Florentín. (2006). *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado*. República Dominicana. Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial. p. 44

La Constitución dominicana prevé en su artículo 69 las reglas de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, de la forma siguiente:

Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita; 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley; 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable; 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa; 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa; 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo; 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio; 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley; 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia; 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Respecto al numeral 4, del precitado texto constitucional, hay que expresar que las audiencias ante los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, se realizan de forma oral, contradictoria y privada, debido a la naturaleza del proceso, de conformidad con las previsiones del artículo 210 parte final, de la Ley núm. 136-03. La confidencialidad o privacidad de las actuaciones está reconocida en tratados

internacionales ratificados por la República Dominicana, tal como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, además en las Reglas de Beijing, sobre administración de justicia a personas menores de edad, por lo que la publicidad expresada en la Constitución se ha de interpretar como limitada a las partes del proceso.

A. Defecto de una de las Partes

La no comparecencia de la parte demandada en un proceso civil, da lugar al defecto, sin embargo, en procesos de familia, tal como la guarda o regulación de visitas, no es prudente acoger el defecto en la primera audiencia, lo conveniente es ordenar la realización de una evaluación socio familiar en la casa donde reside el menor de edad y donde vive el demandante, a los fines de obtener los datos necesarios de las condiciones de las partes y poder dictar una sentencia ajustada al interés superior del niño, si la parte no comparece luego de las citadas medidas de instrucción, se podrá ordenar el defecto, y el juez decidir conforme a los medios de prueba presentados y valorados.

La parte defectuante podrá solicitar si lo entiende conveniente una reapertura de debates, a tales fines deberá depositar su solicitud ante el tribunal conjuntamente con los medios de pruebas sustanciales que son relevantes para la decisión del caso y notificarlas a la contraparte, siendo facultad del juzgador acoger la reapertura si las pruebas ofertadas pudieren incidir en la suerte del proceso.

B. Comparecencia de las Partes

En procesos de familia, contrario a los demás procesos de derecho privado, las partes suelen comparecer conjuntamente con sus abogados, a los fines de presentar sus medios de defensa de manera personal, e incluso, en casos como la guarda, se prevé que es

obligatoria su comparecencia, pudiendo ordenarse su conducencia a los fines de que participen en el proceso.

La Suprema Corte de Justicia ha sido reiterativa de que en los procesos de familia, la comparecencia personal de las partes y la declaración de testigos, constituyen pruebas válidas⁷².

La Ley núm. 834, al referirse a la comparecencia personal, prevé que: “*El juez puede, en toda materia, hacer comparecer personalmente a las partes o a una de ellas*”⁷³. Evidentemente, en materia de familia es más imperativo que las partes sean escuchadas y debidamente interrogadas por el carácter tuitivo de esos procesos, sin embargo, las partes no están obligadas a declarar contra sí mismos de conformidad con las disposiciones del artículo 69.6 del texto constitucional, previamente transcrito.

C. Presentación y Discusión de la Prueba

Los diferentes medios o elementos de prueba pueden ser presentados en varios momentos procesales. El demandante puede presentar sus pruebas conjuntamente con el escrito de apoderamiento o en el curso del proceso puede solicitarle al juez que le otorgue plazos para depositar documentos.

La ley no exige, que la parte demandada presente sus pruebas previo a la audiencia, pero su depósito en ese momento procesal sería lo más conveniente, a los fines de que el proceso se realice de forma abreviada.

Es práctica usual, que, en la primera audiencia, la parte demandada, requiera un plazo para depositar documentos, que avalen sus argumentos y conclusiones posteriores.

⁷² República Dominicana. Suprema Corte de Justicia (Civil). (19 de diciembre de 2003). Sentencia núm. 1.

⁷³ Ley núm. 834. Artículo 60.

Como afirmamos anteriormente, las partes son escuchadas y generalmente son presentados testigos, que son interrogados directamente por los abogados de las partes, lo ideal es que el interrogatorio se realice de conformidad a las reglas de la Resolución núm. 3869-2006, de la Suprema Corte de Justicia, es decir preguntas directas de los abogados de las partes: interrogatorio directo, contrainterrogatorio, redirecto y recontra interrogatorio, como se explicara con detalles cuando se aborde el juicio en derecho procesal adolescente.

En la jurisdicción especializada, son incorporados como medios probatorios las evaluaciones socio familiares (y las psicológicas si fueren ordenadas por el juez) realizadas a las partes, teniendo las partes la posibilidad de requerir que el trabajador social o psicólogo sea escuchado en audiencia, a los fines de que pueda presentar oralmente su informe y responder las dudas o inquietudes de las partes.

D. Argumentos y Conclusiones de las Partes

Después de finalizada la presentación de la prueba testimonial, documental, pericial, etc., las partes tendrán la oportunidad de presentar las razones o argumentos en favor de sus respectivos intereses, a seguidas sus conclusiones, siendo lo ideal, para hacerlas más comprensibles, que no mezclen los argumentos con las conclusiones.

Los procesos de familia a diferencia de los civiles se caracterizan por una mayor oralidad, en los que las partes y sus abogados exponen en audiencia lo que entiendan pertinente para la defensa de sus respectivos intereses.

El juez debe garantizar que las partes puedan replicar los argumentos y conclusiones de su contraparte y a solicitud de parte en la mayoría de los procesos puede fijar plazos para depósito de escrito justificativo de conclusiones.

No es procedente que con el escrito justificativo de conclusiones se depositen nuevos documentos o conclusiones, debido a que va en contra del principio contradictorio y en consecuencia los jueces deberán ordenar su exclusión del proceso, a menos que la contraparte los de por conocidos. El Tribunal Constitucional ha afirmado que: “*el principio de igualdad en materia probatoria se traduce en la posibilidad de que cada parte pueda producir pruebas y que logre además conocer las pruebas aportadas por su adversario...*”⁷⁴. Si esto no se logra se viola el derecho de defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Aun cuando el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes no participe del juicio oral, se debe remitir el expediente a su despacho a los fines de que emita su opinión dentro de un plazo que debe ser fijado por el juzgador. Si el ministerio público no emite su opinión oportunamente el juzgador podrá decidir el caso para garantizar la resolución judicial de la controversia presentada de forma oportuna, debiendo hacer constar la inexistencia de opinión por la llegada del término previsto cuya falta es atribuible al ministerio público.

1.8. La Sentencia

El derecho a una sentencia es parte de la triada esencial de la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción, sentencia fundada y ejecución). La sentencia no tiene que ser favorable a los intereses del demandante o recurrente, sino, más bien es el derecho a obtener una decisión fundada en derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos y ello implica que la respuesta judicial debe ser motivada, razonada y congruente⁷⁵.

⁷⁴ Tribunal Constitucional dominicano. (23 de abril de 2015). Sentencia TC/0071/15. Párrafo 11. j. l.

⁷⁵ Lacalle Noriega, María. Ob. Cit. p. 397.

Cada vez que el juez decide una petición de las partes, emite una sentencia, que puede ser preparatoria, interlocutoria, definitiva o mixta, debiendo en los cuatro casos motivarlas, aumentando la carga argumentativa en las tres últimas, debido a que son sujetas de recursos.

Las sentencias preparatorias, son aquellas dictadas para la sustanciación de la causa y para ponerla en estado de recibir fallo definitivo, en cambio las interlocutorias son aquellas que se pronuncian antes de establecer derecho sobre el fondo, ordenando prueba, verificación o tramite de sustanciación que prejuzga el fondo, por otro lado, las sentencias definitivas deciden la controversia o un aspecto de ella y las mixtas son una combinación de las anteriores.

En sentido general, las sentencias en materia de familia deben ser dictadas en un plazo no mayor de noventa días, de conformidad a lo previsto en el artículo 165 de la Ley 821, sobre Organización Judicial, consideramos que el indicado plazo es excesivo dada la naturaleza de la jurisdicción especializada en el que el principio de celeridad requiere la solución en corto tiempo de las controversias familiares. En algunas acciones la Ley 136-03, establece los plazos para decidir, tal es el caso de los asuntos alimentarios (artículo 183), en el que el juzgador dispone de un plazo de seis (6) días y en los asuntos relativos a la adopción (artículo 141) en cuyo caso es de diez (10) días.

Al momento del juez decidir debe tomar en cuenta los supuestos de hecho presentados y la norma jurídica aplicable para dar solución al caso tomando en cuenta los intereses de los menores de edad.

Respecto a la norma jurídica aplicable, es conveniente destacar que no solo es la ley local, sino también las normas internacionales, en ese sentido se ha referido el Dr. Meléndez, al expresar que:

Los tratados, las declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos, constituyen una plataforma normativa

que los Estados deben cumplir y respetar; interpretando y aplicando de conjuntos sus principios y disposiciones en consonancia con el derecho interno, de tal forma que cada caso se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice la tutela judicial efectiva a los derechos y garantías nacional e internacionalmente reconocidos. Esta es una tarea que compete fundamentalmente al Poder Judicial⁷⁶.

Es plausible, que los jueces para fundamentar sus decisiones utilicen las normas jurídicas y también las decisiones del Tribunal Constitucional, específicamente su *ratio decidendi*, que según el Lcdo. Jorge Prats⁷⁷, constituye la razón de la decisión o formulación general más allá de las particularidades del caso, del principio o regla que constituyen la base de la decisión judicial específica, el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que por su abstracción y generalidad, puede ser aplicado por los demás jueces a casos similares.

El *mínimum* motivacional de toda decisión, conforme a reiteradas decisiones del Tribunal Constitucional se satisface si se cumple con lo siguiente:

1. Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones 2. Exponer de forma concreta y precisa como se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; 3. Manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; 4. Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y 5. Asegurar;

⁷⁶ Meléndez, Florentín. Ob. Cit. p. 154.

⁷⁷ Perdomo Cordero, Nassef. Ob. Cit. p. 14.

*finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla con la función de legitimar la actuación judicial frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional*⁷⁸.

A. Congruencia de la Sentencia

El tribunal debe fundamentar y decidir todas las conclusiones de las partes a los fines de garantizar la congruencia de la sentencia. A tales fines debe realizar una minuciosa lectura de las actas de audiencia, en razón, a que en ocasiones en diferentes audiencias se suelen acumular pedimentos de las partes, para ser decididos con el fondo.

Existe una cultura jurisdiccional de acumular incidentes, a los fines de conocer sin dilaciones los procesos, a tales fines la Suprema Corte de Justicia ha manifestado lo siguiente: “*los tribunales pueden acumular incidentes, nulidad, inadmisibilidad para fallarlos con el fondo, por disposiciones distintas*”⁷⁹.

Esta posición ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 0211/15, expreso lo siguiente:

*Y es que los jueces pueden, al momento en que se le presenta una excepción o un fin de inadmisión, acumular dicho incidente a ser fallado conjuntamente con el fondo, esto con fines de celeridad y economía procesal, lo que en nada violenta el derecho de defensa de las partes envueltas*⁸⁰.

La no decisión respecto a las conclusiones o algunas de estas, puede dar lugar a una omisión de estatuir, que constituye un vicio de la sentencia, que da lugar a su revocación. De igual forma, el juez no

⁷⁸ Tribunal Constitucional dominicano. (11 de febrero de 2013). Sentencia TC/0009/13. Párrafo 9 g.

⁷⁹ Suprema Corte de Justicia (Civil). (18 de agosto de 2004). Sentencia núm. 7.

⁸⁰ Tribunal Constitucional dominicano. (13 de agosto de 2015). Sentencia TC/0211/15. Párrafo 10.1.1, i.

debe otorgar más allá de lo pedido, salvo casos en que es imperativo, como es el caso de la demanda en guarda, en la que la norma prevé que el juzgador debe decidir con relación al derecho de visitas del padre no custodio.

Es conveniente destacar que en materia de familia se flexibiliza el principio de congruencia, así lo relata Ballarin⁸¹ al citar un caso de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el que tuvo oportunidad de decidir, flexibilizando el principio de congruencia en favor del superior interés del niño.

B. Valoración de la Prueba

En la actualidad, el modelo utilizado para valoración de la prueba, se conoce el sistema de la libre apreciación de las pruebas, donde el juez tiene plena libertad para escoger cualquier medio de prueba sometido al plenario, para fundamentar su decisión. Este sistema es actualmente el que los neoconstitucionalistas tienen la tendencia a recomendar, por estar más relacionado con el ideal de justicia⁸².

La adecuada valoración de la prueba es una parte esencial del debido proceso, y es que el derecho a la prueba, se relaciona con la justicia y su contenido esencial se integra por la oportunidad que poseen las partes de que se admitan, produzcan y valoren debidamente los medios aportados al proceso con la finalidad de demostrar al órgano judicial la certeza de los hechos presentados como fundamento de la demanda o defensa.

⁸¹ Ballarin, Silvana. (2014). *El Proceso de Familia y el Tiempo*. Costa Rica. Juritexto. pp. 105 - 106.

⁸² Aybar Betances, María Elena y Duluc Rijo, Rafael Barón. (2012). *La Prueba Civil en un Estado Social y Democrático de Derecho. Mitos y Realidades*. República Dominicana. Centenario. p.245.

Midón, expresa siguiendo a Morello, Sosa y Berizonce que no es posible precisar cuáles y cuantas son las reglas de la sana crítica, es decir es flexible. Por otro lado, Falcon, identifica nueve preceptos que conforman las reglas de la sana crítica en el proceso civil, a saber:

Primero: Solamente se prueban los hechos alegados en tiempo y forma; Segundo: Los hechos por probar deben ser controvertidos; Tercero: Corresponde aplicar primero las reglas de la prueba tasada; Cuarta: Es necesario ordenar los medios de prueba en una graduación estática que nos presente los que son más falibles que otros y que tienen que ser más certeros: documental, informativa, confesional, pericial, testimonial; Quinta: En función de los hechos de la causa hay que buscar por medio de la faz dinámica de la prueba, los medios idóneos correspondientes a cada hecho; Sexta: Para poder tener la comprensión final del conflicto hay que examinar los medios en su conjunto y coordinarlos con los hechos a fin de obtener una solución única; Séptima: Cuando los restantes elementos no sean suficientes hay que aplicar presunciones; Octava: Como última vía para determinar los hechos, resultaran útiles las reglas de la carga de la prueba; Novena: Finalmente habrá que narrar el desarrollo de la investigación y de las conclusiones sobre el conflicto de modo tal que el relato demuestre que se ha adquirido certeza en virtud de un procedimiento racional controlable, donde también se podrá utilizar como elemento corroborante la conducta de las partes en el proceso⁸³.

En la sentencia, el juzgador debe citar los medios de prueba contenidos en el expediente, su contenido y realizar su valoración, estableciendo por qué le da o no le da crédito a los mismos. El juez no puede limitarse a hacer una relación de hechos y copiar las normas jurídicas, es su deber exteriorizar las razones para fallar, es decir su

⁸³ Midón, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. p. 214.

*“decisión judicial debe estar precedida de una motivación que reúna los elementos de claridad, congruencia y lógica”*⁸⁴.

La decisión debe bastarse a sí misma, el lenguaje utilizado debe ser comprensible a los usuarios, evitando el uso de términos en latín, a menos que tengan su significado, con la finalidad de que todos los lectores puedan comprenderla.

C. Las Costas Procesales

Es practica constante que los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, compensen las costas procesales bajo el fundamento de que se trata de materia de familia, en tal sentido, el Código de Procedimiento Civil, prevé en el artículo 131, lo siguiente: *“... se podrán compensar las costas en el todo o en parte entre cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas o afines en los mismos grados...”*⁸⁵ de lo que se deduce, que no es imperativa la compensación, sino una facultad del juzgador, que utilizara tomando en cuenta el comportamiento procesal y situación particular de las partes.

La Suprema Corte de Justicia ha manifestado respeto a la compensación de las costas que no constituye un imperativo sino una facultad, sujeta a la apreciación del juzgador.

En ocasiones, se justifica la compensación en costas, en el principio X de la Ley núm. 136-03, que se refiere a la gratuidad de las actuaciones, confundándose la gratuidad del servicio de justicia y no cobro de tasas en la jurisdicción especializada, con los gastos que puede reclamar el abogado de la parte gananciosa como consecuencia de su actuación en el proceso.

⁸⁴ Tribunal Constitucional dominicano. (18 septiembre de 2015). Sentencia TC/0276/15. Párrafo 10. e.

⁸⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículo 131.

D. Cosa Juzgada

Gran cantidad de procesos familiares tienen un carácter provisional y no causan estado de cosa juzgada, tales como la guarda, visitas, alimentos, entre otros, por lo que la parte interesada podrá apoderar nueva vez a la jurisdicción para conocer una demanda con fines similares de la que ya ha sido juzgada. Ante tal situación, lo correcto es que se presenten nuevos o distintos presupuestos, que justifiquen una nueva valoración de la situación de las partes.

Según Ballarin⁸⁶ en los tribunales argentinos (Juzgado de Familia 1, de Chubut, sept. 16-2009, expediente 525/2009), los asuntos de guarda y visitas de menores de edad, las resoluciones que se dictan no causan estado sino que revisten el carácter de cosa juzgada formal, por lo que en cualquier momento se pueden modificar cuando el interés del niño así lo exija por resultarle beneficioso, se trata de decisiones esencialmente revocables y provisionales, ya que subsiste siempre el poder del juez de modificarlos y adecuarlos a la conveniencia de los menores.

Especial mención merece los asuntos relativos a la autoridad parental, debido a que la sentencia definitiva que declara su suspensión puede ser dejada sin efecto, es decir la recuperación de la autoridad parental, si cambian o son superadas las situaciones que la provocaron (artículo 75, Ley núm. 136-03), sin embargo la sentencia que ordena la terminación de la autoridad no puede ser revocada por medio de una acción principal, sino como consecuencia de los recursos correspondientes.

En cambio, otros asuntos, adquieren el carácter de cosa juzgada, tales como las acciones relativas a la filiación: reconocimiento, desconocimiento, adopción, entre otros, por lo que no podría admitirse

⁸⁶ Ballarin, Silvana. Ob. Cit. P. 104.

luego de que la sentencia adquiriera el carácter de cosa juzgada, que se apodere nueva vez al tribunal de primer grado de la indicada pretensión, en cuyo caso, la demanda nueva podrá ser inadmitida, de conformidad con el artículo 44 de la Ley núm. 834-1978.

1.9. Medios y Tipos de Impugnación

La Constitución establece el derecho al recurso como una garantía constitucional, que debe entenderse como parte del debido proceso, que encuentra soporte en el artículo 69.9 que prevé que toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley, además se encuentra prevista en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. Obviamente, en uno y otro caso, se requiere de una especificación legal, debido a que en algún momento deben terminar los procesos judiciales, es decir, el recurso no es ilimitado.

Las sentencias definitivas, mixtas e interlocutorias dictadas en atribuciones de familia por los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes están sujetas de los recursos ordinarios y extraordinarios establecidos en el derecho procesal civil.

En la sentencia, según expresa el maestro Tavares⁸⁷ se puede incurrir en tres clases de errores, vicios o irregularidades: vicio de incompetencia (*error in competentia*), vicio de procedimiento (*error in procedendo*) y error en el fondo del caso o sentencia injusta (*vicio in iudicando*), estos vicios son las razones o medios que pueden utilizar las partes para impugnar la decisión.

En principio, las sentencias de familia no pueden ser atacadas por una acción o demanda principal, salvo las decisiones de adopción,

⁸⁷ Tavares Hijo, Froilán. (2010). *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, los Recursos*. 3er volumen. 4ta edición. República Dominicana. Centenario. P.1

en los que el artículo 160 de la Ley núm. 136-03, prevé que se podrá demandar la nulidad de la adopción cuando se comprueben irregularidades graves de fondo o de procedimiento.

Es diferente, las sentencias que se dictan sobre procesos que por su naturaleza son provisionales (guarda, visitas, alimentos) en donde cuando se apodera nueva vez a la jurisdicción de primer grado, no se hace un juicio a la sentencia previa, sino que se ponderan las condiciones actuales.

En la jurisdicción especializada existen decisiones que causan estado, es decir solo pueden modificarse como consecuencia de los recursos ordinarios o extraordinarios, tal es el caso de las acciones relativas a la filiación.

La vía abierta para atacar las decisiones es el ejercicio de los recursos, conforme a las reglas procesales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y la Resolución núm. 1841-2005, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

En el derecho dominicano en el ámbito civil se encuentran regulados los recursos de oposición, apelación, impugnación o contredit, tercería, revisión civil y casación.

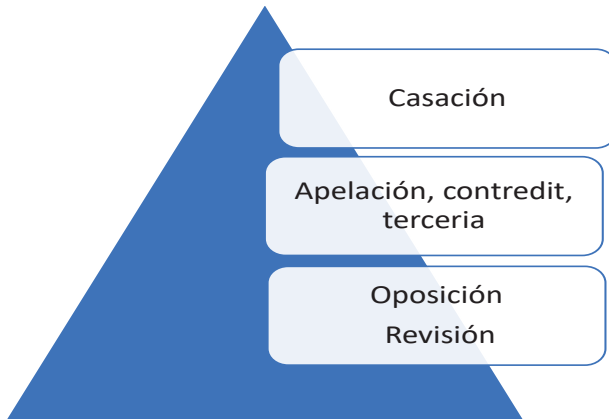
Para poder ejercer un recurso es necesario, haber sido parte, incluso a título de interviniente en el procedimiento que culminó con la sentencia recurrida, además el recurrente debe justificar un interés jurídico.

Se consideran como partes habilitadas para el ejercicio de recursos, las partes que actúan como demandante o demandado, el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes y el Conani en los asuntos de protección de derechos, de igual manera, la Junta Central Electoral, en asuntos relativos a actas del estado civil, por ser los guardianes del registro civil.

A partir del año 1992, con la creación de la Ley núm. 8-92, del 13 de abril de 1992, las Oficialías del Estado Civil fueron puestas bajo la autoridad de la Junta Central Electoral⁸⁸ máximo órgano rector de los registros civiles, conforme a las previsiones de la Ley núm. 659-44 sobre Actas del Estado Civil, lo que justifica su calidad para el ejercicio de los recursos con relación a sentencias que afecten las actas del estado civil.

En los procesos relativos a la filiación: reconocimiento, desconocimiento y adopción, la sentencia dictada afecta el acta del estado civil, por lo que se requiere su transcripción, a través de un trámite administrativo iniciado en la consultoría jurídica de la Junta Central Electoral y que culmina en la Oficialía del Estado Civil donde se encuentra asentado el registro de nacimiento correspondiente.

Los recursos en materia civil de niños, niñas y adolescentes son los siguientes:



⁸⁸ Reyes Vásquez, Raúl. (2015). *El Registro de Estado Civil. Historia y Evolución*. República Dominicana. Gaceta Judicial. p. 265.

A seguidas se explicaran los principales recursos ordinarios y los más utilizados en la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, son los siguientes:

A. Recurso de Apelación

La apelación es el recurso que interpone la parte que se considera agraviada por una sentencia pronunciada en el primer grado de jurisdicción ante un tribunal de segundo grado, a los fines de que la sentencia atacada sea reformada o revocada⁸⁹. Constituye la aplicación práctica del principio del doble grado de jurisdicción.

La Ley núm. 136-03, omite lo relativo a la manera y plazo para interponerse el recurso de apelación, por lo que la Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución núm. 1841-2005, que establece reglas mínimas en ese sentido.

El recurso de apelación es la vía de reformación más utilizada, que se caracteriza porque su ejercicio suspende la ejecución de la sentencia atacada, a menos de que esta tenga un carácter ejecutorio de pleno derecho (por mandato legal) o el tribunal le haya concedido ese carácter.

Una de sus características más sobresalientes, es que tiene un efecto devolutivo, porque permite el reexamen del proceso ante la corte apoderada, con la misma extensión en que fue examinado por el tribunal de primer grado que dictó la sentencia recurrida.

En materia de familia, existen dos modalidades de apelación: la principal y la incidental, pueden incoarse cuando la sentencia contiene pronunciamientos desfavorables a una o a ambas partes, por lo que cada una puede recurrir en apelación. La apelación principal es la que

⁸⁹ Tavares Hijo, Froilán. *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, los Recursos*. Ob. Cit. p. 33.

se interpone en primer término o primero en el tiempo, independientemente de la calidad inicial (demandante o demandada), mientras que la apelación incidental es la que realiza el apelado, generalmente en respuesta a la apelación principal.

Para interponer el recurso de apelación incidental, tres requisitos son exigidos: 1) El derecho a apelar incidentalmente pertenece únicamente al apelado; 2) La apelación incidental no puede ser dirigida sino contra el apelante principal; 3) La apelación incidental debe ser dirigida precisamente contra la misma sentencia atacada con la apelación principal, no contra otra sentencia dictada en la misma causa⁹⁰.

Las sentencias apelables son: a) las definitivas sobre el fondo; b) las definitivas sobre un incidente; c) Las sentencias interlocutorias; d) Las sentencias provisionales; e) Las sentencias preparatorias pero solo conjuntamente con el fondo; f) Las sentencias en defecto no reputadas contradictorias, en caso de que no sean recurribles en oposición⁹¹.

Las sentencias dictadas por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes pueden ser recurridas en apelación, dentro del plazo de un mes, de conformidad a las previsiones del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil y la Resolución núm. 1841-05, en ese sentido la Suprema Corte de Justicia⁹², ha afirmado que ambas modalidades de interponer el recurso de apelación son válidos, debido a que una resolución (núm. 1841-2005) no puede dejar sin efecto el imperium del Código de Procedimiento Civil, que constituye el derecho procesal común.

El escrito de apelación debe contener los medios o motivos, las razones de hecho y derecho y las conclusiones o solución pretendida.

⁹⁰ Tavares Hijo, Froilán. Ob. Cit. P. 37.

⁹¹ Tavares Hijo, Froilán. *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, los Recursos*. Ob. Cit. p. 38.

⁹² Suprema Corte de Justicia (Civil). (15 de mayo de 2012). Sentencia *Zorrilla vs Rodríguez*.

Puede ser contra la decisión completa o respecto a algunos de los aspectos decididos, en cuyo caso la corte se limitara a decidir sobre los asuntos apelados, en virtud del principio *tantum devolutum quantum apelatum*, es decir, que el tribunal de alzada solo conocerá las cuestiones planteadas en el recurso de apelación.

El escrito de apelación de conformidad a la Resolución núm. 1841-2005, debe ser depositado ante la secretaria de la corte de apelación competente, luego el presidente de la corte dicta un auto en el que fija audiencia y autoriza al recurrente a notificar a la contraparte su escrito de apelación y el auto de fijación de audiencia a los fines de que las partes comparezcan ante la corte a plantear sus argumentos y conclusiones.

En las cortes de apelación el asunto puede ser instruido nueva vez, en virtud del carácter devolutivo, pero se requiere que sea con brevedad y sin necesidad de ordenar nueva vez las pruebas periciales ya realizadas a requerimiento del tribunal de primer grado.

B. Recurso de Oposición

El recurso de oposición es considerado como una vía de retracción, debido a que es decidido por el mismo tribunal que dictó la sentencia impugnada.

El recurso de oposición en los casos de familia decididos por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes no tiene cabida contra sentencias dictadas por el tribunal de 1er grado, debido a que la parte final del artículo 150 de Ley núm. 845, establece lo siguiente: “*La oposición será admisible contra las sentencias en última instancia pronunciadas por defecto contra el demandado, si este no ha sido citado por acto notificado a su persona misma o a la de su representante legal*”⁹³.

⁹³ Ley núm. 834. Artículo 150. El subrayado ha sido añadido.

Sólo es posible, recurrir en oposición sentencias dictadas por la Corte de Niños, Niñas y Adolescentes, en razón a que la corte actúa en última instancia, si se cumplen las condiciones adicionales previstas en el artículo 150, previamente copiado.

C. Recurso de Casación

El recurso de casación es competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia y tiene como finalidad decidir si en la sentencia impugnada se realizó una correcta aplicación de la ley, en cuyo caso el recurso es rechazado y en caso contrario, la decisión es casada o anulada.

El recurso de casación, se interpone mediante un escrito denominado memorial de casación, dentro del plazo de treinta días a partir de la notificación de la sentencia.

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con la Ley núm. 3726, sobre Procedimiento de Casación, dicta un auto a los fines de autorizar al recurrente a notificar a la contraparte el memorial de casación. Posteriormente, la parte recurrente debe notificar a la recurrida el escrito depositado en la Suprema Corte de Justicia, dentro del plazo fijado por la ley, a seguidas el recurrido, tiene un plazo de un mes para depositar su memorial de defensa.

Debido a la gran cantidad de procesos que cursan en la Suprema Corte de Justicia, el recurso de casación es decidido con mucho retraso, lo que es contrario al principio de celeridad de los procesos de menores de edad.

Como resultado del recurso, la Suprema Corte de Justicia puede rechazarlo o acogerlo, en el primer caso la sentencia se convierte en firme y definitiva, en el segundo, se casa la sentencia y se ordena el envío a otra corte o tribunal del mismo grado del que procedió la

sentencia recurrida, para que decida nueva vez el caso, sobre la base de los aspectos casados o anulados.

D. Recurso de Revisión Civil

El recurso de revisión civil, se realiza ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida y conforme a las previsiones de los artículos 480 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Las causas para recurrir en revisión civil, son las siguientes:

1. Si ha habido dolo personal; 2. Si las formalidades prescritas a pena de nulidad se han violado antes o al darse las sentencias siempre que las nulidades no se hayan cubierto por las partes; 3. Si se ha pronunciado sobre cosas no pedidas; 4. Si se ha otorgado más de lo que se hubiere pedido; 5. Si se ha omitido decidir sobre uno de los puntos principales de la demanda; 6. Si hay contradicción de fallos en última instancia en los mismos tribunales o juzgados, entre los mismos litigante y sobre los mismos medios; 7. Si en una misma instancia hay disposiciones contrarias; 8. Si no se ha oído al fiscal; 9. Si se ha juzgado en virtud de documentos que se hayan reconocido o se hayan declarado falsos después de pronunciada la sentencia; 10. Si después de la sentencia se han recuperado documentos decisivos que se hallaban retenidos por causa de la parte contraria⁹⁴.

La Ley núm. 136-03, en su artículo 153, se refiere a la revisión civil como el recurso a utilizar para el levantamiento de reserva de los documentos de la adopción, pero es menester destacar que el referido recurso puede ser utilizado en todos los casos en que se cumpla con las condiciones previstas en el artículo 480, precitado.

⁹⁴ Código de Procedimiento Civil. Artículo 480.

1.10. La Ejecución de la Sentencia

El principio de tutela judicial efectiva, consagrado en la Constitución de la República, abarca no tan solo el acceso a los tribunales, sino también que sea dictada una decisión y que esta pueda ser ejecutada de forma efectiva, si no fuere así, el reconocimiento de los derechos por las “*decisiones judiciales se convertirían en mera declaraciones de intenciones*”⁹⁵.

La finalidad de las partes no es en si la sentencia, sino lograr el cumplimiento de los derechos que ella le ha reconocido, lo que se logra con su ejecución, en ese sentido ha expresado el Tribunal Constitucional que:

*...el derecho a ejecutar lo decidido por el órgano jurisdiccional constituye una garantía que integra el debido proceso, específicamente el derecho de acceso a la justicia que supone culminar con una decisión que cuente con la garantía de su ejecución en un plazo razonable, puesto que el proceso más que un fin en sí mismo, es un instrumento de realización de las pretensiones inter-partes, pretensiones que quedarían desvanecidas o como meras expectativas si la decisión estimativa del derecho reconocido se tornara irrealizable ...*⁹⁶.

La Constitución de la República Dominicana en el párrafo I del artículo 149, establece que al juez le corresponde decidir y hacer ejecutar lo juzgado, a esos fines en materia penal especializada se cuenta con el Juez de Ejecución de las Sanciones.

Según expresa Ballarin⁹⁷, la naturaleza del derecho de familia dificulta en muchos casos su ejecución mediante el uso de la fuerza,

⁹⁵ Lacalle Noriega, María. Ob. Cit. p. 307.

⁹⁶ Tribunal Constitucional dominicano. (18 de septiembre de 2015). Sentencia TC/0273/15. Parte de párrafo 9. 1. 3.

⁹⁷ Ballarin, Silvana. Ob. Cit. pp. 74 - 76.

tal es el caso de la sentencia que prescribe una obligación de hacer, ya sea el cambio de guarda de un niño o un régimen de visitas. En estos casos, a la violencia del incumplimiento se opone la violencia propia a la ejecución de la sentencia, debido al riesgo de provocar daño psicológico al niño, como el de destruir por completo la corriente afectiva que lo une al otro progenitor. Sin embargo, este es un medio eficaz para evitar la obstaculización del contacto y el riesgo a la salud física o psíquica del niño, que debe de usarse con la prudencia y cautela necesaria.

A. Ejecución de Sentencias sobre Medidas Cautelares y Ejecutorias

Las medidas cautelares, se caracterizan por su provisionalidad y ejecutoriedad, por tanto, inmediatamente son dictadas pueden ser ejecutadas debido a su naturaleza.

Las decisiones relativas a casos de guarda, visitas, autorización de viaje, entre otros, tienen carácter provisional pero la ley no le concedió carácter ejecutorio, por lo que el juzgador puede (a solicitud de parte o de oficio) ordenar su ejecutoriedad.

Son ejecutorias de forma inmediata las sentencias preparatorias y las ejecutorias de pleno derecho o si se ha dispuesto la ejecutoriedad provisional, de acuerdo al artículo 128 de la Ley núm. 834-78, que prevé que: “...*la ejecución provisional puede ser ordenada, a solicitud de partes o de oficio, cada vez que el juez lo estime necesario y compatible con la naturaleza del asunto, a condición de que ella no esté prohibida por la ley*”⁹⁸.

Otro medio usual para garantizar por ejemplo el cumplimiento de la sentencia que ordena la realización de una prueba de ADN para

⁹⁸ Ley núm. 834. Artículo 128.

determinar la filiación, es la fijación de una astreinte (diario, semanal) por el incumplimiento a la decisión, a los fines de que se realice esa prueba pericial.

B. Ejecución de Sentencias Firmes

Las sentencias firmes o definitivas sobre el fondo, pueden ser ejecutadas luego de transcurridos los plazos para el ejercicio de los recursos.

Uno de los elementos de tutela judicial, conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia española es garantizar que la decisión emanada por los tribunales sea cumplida, esa corriente jurisprudencial ha sido asumida por el Tribunal Constitucional dominicano en diversas sentencias.

Para garantizar de forma coercitiva, el cumplimiento de la decisión de alimentos que ordena el pago de una mensualidad a favor de los hijos menores de edad, la Ley núm. 136-03, prevé en su artículo 196 que el padre o madre que faltare o se negare a satisfacer la provisión alimentaria será sancionado a dos años de prisión suspensiva. Además, la referida ley (núm. 136-03) en su artículo 104 tipifica como delito la obstaculización o violación a los acuerdos o sentencia de guarda y visita, y los sanciona con un día por cada día o fracción de día que dure la violación, con un máximo de seis meses.

En múltiples ocasiones, se hace difícil ejecutar las decisiones en los procesos de familia, por esta razón hay que acudir a los remedios procesales instituidos, por ejemplo, ante la no ejecución de una sentencia de guarda o visitas, la Ley núm. 136-03, en su artículo 107 dispone que la persona que incumpla puede ser condenada a una multa de uno a tres salarios mínimos oficial, de igual forma, puede ser condenada en daños y perjuicios a favor de la persona afectada.

C. Rol del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes

El ministerio público especializado tiene la atribución de ejecutar la mayoría de las decisiones de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, tales como las relativas a la obligación alimentaria, guarda y régimen de visitas.

Lo conveniente es que las partes colaboren en la ejecución sin contratiempos para que no se generen nuevos conflictos, tales como procesamientos por incumplimientos, demandas en daños y perjuicios, y ejecuciones con el uso de la fuerza pública.

A tales fines, el ministerio público debe promover una ejecución sin obstáculos, tratando de viabilizar el cumplimiento de la sentencia y si no puede lograrlo debe tomar otras iniciativas que impliquen procesamiento penal en el caso de incumplimientos a la guarda, visitas, o proceder a la ejecución de la privación de libertad si se hubiere ordenado por sentencia en los procesos de pensión alimentaria.

2. LOS PRINCIPIOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La familia es extremadamente importante para las personas, para la sociedad en su conjunto y para el Estado. Para tener una sociedad con valores éticos, se requiere no solo del binomio individuo-sociedad, sino que se necesita el trinomio individuo-familia-sociedad. Esto es así porque los seres humanos no somos capaces de crecer y desarrollarnos sin la ayuda de los demás, lo natural y normal es que el ser humano llegue al mundo en el seno de una familia, en la que se va a encontrar inmerso en un conjunto de relaciones interpersonales que serán su primera escuela personal y social por eso se ha dicho siempre que la familia es la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, así lo reconoce la Declaración

Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16, 3 al expresar que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y ello no solo porque constituye el grupo natural que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción de la humanidad, sino, además, porque en su seno se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas y las virtudes que necesita la sociedad para mantenerse saludable”*⁹⁹.

El derecho de familia posee características que lo distinguen de otras ramas del derecho, en ese sentido la Lcda. Padilla, expresa que, entre las principales, están las siguientes: **a.** Predominio del interés social por encima del individual, por lo que sus normas son de orden público; **b.** La restricción a la autonomía de la voluntad; **c.** La regulación de las relaciones de familia, como los derechos-deberes; **d.** Derechos irrenunciables; **e.** Derechos inalienables; **f.** Derechos intransferibles; **g.** derechos imprescriptibles¹⁰⁰.

Los Hermanos Mazeaud, consideraban el derecho de familia como un tercer genero de derecho, es decir una rama distinta del derecho público y del derecho privado, pero que contiene reglas de ambos, así también el connotado jurista contemporáneo Dr. Julián Guitrón, explica que por la debida protección estatal, el Derecho de Familia, no tiene las características del derecho privado.

Hernández, en igual sentido, expresa que aunque tradicionalmente, el derecho de la personalidad y el derecho de familia, han sido estudiados como ramas del derecho civil, en realidad, no se puede decir que estas correspondan al derecho civil, aunque estén estrechamente vinculadas, en razón a que esta rama del derecho estudia aspectos

⁹⁹ Lacalle Noriega, María. Ob. Cit. pp. 182 - 183.

¹⁰⁰ Padilla, Yudelka. (2014). *Las Personas Jurídicas Naturales y el Derecho Familiar*. República Dominicana. Universidad Abierta para Adultos. p. 167.

que en la mayoría de los casos son de orden público, de ahí que los derechos de la personalidad tiene un carácter extra patrimonial, por lo tanto son derechos inalienables e irrenunciables¹⁰¹.

El magistrado Cruceta¹⁰², expresa que los principios son mandatos de optimización porque dictan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas y refiere que sus características son la fundamentalidad (debido a que se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas), generalidad (debido a que es un enunciado general y abstracto) y vaguedad (debido a que aparece o puede que aparezcan casos o límites dudosos, es decir no se tiene certeza si se corresponde o no con el supuesto abstracto previsto en la norma). De igual forma destaca que tienen tres funciones principales: 1) Autoriza a los jueces para la libre creación del derecho; 2) Así como de librarse de la aplicación de textos anacrónicos que no responden a la situación actual; y 3) Persiguen la corrección del sistema basado en la racionalidad.

Los principios son normas jurídicas o de mandato, de aplicación inmediata en la resolución de casos concretos. A seguidas se explicarán once de los principios más relevantes del derecho familiar y de niños, niñas y adolescentes:

2.1. El Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente

El interés del menor de edad constituye un derecho, un principio y una regla de interpretación que debe ser utilizada en la solución de

¹⁰¹ Hernández, Pedro Pablo. Ob. Cit. p. 23.

¹⁰² Cruceta Almánzar, José Alberto. (2011). *Los Principios Constitucionales y Generales del Proceso Civil (en el Anteproyecto Código Procesal Civil) Neoconstitucionalismo, Argumentación y Especificidad de la Interpretación Constitucional. Test de Proporcionalidad (Ponderación)*. República Dominicana. p.28.

todos los conflictos que involucren a personas menores de edad, a los fines de lograr hasta el máximo posible la satisfacción de sus derechos fundamentales en armonía con los derechos de los demás.

Como afirma Gautreux “*el menor constituye un miembro importante en la agrupación familiar que a nivel internacional despierta progresivamente un interés y una atención especial...*”¹⁰³.

En muchos de los procesos de guarda respecto a los menores de edad, puede presentarse el síndrome de Salomón, o del niño partido en dos, no solamente porque puede haber una pelea entre los padres por su custodia, sino porque también las personas que rodean al niño, ya sea la familia o los profesionales (maestros, psicólogos, abogados, fiscales, jueces) se encuentran en la disyuntiva de tener que decidir qué es lo correcto y qué es lo que se tiene y no se tiene que hacer para que en toda esta situación de cambio para el niño, haya un menor sufrimiento¹⁰⁴. La solución correcta, es identificar el interés superior del menor de edad, que está fundamentado en su dignidad, y en el reconocimiento de que son sujetos plenos de derechos.

Está documentado que con la separación de los esposos o convivientes, sus hijos menores de edad pueden sentir diferentes emociones, como tristeza, miedo, celos, enfado, culpa y reacciones diversas como conductas regresivas, problemas escolares o bajo rendimiento académico, problemas con el sueño, alteraciones en la alimentación, el apetito, ansiedad al comer, problemas con compañeros y trastornos sicosomáticos¹⁰⁵. Le corresponde al juzgador al momento de emitir su decisión, conciliar los intereses de las partes, haciendo prevalecer los derechos del niño, y dictando las medidas que tiendan a su desarrollo integral.

¹⁰³ Eusebio Gautreaux, Dora. (2009). *Derechos de Familia y la Personalidad*. República Dominicana. Centenario. p. 19.

¹⁰⁴ Barbero, María y Bilbao, María. (2008). *El Síndrome de Salomón, el Niño Partido en Dos*. España. Desclee de Brouwer. p. 13.

¹⁰⁵ *Ibidem*. pp. 41-49.

La finalidad de los padres, ha de ser siempre la garantía de los derechos y el bienestar físico y emocional de los hijos, por ello Golombok¹⁰⁶, expresa lo siguiente: *“El que los hijos sean criados por un padre o dos, el que hay en el hogar un padre o no lo hay, el que el hijo no esté relacionado genéticamente con uno o los dos padres... Lo que más importa para el bienestar psicológico de los hijos no es el tipo de familia, sino la calidad de la vida familiar”*.

El Comité de los Derechos del Niño, se ha referido al principio del interés superior del niño, en su Observación General 14, en el sentido de que es un concepto triple; un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento, de tal modo que en caso de que haya que tomar una decisión en la cual se vea involucrado un niño o un grupo de niños se deberá tomar basada en el análisis de las consecuencias positivas o negativas que de esta se desprendan hacia el niño, para que así se tome la decisión que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño¹⁰⁷.

El Comité agrega que, para determinarlo en casos concretos, se debe tomar en cuenta que existen elementos muy importantes, que se deben evaluar acorde las circunstancias específicas que hacen que el caso del menor de edad sea único, estos elementos son:

- La opinión del niño.
- La identidad del niño (el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad).

¹⁰⁶ Golombok, Susan. (2006). *Modelos de Familia, ¿Qué es lo que de Verdad Cuenta?* España. GRAO. pp. 187-192.

¹⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño. (29 de mayo de 2013). Observación General 14, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial.

- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- Cuidado, protección y seguridad del niño.
- Situación de vulnerabilidad.
- El derecho del niño a la salud.
- El derecho del niño a la educación.

En consecuencia, cada vez que el juez emita una sentencia relacionada con los menores de edad, debe valorar el grado de cumplimiento de los elementos previamente citados.

2.2. El Principio de Igualdad

Está regulado en el artículo 39 de la Constitución, en el artículo 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio IV de la Ley núm. 136-03.

El magistrado Cruceta¹⁰⁸ afirma que este principio garantiza a las partes la igualdad de oportunidades de invocar y alegar en el proceso sus derechos y defensas, este principio tiene las siguientes aplicaciones: 1. Las partes deben ser oídas en la defensa de sus derechos; 2. Las pruebas deben ser recibidas con la intervención de la parte contraria; 3. Nadie puede ser juzgado por tribunales especiales para el caso; 4. Nadie puede ser privado de los derechos fundamentales; 5. Conocimiento personal del demandado sobre la existencia del juicio para poder defenderse; 6. Amplia oportunidad a las partes para que ejerzan sus derechos y defensas razonables términos para

¹⁰⁸ Cruceta Almánzar, José Alberto. Ob. Cit. p. 40.

el sometimiento de los medios probatorios y del contradictorio; y 7. Juzgamiento por jueces naturales e imparciales.

Conforme a las palabras de la vicepresidenta de la República Dominicana, Dra. Cedeño: “*El principio de igualdad en la legislación de familia tiene en cuenta que los hombres y mujeres contribuyen de forma original a la familia y a la sociedad...*”¹⁰⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió a unanimidad que la negativa de los Tribunales de Portugal de atribuir la guarda del hijo a su padre por un motivo fundado en su orientación homosexual, constituía una violación al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹¹⁰. En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Átala Riffo y niñas vs Chile*, expreso que no se puede discriminar a un padre o madre por su preferencia sexual, que la finalidad de los procesos de guarda, es determinar el padre más idóneo para garantizar el interés superior del niño, lo que se hace a partir de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el niño, daños y riesgos reales y probados, no especulativos o imaginarios¹¹¹. Esto debido a que constituyen categorías sospechosas de discriminación, la raza, la religión, el sexo y la orientación sexual, en consecuencia esos aspectos no deben ser tomados en cuenta por los tribunales, debiendo enfocarse en el punto central a evaluar que debe ser la garantía de los derechos del menor de edad o su interés superior.

¹⁰⁹ Cedeño, Margarita. (2008). *Seminarios Internacionales por un Código de Familia Inclusivo, hacia un Sistema Nacional de Atención Integral a Familias*. República Dominicana. Depridam Y Carmj. pp. 125 - 126.

¹¹⁰ Headrick, William C. (2003). *Tendencias Actuales del Derecho Francés*. República Dominicana. Unibe. pp. 239 - 240.

¹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2012). Sentencia caso *Átala Riffo y niñas vs Chile*. Párrafo 109.

La igualdad es considerada un principio del *ius cogens*, es decir derecho común obligatorio, impositivo, necesario, inquebrantable e innato, que tiene como fin la creación de sociedades solidarias, con distribución equitativa de la riqueza y de las oportunidades, que procuran el bienestar común de todas y todos.

2.3. El Principio de Efectividad de Derechos y Protección Integral

Por ser sujetos de derechos, por razones de edad y por solidaridad para con ellos, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir y tener garantizada una protección eficaz, este derecho se fundamenta en la condición humana que tiene cada niño o niña, por lo que los Estados deben hacer posible el disfrute de sus derechos inherentes a la dignidad humana¹¹².

La protección integral del menor de edad se logra según expresa Moratalla¹¹³ disciplinando que es enseñando, no castigando, e inculcando valores, para la organización de la casa, la habitabilidad del hogar y la integración social. Agrega, que las normas y valores familiares constituyen algo así como el depósito de gasolina que permite circular a la familia.

A través de la experiencia familiar, es que los niños aprenden a considerar las leyes que rigen la sociedad como acuerdos básicos establecidos entre las personas que les proporcionan seguridad, previsión y protección y, por lo tanto, algo digno de ser respetado

¹¹² Suriel, Altgracia. (2006). *Los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Orden Internacional*. República Dominicana. Depridam. p. 155.

¹¹³ Moratalla, Agustín Domingo. (2006). *Ética de la Vida Familiar, Claves para una Ciudadanía Comunitaria*. España. Desclee. pp. 105 - 106.

y cumplido, aunque también susceptible de ser modificado cuando dejan de cumplir su misión para la que fueron aprobadas¹¹⁴.

Con la aprobación de la Ley núm. 136-03, todas las personas físicas y morales (individuos, familias, sociedad, empresa y Estado) son compromisarias de la satisfacción de los derechos de los menores de edad, de conformidad al primer principio de la indicada ley.

En síntesis, la protección integral es el derecho a recibir y tener garantizada una protección eficaz, a que se establezcan las condiciones en las que se puedan satisfacer unas necesidades humanas básicas convertidas en derechos fundamentales a través de su positivización¹¹⁵.

2.4. El Principio de Participación

Una de las características más particulares de los procesos familiares es que las partes asumen su defensa material, son escuchados en sede judicial. De igual forma, el juzgador debe garantizar que las personas menores de edad sean escuchadas, a solicitud de parte e incluso de oficio.

Las entrevistas a niños, niñas y adolescentes no es conveniente que sean realizadas en las salas de audiencias en presencia de las partes, lo ideal es en el despacho del juez, quien la debe realizar con el/la secretario/a que tomará nota de sus declaraciones y en los casos que amerite por la situación especial de algunos niños, podrá ser convocado/a un/a psicólogo/a.

El principio de participación, está íntimamente ligado al derecho del menor de edad de ser escuchado, en consecuencia, se aplican las reglas previamente citadas.

¹¹⁴ Escamez, Juan, et al. (2009). *La Educación Ética en la Familia*. España. Desclee. p. 156.

¹¹⁵ Suriel, Altagracia. Ob. Cit. p. 155.

2.5. Especialización y Privacidad

La Ley núm. 136-03, en su artículo 228 respecto al tema derecho penal de adolescentes prevé el principio de especialidad, el que debe regir también para los procesos de familia, debido a que el servicio de justicia requiere que los operadores judiciales sean conocedores a profundidad de los asuntos que la ley le da competencia para decidir.

Respecto a la especialidad debemos verla en dos aspectos, el primero relacionado a la competencia por la materia, el segundo con la idoneidad técnico- jurídica que se exige a los operadores judiciales y a los gabinetes de colaboración compuesto por psicólogos, trabajadores sociales, para interactuar teniendo como fin la solución del conflicto¹¹⁶.

En atención a la privacidad, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos prevé que la prensa y el público podrán ser excluidos:

... cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores¹¹⁷.

En sentido similar la Ley núm. 136-03, se refiere al principio de confidencialidad, que no abarca únicamente lo relativo al tema penal de adolescentes sino que incluye el ámbito familiar. Incluso, en las audiencias no es necesario el uso de togas ni birretes, de conformidad con las disposiciones del párrafo III del artículo 210 de la referida ley.

¹¹⁶ Bases para la Reforma Procesal de Familia. (2018). Argentina. SAIJ. p. 14.

¹¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). Artículo 14,1, parte final.

2.6. Economía y Concentración Procesal

Uno de los fines de la justicia familiar y de niños, niñas y adolescentes es lograr una justicia eficiente, pronta y garantista de derechos, por tal razón en sede judicial se debe promover que los pedimentos de las partes sean realizados de forma simultánea, no escalonada, a los fines de agilizar la repuesta judicial requerida.

No es procedente, que casos de niños, niñas y adolescentes sean resueltos en periodos largos de tiempo, en razón a que carecería de objeto, como ha apuntado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón e hija vs Argentina* y otras decisiones.

En los artículos 141 y 183 de la Ley núm. 136-03, hay muestra de la prontitud en que es requerido el fallo judicial, en procesos como adopción y alimentos, en seis y diez días respectivamente. El hecho de que no exista disposición concreta respecto a otros procesos familiares y de niños, niñas y adolescentes, no implica que se debe asumir que rige el plazo del derecho común, sino todo lo contrario, dado el principio de especialidad, los asuntos deben ser despachados con la celeridad que ameritan los procesos de familia.

El principio de economía procesal tiene por norte simplificar la tramitación de los juicios con el objeto de evitar que los litigantes presenten solicitudes que en nada contribuyen a una mejor y más rápida administración de justicia. La morosidad en dilucidar los debates conlleva un detrimento para la imagen de la justicia a los ojos de los justiciables, quienes suponen que sus pretensiones serán satisfechas con prontitud, debido a que el juicio lento violenta la economía del tiempo y de gastos¹¹⁸.

El principio de concentración tiene por finalidad la reunión de la mayor cantidad de actividad procesal desarrollada por las

¹¹⁸ Cruceta Almánzar, José Alberto. Ob. Cit. p. 53.

partes, para evitar la dispersión procesal que muchas veces dificulta el conocimiento del fondo de las pretensiones que dieron origen al proceso.

A los fines de que los procesos sean decididos más rápidamente, se ha acogido el criterio de acumulación de incidentes para ser decididos conjuntamente con el fondo, por disposiciones distintas, lo que constituye un mecanismo eficaz que ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 211-2015, precitada, ha manifestado que a los fines de garantizar la celeridad se pueden acumular incidentes tales como medios de inadmisión o excepciones para fallarlos con el fondo.

2.7. Inmediación y Oralidad

La intermediación constituye una herramienta de realización de la justicia que toma como referente los hechos previos. En el siglo XXI, los jueces, lejos de decidir para un destinatario pasivo, partimos primero de observar a la familia que requiere nuestro acompañamiento en una crisis de la que saldrán con nuestra sentencia, pero con sus propias normas de convivencia, diversas, plurales y propias¹¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón e hija vs Argentina*, analiza el transcurso del tiempo en la resolución de casos de guarda, en tanto constituye un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora, afirmando que la mayor dilación en los procedimientos puede “*determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volverse perjudicial para los intereses de los niños, por lo que recae*

¹¹⁹ Ballarin, Silvana. Ob. Cit. p. 58.

en las autoridades judiciales la responsabilidad de acelerar el procedimiento en los procesos de menores de edad"¹²⁰.

La oralidad es un medio idóneo para garantizar una justicia más efectiva, por esta razón en materia de familia, se debe promover escuchar a las partes y los menores de edad, no se trata de discusión sobre bienes, sino sobre derechos de personas, donde estas quieren manifestarse de forma directa, el juzgador debe estar atento y tratar de dirigir las declaraciones a los puntos relevantes y en atención a las peticiones de las partes para garantizar que estas no alimenten heridas emocionales con palabras innecesarias.

2.8. Inestimabilidad o Extra Patrimonialidad

Los derechos subjetivos del derecho de familia son absolutos, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, en razón de que no son susceptibles de expropiación ni de valoración económica, ni mucho menos de transacción alguna, salvo bajo su aspecto pecuniario.¹²¹

Para el magistrado Castellanos¹²² los derechos subjetivos familiares son inalienables, no pueden ser transferidos, ya que se sustentan en el vínculo familiar, de allí que sean indisponibles por parte de los sujetos titulares. De igual forma, son irrenunciables, en tal virtud no puede hacerse dimisión o ser transferido, por ello son indisponibles.

Las acciones familiares no están sujetas a cesiones, ventas, renunciaciones, etc., por ejemplo no es procedente un convenio entre dos personas a los fines de que uno de ellos renuncie a solicitar el

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de abril de 2012). Sentencia caso *Fornerón e hija vs Argentina*. Párrafo 169.

¹²¹ Nolasco, Daniel. Ob. Cit. p. 7.

¹²² Castellanos, Víctor José. (2012). *Biblioteca Básica para el Oficial del Estado Civil*. 2do tomo. República Dominicana. EFEC. p. 372.

reconocimiento de paternidad y en cambio reciba una contraprestación económica, en razón al carácter de orden público de la filiación.

2.9. Preferencia a la Desjudicialización

La normativa familiar y de niños, niñas y adolescentes procura que los casos de guarda, alimentos, visita, autoridad parental, entre otros, sean resueltos como consecuencia de acuerdo entre las partes, fuera de sede judicial.

La Ley núm.136-03 realiza un llamado a la solución amigable, al disponer que las Salas Civiles de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes deben “*Promover y homologar acuerdos conciliatorios sobre asistencia familiar para los niños, niñas y adolescentes*”¹²³.

Incluso los tribunales civiles están llamados en las acciones familiares a procurar acuerdos e incluso referir procesos al Centro de Mediación Familiar del Poder Judicial, cuando perciban la posibilidad de acuerdo de las partes

2.10. Abordaje Integral

En la legislación local, el artículo 266 de la Ley núm. 136-03, prevé que en cada departamento judicial habrá por lo menos una unidad multidisciplinaria de atención integral especializada, conformada por un equipo técnico, integrado por trabajador social, psicólogo y áreas afines. Estas unidades están adscritas a los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes y son costeadas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (Conani).

Los miembros del equipo técnico, psicólogo y trabajador social, realizan estudios psicológicos y socio-familiares en los procesos

¹²³ Ley núm. 136-03. Artículo 211, letra o.

penales contra adolescentes y en los asuntos de familia a los fines de evaluar la situación de las partes conforme a su criterio científico con el objeto de que el tribunal pues evaluaciones y los demás medios probatorios presentados por las partes tomar la decisión ajustada a los principios de justicia.

En el ámbito internacional se aconseja no tan solo la evaluación con el fin de dictar la decisión, sino también el seguimiento profesional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fornerón e hija vs Argentina*, estableció en su párrafo 161 que: “*en primer lugar, el proceso de vinculación debe estar guiado e implementado por uno o más profesionales expertos en la materia*”. En el párrafo 162, expresa que el Estado debe proveer apoyo terapéutico permanente al señor Fornerón y a su hija (M), si así lo desean y en el párrafo 165, expresa que:

*Los expertos a cargo del proceso de vinculación deberán asegurar que M tenga conocimiento de sus derechos y tendrán en cuenta la voluntad y opinión de la niña, en consideración de su grado de desarrollo y del nivel de autonomía personal en cada momento, al margen de los intereses o interferencia de terceros*¹²⁴.

2.11. Tutela de la Realidad.

Existe la posibilidad de que el juez que dicte sentencia, pueda luego modificarla tomando como base la realidad jurídica en lugar de ordenar el cumplimiento de la sentencia, resultando aplicable aquello planteado por Bobbio en el sentido de que la historia puede desmentir a la sentencia¹²⁵.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso *Fornerón e hija vs Argentina*. Párrafos 161, 162 y 165.

¹²⁵ Ballarín, Silvana. Ob. Cit. p. 22.

En las Bases para la Reforma Procesal de Familia de Argentina, se ha previsto, atendiendo al principio de la realidad, lo siguiente:

Cuando el objeto de la sentencia que se pretende ejecutar sea una obligación de hacer, relacionada con la atribución del hogar familiar o la residencia, cuidados personales o sistema de comunicación respecto de NNA o personas en situación de vulnerabilidad, y en el transcurso del tiempo ha modificado la situación tendida en consideración al momento de su dictado, el juez podrá limitar o desestimar la ejecución pretendida en beneficio del mejor interés de las personas involucradas¹²⁶.

La aplicación de este principio se puede presentar en los conflictos sobre la guarda y custodia, en los que se ha dictado una sentencia que dispone por ejemplo que la madre tenga la guarda de su hijo y el padre derechos de visita, por razones diversas, la madre decide que la guarda de hecho la asuma la abuela paterna y varios años después solicita la restitución del menor de edad, a lo que se opone la abuela y el menor de edad, en casos como este, la realidad o mantenimiento del status quo es más importante que el cumplimiento de la sentencia, por lo que usualmente es reconocido el derecho de guarda a la abuela, por convenir al principio rector guía del derecho de infancia y familia que es el interés superior del menor de edad.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Los diferentes tribunales están en la obligación de garantizar los derechos de las personas implicadas en los procesos judiciales, a tales fines deben observar las reglas y principios contenidos en el artículo 69 de la Constitución, relacionadas con la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

¹²⁶ Bases para la Reforma Procesal de Familia. (2018). Argentina. SAJJ. p. 48.

Las reglas procesales en materia de niños, niñas y adolescentes, son más flexibles, debido a que tienen como norte, la garantía del interés superior del menor de edad, pero no por ello, se puede violentar el principio de igualdad procesal y las garantías propias de la tutela judicial efectiva: derecho de acceso al sistema de justicia, derecho a una sentencia motivada, derecho al recurso previsto y derecho a que la decisión sea ejecutada.

En el caso de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, se debe aplicar a casos concretos los principios de derecho de familia y de infancia: interés superior del niño, igualdad, efectividad de derechos y protección integral, participación del menor de edad en los procesos que le concierne, especialización, privacidad, economía, concentración procesal, inmediación, oralidad, inestimabilidad, abordaje integral, preferencia a la resolución a través de mecanismos alternos como la conciliación y la mediación, y la garantía de la tutela de la realidad.

Por último, los diferentes operadores del sistema de justicia, sean jueces especializados o jueces ordinarios, que deciden procesos relacionados a menores de edad, deben tratar estos temas con la debida ponderación y análisis de las consecuencias de la decisión, tomando en cuenta la protección constitucional y convencional que tiene la familia y las personas menores de edad.

ANEXOS

1. ESQUEMA DE DEMANDA CONTENCIOSA ANTE EL TRIBUNAL NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Demanda en (naturaleza: guarda, visitas, etc.)

Al : Magistrado Juez Presidente de la Sala Civil del Tribunal de NNA de... Distrito Judicial

Asunto : Demanda en...

Honorable magistrado:

El suscrito, Licdo... (Generales) actuando en representación de... (Generales), tiene a bien exponerle lo siguiente:

1. Relación de hecho, justificación de competencia.
- 2, 3, 4 (tantos como fuere necesario). Relación de hecho
- 5, 6, 7 (tantos como fuere necesario). Vinculación de los motivos de hechos y el fundamento jurídico.

Por tales motivos de hecho y fundamentos jurídicos, le solicitamos que decida de la manera siguiente:

Primero: Aspecto formal.

Segundo, Tercero (tantos como fuere necesario): En cuanto al fondo.

Ultimo: Costas procesales.

Es justicia que se reclama y se espera ser correspondido, en la ciudad...a los... del mes...del año...

Firma del abogado.

2. LOS DIFERENTES TRIBUNALES Y CORTES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SU UBICACIÓN Y TELÉFONO, SON LOS SIGUIENTES:

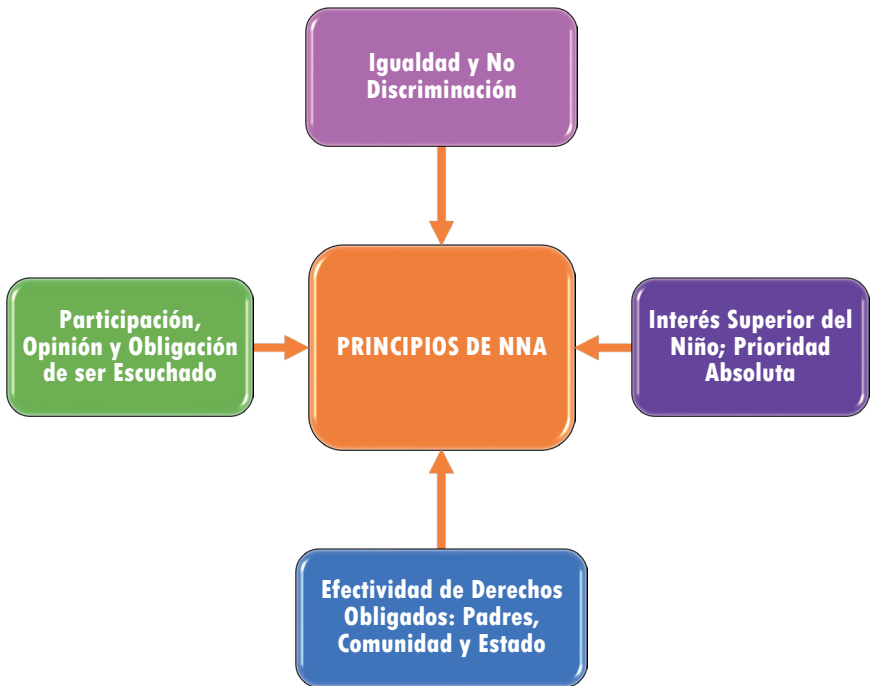
Departamentos y Distritos Judiciales con Cortes y Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, su ubicación y teléfono.	Distritos Judiciales sin Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes.
Distrito Nacional Corte, Sala Civil, Sala Penal y Ejecución, C/ Pedro Livio Cedeño, #66, Ensanche Luperón, teléfono 809-681-8090.	Independencia.
Santo Domingo Corte, Sala Civil, Sala Penal y Ejecución, C/ Hermanas Carmelitas Teresas de San José, #17-2-A, edificio 3, esquina Club Rotario, Ensanche Ozama, teléfono 809-596-2708.	Pedernales.
Santiago -Corte, C/ 16 De Agosto, #150, Centro Ciudad, teléfono 809-724-1741. -Sala Civil y Ejecución: C/Santiago Rodríguez, esquina Salvador Gagullo, frente a la Farmacia Gabriela, teléfono 809-241-7018. -Sala Penal, C/ Sánchez, #15, Los Pepines, teléfono 809-724-1886.	Santiago Rodríguez.
Provincia Duarte -Corte y Ejecución: C/ Salomé Ureña, #32, teléfono 809-725-2775. -Sala Civil y Sala Penal, C/ Castillo, esquina Gaspar Hernández, #12, teléfono 809-725-3195.	Hato Mayor.

San Cristóbal Corte, Sala Civil, Sala Penal y Ejecución, C/ 27 de Febrero No. 60, Sector Loyola, teléfono 809-528-6555.	Monte Plata.
San Pedro de Macorís Corte, Sala Civil, Sala Penal y Ejecución, C/ Francisco del Rosario Sánchez, #25, esquina Antonio Molano, teléfono 809-246- 9130.	Azua.
La Vega -Corte y Ejecución: C/ Comandante Jiménez Moya #11, teléfono 809-573-5090. -Sala Civil, C/ Juana Dolores Gómez, #17, teléfono 809-573-8078. -Sala Penal, C/ Padre Billini, casi esquina Las Carreras, teléfono 809-573-9072.	Elías Piña.
Barahona C/ General Duvergé, #3, teléfono 809-524- 5086.	Bahoruco.
Españat C/ Mercedes López Viuda Lora, s/n, teléfono 809-578-1077.	Dajabón.
Monseñor Nouel C/ Libertad, teléfono 809-525-2384.	Salcedo.
El Seibo C/ Manuela Díez Jiménez, #33, teléfono 809-552-4040.	Samaná.
Valverde Av. Etanislao Reyes, #3, teléfono 809-572- 7718.	San José de Ocoa.

Sánchez Ramírez C/7, esquina Sánchez, #84, teléfono 809-240-0800.	
Montecristi C/ Vicente Yabar, esquina Las Mercedes, teléfono 809-579-2115.	
Puerto Plata C/ Beller #55, altos, teléfono 809-320-7075.	
La Altagracia C/ José O. Santana # 105, teléfono 809-554-9145.	
Peravia C/ José Valera Álvarez, #12, teléfono 809-522-2177.	
María Trinidad Sánchez C/ Salome Ureña, #11-B, teléfono 809-584-2131.	
San Juan de la Maguana C/ Diego Velázquez, #122, teléfono 809-557-2122.	
La Romana C/ Dr. Teófilo Ferry, # 130, teléfono 809-556-1041.	

3. LOS CENTROS PRIVATIVOS DE LIBERTAD DE MENORES DE EDAD QUE ESTÁN EN FUNCIONAMIENTO, SON LOS SIGUIENTES:

Departamentos Judiciales	Centros privativos de libertad de menores de edad, su ubicación y teléfono.
Distrito Nacional	-Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de Villa Consuelo (Instituto Preparatorio de Niñas), C/ Idelfonso Mella, #6, Villa Consuelo, teléfonos 809-333-8858 // 809-682-5374 // 809-682-0524.
Santo Domingo	- Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con La Ley Penal de la Ciudad Del Niño, Carretera de Manoguayabo, Los Alcarrizos, Teléfono 809-548-9205 -Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del Batey Bienvenido, C/ El Consorcio, S/N, Esquina la Antena, teléfono 829-256-2734 // 809-480-9425.
San Cristóbal	-Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de San Cristóbal (Refor), Av. Luperón, #31, subida al Cerro, San Cristóbal, teléfono 809-528-3242.
Santiago	-Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de Santiago, Av. Núñez de Cáceres, detrás del Centro Salud El Buen Pastor, al lado de la Iglesia Católica, teléfono 809-247-5278 // 809-480-9529 // 809-254-8512.
La Vega	-Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de La Vega, Instituto Preparatorio de Menores Máximo Antonio Álvarez, La Vega, C/ Prolongación García Godoy, #2, próximo a la Fortaleza La Concepción, teléfono 809-573-8822 // 809-499-2594.
La Romana	-Centro de Atención Integral para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de La Romana.





CAPÍTULO III

LAS ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD

Francisco Antonio Pérez Lora

CAPÍTULO III

LAS ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD

Resumen

En el ámbito familiar la institución de la filiación y su derivada, la adopción, constituyen las fuentes primarias de la generación de derechos entre los padres y su descendencia, como consecuencia de ellas surge la obligación con raigambre constitucional de los padres de criar, formar, educar, alimentar, dar seguridad y asistir a los hijos e hijas.

La filiación y la adopción, son temas de extrema importancia por el derecho constitucional que poseen las personas menores de edad de vivir en familia, siendo los padres biológicos, adoptivos, sociológicos o afectivos, los principales llamados a hacer primar el interés de los menores de edad, por encima incluso de sus propios intereses, como se explicará más adelante.

En este tema, se abordarán los principales aspectos del reconocimiento de paternidad, sus modalidades, características, aspectos procesales y sus efectos, así también, los aspectos procesales y sustantivos de la adopción.

Para la descripción de ambas instituciones familiares, se partirá del análisis de la Constitución, convenios internacionales, la norma local, con especial énfasis en la Ley núm.136-03, así como decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Constitucional dominicano, así como de los aportes de reconocidos doctrinarios ius-familistas.

1. LA FILIACIÓN

1.1 Aspectos Generales

La filiación es la relación de padre, madre e hijo, comprende el derecho a tener un nombre, una identidad, una familia y los derivados de la relación familiar, que se consideran sustanciales en el ordenamiento jurídico.

La palabra filiación, es derivada del latín *filiationis*, relacionada a *flio* que deriva de *filius* y esta palabra a su vez de *felare*, que significa mamar. La palabra *filius* desde sus inicios designaba el conjunto de derechos que adquieren los hijos respecto a sus padres.

De la filiación surge la relación parental y el derecho a un nombre, ambos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución dominicana en su artículo 55 y en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8, además está íntimamente relacionada con la personalidad y dignidad de que es titular todo ser humano.

Respecto al nombre expresa el magistrado Nolasco¹²⁷ que suele utilizarse para designar a las personas, cuyo contenido comprende dos partes: el apellido o nombre patronímico que sirve para indicar la descendencia, por ser la marca de la filiación, porque constituye el elemento hereditario, además es un medio individualizante de la familia; y el nombre propio de cada persona, que lo distingue de los demás miembros de su familia.

El derecho a la identidad es mucho más amplio parte del patrimonio inalienable de las personas, está vinculado a su cultura, procedencia, orígenes, idioma, su manera de ser conforme a las costumbres de su comunidad y sus antecesores.

¹²⁷ Nolasco, Daniel. Ob. Cit. p. 43.

La familia es la célula básica de la sociedad, compuesta por padre, madre, hijos, parientes biológicos y por afinidad, espacio donde la relación afectiva se vive con mayor profundidad y donde se desarrollan los hijos como consecuencia de la relación parental, por tal razón la Constitución en su artículo 55.10 reclama de una paternidad-maternidad responsable, obligada a criar, formar, educar, alimentar, dar seguridad y asistir a los hijos e hijas, con la finalidad de que tengan un desarrollo integral.

A. Evolución Histórica

En el derecho romano, los hijos eran absolutamente dependientes de los padres varones, incluso eran considerados como parte de su patrimonio.

En la época del emperador romano Flavius Petrus Sabbatius Justinianus (483-565), mejor conocido como Justiniano se distinguieron cuatro clases de hijos extramatrimoniales: los *liberi naturali*, hijos de una concubina; los *liberis purii*, hijos de una mujer deshonesto o de baja condición; los *liberi adulterini*, nacidos de una relación adúltera; y los *liberi incestuosi*, nacidos de una relación incestuosa. En aquella época los hijos nacidos fuera del matrimonio gozaban de menos derechos que los hijos matrimoniales, e incluso algunos de ellos no podían ser reconocidos, tal es el caso de los incestuosos y adulterinos¹²⁸.

El Código Civil dominicano sucesor del Código Civil francés, que estuvo inspirado por el derecho romano, estableció originariamente dos categorías de hijos: legítimos e ilegítimos, y estos últimos, los calificaba en incestuosos, adulterinos y naturales.

Las reglas del Código Civil, en su versión original de 1804, se fundaban en el deseo de proteger la familia como institución,

¹²⁸ Ramírez Acuña, Sergio. (2013). *Derecho de Familia*. Costa Rica. El Roble. p. 203.

aunque obviamente el medio utilizado de discriminar a los hijos era el incorrecto. En aquel código el hijo concebido en el matrimonio era “legítimo”, el hijo concebido fuera del matrimonio era “natural”¹²⁹.

A los fines de convertir en “legítimos” a los “naturales o ilegítimos”, se creó la legitimación que era el procedimiento a los fines de conferir derechos de hijos legítimos a aquellos nacidos fuera o previo al matrimonio de los padres, esta institución jurídica actualmente carece de relevancia en razón a que todos los hijos son iguales.

En el Código Civil dominicano la legitimación estuvo regulada en los artículos 331 al 333, bajo la sección De la legitimación de los hijos naturales, lo inaudito es que en el anteproyecto de reforma al Código Civil sujeto a discusión en la Cámara de Diputados en el 2013, se prevé el resurgimiento de esta institución que es contraria al principio de igualdad y por lo tanto inconstitucional.

Los connotados juristas Bossert y Zannoni¹³⁰, manifiestan que actualmente las categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial se mantienen, no para discriminar a los hijos, sino porque existe diversidad de formas para establecer la paternidad en el caso de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, esto no significa la discriminación de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

La Ley núm. 136-03 y anteriormente la núm. Ley 14-94, reconocieron la igualdad de todos los hijos, independientemente de que sean producto de un matrimonio, relación consensual o adoptados, esto así para dejar sin efecto las anteriores discriminaciones previstas en el Código Civil y la Ley núm 985. Sin embargo, la igualdad de todos los

¹²⁹ Headrick, William C. (2006). *La Familia en el Derecho Dominicano y Francés*. República Dominicana. Unibe. p. 149.

¹³⁰ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Ob. Cit. p. 440.

hijos no es plena o completa, según Headrick¹³¹ existe diferencia y es justificada, la relativa a los medios para el establecimiento de la filiación, en los que la Ley núm 136-03, al igual que el Código Civil prevé que los hijos nacidos dentro del matrimonio se presumen hijos del marido (*Paterisest...*) en consecuencia su madre puede apersonarse al Oficial del Estado Civil e inscribirlo como hijo de ambos; en cambio los hijos extramatrimoniales deben ser reconocidos personalmente por el padre, en caso contrario, la madre (durante la minoridad del hijo) u otra persona con la autoridad parental o tutela podrá iniciar una demanda en reconocimiento de paternidad.

B. Conceptualización

La filiación, es la relación existente entre padre-madre e hijo/a, puede ser natural o jurídica, en el primero de los casos también denominada filiación por naturaleza o biológica, y en el segundo nos referimos a la adopción.

En un sentido más amplio, la filiación es la relación jurídica entre los padres, no siempre progenitores, y sus hijos, que conlleva una serie de derechos y obligaciones, puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, en consecuencia es cosa del pasado, considerar al hijo fuera del matrimonio como un hijo natural, hoy se consideran a todos los hijos biológicos, como hijos por naturaleza¹³².

El Dr. Jiménez P.¹³³ citando a Zannoni expresa que la filiación está constituida por las relaciones jurídicas familiares que tienen como sujeto a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente, que

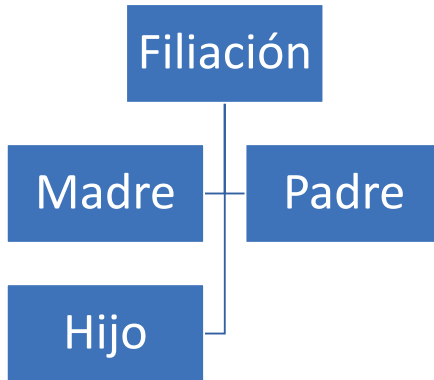
¹³¹ Headrick, William C. *La Familia en el Derecho Dominicano y Francés*. Ob. Cit. p. 164.

¹³² Aranda Rodríguez, Remedios, et al. Ob. Cit. p. 732.

¹³³ Jiménez Peralta, Gustavo. Ob. Cit. p. 391.

atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación a los fines de lograr los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad.

En tres palabras filiación es: padre + madre = hijo.



Los doctrinarios argentinos Bossert y Zannoni¹³⁴ expresan que la filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos, por lo que es la garantía de la subsistencia de la humanidad.

El fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos encuentra su expresión en el derecho en función de ciertos valores culturales, de esencia ético social, que sirven de punto de partida para constituir los conceptos jurídicos de filiación, parentesco, familia¹³⁵.

¹³⁴ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. (2008). 6ta edición. Argentina. Astrea. p. 439.

¹³⁵ Pérez Duarte, Alicia. *Derecho de Familia*. (2007). 2da edición. México. Fondo de Cultura Económica. p. 226.

Por otro lado, el gran maestro familista costarricense, Dr. Trejos¹³⁶, afirma que la filiación se relaciona con los hijos, la paternidad con los padres y la maternidad con las madres. La filiación es un vínculo jurídico, que produce efectos de derecho, que en razón al principio de igualdad, son los mismos para todos los hijos, por lo que la finalidad de la filiación ha de ser la garantía de los derechos de los hijos. En el ámbito jurisprudencial comparado, la Sala Constitucional costarricense (Voto 1894-99) al referirse a la filiación expresa que es el vínculo que une a los hijos con los padres y viceversa. Sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y la maternidad. Parte, en algunos casos, de un presupuesto biológico fundamental para su constitución: la procreación, sin embargo, la relación jurídica que determina la filiación puede constituirse sin atender a ese hecho biológico, por ejemplo, en el supuesto de la adopción. Agrega que el contenido de la filiación establecido en el Código de Familia se caracteriza fundamentalmente por el reconocimiento de los derechos personales y patrimoniales que determinan las relaciones jurídicas entre padres e hijos.

La modalidad de filiación por naturaleza se caracteriza por tener los siguientes principios: la igualdad, la investigación de paternidad, prohibición de calificación de la filiación y la búsqueda de la verdad biológica¹³⁷. Obviamente en la filiación adoptiva, no ha lugar al ejercicio de una acción en reconocimiento o desconocimiento de filiación para buscar la verdad biológica, sin embargo es obligación de los padres adoptivos indicarle su procedencia.

La igualdad de los hijos se encuentra regulada de forma expresa en los artículos 39 y 55.9 de la Constitución dominicana, principio IV y artículo 61 de la Ley núm. 136-03, en los que no solo se proclama

¹³⁶ Trejos, Gerardo, et al. (2010). *Derecho de Familia*. Costa Rica. Juricentro. p. 407.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 410.

la igualdad, sino que también se proscribe todo trato discriminatorio respecto a los hijos, por ello la madre y el padre deben garantizar la igualdad de todos sus hijos independiente de su relación con el otro progenitor o la procedencia de la filiación.

La investigación de paternidad y la búsqueda de los hijos de conocer la verdad biológica o sus orígenes genéticos, se encuentra regulado en la Constitución dominicana, que prevé que: “*toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad, a un nombre propio, al apellido del padre y de la madre y a conocer la identidad de los mismos*”¹³⁸.

Como consecuencia de las innovaciones introducidas al Código Civil por la Ley núm 136-03, la denominada presunción *paterisest*, ha dejado de tener la fuerza probatoria de antaño pasando de ser considerada *jure et de jure* es decir incontrovertida salvo los casos previstos en el indicado código, a ser *juris tantum*, es decir que admite prueba en contrario, conforme a la aplicación del derecho en casuísticas determinadas, tal como el caso en que exista una demanda en investigación de paternidad promovida por la madre a los fines de que se excluya como padre a su esposo y se incluya al que ella y los resultados de la prueba de ADN identifican como el padre biológico¹³⁹.

Expresa la doctrinaria española Lacalle¹⁴⁰ que todas las personas tienen derecho a ser reconocidas, no solo como seres humanos en general, sino como personas concretas, con una identidad propia y diferente a las demás, producto de su herencia genética, de sus circunstancias psicobiográficas y del ejercicio de la libertad, en consecuencia el derecho a la identidad va más allá que el mero

¹³⁸ Constitución dominicana. (2015). Artículo 55.7

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia (Civil). (24 de mayo de 2006). Sentencia núm. 18.

¹⁴⁰ Lacalle Noriega, María. Ob. Cit. p. 153.

reconocimiento de paternidad. Agrega, que la negación del reconocimiento puede constituir una forma de opresión, ya que significa despojar a la persona de aquello que la hace ser ella misma y que le da su identidad específica e intransferible. El derecho a la identidad comprende la vertiente puramente biológica del individuo, en relación a su filiación por naturaleza, como otras circunstancias como el nombre, nacionalidad, recuerdos y experiencias, elementos culturales, étnicos, religiosos, lingüísticos, etc. y que conforman de un modo único e irrepetible la personalidad física, biológica, cultural y psicológica de cada persona.

Una diferencia marcada existe con los denominados hijos de crianza, cuya categoría se encuentra reconocida por el artículo 58 de la Ley núm. 136-03, sin embargo, debido a la carencia de reconocimiento filial no poseen los mismos derechos que tienen los hijos producto de matrimonio, reconocidos y adoptados, además de no tener los apellidos de los padres de crianza, no les pueden suceder, a menos que exista una disposición testamentaria expresa.

En casos de niños de filiación desconocida, generalmente el Conani, solicita a la autoridad judicial, la inscripción de nacimiento, con fines ulteriores de promover la adopción del niño.

La Junta Central Electoral en el mes de mayo del año 2017, emitió la Resolución núm. 03/2017, mediante la cual se asigna de forma aleatoria un apellido a los niños de filiación desconocida hasta tanto intervenga una sentencia de adopción y adquieran sus apellidos definitivos, lo que sin lugar a dudas beneficiaría a los menores de edad en esa situación, sin embargo esta resolución fue sometida a consultas sin que hasta la fecha se haya aplicado, debido a que múltiples sectores de la sociedad manifestaron su desacuerdo respecto a que mediante resolución se asignen apellidos, sobre la base de que esto debería ser una atribución exclusiva del legislador.

C. Tipos de Filiación

Como apuntamos anteriormente en la antigüedad los hijos no eran considerados iguales, esa distinción se fundamentaba sobre la base de la relación de los padres entre sí; los hijos eran considerados legítimos y naturales o no legítimos: los primeros, nacidos durante la relación matrimonial, los segundos fuera de ella.

Con relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio, en el ámbito social se les denominaba hijos naturales, bastardos, incestuosos, mánceres, adulterinos, sacrílegos, espurios, etc. Expresiones relacionadas con la situación de los padres entre sí o la situación de uno de los padres (hijo fuera del matrimonio, padres familiares entre sí, madre con vida licenciosa, casados con otra persona, padre o madre religioso, madre soltera o viuda, etc.) denominaciones cuyo uso está actualmente proscrito por el artículo 55.9 de la Constitución dominicana.

Sin embargo, no se puede desconocer que existen diferentes naturalezas de filiación, el citado artículo 55.9 de la Constitución de forma implícita lo reconoce al prever que “...*Se prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación...*”¹⁴¹ por ello, expresa Trejos¹⁴² que en la actualidad, se distinguen cuatro especies de filiación: la matrimonial, la extramatrimonial, la adoptiva y la que es producto de la procreación artificial.

Otra clasificación, es de filiación biológica: que abarca a la matrimonial, extramatrimonial y ocasionalmente la artificial; y la jurídica que abarca la adopción y excepcionalmente la artificial¹⁴³.

¹⁴¹ Constitución dominicana. (2015). Artículo 55.9. El subrayado ha sido añadido.

¹⁴² Trejos, Gerardo, et al. Ob. Cit. p. 408.

¹⁴³ Ramos Cabanellas, Beatriz y Rivero, Mabel. (2014). *Derecho de Familia (Personal)*. 4ta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. p. 171.

Incluso en la actualidad, autores como Hernández¹⁴⁴ insisten en que la filiación puede ser legítima, natural y adoptiva, obviamente ya la denominación filiación legítima, se encuentra prohibida por que da a entender que otra no es legítima, en consecuencia gana cada día más terreno la clasificación de Ramos Cabanellas que la divide en biológica o por naturaleza y jurídica.

La realidad es que existen hijos producto de la relación matrimonial, hijos nacidos fuera de esa relación e hijos adoptivos, y para demostrar su filiación están sujetos a medios de prueba y procedimientos diferentes.

Independientemente de la manera en que sea establecida la filiación (matrimonio, extramatrimonial, adopción, fecundación artificial), los hijos una vez asentados como tal en el registro de nacimiento, serán denominados simplemente como hijos para garantizar su igualdad, debido a la proscripción constitucional del etiquetado que pudiere generar discriminaciones, al expresar la Constitución que: “*se prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en todo documento de identidad*”¹⁴⁵.

Los hijos productos del matrimonio en el momento de la concepción se benefician de una presunción legal, según dispone el Código Civil en los artículos 312 y siguientes, esta presunción respecto al niño nacido de mujer embarazada casada, se le conoce como la presunción de paternidad “*paterist es quemnuptiaedemonstrant*” cuyo significado es que padre es aquel que indican las nupcias, en consecuencia, el esposo de la madre se presume que es el padre del hijo de su esposa.

¹⁴⁴ Hernández, Javier Martín. (2009). *Protección de Menores, una Institución en Crisis*. España. Pirámide. pp. 301 y 305.

¹⁴⁵ Constitución dominicana. (2015). Artículo 55.9, parte final.

La Ley núm. 136-03, siguiendo la tradición romana y francesa, en las primeras líneas del artículo 62, reconoció que los hijos nacidos dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo, pero esta presunción no es incontrovertida, debido a que las últimas líneas del citado artículo, prevén que se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación.

Los requisitos para ser considerado hijo matrimonial son: 1. Maternidad de la mujer casada; 2. Que la generación sea obra del marido; y 3. Que la concepción o nacimiento sea dentro del matrimonio o en los plazos previstos en el Código Civil¹⁴⁶.

Respecto a la maternidad se generan pocos conflictos, debido al principio latino *mater Semper certa est*, es decir que la madre siempre es conocida por el hecho del embarazo y posterior parto, el niño nacido es hijo de la mujer que lo pario, la que es identificada por el hospital o clínica en la declaración de nacimiento o parto, para luego realizar la inscripción o registro de nacimiento en la Oficialía del Estado Civil, que expedirá el acta de nacimiento.

Los niños nacidos producto de matrimonio podrán ser inscriptos en la Oficialía del Estado Civil, sin necesidad de declaración del padre, en virtud de la presunción de paternidad (artículos 312 del Código Civil y 62 de la Ley núm.136-03), el punto de partida es de ciento ochenta (180) días después del matrimonio y no más de trescientos (300) de su disolución. Expresa Trejos¹⁴⁷ que esos días, son consecuencia de la consulta que realizaron los redactores del Código Civil francés al médico Dr. Forucroy, que expresó que ciento ochenta y seis (186) días para los nacimientos precoces y doscientos ochenta y seis (286) para los tardíos, son los periodos que resultaron elegidos por los jurisconsultos romanos conforme a la opinión de Hipócrates. Estos

¹⁴⁶ Trejos, Gerardo, et al. Ob. Cit. p. 421.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 423.

periodos de tiempo han sido adoptados en la mayoría de legislaciones latinoamericanas inspiradas en el Código Civil Francés.

La Ley núm 136-03, a los fines de hacer coincidir la filiación matrimonial con la verdad biológica, transformo la presunción de paternidad de absoluta a relativa, por lo que se permite ahora la impugnación de la presunción de paternidad y la paternidad declarada, fuera incluso de los supuestos que eran reconocidos por los artículos 312 y siguientes del Código Civil (adulterio, engaño, ocultamiento e imposibilidad física).

Se admite en consecuencia la impugnación o desconocimiento de paternidad por el marido, así como por la madre del hijo menor de edad, por el hijo mayor de edad, o un tercero que reclama la paternidad, sujetas estas acciones al principio básico y rector guía del derecho de infancia y familia que es el interés superior del niño.

Las disposiciones del Código Civil que se refieren a los hijos extramatrimoniales como legitimados (331 al 333), adulterinos (331, 335 y 342), incestuosos (331, 335 y 342), etc., no son constitucionales, por lo que se debe admitir la investigación de la paternidad en estos casos, si es conforme con el principio del interés superior del niño.

La filiación adoptiva, es la que une a una persona con las personas que le han adoptado, conforme a los procedimientos regulados en la ley, en consecuencia no incluye a los denominados hijos de crianza respecto a los que se crea un vínculo afectivo, producto del trato cotidiano. Esta modalidad será desarrollada ampliamente, en otro apartado de este libro.

La filiación producto de procreación asistida, es la que resulta de una intervención médica de inseminación artificial, o de la implantación en el útero de un ovulo fecundado en laboratorio, o cualquier otra técnica similar.

A las dos primeras modalidades de establecimiento de filiación (matrimonio y extramatrimonial), se les ha denominado como filiación por naturaleza, ya sea matrimonial o extramatrimonial, debido a que la paternidad y la maternidad responden a la naturaleza. El profesor Trejos¹⁴⁸, citando a Carbonier agrega que son filiaciones carnales, que derivan del acto por el cual los dos padres se han unido carnalmente, es decir es producto de la unión sexual.

En cambio, las dos últimas (adoptiva y procreación asistida) no nacen producto de la relación sexual, la primera resulta de un acto jurídico, con intervención judicial, y la segunda exige la intervención de un médico o perito cuya operación (inseminación o implantación) reemplaza el acto sexual. Además de que constituyen un desafío para vencer la esterilidad (en aquellos que lo son) siendo alternativas a la procreación.

D. Regulación Internacional y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 7.1 y 8.1, se refiere a la filiación expresando lo siguiente:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos;

Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Trejos, Gerardo, et al. Ob. Cit. p. 408.

¹⁴⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos 7.1 – 8.1.

El derecho al nombre se reconoce también en el artículo 24.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que expresa: “*todo menor de edad será inscrito después de su nacimiento con un nombre*”.

Los precitados textos convencionales, hacen referencia a la inscripción de nacimiento, medio identificador de la persona, ya que los datos que aparecen en la inscripción son los signos individualizadores de la identidad de las personas.

En el ámbito americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17,5 expresa que: “*la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*” y el artículo 18, enuncia que “*toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o el de uno de ellos. La ley reglamentara la forma de asegurar este derecho mediante nombres supuestos, si fuere necesario*”¹⁵⁰.

Para Martin Bernal, citado por Rodríguez T.¹⁵¹ el derecho a la identidad se configura como el prius lógico para el reconocimiento de la personalidad jurídica, la plena identificación es un primer derecho humano del cual derivan los demás, a través del dato preciso concretamente determinado. El derecho a conocer la propia filiación es un derecho de la personalidad, vinculado a la inviolabilidad de la persona humana¹⁵².

¹⁵⁰ Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículos 17.5 - 18.

¹⁵¹ Salvador Gutiérrez, Susana. (1998). *Derechos Registrales del Menor*. En: Rodríguez, Torrente, Jesús. ed. *El Menor y la Familia: Conflictos e Implicaciones*. España. Universidad Pontificia Comillas. p. 127.

¹⁵² *Ibidem*. p. 132.

E. Modalidades de Reconocimiento: Voluntario y Judicial

Los modos de determinación de la filiación, son por presunción legal, voluntaria y judicial: la primera, en virtud de la presunción de paternidad y respecto a la madre se determina por el parto y la identidad del nacido; la voluntaria proviene de la eficacia que atribuye el reconocimiento del hijo; y la judicial es consecuencia de la sentencia que declara la paternidad o maternidad no reconocida, en base a pruebas relativas al nexo biológico¹⁵³.

En República Dominicana existen tres formas de adquirir la filiación paterna biológica matrimonial: 1) Presunción de paternidad o de nacimiento dentro del matrimonio, es exclusiva de la relación matrimonial de los padres: 2) Reconocimiento del padre; 3) Investigación o reconocimiento judicial de paternidad.

La determinación de la paternidad extramatrimonial puede ser establecida por reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare la filiación, en cambio en la matrimonial, la paternidad se presume, por lo que puede ser asentada a requerimiento de la madre ante el Oficial del Estado Civil, de conformidad a las previsiones del artículo 62 de la Ley núm. 136-03.

Respecto al reconocimiento de filiación, constituye una acción de estado, la que conforme expresa Belluscio, citado por Ramos y Rivero¹⁵⁴ tiene por finalidad lograr un título de estado del cual se carece, aniquilar un título falso o inválido o modificar el estado de familia del que se goza.

La ley no prevé de forma expresa la demanda en reconocimiento prenatal, pero en principio se puede admitir, en virtud de que el reconocimiento voluntario se admite desde la concepción, con la

¹⁵³ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Ob. Cit. p. 441.

¹⁵⁴ Ramos Cabanellas, Beatriz y Rivero, Mabel. Ob. Cit. p. 196.

exigencia de que la inscripción esté condicionada a que el niño nazca vivo.

Al reconocimiento prenatal, se les ha denominado también como reconocimiento de vientre, que consiste en la exteriorización y disposición del hombre, para considerar y valorar el producto del vientre de la mujer embarazada, como suyo, frente a los demás¹⁵⁵.

La Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, prevé la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, teniendo como primeros obligados a los progenitores, en consecuencia respeto del concebido se generan derechos, tales como los alimentarios y sucesorios, siendo facultad de los padres reconocerlos previo al nacimiento.

Incluso algunos tratadistas, como León González¹⁵⁶, expresa que jueces y juezas de su país (Costa Rica) pueden proceder haciendo valer los derechos de la persona concebida, a reconocerle su derecho a la filiación desde antes de su nacimiento, su derecho de conocer la verdad biológica y a estrechar los vínculos con quienes se ha establecido la realidad, otorgándoles la seguridad de nacer en el seno de una familia.

El derecho a ser reconocido y a conocer la identidad de sus padres son derechos fundamentales consagrados en la Constitución y como tales tienen las características propias de los derechos humanos: irrenunciables, intransigibles, interdependientes, indivisibles y de orden público.

Existen dos modalidades para el establecimiento de la filiación extramatrimonial: el reconocimiento voluntario y el judicial.

¹⁵⁵ Ramírez Acuña, Sergio. Ob. Cit. p. 227.

¹⁵⁶ León González, Francia. (2011). *Derecho de Filiación de la Persona Concebida*. En: Camacho Vargas, Eva, et al. coord. *Reflexiones sobre el Derecho de Familia Costarricense*. Costa Rica. Jurídica Continental. p. 133.



F. Reconocimiento Voluntario

Los hijos productos de relación extramatrimonial, es decir cuyos padres no están casados entre sí, requieren el reconocimiento expreso del padre o de una decisión judicial, situación que está prevista en el artículo 63 de la Ley núm.136-03, que prevé que: *“Los hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por su padre de manera individual...”*¹⁵⁷. El verbo utilizado por el citado artículo no deberá entenderse como una opción, debido a que el artículo 67 de la indicada ley expresa bajo el título de deberes del padre y la madre, la de declarar o reconocer a sus hijos e hijas.

La mayoría de los niños dominicanos nacen producto de relaciones extramatrimoniales, debido a que gran parte de las uniones de parejas en esta media isla son uniones de hecho e incluso muchos niños nacen producto de relaciones de padres que no conviven en el mismo techo, es decir son producto de relaciones casuales o informales.

¹⁵⁷ Ley núm.136-03. Artículo 63, primeras líneas.

Doctrinarias, como es el caso de la Dra. Manrique¹⁵⁸ plantean que la presunción *pater is est* debe ser aplicable a los hijos nacidos de relaciones consensuales, en razón a que la Constitución protege la unión estable, el principio de la dignidad humana de los hijos, principio de igualdad jurídica y su interés superior, esta afirmación de Gamarra, es plausible, sobre todo porque el artículo 55.5 de la Constitución dominicana reconoce la unión marital consensual como generadora de derechos y obligaciones, sin embargo por disposición legal los hijos productos de relaciones extramatrimoniales no se benefician de la presunción de paternidad (*paterist es...*) en consecuencia el niño, debe ser reconocido por su padre de forma voluntaria o producirse una sentencia que ordene la inscripción.

Para el establecimiento del reconocimiento voluntario, de conformidad con la parte capital y los dos primeros párrafos del artículo 63 de la Ley núm.136-03, existen varias modalidades, que son las siguientes:

Modalidades de reconocimiento. Los hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por su padre de manera individual, al producirse el nacimiento o con posterioridad a él, ya sea declarándolo ante el Oficial del Estado Civil, por testamento o mediante acto auténtico, sin importar la situación jurídica de la relación de la cual provenga. Párrafo I.-El reconocimiento puede preceder al nacimiento del hijo o hija, surtiendo efecto solamente si nace vivo o viva, o posterior al fallecimiento del hijo o hija si éstos dejan descendientes. Párrafo II.- Cuando el reconocimiento no se haya efectuado ante el Oficial del Estado Civil, basta la presentación del documento, por la persona interesada¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Manrique Gamarra, Karina. (2015). *Derecho de Familia. Alimentos, Filiación y Reconocimiento del Concubinato*. Perú. Fecaat. p.90.

¹⁵⁹ Ley núm.136-03. Artículo 63. Párrafos I-II.

En consecuencia el reconocimiento voluntario se puede realizar de conformidad a varias maneras: 1. La más usual es mediante declaración ante el Oficial del Estado Civil al momento de inscribir el nacimiento; 2. Mediante declaración especial hecha al Oficial del Estado Civil en cualquier momento posterior al nacimiento y la inscripción inicial; 3. Mediante declaración ante notario, anterior o posterior al nacimiento; 4. Mediante acto ante notario u Oficial del Estado Civil después de la muerte del hijo, pero solamente si el hijo deja descendencia; 5. Mediante testamento autentico, místico, ológrafo, u otras modalidades; 6. Antes del nacimiento del hijo mediante clausula inserta en las capitulaciones matrimoniales o en otro acto autentico¹⁶⁰.

En República Dominicana el reconocimiento voluntario se puede realizar antes del nacimiento pero después de la concepción, después del nacimiento e incluso después de la muerte. En el primer caso se requerirá que el hijo nazca vivo para que produzca efectos jurídicos y en el último, la condición es que el hijo deje descendientes.

Las formalidades para realizar el reconocimiento, son intrínsecas y extrínsecas: la primera hace referencia a la voluntad de reconocer que debe ser libre, exenta de violencia, error y dolo, independientemente de la manera en que se realiza el reconocimiento; la segunda hace referencia a la manera en que se realiza, que puede ser: 1. Por acto autentico; 2. Por testamento; 3. Por declaración ante el Oficial del Estado Civil, a los fines de obtener el registro de nacimiento.

Otra modalidad de reconocimiento voluntario es la que puede realizar el abuelo o abuela a nombre de su hijo difunto, ausente, desaparecido o con una incapacidad de ejercicio que requiere de la designación de un tutor o tutora, en virtud de lo establecido en la Ley

¹⁶⁰ Headrick, William C. *La Familia en el Derecho Dominicano y Francés*. Ob. Cit. p. 180.

núm. 985, que expresa: “*En caso de fallecimiento, ausencia, o incapacidad del padre, el reconocimiento puede ser hecho por el abuelo paterno, y a falta de este, por la abuela paterna*”¹⁶¹.

El reconocimiento voluntario es la manifestación de la voluntad, encaminada a considerar a la persona reconocida como su hijo y a ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre, sus 15 principales características son las siguientes:

1. Es un derecho fundamental del hijo, reconocido constitucionalmente para toda persona, pero no por ello reclamable a través de la acción de amparo;
2. Es eminentemente personal, por lo que es considerado como una confesión por la que solo los padres podrán realizarlo, salvo casos excepcionales;
3. Es un acto voluntario, solo el padre tiene deber moral, social y también jurídico, sin embargo, no se obliga a realizar el reconocimiento, pero si el tribunal comprueba que es el padre, será ordenada la inscripción de paternidad;
4. Es un acto expreso, o sea que se requiere la manifestación de voluntad;
5. Es unilateral, se perfecciona por la voluntad del padre manifestada ante el Oficial del Estado Civil o por medio de otras de las modalidades previstas;
6. Es solemne, porque requiere cumplir ciertas formalidades, ya sea firmando la declaración ante el Oficial del Estado Civil, realizando el acto autentico o testamento;
7. No admite modalidades o condiciones, por referirse al estado de las personas;

¹⁶¹ Ley núm.985. (22 de agosto 1945). Artículo 2, parte final.

8. Es irrevocable, en razón a que una vez asentado, no puede el padre dirigirse al Oficial del Estado Civil a los fines de revocar su reconocimiento, esto sin perjuicio de la acción judicial de desconocimiento de paternidad en los casos y bajo las condiciones que proceda;
9. Imperativo, porque constituye un deber de los padres, establecido en la ley;
10. Produce efectos erga omnes, es decir el estado civil de hijo-padre es oponible a todo el mundo;
11. Tiene efectos declarativo porque no varía la situación natural, simplemente la reconoce;
12. Produce efectos retroactivos porque se reconoce una situación preexistente, teniendo como punto de partida el nacimiento;
13. Es inalienable, no puede ser cedida a otras personas, ni vendida o permutada;
14. Es indisponible, se encuentra fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, por lo que no puede existir una transacción sobre ellas, es un bien jurídico indisponible por involucrar el interés público, por lo que la autonomía privada está limitada por la ley.
15. Es irrenunciable, debido al interés público en la filiación, no se permite la renuncia de este derecho, y cualquier acuerdo en ese sentido carecería de validez.

1.2. Las Acciones Judiciales Relativas a la Filiación

En República Dominicana, para referirse a las acciones judiciales de filiación se usan indistintamente los términos de reclamación y

reconocimiento judicial; y desconocimiento, denegación o impugnación de paternidad. En ese aspecto es conveniente recordar que si la parte utiliza una denominación incorrecta para su demanda (ejemplo demanda en reconocimiento legítimo), es al juzgador que le corresponde aplicar derecho, en ese sentido, ha manifestado el Tribunal Constitucional que: “...*en aplicación al principio Iura Novit Curia, corresponde a las partir explicar los hechos, y al juez aplicar el derecho que corresponde...*”¹⁶².

La demanda en reconocimiento o desconocimiento de paternidad, se realizará ante el domicilio del menor de edad, siguiendo las pautas establecidas en la Resolución núm. 1841-2005, dictada por la Suprema Corte de Justicia. La demanda en reconocimiento se realizara a requerimiento del supuesto hijo, representado por su madre o responsable legal, contra el supuesto padre, esta acción es imprescriptible respecto al hijo (artículo 211, letra a, Ley núm.136-03). Los sucesores del hijo solo podrán ejercerla en caso de que este la haya iniciado, como continuadores jurídicos o dentro de los cinco años de su muerte durante su minoridad.

Respecto al hijo no reconocido, la acción para obtener su reconocimiento es imprescriptible, por ser un derecho fundamental, pero al tratarse de una acción personal, cuando este muera, sus sucesores no podrán iniciarla, simplemente son continuadores jurídicos de la acción ya iniciada, salvo el caso en que muera menor de edad, en el que podrán iniciarla hasta cinco (5) años después de su mayoría, de conformidad a las previsiones de los artículos 327 al 330 del Código Civil dominicano.

Se puede reclamar el reconocimiento póstumo del hijo, con la condición de que deje descendiente (artículo 63, Ley núm.136-03), de

¹⁶² Tribunal Constitucional dominicano. (10 de junio de 2014). Sentencia TC/0101/14, parte del párrafo 10, d.

igual manera el reconocimiento póstumo (respecto al padre), en cuyo caso se demandara a sus sucesores.

La Ley núm.136-03, admite el reconocimiento del hijo de una mujer casada, sin embargo debido a la presunción de paternidad a favor del esposo, lo correcto es que se realice como consecuencia de un proceso judicial, que será iniciado a requerimiento de quien pretende ser el padre, o como consecuencia del desconocimiento o investigación de paternidad del marido de la madre, es decir del que se presume padre.

Un tema muy controvertido es el relativo a la acción en desconocimiento de paternidad realizada por la persona que está asentada como padre en el acta de nacimiento, en algunos países como Costa Rica, el autor de un reconocimiento complaciente no puede impugnar la veracidad del reconocimiento (Sala Segunda Casación, núm. 82, 13-03-98), en consecuencia se potencia la paternidad social, frente a la biológica, por lo que no se admite ningún tipo de reconocimiento cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado, es decir la posesión de estado, implica un respeto a la apariencia de la filiación (verdad sociológica) que sirve como prueba de filiación y como obstáculo para impugnarla o establecer otra filiación.

Para el desconocimiento de filiación de hijos del matrimonio o cuya paternidad ha sido inscrita (incluye los extramatrimoniales), en países como Uruguay, Ley 19075, se tiene el plazo de un año, a partir de que se entere del nacimiento, fuera de este plazo será inadmisibles, relatan Ramos y Rivero¹⁶³ que un plazo similar existe en Argentina, el que fue solicitado su inconstitucionalidad, decidiendo la Sala F, de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil, que este plazo responde a una secular directiva que tiende a la seguridad jurídica, la

¹⁶³ Ramos Cabanellas, Beatriz y Rivero, Mabel. Ob. Cit. p. 200.

consolidación de la familia y el interés superior del niño, por lo que fue descartada su inconstitucionalidad.

En República Dominicana, para Headrick¹⁶⁴ de acuerdo con la filosofía de la Ley núm.136-03, que erige el interés superior del niño en su principio básico, la procedencia de la acción en impugnación de la paternidad dependería de quien es el demandante. Si el hijo tiene interés en rechazar la paternidad, puede recurrir a la prueba científica. Pero si el marido intenta repudiar al hijo de su mujer, se verá impedido si le ha dado posesión de estado. Expresa, que el artículo 313 del Código Civil no fue derogado, y prevé que la acción en impugnación de paternidad solamente se admite en caso de ocultamiento del hijo y dentro del plazo de dos meses del descubrimiento del engaño. Sin embargo, los tribunales franceses han dado una interpretación a contrario del artículo 322 del Código Civil que prevé que nadie puede oponerse al estado de que tiene a su favor una posesión conforme con el acta de nacimiento, que implicaría que si no tuviera posesión de estado, podría ser desconocido dentro del plazo general de prescripción (no en el breve plazo del 313), en caso de posesión de estado no habría acción que proceda, a menos que provenga del mismo hijo.

Expresa Headrick¹⁶⁵ que en Francia la impugnación de filiación de hijo de matrimonio o extramatrimonial, solo es admitida si se ha dejado de dar la posesión de estado al niño antes del transcurso de los cinco años de vida, En caso de que la filiación solo está establecida por el acta de nacimiento sin posesión de estado, el plazo de prescripción es de diez años que actualmente rige para las acciones del estado civil.

El significado de la posesión de estado, conforme al artículo 321 del Código Civil dominicano y 311.1 del Código Civil francés,

¹⁶⁴ Headrick, William C. *La Familia en el Derecho Dominicano y Francés*. Ob. Cit. p. 209.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 213.

no requiere que estén reunidos todos los elementos que la componen, sino el concurso suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación. Estos hechos son: que el individuo haya usado siempre el apellido del que se supone su padre, que este le haya tratado como un hijo, suministrándole en este concepto lo necesario para su educación, mantenimiento y colocación, que de público haya sido conocido constantemente como hijo y que haya tenido el mismo concepto para la familia¹⁶⁶.

La posesión de estado es un título de legitimación que deriva de la conversión de la apariencia jurídica en realidad, con determinados requisitos: continuidad y apariencia jurídica, basada en el uso de apellidos, relación o trato voluntario entre padres e hijos como tales con reflejo social público en el ámbito social de la familia¹⁶⁷.

La prueba de ADN es el medio más idóneo para determinar la existencia o no de parentesco reclamado por el hijo, es considerado como concluyente en uno u otro sentido, sin embargo, cuando una parte se niegue a su realización sin fundamento razonable, esta circunstancia será considerada como un indicio de veracidad de lo que se pretende demostrar con su realización, así se encuentra regulado en algunas legislaciones como es el caso Costa Rica y ha sido admitido por la Suprema Corte de Justicia, que expresó lo siguiente:

Considerando, que asimismo, en la especie, la prueba de ADN es necesaria, porque constituye el medio científico más eficiente y el menos oneroso para determinar la filiación de la recurrida tal y como lo prescriben los tratados internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el Estado dominicano, y porque la misma cumple con el requisito de proporcionalidad exigido por este test, ya que asegura la

¹⁶⁶ Aranda Rodríguez, Remedios, et al. Ob. Cit. p. 188.

¹⁶⁷ *Ibíd.* p. 189.

prevalencia de derecho inherente a la persona humana; Considerando, que sin desmedro de lo precedentemente indicado, hay que acotar, que al fallar la corte a-qua ordenando de manera obligatoria a los recurrentes a someterse al análisis de ADN de forma obligatoria, no implica en modo alguno el reconocimiento ni la autorización por parte de la alzada del uso de medidas coactivas para la obtención de la pericia ordenada, más bien se trata de un asunto semántico y que a la vez resulta sobreabundante, toda vez que los jueces siempre hacen uso de un lenguaje imperativo a la hora de dar solución a los casos, de lo que se demuestra que en principio todas las medidas ordenadas por el juzgador siempre tienen el carácter obligatorio respecto a su cumplimiento y; segundo, porque a sabiendas de los inconvenientes que pueden surgir en la materialización de la ejecución de tal medida a consecuencia de la negativa y al no poder ordenar medidas coercitivas y sanciones a fin de dar cumplimiento a la misma, la corte a-qua contrario a lo alegado por la parte recurrente ha obrado de manera inteligente al decidir que en caso de negativa podrá derivar cualquier consecuencia jurídica, criterio que es compatible con la legislación y jurisprudencia comparada y la doctrina más afanada...¹⁶⁸.

Respecto a la prueba biológica ha dicho el Tribunal Constitucional español que si se ha ordenado en el curso de un proceso de filiación, tiene plena conformidad constitucional la resolución que la ordena, siempre que la autoridad judicial la considere como pertinente, que no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarla y su práctica resulte proporcionada a la finalidad perseguida con su realización, agrega, que si hubiere negativa infundada a la realización de la prueba científica, es posible acordar la paternidad

¹⁶⁸ Suprema Corte de Justicia (Civil). (16 de septiembre de 2015). Sentencia núm. 938. pp. 21 - 23.

al valorar la negativa y las otras pruebas en su conjunto, finaliza el tribunal expresando que: “*nos encontramos con una resolución no arbitraria, ni irrazonable y suficiente motivada, ha sido satisfecho el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva al haber sido resuelto congruentemente el litigio planteado entre las partes*”¹⁶⁹.

Respecto al conflicto de principios constitucionales que colisionan al ordenar una prueba científica de ADN, la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, en la sentencia núm. 127/07, estableció que:

... no se puede negar que ordenar de forma obligatoria la prueba científica de ADN, constituye una limitación al derecho a la intimidad del señor ..., porque se le estaría obligando a dejar el señorío que tiene sobre su propio cuerpo, además de la afectación mínima a su integridad física y su privacidad, pero estos derechos no son absolutos (como dijimos anteriormente) y en consecuencia se pueden restringir al ordenar la toma de una muestra celular, o prueba de ADN, en razón a que la lesión a los citados derechos es ínfima si la comparamos con los fines de preservar el derecho de conocer sus orígenes y establecer la identidad del niño ..., por lo que la restricción a los derechos de ... es necesaria e idónea para garantizar los derechos del niño ..., debido a que la no realización de la prueba podría implicar la negativa a conocer su propia historia genética, en tal virtud, por mandato del artículo 62 del Código de Niños, Niñas y Adolescentes, los artículos 4, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, procede ordenar la referida prueba de manera obligatoria, sobre la base de prevalencia de los derechos del niño, en el caso de la especie, en razón de que tiene

¹⁶⁹ España. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. (31 de mayo de 1999). Sentencia 95/1999.

como fin determinar la filiación, en consecuencia la identidad, origen y el nombre patronímico paterno.

...sin embargo el niño con la no disposición de su realización, podría sufrir un menoscabo permanente, que pudiera constituir una conculcación al derecho constitucional a la identidad y sus derechos derivados, previamente enunciados, si por la frustración de dicha prueba no pudiera acceder a la realidad filiatoria, además la referida prueba es un medio idóneo, pertinente, necesario, útil y lícita no tan solo para demostrar la paternidad, sino también la no paternidad, con lo que se robustece la necesidad de su adopción, en función de los intereses sociales y de orden público del derecho de familia, de ahí que, esta corte tomando como referente el denominado test de proporcionalidad, para evaluar los derechos contrapuestos, afirma que la prueba es idónea porque busca la protección de un objeto constitucionalmente legítimo que tiene como fin la realización de valores supremos del Estado social y democrático del derecho, como la justicia, la igualdad de los hijos, la dignidad y la solidaridad, siendo el Estado corresponsable en el establecimiento de la identidad y la filiación porque estos tienden a la protección de la familia y los hijos. La prueba es necesaria debido a que es el medio científico más idóneo para la determinación de la filiación, y porque tiene como propósito el establecimiento de la filiación que debe ser y con ello cumplir con el mandato de la Convención de los Derechos del Niño de garantizar la identidad. La prueba cumple con el presupuesto de la proporcionalidad, en razón a que la injerencia en los derechos fundamentales del adulto es legítima, debido a que tiene como fin la protección de derechos supremos... que existen a favor del niño¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional. (28 de agosto de 2007). Sentencia núm. 127.

Según Bossert y Zannoni¹⁷¹, en su país, Argentina, es procedente demandar en daños y perjuicios a los padres por la omisión en reconocer voluntariamente a los hijos, a los fines de reparar el daño moral y material. Los argumentos para acoger la demanda en responsabilidad civil conforme a D' Antonio, Ferrer y Méndez Costa¹⁷² son el derecho subjetivo constitucional y supranacional a la identidad, es decir a tener establecida su filiación completa, paterna y materna, el deber jurídico del padre a reconocerlo, la especialidad del derecho de familia no impide la aplicación de principios generales. Se han establecido eximentes de la responsabilidad civil, que es el caso de que el padre ignore la paternidad, y recién se entera con la demanda y no se sustrae a la realización de la prueba biológica.

La experta costarricense Dra. Morera¹⁷³ expresa que se puede establecer con certeza que los progenitores tienen la obligación legal de reconocer a sus hijos e hijas, la falta u omisión de este deber legal genera un hecho antijurídico, que provoca responsabilidad civil ante el daño generado, y por ende el derecho de la persona perjudicada a solicitar una indemnización. Agrega que el daño causado por la falta de reconocimiento es un daño a la persona (doctrina moderna) o bien, como tradicionalmente suele clasificarse, un daño moral y material.

En República Dominicana, pocos tribunales han admitido la demanda en daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento en la obligación de reconocer a los hijos. La Suprema Corte de Justicia¹⁷⁴, estableció que la demanda en reconocimiento de paternidad no

¹⁷¹ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Ob. Cit. p. 465.

¹⁷² D' Antonio, Daniel Hugo; Ferrer, Francisco y Méndez Costa, María Josefa. (2008). *Derecho de Familia*. 4to tomo. Argentina. Rubinzal Culzoni. pp. 575 y 580.

¹⁷³ Morera Guerrero, Gabriela. (2010). *Responsabilidad Civil ante la Negativa del Reconocimiento*. En: Alvarado Morilla, José Daniel et al. *Derecho de Familia Centroamericano*. Costa Rica. Jurídica Continental. pp.181 - 182.

¹⁷⁴ Suprema Corte de Justicia. (Civil). (5 de mayo de 2003). Sentencia núm. 2.

se podía realizar conjuntamente con la demanda en daños y perjuicios, para muchos esta decisión es un reconocimiento implícito a la posibilidad de ejercer esta acción.

Es una práctica usual que durante el conocimiento de las audiencias de familia ante los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes sean presentadas peticiones a los fines de instruir el caso. La ley reconoce varias pruebas respecto de los procesos de filiación, las principales son la prueba pericial de ADN y la posesión de estado, la primera se realiza por medio de una experticia científica, la última se realiza a través de documentos y testigos.

En la primera audiencia ante los tribunales civiles y los que conocen asuntos de familia generalmente se solicita el otorgamiento de plazos para depositar documentos, a los fines de ser ponderados por el tribunal apoderado. En la práctica se ordena comunicación recíproca de documentos, vía secretaria del tribunal, de conformidad a las previsiones del artículo 48 y siguientes de la Ley núm. 834-78.

En muchos procesos familiares se escuchan a las partes (comparecencia personal) sobre las razones de sus pretensiones, en los casos de acciones de filiación adicionalmente se presenta testigos para demostrar los elementos de posesión de estado.

En la mayoría de los juicios de reconocimiento de paternidad, actualmente se ordena pruebas biológicas, que consisten en procedimientos científicos que establecen la certeza o improbabilidad del vínculo filial.

Hasta hace algunos años era usual la prueba hematológica, que consiste en la extracción de sangre de la madre, el hijo y el presunto padre, y el análisis de los antígenos que se hallan en la superficie de los hematíes y que permanecen inalterados a los largo de la vida del sujeto, pues dichos antígenos o factores de grupo, presentes en el hijo, deben hallarse también en el padre y la madre, sino están presentes

la filiación es descartada, pero esta prueba tiene un valor negativo, es decir descarta el vínculo pero no resuelve el problema concreto de saber quién es el progenitor¹⁷⁵.

También era usual la prueba llamada de histocompatibilidad (HLA) que establece con márgenes de acierto entre el 96 y 99.9, si el sujeto del que se trata en el juicio es realmente el padre o la madre.

La prueba biológica más precisa en la actualidad es la tipificación de ADN (ácido desoxirribonucleico) es decir la molécula que es la base de la herencia biológica y que se encuentra en los núcleos de la totalidad de las células vivas, es obtenida por muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido. Tiene una certeza del 99.99, pues se ha comprobado que cada individuo hereda la mitad de las huellas de ADN de cada padre, analizándose las secuencias de ADN puede establecerse con certeza absoluta la herencia genética, superando los márgenes de duda de la prueba de HLA y la hematológica.

En España, el artículo 767.4. LEC¹⁷⁶ dispone que: *“la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenidos por otros medios”*.

En países como Argentina, conforme a la Ley 23,511, la negativa a realizarse la prueba de ADN hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio quien se niega a su realización¹⁷⁷.

Respecto a este tema se ha discutido sobre su constitucionalidad, coincidiendo la mayoría de los tratadistas, su validez porque procura

¹⁷⁵ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Ob. Cit. p. 466.

¹⁷⁶ Ley núm. 01-2000. (7 de enero de 2000). Sobre Enjuiciamiento Civil. Artículo 767.4.

¹⁷⁷ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Ob. Cit. p. 467.

el establecimiento del derecho fundamental a la identidad, protegidos por la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En Colombia, relata Gutiérrez Sarmiento¹⁷⁸, en caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez de conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados en la ley para asegurar la comparecencia de las personas a quienes se le debe realizar la prueba agotados esos mecanismos, si persiste la renuencia el juez de oficio y sin más trámite mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o la maternidad que se le imputa.

En Argentina, el artículo 4 de la Ley 23,511, establece una presunción en contra del que no se somete a prueba biológica en juicios de filiación, siendo objeto de debates dicha disposición legal, a juicio de Córdoba¹⁷⁹ se ha argumentado que viola el principio de no autoinculpación, sin embargo los tribunales argentinos han establecido que no existe tal violación, en razón a que una cosa es la compulsión a un litigante y otra es extraer consecuencias de una conducta que viola el deber de colaboración. Además de que en el supuesto de generarse un conflicto entre el derecho a la identidad y la no autoincriminación, corresponde conceder mayor jerarquía al derecho de una persona de conocer sus orígenes, debido a que sería un despropósito, en virtud del carácter definitorio de la prueba de ADN, si su realización quedara al solo criterio de quien desconoce el nexo biológico, por ello para mantener la igualdad de las partes, se debe impedir que una conducta negativa convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación, significando una denegación de justicia. La no colaboración de las partes con la justicia y su cooperación con la búsqueda de la verdad

¹⁷⁸ Gutiérrez Sarmiento, Carlos Enrique. (2007). *Manual de Procesos de Familia*. Colombia. Universidad Externado. p. 236.

¹⁷⁹ Córdoba, Marcos M. (2004). *Derecho de Familia*. Argentina. La Ley. pp. 287-289.

violaría el deber de colaboración, la falta de solidaridad, lealtad, probidad y buena fe, que deben observar las partes en el proceso.

Autores connotados en materia probatoria, como es el caso del Dr. Midón¹⁸⁰, expresa su acuerdo con la mayoría de la doctrina, en el sentido de asignar a la negativa del presunto padre de colaborar a la realización de la prueba biológica el valor de una presunción (*juris tantum*) e incluso, la de sancionar con multas al renuente cuya conducta violenta el deber de litigar con lealtad, probidad y buena fe.

En España, algunos abogados han planteado que no procede ordenar la realización de la prueba de ADN, por violar el derecho a la integridad física y a la privacidad, sin embargo el Tribunal Constitucional español (sentencia del 1994/01/17, ED, 157-256) entendió que el derecho a la integridad no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley, acordada razonablemente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como en el caso de la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas¹⁸¹.

Por otro lado, Mizrahi¹⁸² expresa que la obtención forzada de muestras para la prueba de ADN en cadáveres, puede generar controversias debido a la actitud de familiares que reclamen la conservación intacta de los restos y perpetuación de la memoria del difunto, los cuales ceden debido al derecho de identidad, que involucra el orden público, a la vez que juega un interés social en la determinación filiatoria de las personas, con una jerarquía constitucional y convencional superior. De igual forma, la pericia genética en la persona de terceros

¹⁸⁰ Midón, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. p. 630.

¹⁸¹ Córdoba, Marcos M. Ob. Cit. p. 289.

¹⁸² Mizrahi, Mauricio Luis. (2006). *Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas*. Argentina. Astrea. p. 146.

se justifica por el hecho de que toda persona por el hecho de vivir en la sujeción del orden jurídico, tiene el deber de aportar su actividad al servicio de la justicia.

La prueba testimonial, generalmente se utiliza como un elemento de prueba reconocido para probar la posesión de estado, que consiste en considerar como ciertos hechos o circunstancias por los que racionalmente se deduzca que un individuo tiene la calidad de hijo de dos personas, estos hechos se concretan en el trato que como a hijo le hayan dispensado proveyéndole educación, subsistencia y presentándolo como hijo a familiares y amigos, o notoriedad pública, es decir la conjunción de todos o varios de los elementos de nombre, trato y fama, consagrados en el artículo 321 del Código Civil.

Para María Benavente, en el artículo que escribió para el libro la Convención sobre los Derechos del Niño, bajo la dirección de Weinberg¹⁸³, la identidad hay que verla en un doble ámbito: el derecho del niño a conocer su origen y a conservar su propia historia, con todos los elementos que la componen, debido a que no solo se integra con su origen biológico o con su filiación, sino con los elementos culturales presentes en su origen y adquiridos durante su vida. En consecuencia, los jueces especializados deben tener en cuenta que la filiación no significa en todos los casos la búsqueda de la verdad biológica, sino que también se construye tomando en cuenta la posesión de estado.

1.3. Valoración de la Prueba

Ha expresado Benavides¹⁸⁴ que en materia de familia existe flexibilidad, pero esta debe obedecer a las reglas de la sana crítica, esta

¹⁸³ Weinberg, Inés. (2002). Convención sobre los Derechos del Niño. Argentina. Rubinzal- Culzoni. p. 162.

¹⁸⁴ Benavides Santos, Diego. (2010). *Derecho Familiar*. 1er tomo. Costa Rica. Jurídica Continental. p. 206.

flexibilidad incluye la apreciación respecto a la carga de la prueba, extendiéndose a la proposición y admisibilidad de la prueba, en virtud de la naturaleza del conflicto que requiere más que una justicia formal una justicia que sea realmente justa.

En los procesos familiares, incluso los relativos a la filiación, la determinación del interés superior del niño es una tarea difícil para cualquier juzgador, dado que no solo implica decir el derecho sino encontrar la solución más justa, más humana en cada caso concreto. De ahí que el razonamiento del juez debe estar basado en una profunda concepción del finalismo, al igual que en percepciones existencialistas y humanistas, puesto que con la conjugación armoniosa de estas ideas le permitirá tomar la solución más justa¹⁸⁵.

Expresa Mizrahi¹⁸⁶, que la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que este combina naturaleza y cultura, de manera que en el vínculo filiatorio subyace una institución social. Jugara entonces un papel preponderante el real interés del niño que hace a la llamada filiación querida y vivida por el sujeto en su entorno, vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho y la responsabilidad asistencial. En consecuencia, al lado de la verdad biológica, exista otra verdad, que no podrá ser ignorada: la sociológica, cultural y social, que también es parte de la identidad de la persona humana.

En similares términos se ha pronunciado el presidente del Tribunal Constitucional dominicano, Dr. Ray Guevara, en su voto disidente a la sentencia 0072/15, expresa que existen varias modalidades de filiación, además de la biológica, la social, cultural, afectiva, que

¹⁸⁵ Cabrera Velez, Juan Pablo. (2010). *Interés Superior del Niño, el Adendum a los Libros escritos sobre el Derecho de Menores*. Ecuador. Ceballos. p.162.

¹⁸⁶ Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. p. 146.

deben ser reconocidas atendiendo el interés superior del niño, en ese sentido escribe lo siguiente:

Una revisión de la actuación judicial evidencia que las autoridades judiciales se limitaron a utilizar el concepto del interés superior del menor sobre la base de la verdad biológica declarada probada, ignorando así, en expresión del profesor francés Philippe Malaurie, que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”). Dado que no solo el dato biológico forma parte de la identidad de la persona humana, pues existen aspectos sociológicos, culturales y sociales incontrovertibles, el análisis que ha de realizar el juzgador debe ser concreto y completo para poder determinar, a partir de las singularidades del caso, la decisión que mejor convenga al desarrollo integral del niño o niña¹⁸⁷.

Es prácticamente incontrovertido que los hijos nacidos durante una relación consensual o unión libre, tienen la posesión de estado de hijo e hija. La Suprema Corte de Justicia¹⁸⁸, estableció que la prueba de ADN es facultativa en estos casos debido a que la posesión de estado conjuntamente con el acta de nacimiento son *jure et jure*, es decir irrefragables.

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional dominicano. (23 de abril 2015). Sentencia TC/0072/15. Voto disidente del Mag. Milton Ray Guevara. Párrafo 29.

¹⁸⁸ Suprema Corte de Justicia (Civil). (2 de mayo de 2012). Sentencia *Queis vs Collado*.

Respecto a la noción de interés del menor de edad, algunos lo han malinterpretado y entendido que: “*es un concepto grandilocuente, altisonante, en la forma, vacío, huero, en el fondo. Puede ser la cara amable de cualquier otro interés que no pueda ser reconocido públicamente*”¹⁸⁹. La realidad es que independientemente de la subjetividad humana, en los procesos familiares relacionados con menores de edad, se buscará al máximo la satisfacción integral de los derechos de esa población, lo que constituye su interés superior, debiendo el juez de manera concreta explicar que elementos tomó en cuenta para valorar el interés del menor de edad.

Una concepción acertada del interés superior del niño, es la realizada por Gatica y Chaimovic, citadas por Cabrera¹⁹⁰ en la que afirman que es un término relacional y comunicacional que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño.

En materia de filiación, el magistrado presidente del Tribunal Constitucional, en su voto disidente de la sentencia TC/0072/15, agrega lo siguiente:

En materia de niñas, niños y adolescentes no cabe aplicar criterios formales que impidan el acceso a la jurisdicción constitucional. El artículo 56 de la Constitución establece el principio del interés superior del niño, esto es, un mandato de optimización que, en lo que respecta al ejercicio del poder jurisdiccional, obliga a reinterpretar los procedimientos para asegurar que los derechos del niño o niña no sean sacrificados

¹⁸⁹ Hernández, Javier Martín. Ob. Cit. p. 163.

¹⁹⁰ Cabrera Velez, Juan Pablo. Ob. Cit. pp. 25 - 26.

por deficiencias en la defensa técnica o por la aplicación mecánica de reglas procedimentales que no han sido pasadas por el tamiz clarificador de los principios constitucionales aplicables al caso objeto de juzgamiento. Esto impone una tutela judicial particular o diferenciada que module el rigor de los cánones procesales y reinterprete el derecho sustantivo conforme el interés superior del niño o niña que pueda resultar afectado por la decisión jurisdiccional¹⁹¹.

En palabras más sencillas, el interés superior del niño es una directriz aplicable a cualquier tema de minoridad, que obliga al juzgador o cualquier persona que tenga que decidir un asunto relacionado a menores de edad, a tomar la decisión más conveniente a los derechos de este grupo poblacional, aun cuando existan otros intereses, para valorar ese superior interés se debe tomar en cuenta la opinión del menor de edad, su identidad, preservación de su entorno, su cuidado, protección, seguridad, salud, y educación, elementos que son explicados en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del niño.

1.4. Efectos de la Filiación

Los deberes de carácter más socio moral, que impone la paternidad y maternidad independientemente de la manera de su establecimiento son los siguientes: 1. Ambiente familiar y social propicio para lograr las condiciones de desarrollo; 2. Educación; 3. Conducta positiva y respetable que sirva de ejemplo a los hijos; 4. Alimentos; 5. Familia estable y solidaria a los fines de crear afectividad y el desarrollo de la personalidad de los hijos¹⁹².

¹⁹¹ Tribunal Constitucional dominicano. Sentencia TC/0072/15. Voto disidente del Mag. Milton Ray Guevara, párrafo 9.

¹⁹² Pérez Duarte, Alicia. Ob. Cit. pp. 269 - 270.

Los efectos jurídicos del reconocimiento son personales y patrimoniales¹⁹³, los primeros se relacionan a: impedimentos matrimoniales entre los familiares; derecho al apellido; obligaciones parentales: guarda, etc.; ejercicio de la autoridad parental y en consecuencia la facultad de representación y administración de bienes. En los patrimoniales, tenemos la obligación alimentaria; la vocación hereditaria; y la responsabilidad civil, serán explicados con más detalles en el título de efectos de la adopción.

La sentencia sobre filiación es oponible a todo el mundo, por el carácter erga omnes del reconocimiento y su determinación legal tiene efectos retroactivos, sin menoscabo de los actos realizados previo a la determinación de la filiación.

Los padres deben garantizar la formación integral de sus hijos, prepararlos para integrarse con éxito a la comunidad (escuela, instituto, trabajo, etc). Los hijos a través de la experiencia familiar, deben aprender a respetar las leyes que rigen la sociedad como acuerdos básicos que les proporcionan seguridad, previsión y protección¹⁹⁴.

La paternidad responsable, se relaciona según Tod¹⁹⁵ con la conducta de los padres, debido a que: *“lo que se siembra se cosecha: nuestras expectativas ejercen una poderosa influencia sobre nuestros hijos”*, la paternidad supone asumir una responsabilidad, se debe saber cuándo ejercer autoridad y en qué momentos ofrecer alternativas a los hijos y como apoyarles a la hora de tomar decisiones y de comportarse correctamente. Siempre teniendo presente que el amor significa aprecio y afirmación, combinados con expectativas claras y ejemplos de comportamientos.

¹⁹³ Ramos Cabanellas, Beatriz y Rivero, Mabel. Ob. Cit. p. 237.

¹⁹⁴ Escamez, Juan. Ob. Cit. p. 156.

¹⁹⁵ Tod, Ruth. (2005). *Paternidad Responsable para un Mundo en Paz*. Reino Unido. Octopus. pp. 18 y 23.

2. LA ADOPCIÓN¹⁹⁶

2.1. Aspectos Generales

Los dos principios generales que regulan la filiación-adopción, son la preferencia para que el menor de edad crezca, se eduque en su familia consanguínea, es decir la excepcionalidad de la adopción; y la preferencia de la adopción en el Estado de origen respecto a la internacional¹⁹⁷.

Otros principios sustanciales del derecho de familia y en consecuencia de la adopción son el interés superior del niño, el derecho a ser oído, su derecho a la identidad, su derecho a vivir en familia, respetar sus vínculos afectivos con la familia de origen (excepcionalidad de la adopción) y su derecho a la intimidad (relacionada con la reserva de documentos).

La doctrinaria Felicitas Elías¹⁹⁸ expresa que la adopción debe ser considerada como política resguardadora de derechos y no como recurso estratégico que tiende a paliar la aparente inacción del Estado en políticas infantiles.

El artículo 116 de la Ley núm.136-03, expresa tres importantes principios relacionados a los efectos de la adopción de niños, niñas y adolescentes: 1) El adoptado deja de pertenecer a la familia de origen; 2. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico; 3. La adopción es irrevocable. El 1ro y 3ro de estos principios no aplican en la adopción de adultos, el 2do aplica parcialmente, como explicaremos más adelante.

¹⁹⁶ Actualización del ensayo escrito por el autor (Francisco A. Pérez Lora), publicado por la Suprema Corte de Justicia en el libro: *Derecho de Familia en el Siglo XXI: Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*. (2005). República Dominicana. Cendijd. pp 45 y sgtes.

¹⁹⁷ Trejos, Gerardo, et al. Ob. Cit. p. 492.

¹⁹⁸ Felicitas Elías, María. (2004). *La Adopción de Niños, como Cuestión Social*. Argentina. Paidós. p. 161.

A. Evolución Histórica

La primera regulación normativa escrita que aborda la adopción es el Código de Hammurabi (escrito en Babilonia, aproximadamente 1750 años antes de Cristo) se refiere a la adopción en los artículos 185 al 193, que expresan que el adoptante se obliga a instruir y tratar como hijo al adoptado y de que este le debe gratitud, de no cumplir con sus deberes uno u otro, estará sujeto a sanciones.

Las sanciones a imponer al adoptante conforme al citado código eran de tipo económico y las impuestas al adoptado eran de tipo físico. Así vemos como el artículo 190, expresa que si un hombre se lleva un niño para adoptarlo y lo cría, pero no lo trata como su hijo, ese niño podrá volver a casa de su padre, en cambio el artículo 192, expresa que si el hijo adoptivo de un cortesano o el hijo de una hieródula le dice al padre que lo ha criado o la madre que lo ha criado: tú no eres mi padre; tú no eres mi madre, que le corten la lengua¹⁹⁹.

En la antigüedad la adopción solo tenía importancia en sociedades como la romana, donde la voluntad del paterfamilia ejercía influencia sobre la composición de la familia, en esa época el fin de las adopciones era procurar que la familia no se extinguiera, para preservar el culto doméstico.

En el derecho romano existían dos clases de adopciones: la adopción de una persona *sui juris*, denominada la adrogación y la adopción de una persona *alienijuris*, que era la adopción tal como la conocemos hoy día²⁰⁰.

Solo los adultos podían ser adoptados, porque eran los que participaban en los comicios por curias, pero a partir del imperio de

¹⁹⁹ Vidal Potentini, Trajano. (2001). *Legislaciones Antiguas Comentadas*. República Dominicana. Ediciones Jurídicas Potentini. p. 71.

²⁰⁰ Petit, Eugene. (1990). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Trad. José Fernández González. República Dominicana. Tiempo, S.A. p.113.

Antonino el Piadoso, se permitió la adopción de los denominados impuberos, siendo esta adopción sujeta a exigencias mayores y pudiendo ser revocada si no le era ventajosa al adrogado u adoptado²⁰¹.

El Código de las Siete Partidas, atribuido al Rey de Castilla y León Alfonso X el Sabio, escrito aproximadamente entre el año 1256 y 1265, se refería muy brevemente a la adopción, en la partida 4ta, título 16, al expresar que adoptio en latín quiere decir en romance pro-hijamiento, por lo cual los hombres pueden ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente²⁰².

Refiere Belluscio citado por Ramírez²⁰³ que la adopción tenía en la antigüedad un propósito muy distinto al actual. En la India, Egipto, Atenas y entre los hebreos, el adoptante no perseguía satisfacer su vocación paternal o maternal, sino que tenía un carácter netamente religioso, asegurando de esta forma la continuación del culto familiar que se hubiera extinguido de no haber descendencia.

La parte este de la isla Española, hoy República Dominicana, estuvo bajo el imperio de las leyes de España durante los años 1493 hasta 1801, durante esa época, según reseña Wenceslao Vega²⁰⁴, existió la adopción, pero los hijos jamás heredaban a sus padres adoptivos.

En el antiguo derecho francés no existía la adopción, porque la iglesia católica, que tenía predominio, entendía que la familia descansaba exclusivamente en el matrimonio. Con la aprobación del Código Civil napoleónico de 1804, solo era admitida la adopción de mayores de edad, y estaba sometida a condiciones muy estrictas y

²⁰¹ Ibídem. p. 115.

²⁰² Vidal Potentini, Trajano. Ob. Cit. p. 128.

²⁰³ Ramírez Acuña. Sergio. Ob. Cit. p. 248.

²⁰⁴ Vega B., Wenceslao. (2010). *Historia del Derecho Colonial Dominicano*. República Dominicana. Taller. p. 59.

efectos restringidos²⁰⁵. Las disposiciones del Código Civil Napoleónico entraron en vigor en nuestro país de manera forzosa con la invasión haitiana a partir del año 1822 y de manera voluntaria, como resultado del “decreto” número 58 de fecha 03 de julio de 1845, dictado por el Congreso Nacional de la República Dominicana, que ordenó observar los códigos franceses.

Conforme a la legislación napoleónica estaba prohibido que personas con hijos solicitaran la adopción, considerándose esta situación como un requisito de fondo. En esa época, las adopciones en Francia eran excepcionales, pero a partir de la primera guerra mundial se reguló la adopción de menores de edad, con el fin de dotar de una familia a los niños huérfanos y su número se elevó considerablemente.

En el derecho francés se admitía la adopción de los hijos naturales por sus propios padres. Esta situación obedecía a la desigualdad existente entre los hijos denominados “naturales” o extramatrimoniales y los denominados “legítimos” o matrimoniales, debido a que los segundos gozaban de privilegios con relación a los primeros, por esto sus padres le adoptaban para que gozaren de iguales derechos que sus hermanos nacidos bajo el matrimonio, en razón de que la adopción producía con relación a los hijos los mismos efectos que la relación filial “legítima”, incluso la Corte de Casación francesa, se pronunció en el año 1841, acogiendo la adopción de los hijos naturales, posición que ratifico en el año 1846.

Con el paso del tiempo se ha suprimido en Francia y República Dominicana algunas modalidades de adopción que estaban previstas,

²⁰⁵ Mazeaud, Henri, León y Jean. (1976). *Lecciones de Derecho Civil*. 1ra parte. 3er volumen. Trad. Luis Alcalá Zamora. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 549.

tales como: La adopción remuneratoria y la testamentaria, ambas en el año 1923²⁰⁶.

El título de la adopción del Código Civil dominicano, comprende los artículos 343 al 370, modificado en el año 1959, por la Ley núm. 5152, entre otras cosas se permitió la adopción de menores de edad y estableció los requisitos exigidos para su otorgamiento, en la actualidad las disposiciones del Código Civil solo aplican para la adopción de adultos.

El Código Civil que adoptamos en su edición original, preveía en los artículos 343 y 346 que solo era admitida la adopción del mayor de edad (25 años en aquel momento) y que requiere del consentimiento de sus padres o del que exista de ellos, si es mayor de esa edad, basta que le pida consejo y a los solicitantes de adopción se les requería tener más de cincuenta años.

En el año 1994, se aprueba la Ley núm. 14-94, que deroga las disposiciones que le sean contrarias, establece requisitos más rigurosos para el otorgamiento de la adopción y permite que sea otorgada a personas que viven en una relación consensual o de hecho de manera ininterrumpida por cinco años. Un año más tarde se emite el decreto núm. 59-95, denominado: *Reglamento para la Aplicación del Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*, que estableció reglas para la aplicación de la adopción nacional e internacional.

El 27 de julio del año 1999, el Organismo Rector del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dictó la Resolución núm. 01-99, en la que establece que cualquier solicitud de adopción debe realizarse ante la dirección técnica ejecutiva del organismo rector, designada como la entidad administrativa y de coordinación que ejercerá las funciones de autoridad central en esta materia. Por

²⁰⁶ Planiol, Marcel y Ripert, George. (1998). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. 2do tomo. Trad. José Cajica. México. Cárdenas. pp. 225 y 228.

otro lado, el 6 de enero de 2000, la Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución núm. 03- 2000, en la que estableció reglas procesales relativas a la notificación de la sentencia de adopción y el momento oportuno para la interposición del recurso de apelación.

La adopción simple u ordinaria, considerada como adopción parcial, fue permitida para menores de edad en nuestro país hasta la entrada en vigencia de la Ley núm. 136-03, la razón fundamental de su supresión es que el hijo adoptivo continuaba vinculado filialmente a su familia de origen, además de que podía ser revocada, y no existía relación jurídica entre el adoptado y la familia del adoptante, salvo los impedimentos matrimoniales, sin embargo esa modalidad de adopción es la que se utiliza para los adultos, de conformidad a las disposiciones del Código Civil.

En República Dominicana, actualmente, solo existe para menores de edad la modalidad de la adopción privilegiada, denominada antiguamente adopción plena o legitimación adoptiva, puede ser nacional e internacional, de conformidad a lo previsto en el artículo 115 de la Ley núm. 136-03, que establece que la adopción es sólo privilegiada y puede ser nacional o internacional, según que los adoptantes sean dominicanos residentes en el país o ciudadanos extranjeros.

El maestro del derecho familiar, Dr. Trejos²⁰⁷, citando al profesor Gerard Cornu, expresa que son seis los postulados de la evolución de la adopción en el siglo XX: 1. Ha dejado de ser un contrato (asunto individual); 2. Es una cuestión social (esperanza para la infancia huérfana y abandonada); 3. Conviene favorecerla; 4. Está centrada sobre el interés del menor de edad; 5. Requiere un control estatal (administrativo y judicial); y 6. Para llevarla a cabo adecuadamente conviene la plena integración familiar.

²⁰⁷ Trejos, Gerardo, et al. Ob. Cit. pp 492 y sigtes.

En la actualidad la adopción responde al compromiso que la sociedad y el Estado tienen con la infancia²⁰⁸, sobre todo aquella, que por causas diversas se encuentran en estado de abandono o vive fuera del núcleo familiar, etc. Por esta razón y a los fines de proteger a los menores de edad, la Constitución dominicana en su artículo 55.12 reconoce la importancia de la adopción y prevé que el Estado debe garantizar políticas seguras y efectivas para su realización.

B. Conceptualización

La palabra adopción proviene del latín *adoptio*, que significa escoger, optar. En el Código de las Siete Partidas se expresa que su significado en romance es prohijamiento.

El connotado maestro del derecho romano Dr. Petit²⁰⁹ define la adopción como la institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *Justae Nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia. Con relación a la definición del connotado jurista y maestro de derecho romano de muchas generaciones, si bien es cierto que la adopción es una institución, hoy se afirma que es parte del derecho de familia, otrora parte del derecho civil, además en razón de los principios de igualdad, los efectos que produce no son los de la relación filial matrimonial sino más bien los de la relación filial biológica.

Los civilistas franceses Planiol y Ripert²¹⁰ plantean que es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. Contrario a lo planteado por los grandes maestros del derecho francés precitados, hoy está excluida de la adopción toda idea

²⁰⁸ Pérez Duarte, Alicia. Ob. Cit. pp. 280 - 281.

²⁰⁹ Petit, Eugene. Ob. Cit. p. 113.

²¹⁰ Planiol, Marcel y Ripert, George. Ob. Cit. p. 120.

que tienda a hacerla parecer como una relación de orden contractual y como dijimos previamente sus efectos serían los mismos de la relación filial biológica, independientemente de la situación de los padres.

Según Padilla²¹¹ la naturaleza jurídica de la adopción es de orden público y la finalidad es proteger a los niños, niñas y adolescentes, garantizando su desarrollo integral mediante la asignación a una familia tomando en cuenta el interés superior. Tiene razón la jurista dominicana debido a que en el Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, se dispone en su artículo 127, que: *“la adopción es una institución jurídica de orden público el interés social que permite crear, mediante sentencia rendida al efecto, un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza”*²¹².

En República Dominicana tenemos dos tipos de adopción: La nacional y la internacional, en ambos casos se trata de adopciones privilegiadas. Para menores de edad no existe la adopción simple u ordinaria, solo se mantiene para las personas adultas.



²¹¹ Padilla, Yudelka. Ob. Cit. p. 262.

²¹² Ley núm. 136-03. Artículo 127.

C. Características

La adopción tiene cinco características principales:

1. Es una institución jurídica de derecho de familia, debido a que sus reglas son de orden público, en consecuencia con requisitos inmodificables por las partes.
2. Es imprescindible la voluntad libre de vicios de los adoptantes, el adoptado (si tuviere madurez suficiente) y las otras personas a las que le es requerido su consentimiento.
3. Constituye una medida de protección a favor de los niños, niñas y adolescente que persigue como fin su interés superior y en consecuencia la satisfacción de sus derechos fundamentales. Expresa Martín H.²¹³ que es la medida de protección de los niños, niñas y adolescentes carentes de familia por excelencia y la mejor solución y el remedio legal total al abandono familiar del menor de edad.
4. Requiere de la intervención judicial. Esta característica será abordada en el título denominado procedimientos.
5. Crea vínculos jurídicos de filiación entre personas que no lo tienen, es decir; tiene un carácter constitutivo de estado y produce los efectos derivados de la filiación biológica.

Otras Características de la Adopción son:

1. Su tramitación es reservada, debido a que no se prevé su publicación en edictos previo a su otorgamiento, ni tampoco la publicación de la sentencia que la ordena, además de que la Ley núm. 136-03, establece en su artículo 152 que los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales propios del proceso de adopción serán reservados

²¹³ Hernández, Javier Martín. Ob. Cit. p. 87.

por un término de treinta (30) años en el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes y que sólo podrá expedirse copia a solicitud de los adoptantes o del adoptado al llegar a la mayoría de edad y del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes. La reserva de confidencialidad no es absoluta, en razón de que la corte correspondiente, ordenará el levantamiento de la reserva cuando se presenten motivos que lo justifiquen.

2. Es Irrevocable, debido a que los hijos adoptivos al igual que los biológicos no pueden dejar de serlo por voluntad de las partes, conforme lo expresa la parte final del artículo 116 y el artículo 157 de la Ley núm. 136-03, expresando el último texto, que la sentencia de adopción privilegiada es constitutiva de derechos y es irrevocable a partir de que haya adquirido la autoridad de la cosa definitivamente juzgada.
3. El adoptado tiene derecho a conocer su filiación de origen, a estos fines el artículo 154 de la Ley núm. 136-03, deja a los padres adoptivos la opción de determinar el tiempo oportuno para comunicar dicha información.

Las doctrinarias Tomaello y Rossonamando²¹⁴ han manifestado que aunque no existen recetas para el cómo ni cuándo revelar a los hijos adoptivos sobre que no son biológicos, los profesionales son partidarios de dar a conocer el origen desde el primer momento, aun antes de que sepan hablar, debido a que los niños comprenden mucho más de lo que uno se imagina, por lo que se pueden enviar mensajes cariñosos que los orienten.

²¹⁴ Tomaello, Flavia y Rossonamando, Marisa. (2011). *Adopción, la Construcción Feliz de la Paternidad*. Argentina. Paidós. pp. 210 y 217.

Con relación al derecho del sujeto adoptado a conocer su origen, es conveniente recordar que la Constitución dominicana prevé en su artículo 55.7, que toda persona tiene derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos. De lo que se puede deducir que los hijos adoptados tienen un derecho constitucional a saber quiénes son sus padres, sin que se deriven consecuencias jurídicas ulteriores de la relación de origen, salvo lo relativo a los impedimentos matrimoniales.

En sus inicios la adopción tenía como fin, asegurar la perpetuidad de las familias con el objeto de preservar el culto doméstico, en consecuencia es obvio que su objeto no era la preservación de los derechos de las personas a ser adoptadas. Después de la primera guerra mundial (1914-1919), se empezó a tomar conciencia que el objeto de la adopción debe ser proteger a la niñez y que ésta viva en un ambiente de familia, existiendo la dualidad de buscarle un hijo a la familia que no lo tuvieran y unos padres al niño huérfano o “desamparado”, uno de los inconvenientes era que no se le reconocía derechos a los menores de edad y que se veía a la adopción como una institución caritativa.

Es aceptado que la adopción en la actualidad tiene fines espirituales, sociales, psicológicos y se la considera como instituto de protección para la niñez abandonada o en condición de vulnerabilidad²¹⁵.

La adopción en nuestro país desde la década de los cincuenta (Ley núm. 5152 de 1951) del siglo pasado ha tenido como finalidad el interés superior de los niños, denominado anteriormente como los justos motivos y ventajas del adoptado. Hoy se afirma en todas las legislaciones de reciente data, que el principal fin de la adopción debe ser la protección de los derechos de los menores de edad, así lo consagra la Ley núm. 136-03, en su artículo 112, al disponer que es una medida de integración y protección familiar para los niños, niñas

²¹⁵ Jiménez Peralta, Gustavo. Ob. Cit. p. 426.

y adolescentes en función de su interés superior, cuyo proceso debe ser llevado bajo la suprema vigilancia del Estado.

Al interés superior del niño, se le otorga el título de principio general V de la Ley núm. 136-03, es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les conciernan a los menores de edad, y tiene como objeto contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño se configura como el estándar jurídico aplicable a todas las medidas que se deben tomar respecto de un menor de edad, y que con relación a la adopción como institución especialmente proteccional (...) encuentra aplicación en todas las resoluciones que se produzcan en el juicio y particularmente en la sentencia que le pone fin²¹⁶. Recordemos que la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que: *“En todas las decisiones que conciernen a los niños, provengan de instituciones públicas o privadas de protección social, de los tribunales, de autoridades administrativas o de órganos legislativos, el interés superior del niño debe tener consideración primordial”*²¹⁷.

La adopción, es una medida de protección subsidiaria, debe considerarse sólo para casos excepcionales, debido a que la mejor protección de los niños es la que pueda proveerla su familia biológica, en consecuencia debe ser una alternativa que permita que el niño encuentre una familia fuera de su entorno familiar, acorde a lo previsto en el artículo 113 de la Ley núm. 136-03.

La Opinión Consultiva 17-2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, concluye en su parte dispositiva, en el párrafo 137, numeral 4, que la familia constituye el ámbito primordial

²¹⁶ D' Antonio, Daniel Hugo. (1999). *Práctica del Derecho de Menores*. Argentina. Astrea. p. 93.

²¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.1.

para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos (...) y en siguiente numeral, indica “*que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y preferentemente temporal*”²¹⁸.

Del mismo modo la Convención sobre los Derechos del Niño, que conforma parte de nuestra legislación interna por haber sido ratificada por el Congreso Nacional en el año 1991, prevé en su artículo 20.3 que los Estados miembros, deben procurar la inserción familiar del niño cuando se halle privado de su medio familiar, en consecuencia, el Estado (Conani y los órganos jurisdiccionales) deben procurar que los niños se mantengan con miembros de su familia biológica, antes de decidir colocarlos como sujetos de adopción. En consecuencia al tratarse la adopción de una medida de protección que tiene como fin garantizar el interés superior del niño, requiere que antes de iniciar los trámites de la adopción sean agotadas alternativas para asegurar los derechos de los niños a ser criados en el seno de su familia nuclear o ampliada²¹⁹.

Todo menor de edad tiene derecho a pertenecer a una familia, sea ésta su familia de origen o una familia adoptiva. La adopción se encuentra prevista en la Constitución dominicana en su artículo 55.12, que indica que el Estado garantizara, mediante ley políticas seguras y efectivas para la adopción, en consecuencia se constituye como un derecho fundamental del menor de edad, el pertenecer a su familia de origen o a una adoptiva, así lo manifiesta la Ley núm. 136-03, en su artículo 59, que expresa que los niños, niñas y adolescentes tienen

²¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17-02. Ob. Cit. párrafo 137.5.

²¹⁹ Caetano De Carvalho, Pedro. (1998). *Antes da Adocao. En: Cadernos de Directos da Crianza e do Adolescente*. Brasil. Rubens Feijo. p. 52.

derecho a ser criados en su familia de origen y excepcionalmente en una familia sustituta.

Conforme a la redacción y el espíritu del artículo 59, podemos afirmar que el derecho del niño a tener una familia adoptiva, solamente nacerá cuando no exista posibilidad fáctica de colocarlo bajo el cuidado de su familia de origen.

Es pertinente acotar que cuando hablamos de colocarlo en su familia de origen, no nos referimos exclusivamente a los padres biológicos, sino además y de conformidad al artículo 58, literal d, de la Ley núm. 136-03, a los ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (hermanos y hermanas, abuelos, tíos, primos).

La adopción encuentra respaldo normativo en el ámbito universal, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, único instrumento internacional que goza de un consenso casi universal, en su artículo 21 se dispone que los Estados que reconocen o permiten la adopción, cuidaran de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, además plantea que la adopción solo podrá ser admitida cuando se cumplan los requisitos establecidos en las leyes y establece que la adopción internacional solo será realizada en caso de que no se pueda colocar al niño en un hogar de guarda o entregado a una familia del país de origen.

Martias Bedit y Analia Martínez²²⁰, expresan que en materia de adopción, el juez debe resolver haciendo prevalecer el interés superior del niño, encarando desde la perspectiva de su dignidad humana, el respeto por su especial condición y la totalidad de su universo personal por aplicación del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²²⁰ Weinberg, Inés. direct. Ob. Cit. p. 359.

2.2. Requisitos de los Adoptantes

La adopción que solicitan los dominicanos y los extranjeros está sujeta a condiciones y requisitos, que serán más exigentes en el caso de los últimos. En esta primera parte abordaremos los requisitos exigidos a la adopción independientemente de la nacionalidad o residencia habitual de los adoptantes y en el título referente a la adopción internacional señalaremos los requisitos adicionales que le son requeridos.

A. Consentimiento de los Adoptantes

La adopción es una institución que requiere de consentimientos voluntarios multilateral debido a que se exige el consentimiento de los adoptantes, los padres biológicos, si fuere necesario, la autoridad central, y el niño a ser adoptado si tuviere más de doce años.

B. Vínculo Matrimonial o de Concubinato

Puede adoptar la pareja heterosexual casada de tres años o más si se trata de una adopción nacional y de cinco años si fuere internacional y la pareja no casada solo puede realizar adopciones nacionales, pero se le exige un periodo de unión consensual igual o superior a los cinco años ininterrumpidos.

En el ámbito internacional muchos países del mundo, principal del continente europeo, han reconocido el matrimonio igualitario y la adopción homoparental (denominaciones usadas para referirse a parejas del mismo sexo), por ejemplo, en el viejo continente, se admite en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza, sin embargo en la mayoría de países de Centroamérica y el Caribe, no son reconocidas legalmente estas modalidades de relaciones.

En República Dominicana la adopción de homosexuales está prohibida implícitamente debido a que la Ley núm. 136-03, les exige a los nacionales estar casados o conviviendo en unión marital (no permitiéndose en nuestra legislación el matrimonio ni concubinato entre personas del mismo sexo) y a los extranjeros además de estar casados se le exige adicionalmente que sean una pareja de diferentes sexos.

La Ley núm. 136-03, ordena que se les realice una evaluación biopsicosocial a los adoptantes, a los fines de establecer las relaciones socio familiares de los adoptantes y la capacidad mental para asumir la función parental.

La adopción acumulativa está permitida solo en los casos de parejas consensuales o unidas en matrimonio, fuera de estos casos está prohibida. Tampoco se permite que un menor de edad sea adoptado en más de una ocasión, salvo que sea adoptado en principio por una persona soltera, luego se casa, su hijo puede ser adoptado por su cónyuge.

En la doctrina e incluso en el Código de Familia de Costa Rica se regulan dos tipos de adopciones: la conjunta y la individual, según sea solicitada por una pareja casada o unida consensualmente o por una persona soltera. En República Dominicana, se admiten ambas modalidades, aunque no se utilicen tales denominaciones.

C. La Adopción del Viudo/a, Divorciado/a o Separado/a Judicialmente.

El viudo o viuda, la persona divorciada o separada judicialmente pueden adoptar, siempre y cuando los trámites de adopción se hubieren iniciado antes de la muerte o separación, siempre que cumplan con los demás requisitos exigidos, esto es así con la finalidad de garantizar los derechos de los menores de edad que de seguro estarán en la etapa de convivencia preadoptiva con los solicitantes de adopción.

Con relación al divorcio de los adoptantes, la Dra. Giberti²²¹ ha manifestado que los adoptantes que se divorcian deben tener en cuenta que su hijo constituye una responsabilidad social, afectiva y legalmente asumida, y que los hijos adoptivos no precisan incrementar sus sentimientos de abandono y pérdida, sino que, por el contrario, necesitan contar con aquello que los convirtió en hijos deseados al ingresar en la vida de sus padres, es decir, con el amor y la confianza en la protección que recibirían, más allá de las ambivalencias y los desencuentros que caracterizan la vida de los seres humanos.

D. La Persona Soltera Idónea Física, Moral y Económicamente.

Puede adoptar la persona soltera, pero debe tener al menor de edad bajo su cuidado y garantizarle un óptimo desarrollo físico, psíquico y social, lo que debe ser comprobado por las autoridades competentes.

Con relación a la adopción uniparental, ha afirmado De Renzi²²² en su ensayo sobre la *Adopción en Familias Uniparentales*, que si logramos enfrentarnos con el prejuicio y lo dejamos de lado, quizá podamos convenir que las familias formadas por el vínculo madre-hijo, con la correspondiente orientación psicológica para la mujer que decide adoptar y la atención de sus necesidades constituyen un lugar afectivo válido para la inclusión de un niño.

No es procedente negar adopciones uniparentales, puesto que sería desconocer la existencia de familias de este tipo, lo realmente importante, es que se compruebe que la persona soltera puede garantizar los derechos del niño a ser adoptados.

²²¹ Giberti, Eva, et al. (2006). *Adoptar Hoy*. Argentina. Paidós, p. 145.

²²² *Ibidem*. p. 94.

E. La Edad Mínima y Máxima de los Adoptantes

La edad mínima para poder adoptar ha variado a lo largo de la historia, en Roma, en principio se exigía la pubertad plena, es decir dieciocho años²²³. Los tiempos han cambiado y actualmente en República Dominicana se requiere como mínimo treinta (30) años, conforme lo prevé el artículo 117 de la Ley núm. 136-03.

La edad máxima para adoptar es de sesenta (60) años esta edad, esto obedece a que el Estado quiere garantizar que existan mayores posibilidades de supervivencia de los adoptantes, salvo que estos sean familiares del adoptado o lo hayan tenido bajo su cuidado o protección.

F. La Diferencia de Edad con el Adoptado

En tiempos remotos, la diferencia de edad no era requerida, así vemos como en Roma, Marco Tulio Cicerón reprocho a Clodio por haberse hecho adrogar de Fontelio que era más joven que él. La Ley núm. 136-03, en su artículo 123, exige una diferencia mínima de quince (15) años entre adoptantes y adoptado, salvo en el caso de la adopción de integración.

La adopción de integración, es otorgada al cónyuge del padre o madre del niño, de ahí que sólo se crearía el vínculo filial del menor de edad con respecto al cónyuge de su padre o madre. En nuestro país no existen datos de este tipo de adopción, que se practica con mucha asiduidad en Inglaterra, Alemania y Suiza, en donde representan un alto porcentaje del conjunto de las adopciones otorgadas.

G. La Convivencia Preadoptiva

La Ley núm. 136-03, exige que entre los adoptantes extranjeros y el menor de edad se efectúe una convivencia pre-adoptiva de sesenta

²²³ Petit, Eugene. Ob. Cit. p. 118.

(60) días si el niño a adoptar tiene doce años o menos y treinta (30) días si tuviere doce o más años de edad.

Estos plazos pueden ser reducidos a la mitad, si los solicitantes de adopción o Conani, así lo requieren al Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes y este considera procedente la solicitud, a tales fines se iniciara un procedimiento de tipo gracioso jurisdiccional.

Estos plazos se exigen de manera expresa a las adopciones de extranjeros (artículo 134, Ley núm. 136-03), pero no se fija normativamente plazo con relación a las locales, asumiéndose en la práctica el mismo plazo.

H. La Certificación de Idoneidad

El artículo 138 de la Ley núm. 136-03, establece que el Conani al término de la fase administrativa de protección, deberá emitir una certificación de idoneidad (o inidoneidad), que es la llave para la apertura del procedimiento jurisdiccional.

2.3. Requisitos de los Adoptados

La Ley núm. 136-03, requiere ciertas condiciones para que un menor de edad pueda ser adoptado, a seguidas se analizara estos requisitos.

A. Edad Inferior a los 18 Años

La Ley núm. 136-03, prevé en su artículo 121, que la adopción procederá a favor de las personas menores de dieciocho (18) años de edad a la fecha de la solicitud, esto sin perjuicio de la adopción de adultos.

La Adopción de Adultos, está prevista en los artículos 343 y siguientes del Código Civil. La Suprema Corte de Justicia afirmó

que la adopción de adultos no fue derogada por la Ley núm. 136-03, agregando lo siguiente:

Considerando, que, en efecto, la Corte a-qua ha estimado en buen derecho y a contrapelo del concepto sostenido en su memorial por la recurrente, Junta Central Electoral, que las disposiciones relativas a la adopción organizada en el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03) no han derogado de ningún modo la adopción de las personas mayores de edad contenida en el Código Civil, por cuanto las reglas incursas al respecto en el referido Código del Menor, en particular el artículo 169 del mismo, que dispone la derogación de “toda disposición que en materia de adopción sea contraria a lo establecido” en dicho Código, resulta evidente que esa abrogación se refiere exclusivamente a las normas legales contrarias a la nueva legislación aplicables específicamente a los menores de edad, preservando por demás la posibilidad de que las personas que hayan arribado a la mayoría consientan libremente en su adopción, en aplicación pura y simple del principio relativo a la autonomía de la voluntad, base jurídica de la libertad contractual inherente a toda persona adulta o mayor de edad, exceptuadas las consabidas limitaciones a tal autonomía...²²⁴.

La Dra. Medina²²⁵, plantea que la adopción prenatal puede resultar beneficiosa en razón de que persigue dar solución al problema de los embriones congelados no implantados. El Pacto de San José, Costa Rica, ratificado por nuestro país, en su artículo 4, inciso 1, establece que se debe garantizar el derecho a la vida desde la concepción,

²²⁴ Suprema Corte de Justicia. (23 de agosto de 2006). Sentencia núm. 13.

²²⁵ Medina, Graciela. (1997). *La Adopción Prenatal*. En: Quinta Jornada Interdisciplinaria de Derecho de Familia y Sucesiones. Argentina. Morón.

en consecuencia el derecho positivo debería garantizar el derecho a la vida del concebido.

En el ámbito del derecho comparado, legislaciones como la francesa y la española, permiten la dación (o adopción de los embriones conservados). En la Quinta Jornada Interdisciplinaria de Derecho de Familia y Sucesiones, de Morón²²⁶, se recomendó que se promueva la adopción prenatal del óvulo fecundado cuando en caso de fertilización extracorpórea hubiere sido imposible realizar la transferencia de los mismos al seno materno.

En República Dominicana no existen previsiones respecto a la adopción o utilización de esta modalidad (adopción prenatal), sería conveniente que el legislador la regule, o serán los tribunales, en su obligación de decidir los conflictos jurídicos que le son sometidos, los que tendrán que ir creando doctrina jurisprudencial al respecto.

B. Consentimiento del Menor de Edad

El consentimiento del niño mayor de doce años en los procesos concernientes a su adopción, es imprescindible no tan solo para garantizarle su derecho a ser oído, previsto en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 16 de la Ley núm. 136-03, sino sobre todo en el artículo 127, segundo párrafo de la legislación local, que le otorga una capacidad de ejercicio para consentir en su propia adopción.

Ha sido reconocido por la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño²²⁷, que los tribunales deben escuchar a los menores de edad, tomando en cuenta su madurez, de ahí que

²²⁶ Quinta Jornada Interdisciplinaria de Derecho de Familia y Sucesiones. (1997). Argentina. Morón.

²²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12. op. cit. párrafos 32 a 67.

escucharles después de doce años no puede constituir la regla, sino que deben ser escuchados desde edades más tempranas.

C. El Niño en Situación de Vulnerabilidad

La mayoría de niños adoptables proceden de familias vulnerables, en las que los hijos están en condición de abandono moral y material o han sido dejados en los hospitales, en otros casos a sus padres se les ha cesado la autoridad parental por incumplir sus obligaciones, así como los huérfanos y los que los padres han entregado de forma voluntaria al Conani. Como excepción a esta situación de vulnerabilidad está el menor de edad que pueda ser adoptado por el cónyuge de su padre o madre, a la que se le denomina como adopción de integración.

En una investigación realizada por la actual vicepresidenta de la República Dominicana, Dra. Cedeño²²⁸ se determinó que las causas de la adopción son múltiples: algunas motivan a los padres y madres a adoptar, entre ellas la no procreación de hijos de la pareja; las que motivan a los padres y madres a ceder a sus hijos en adopción, entre ellas la falta de recursos económicos, ausencia de planificación familiar, deseo de garantizar a los hijos mejores condiciones de vida; otra causa es la muerte de los padres.

D. Consentimiento de los Padres Biológicos

La voluntad de los padres biológicos de entregar a su hijo en adopción, debe ser manifestada en un acto auténtico, realizado ante notario público o el juez de paz, en consecuencia es un acto solemne, pero la autorización para que entreguen a su hijo en adopción será

²²⁸ Cedeño, Margarita. (2006). *Influencia de la Situación Económica en la Adopción de Niños, Niñas y Adolescentes*. Colección. República Dominicana. Depridam. pp. 33 – 34.

innominada, es decir se le otorgara al Conani, para que su órgano de selección de familias designe la pareja que califique, de conformidad al artículo 130 de la Ley núm. 136-03.

La Ley núm. 136-03, es muda en relación a la posibilidad o no de consentir de los padres biológicos si estos son menores de edad, pero de conformidad a los principios del derecho de infancia, su consentimiento es imprescindible y debe ser dado luego de que se le oriente debidamente sobre las consecuencias de este acto, además se debe requerir el consentimiento de sus padres, para tratar de evitar que su nieto sea dado en adopción sin brindársele la oportunidad de que lo acojan en su calidad de ascendientes.

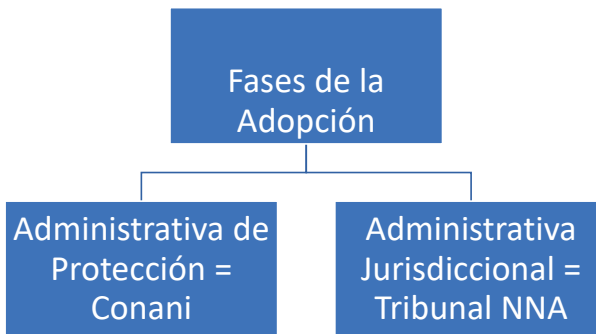
2.4. Procedimientos

Existen dos fases de la adopción: la primera denominada administrativa de protección, a cargo del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (Conani) y la segunda denominada administrativa jurisdiccional cuya competencia es atribuida al Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Tribunal Constitucional ha concluido que en la adopción de menores de edad se debe cumplir con el procedimiento administrativo ante el Conani y el jurisdiccional ante el tribunal especializado, en consecuencia, no ha lugar a decidir la adopción a través de una acción de amparo, agrega que en todo caso las autoridades y las personas adultas deben tener en cuenta que: *“El interés del menor está protegido frente a otros intereses que puedan tener las instituciones o cualquier adulto; se persigue que la persona menor de edad encuentre la mayor protección y que esta se exprese de manera integral”*²²⁹.

²²⁹ Tribunal Constitucional dominicano. (6 de noviembre de 2014). Sentencia TC/0265/14. Párrafo 11. j.

En los casos de menores de edad de filiación desconocida o de pérdida de autoridad parental, se requiere que previo al inicio de los trámites administrativos de la adopción el tribunal dicte una sentencia graciosa declarando al menor de edad en estado de abandono en el primer caso o una sentencia contenciosa que ordena la pérdida de la autoridad parental en el segundo caso.



A. La fase administrativa de protección

Es regulada en los artículos 129 al 138 de la Ley núm. 136-03, y tiene dos procedimientos: según se trate de una entrega voluntaria, o sea precedida por una declaración de abandono o de pérdida de la autoridad parental.

Luego de cumplido los requisitos de adoptabilidad, la comisión de adopciones del Conani escogerá una familia para entregarlo en adopción. Los criterios para escoger a la familia adoptante, son los siguientes:

- a) Se dará preferencia, una vez cumplidos los requisitos establecidos, a las solicitudes presentadas por adoptantes dominicanos sobre las presentadas por adoptantes extranjeros;*
- b) Se tendrá en cuenta el orden de llegada de la solicitud de adopción. Para controlar el orden de expediente, a cada*

solicitud se le asignará un número por orden de llegada; c) Características del niño, niña y adolescente. Deberá primar el criterio de buscar una familia para un niño, niña o adolescentes, evitando asignaciones que respondan a otros criterios que no sea el interés superior del niño, niña y adolescente; d) Se preferirán las solicitudes de ciudadanos dominicanos y, en su defecto, ciudadanos oriundos de un país que haya ratificado o se haya adherido a la Convención de la Haya sobre Adopción. En este caso, la adopción se sujetará a las cláusulas allí establecidas²³⁰.

Los criterios establecidos en el texto precitado, no cumplen totalmente con los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo interpretarse el texto nacional en el sentido de que se debe evitar la adopción, pero si fuere necesaria se debe dar preferencia a los familiares del niño adoptable. Otro aspecto, es literal d, que debería decir (para que esté conforme al literal b, del artículo 21 de la Convención) que ante la inexistencia de solicitudes de adopciones de dominicanos o cuando estos no cumplan con los requisitos legales, se optará por entregarlo en adopción a extranjeros

Después de asignado el niño a una familia para fines de adopción se inicia el plazo de convivencia entre adoptantes y adoptado. Durante ese lapso de tiempo se le practicarán evaluaciones bio-psico-socio-familiares a los solicitantes de adopción e irán recopilando la documentación requerida por la ley para ser depositada en el tribunal.

Esta fase culmina con la expedición del certificado de idoneidad, del Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la

²³⁰ Ley núm. 136-03. Artículo 135.

Niñez y la Adolescencia (Conani), momento a partir del cual se puede apoderar a la jurisdicción.

B. La Fase Administrativa Jurisdiccional

El tribunal competente para conocer la adopción es el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes y en razón del territorio el lugar donde tenga su domicilio o donde se encuentre el menor de edad

La adopción en la fase jurisdiccional requiere de una actividad no contenciosa, por ello el tribunal debe revisar su competencia y en caso de que no tuviere aptitud en razón del territorio declararse incompetente y remitir a la jurisdicción correspondiente, en virtud de lo establecido en el artículo 21 de la Ley núm. 834, del 15 de julio del año 1978.

a. Partes en el Proceso de Adopción

En el proceso de adopción participan diferentes personas en calidad de partes interesadas, o en su calidad de entidades públicas de protección de la infancia, la Ley 136-03 identifica las siguientes:

1. Los adoptantes o el adoptante.
2. La persona adoptada.
3. El Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.
4. El Consejo Nacional para la Niñez.
5. Los padres biológicos, en los casos que hubiere lugar.

b. Pasos ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes

El Tribunal del domicilio o residencia del menor de edad se apodera mediante instancia suscrita por los solicitantes y/o su abogado, o

por escrito del Conani. Adjunto al apoderamiento se deben depositar los documentos previstos en la Ley núm. 136-03, los cuales son:

a) Estudio biopsicosocial de los adoptantes; b) Consentimiento de adopción debidamente legalizado; c) Acta de nacimiento de los adoptantes y adoptado(a); d) Acta de matrimonio o de notoriedad en la cual se haga constar la convivencia extramatrimonial de los adoptantes, sin perjuicio de las que corresponden a los demás requisitos exigidos por este Código; e) Copia de la declaración de pérdida de la autoridad parental o autorización de adopción, según sea el caso; f) Certificación de idoneidad, con vigencia no mayor de seis meses, expedida por el Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia; g) Certificación de una entidad de carácter cívico, comunitario o religioso, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes; h) Certificación de convivencia del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia; i) Certificación de cumplimiento de criterios de asignación de niños, niñas y adolescentes, emitida por la Comisión de Asignación de Niños, Niñas y Adolescentes a familias adoptantes; j) Certificado de no antecedentes penales y certificado de no delincuencia de los adoptantes, expedidos por autoridad competente; k) Certificado médico de los adoptantes; l) Poder especial otorgado al abogado de la parte adoptante, debidamente legalizado por la Procuraduría General de la República; m) Copia de las cédulas o pasaportes de los adoptantes y padres biológicos; n) Acto de no oposición de los hijos mayores de doce años de los adoptantes, en caso de que existan²³¹.

²³¹ Ley núm. 136-03. Artículo 140.

La publicidad de la solicitud de la adopción y de la sentencia está prohibida, en virtud de que resquebrajaría el principio de confidencialidad de este procedimiento.

El juez dentro del plazo de tres (3) días después que recibe la solicitud de adopción envía el expediente al Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes a los fines de que emita su opinión dentro del plazo de cinco (5) días, luego de la opinión del fiscal, el juez tiene un plazo de diez (10) días para decidir la adopción, a menos que entienda pertinente ordenarle a la parte demandante que deposite algún documento adicional necesario para la decisión a intervenir, un ejemplo de un documento relevante es el acto de no oposición de los hijos de más de doce años (si lo hubiere) de los solicitantes de adopción. Excepcionalmente, cualquier parte interesada puede solicitarle al juez de forma motivada que sobresea el proceso de adopción por un lapso no mayor de tres meses.

La sentencia de adopción debe ser debidamente motivada, por tanto el juez debe explicar las razones que la justifican, realizando en cierto modo un cotejo de los documentos depositados y los requeridos por la Ley núm. 136-03, verificando si cumplen con los requisitos exigidos y si garantiza los intereses del menor de edad.

Después de emitida la decisión se le notifica a las partes interesadas y luego de transcurrido el plazo para el ejercicio del recurso correspondiente, si esta no es recurrida, se acude ante la Junta Central Electoral a los fines de que le ordene a la Oficialía del Estado Civil donde está asentada el acta de nacimiento del menor que proceda a realizar la transcripción correspondiente.

La sentencia es transcrita en el registro de adopciones, de la Oficialía del Estado Civil en la cual se efectuó la declaración de nacimiento del niño, niña y adolescente. Dicha transcripción deberá ser hecha dentro de los treinta (30) días posteriores a la fecha en que la

sentencia de adopción haya adquirido la autoridad de la cosa definitiva e irrevocablemente juzgada.

c. Impugnación de la Demanda de Adopción

La impugnación de la adopción es el incidente que promueve una parte interesada ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes apoderado de una demanda de adopción, con el objeto de que ésta no sea otorgada.

La Ley núm. 136-03, le ha otorgado calidad para presentar impugnación a los padres biológicos y en su ausencia a los familiares hasta el cuarto grado, siguiendo el orden sucesoral, al Conani y al Ministerio Público de Niños, Niños, Niñas y Adolescentes.

Si las partes citadas presentaren objeciones o la impugnación a la adopción, el juez deberá de fijar una audiencia a los fines de escuchar a las partes interesadas, incluso al menor de edad sujeto de la adopción si este pudiere expresarse.

La Ley núm. 136-03, no prevé de forma expresa la posibilidad de retractación del consentimiento de adopción o entrega voluntaria del menor de edad al Conani para fines de adopción, sin embargo a través de la impugnación los padres biológicos podrán presentar sus motivos, pudiendo ser su retractación, pero en todo caso el juez será el que decidirá tomando en consideración el interés superior del menor de edad.

d. Recursos contra la Sentencia.

Los recursos que se pueden interponer contra la sentencia del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes relacionadas a la adopción son: la apelación y la revisión civil.

La Ley núm. 136-03, en su artículo 143 párrafo II, expresa que la sentencia que interviene como consecuencia de la impugnación

de la adopción podrá ser recurrida en apelación ante la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes. Es conveniente recordar que el recurso de apelación es aquel que interpone la parte que se considera lesionada por una sentencia dictada en primer grado ante un tribunal de segundo grado, al que solicita que la sentencia contra la cual recurre sea reformada o revocada²³², en consecuencia conforme a esta definición pueden recurrir en apelación toda parte del proceso cuya solicitud no haya sido acogida.

La apelación debe realizarse mediante un escrito depositado en la Secretaria de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, dentro del plazo de un (1) mes, de conformidad a la Resolución núm. 1841-05, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

La revisión civil²³³ es un recurso extraordinario mediante el cual se pide al tribunal que dictó la sentencia impugnada que la retracte en razón de las irregularidades o errores que la vician, sus condiciones están previstas en los artículos 480 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, explicados en otra parte de este libro.

2.5. Adopción Internacional

La adopción internacional, conforme a la opinión del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid²³⁴, consiste en “*un acto jurídico entre sujetos privados enmarcado ello en el derecho civil, y por otra, supone un escenario interestatal para su realización que lo sitúa en el ámbito del derecho internacional privado*”.

²³² Valdez, Jacinto Bdo. (1999). *Las Vías de Recursos*. República Dominicana. Serrallos. p. 17.

²³³ Cury, Jottín. (1976). *Los Recursos*. República Dominicana. Taller. p. 92.

²³⁴ González, Aurora. (2000). *La Adopción*. En: Eduardo Serrano Alonso, coord. *Manual de Derecho de Familia*. España. Edisofer, S.L. p. 137.

Como expresamos anteriormente la adopción internacional, es una institución jurídica del derecho de familia, regida por el derecho internacional privado, por tratarse de personas de diferentes nacionalidades. El artículo 164 de la Ley núm. 136-03, indica que los adoptantes y el o la adoptado deben ser de diferentes nacionalidades o tener domicilio o residencia habitual en diferentes países.

La adopción internacional de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya debe ser una medida subsidiaria de la adopción interna o local, debido a que se concederá prioridad a colocar un niño en el propio país o en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de procedencia.

Los ciudadanos de los países más desarrollados buscan en otros países menos desarrollados niños para adoptar: una de sus causas es la baja tasa de natalidad en los países industrializados y en sentido inverso la alta tasa en los demás países. Para los países del continente europeo la adopción internacional, es la adopción más corriente, debido a que viajar al extranjero para obtenerla por lo que se puede realizar con mayores posibilidades de logro, en ese sentido afirma González²³⁵ que la adopción nacional entraña mucha dificultad por el número escaso de niños sujetos a la adopción.

La adopción de extranjeros está regulada en nuestro país desde el año 1959, por disposición contenida en el artículo 345 de la Ley núm. 5152, sin embargo en sus inicios era poco utilizada hasta la llegada del presente siglo. El fenómeno de la adopción internacional según expresa Barros F.²³⁶ es relativamente reciente, iniciando entre el

²³⁵ González, Aurora. (2000). *La Adopción*. En: Eduardo Serrano Alonso, coord. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit. p. 134.

²³⁶ Barros Figueredo, Luiz Carlos. (1998). *Adopción Internacional: Convenciones Internacionales*. En: Revista da Esmerc (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina). 4to año. 5to volumen. Brasil. Artecrol. p. 285.

final de la década de los sesenta y principio de los setenta e incrementándose en los años ochenta y noventa del siglo XX.

La adopción internacional en República Dominicana acorde a las disposiciones de la Ley núm. 136-03 debe ser excepcional, sin embargo, vemos que según los datos de estadísticas judiciales se realiza casi en igual proporción que las locales.

Un texto de carácter universal que aborda la adopción es el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, aprobado el 29 de mayo del año 1993, el cual se encuentra dividido en 7 capítulos y 48 artículos, los capítulos, son los siguientes: 1. Ámbito de Aplicación del Convenio; 2. Condiciones de las Adopciones Internacionales; 3. Autoridades Centrales y Organismos Acreditados; 4. Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales; 5. Reconocimiento y Efectos de la Adopción; 6. Disposiciones Generales; y 7. Cláusulas Finales. Conviene acotar, que cuando el juez decida sobre una adopción internacional, debe tomar en cuenta además de las disposiciones de la Ley núm. 136-03, las reglas contenidas en la citada Convención de La Haya.

El objetivo de este Convenio de la Haya es evitar el tráfico de niños y sujetar la adopción internacional a un control administrativo respecto a la idoneidad de los solicitantes de la adopción y de los sujetos a adoptar, así como establecer mecanismos de cooperación entre autoridades denominadas centrales de los diferentes países que le hayan ratificado. República Dominicana designó al Conani como la autoridad central designada para la aplicación del Convenio de La Haya

La Ley núm. 136-03, dispone en sus artículos 135 literal d y 165 párrafo II, indistintamente lo siguiente: “*Se preferirán las solicitudes de ciudadanos dominicanos y, en su defecto, ciudadanos oriundos de*

un país que haya ratificado o se haya adherido a la Convención de la Haya sobre Adopción. En este caso, la adopción se sujetará a las cláusulas allí establecidas.” y “Toda adopción internacional realizada en República Dominicana estará regida por las disposiciones de este Código, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Adopción”²³⁷.

Del análisis de los artículos 118 b, 165 y 166 de la Ley núm. 136-03, se extrae que los documentos y requisitos adicionales exigidos para la adopción internacional, son: 1. Certificación expedida por el organismo autorizado, en la que conste el compromiso de efectuar el seguimiento del menor de edad en proceso de adopción, hasta su nacionalización; 2. Autorización o visado del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del niño, niña o adolescente; 3. Que los padres se encuentren casados por más de cinco años; 4. Que los padres sean de diferentes sexos; 5. Otros documentos del país de los solicitantes, que el Conani considere pertinente exigir.

La adopción de extranjeros está sometida a mayores requisitos que la nacional, por esto algunos abogados han manifestado que se viola el principio de igualdad de las personas, sin embargo estas condiciones adicionales tienen como fin asegurar la preservación los derechos de los niños, y en modo alguno violan el principio de igualdad, en razón de que como hemos afirmado anteriormente es la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de La Haya que plantean su excepcionalidad, a los fines de que se prefiera ubicar a los niños en su país de origen.

2.6. Efectos de la Adopción

En una investigación realizada por la actual vicepresidenta de la República, se llega a las conclusiones de que las consecuencias de la

²³⁷ Ley núm. 136-03. Artículos 135, d y 165, párrafo II.

adopción son múltiples, clasificadas en tres grupos: 1. para las personas adoptadas, una familia que garantice cuidado y protección, mejor futuro; 2. para las personas adoptantes, mayor equilibrio emocional para los beneficios de la maternidad o paternidad, continuidad de la descendencia o aumento de los miembros de la familia, satisfacción personal, moral y espiritual; y 3. Para los padres y madres que ceden al menor de edad en adopción, reducción de la carga familiar o gastos, mejor atención para los demás hijos, mayor estabilidad emocional²³⁸.

El Tribunal de Familia de San José, Costa Rica, en su sentencia 160 del 05 de febrero de 2003, dijo que el derecho de familia busca primero proteger el interés superior de los menores de edad. Los adoptantes, sin ser lo padres biológicos, llegan a ser los únicos padres para todo efecto porque los padres naturales quedan totalmente desvinculados, no se respeta la verdad biológica, pero es la verdad legal que conviene al menor de edad²³⁹.

La adopción es irrevocable y sus efectos se producen entre las partes y es oponible a los terceros a partir de la trascripción de la sentencia en los registros de la Oficialía del Estado Civil correspondiente.

Sus efectos lo podemos clasificar²⁴⁰ en patrimoniales y personales.

A. Efectos Personales

1. Ruptura de vínculos con la familia de origen, subsistiendo únicamente los impedimentos matrimoniales.
2. Creación de vínculos paterno-materno filial, denominado por la doctrina parentesco civil o adoptivo, adquiriendo

²³⁸ Cedeño, Margarita. *Influencia de la Situación Económica en la Adopción de Niños, Niñas y Adolescentes*. Ob. Cit. pp. 34 - 37.

²³⁹ Ramírez Acuña, Sergio. Ob. Cit. p. 247.

²⁴⁰ Villazon Delgadillo, Martha. (2000). *Familia, Niñez y Sucesiones*. Bolivia. Judicial. p. 206.

todos los derechos de carácter personal, patrimonial y sucesoral.

3. La autoridad parental y sus efectos.
4. Apellido de los adoptantes.
5. Impedimento matrimonial, entre: adoptante y adoptado; adoptado y los hijos del adoptante; adoptante y los descendientes del adoptado; adoptado y el cónyuge del adoptante; adoptante y el cónyuge del adoptado; hijos adoptivos de una misma persona; y adoptado y los hijos que puedan sobrevivir al o a la adoptante.
6. En razón de que la adopción tiene una autoridad absoluta, sería inadmisibile toda demanda de reconocimiento del niño realizado por su presunto padre biológico, así como la acción en desconocimiento de paternidad de los padres adoptivos. Sin embargo, no faltan abogados que inicien acciones en desconocimiento que la Suprema Corte de Justicia han establecido que son inadmisibles²⁴¹.

B. Efectos Patrimoniales

1. La asistencia familiar u obligación alimentaría;
2. El derecho sucesorio, el adoptado adquiere todos los derechos de los hijos e hijas con calidad de heredero reservatorio y viene a la sucesión de los miembros de la familia tanto en línea directa como en la colateral.

La adopción produce en el aspecto sucesoral los mismos efectos que la filiación biológica, no tenemos constancia de la existencia de

²⁴¹ Suprema Corte de Justicia (Civil). (28 de marzo de 2012). Sentencia *Dalton vs Tiburcio*.

jurisprudencia local que haga efectivo este derecho que parece ser incontrovertido, pero en otras naciones, como por ejemplo en Puerto Rico, se han dictado sentencias que reconocen esta igualdad, por ejemplo en el caso Valladares vs. Rivera, sentencia del año 1963, se reconoció que: “*el adoptado tiene todos los derechos que el hijo legítimo, (...) porque la adopción crea lazos de parentesco entre el adoptado y los familiares del adoptante con las consiguientes consecuencias jurídicas en el orden de sucesión*”²⁴².

2.7. Nulidad de la Adopción

La adopción puede ser extinguida por el pronunciamiento de su nulidad. Según Bossert y Zannoni²⁴³, la nulidad de la adopción es entendida como la ineficacia dispuesta por ley en razón de defectos o vicios constitutivos.

Aunque la adopción es irrevocable, la sentencia puede ser sujeta de nulidad de conformidad al artículo 160 de la Ley núm. 136-03, para lo que se requiere una demanda principal en nulidad debiendo la irregularidad denunciada tener un carácter grave.

La nulidad de la adopción de conformidad al artículo 161 de la Ley núm. 136-03 puede ser solicitada por el adoptado, sus padres biológicos, el Conani y el ministerio público especializado, por que entiendan que se han violado requisitos de fondo o procesales en el curso del proceso de adopción, el plazo hábil para presentar la solicitud es de cinco años a partir de la sentencia. No están legitimados los padres adoptivos.

²⁴² Ortega Velez, Ruth. (2000). *Síntesis: Jurisprudencia Derecho de Familia*. Puerto Rico. Scisco. p. 264.

²⁴³ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Ob. Cit. p 1.

El tratadista dominico francés Dr. Headrick²⁴⁴ expresa que se pudiere dejar sin efecto una adopción por un motivo grave, como el descuido del niño o que abusen sexualmente de él, criterio que no es compartido por algunos juristas, porque entienden que las causas de nulidad deben ser previas a la sentencia, sin embargo si se toma como referente la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (ratificada por República Dominicana), que prevé en su artículo 18 que las adopciones serán susceptible de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores, concluimos que pueden existir causas que sean posteriores a la sentencia, en consecuencia lo relevante es tener en cuenta en todo momento el interés superior del menor de edad.

La acción de nulidad puede dirigirse contra el acto de adopción o la sentencia. El principio de que las sentencias no pueden ser anuladas sino es como consecuencia de los recursos ordinarios o extraordinarios, no aplica para los casos de adopción, la razón es que en la adopción la participación del juez tiene como fin homologar un acto, cumpliendo así un proceso de carácter gracioso.

El objeto de la nulidad es suprimir los efectos de la adopción celebrada que ha violentado los requisitos previstos en la ley y vulnera los intereses del menor de edad. El Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes es el competente y se regirá por las reglas de apoderamiento de las salas civiles de esos tribunales especializados, fijadas en la Resolución núm. 1841-05, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

La sentencia que ordena la nulidad de la adopción tendrá efecto retroactivo²⁴⁵ tal como si la adopción nunca hubiere existido, en

²⁴⁴ Headrick, William C. *La Familia en el Derecho Dominicano y Francés*. Ob. Cit. p. 242.

²⁴⁵ Mazeaud, Henri, León y Jean. Ob. Cit. p. 565.

consecuencia el menor de edad retornará a su familia de origen con todos los derechos y obligaciones legales.

3. A modo de Conclusión

A los fines de asegurar que las condiciones de los adoptantes sean idóneas, la ley ordena el depósito de aproximadamente una veintena de documentos y la realización de estudios psico-socio-familiares, para garantizar el objetivo perseguido que es el bienestar del sujeto adoptado.

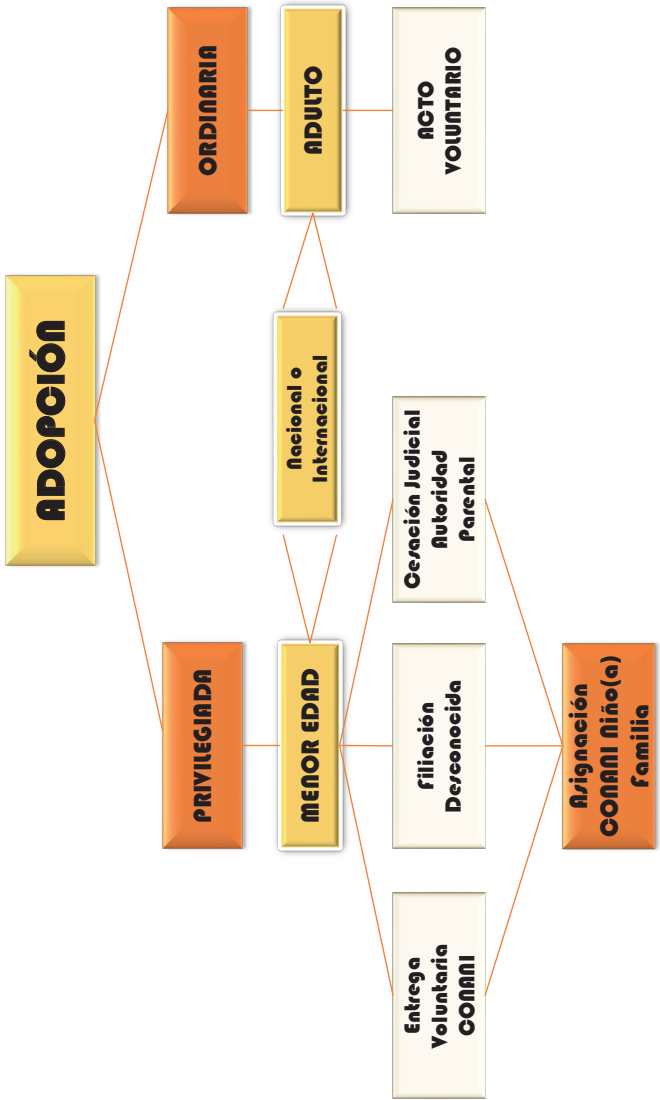
El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, las demás instituciones estatales que participan del proceso de adopción, los familiares biológicos y quienes pretenden adoptar, deben tener en cuenta que el menor de edad no es un objeto de consumo, sino un sujeto pleno de derechos, por lo que siempre se deberá atender a su interés superior, independientemente de los intereses de los adultos.

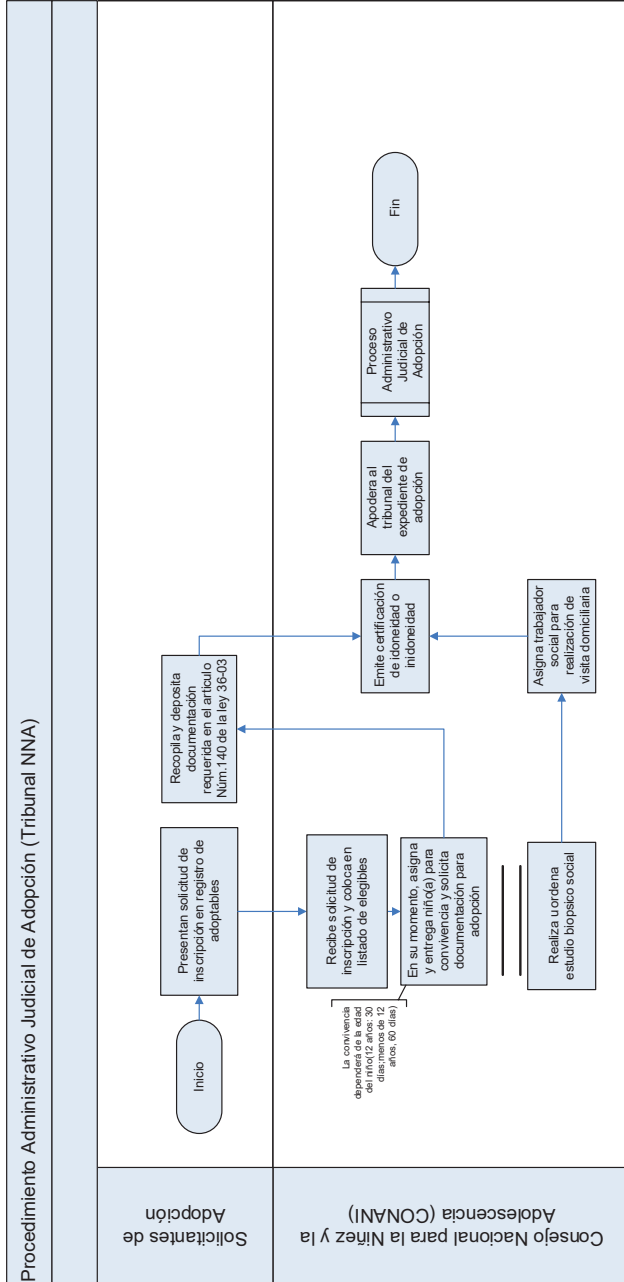
El juez de Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, debe erigirse como un celoso guardián de los derechos de los menores de edad sujetos a adopción, cumpliendo el mandato constitucional de garantizar la protección integral de esta población.

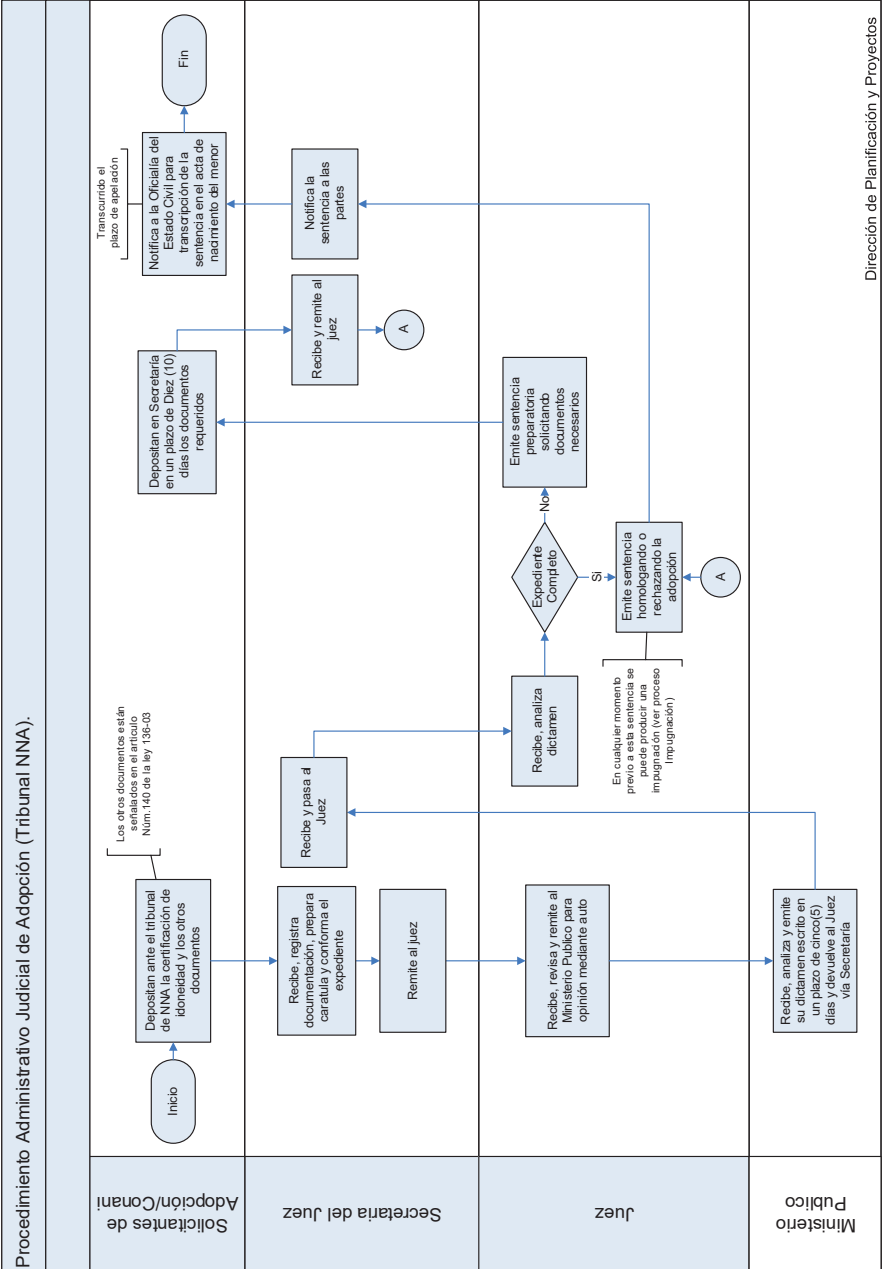
El principal interés que debe ser preservado en las adopciones, es el de los menores de edad, a tales fine se debe tomar en cuenta los elementos para su valoración: opinión del menor de edad, su identidad, preservación de su entorno, su cuidado, protección, seguridad, salud y educación

ANEXO FLUJOGRAMAS

- *Adopción*
- *Procedimiento Administrativo Judicial de Adopción (Tribunal NNA)*







CAPÍTULO IV

AUTORIDAD PARENTAL

Mirta Felicia Duarte Mena

CAPÍTULO IV

AUTORIDAD PARENTAL

Resumen

Con el reconocimiento de la igualdad de derechos y deberes de los progenitores, la patria potestad como institución del derecho de familia avanza hacia la sustitución de un sistema de relaciones verticales por la horizontalidad de las relaciones familiares, designándose como “autoridad parental” o “responsabilidad parental”, que toma como fundamento la igualdad y respeto de la dignidad de sus integrantes.

En este trabajo abordaremos el concepto, fundamento y titularidad de la autoridad parental, su finalidad, derechos y obligaciones de los progenitores, la administración y usufructo legal de los bienes de la persona menor de edad, el interés superior del niño y los conflictos que se generan, las causas de suspensión y terminación de la autoridad parental y sus consecuencias.

1.1. Concepto, Fundamento y Titularidad de la Autoridad Parental

La autoridad parental denominada antes patria potestad, en sus orígenes estaba bajo el dominio del *pater familia*, como consecuencia de la cultura androcéntrica²⁴⁶ en la que el hombre tiene el dominio, y la mujer relegada a un segundo lugar, al cuidado del hogar y de sus hijos.

²⁴⁶ Androcentrismo, que otorga al sexo masculino y sus decisiones como punto central en el mundo, arraigado a las sociedades, cultura y la historia.

La *potestas* en el derecho romano deja la jefatura doméstica en el *paterfamilias*²⁴⁷, quien tenía el dominio absoluto sobre los miembros de la familia, de forma dominante, y como señala Ortega Velez “*fue el eje sobre el que en principio giro el derecho de familia concibiéndose todas las instituciones familiares en función de ella*”²⁴⁸.

El Código Napoleónico de 1804, bajo la influencia de Jean Jacques-Regis de Cambacérés, concebía a la mujer casada como un ser inferior, por tanto, incapacitada para tomar decisiones con relación a su persona y descendencia, pues, todas las decisiones estaban bajo la dirección del “*pater de familia*”. En consecuencia, la *puissancepaternelle* le permitía al marido el ejercicio de la autoridad sobre su mujer (*puissance marital*), así como sobre los hijos (*patria potestas*)²⁴⁹.

Por ello, la patria potestad excluyó a la mujer de toda decisión, el poder de mando discrecional y absoluto se centraba en el padre, regulado el ejercicio de este derecho en los casos de los hijos procreados dentro del matrimonio; sin embargo, para los casos de los hijos procreados fuera del matrimonio, la madre ejercía plenamente la patria potestad sobre su hijo natural; y en caso de que el padre reconociera al hijo dentro de los tres meses del nacimiento, el padre podía solicitar al tribunal que se le confiera a él solo o a ambos²⁵⁰.

²⁴⁷ Ortega Velez, Ruth. (1997). *Lecciones Derecho de Familia*. San Juan. Ediciones Scisco. p. 257.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Ruz Lártiga, Gonzalo. La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio [en línea]. [Consulta: 7 de abril 2019]. Disponible: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200006&script=sci_arttext

²⁵⁰ Código Civil. Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd). Editora Corripio, C. por A. Santo Domingo. 2007. Artículo 374 (modificado por la Ley núm. 855 de 1978, G.O. 9478).

Pinto Andrade, sostiene que el término patria potestad no es el más adecuado en el siglo XXI, pues se ve asociada al poder que ejercido por el *paterfamilias*, por tanto, lo llama responsabilidad parental. Pinto Andrade, Cristóbal. (2009). *La Custodia Compartida*. 1era. Edición. Editorial Bosch- Barcelona. p. 35.

En sus inicios la patria potestad hizo más énfasis en el poder del padre sobre sus hijos, y no sobre los deberes con relación a ellos. Sin embargo, con el reconocimiento de la igualdad de derechos²⁵¹ y deberes de los padres, se avanza hacia la sustitución de un sistema de relaciones verticales por la horizontalidad de las relaciones familiares, fundamentado en la igualdad y respeto de la dignidad de sus integrantes, produciéndose en nuestra legislación una modificación al artículo 371 del Código Civil, por la Ley núm. 855 del 1978, que agrega el artículo 371-2, y prevé que: *“La autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. Ellos tienen a su respecto, el derecho y el deber de guarda, de vigilancia y de educación”*²⁵².

Esto implica que el fundamento de la autoridad parental lo constituye el vínculo de sangre entre quienes descienden de un tronco común o por adopción²⁵³. En este sentido, Martínez Calvo expresa que:

La patria potestad se basa precisamente en la existencia de un vínculo de filiación bien por naturaleza o bien por adopción entre los progenitores y sus hijos menores no emancipados, y puede definirse como el conjunto de deberes que tienen los

²⁵¹ La Constitución Dominicana en el artículo 39, numeral 4), expresa: *“La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres”*. República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. Votada y proclamada por la Asamblea Nacional, en fecha 26 de enero de 2010. Gaceta Oficial núm. 10561.

²⁵² En la República Dominicana con la reforma introducida al Código Civil por la Ley núm. 855 de 1978, el término utilizado en nuestra legislación es autoridad parental, delegando a ambos padres la obligación de cuidar y educar a sus hijos menores de edad. Luego con la promulgación de la Ley núm. 14-94, asume el concepto la autoridad parental. Ob. Cit.

²⁵³ Se reconoce el principio de coparentalidad, al prever que la responsabilidad parental sea ejercida por el padre y la madre.

*padres con respecto a sus hijos, unido a una serie de derechos que se les atribuyen para cumplir con dichos deberes. Encuentra su fundamento en el deber natural que tienen los progenitores de un menor de velar por éste, tanto en el orden personal como patrimonial. Ello incluye todos los deberes relativos a su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de bienes*²⁵⁴.

En este tenor, Benavides²⁵⁵ citando una decisión del Tribunal de Familia de San José, Costa Rica, define la autoridad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral, desde la concepción, durante su minoridad y hasta su emancipación. A su vez, señala que, esta institución de derecho de familia tiene por objeto servir de instrumento de satisfacción de los intereses de los hijos para que se integren a una vida de plenitud a través de un desarrollo adecuado a sus personalidades.

De ahí que, los progenitores no sólo están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad, sino que, además, tienen el compromiso de dirigirlos, apoyarlos y protegerlos en su proceso de socialización y desarrollo integral²⁵⁶.

²⁵⁴ Martínez Calvo, Javier. *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*. [Tesis Doctoral]. Consejo Económico y Social de Aragón [en línea]. [Consulta: 2 de agosto 2019]. Disponible en: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/Tesis_doctoral_guarda_custodia.pdf/44cfb07a-90dd-04d2-2f76-e7b1e28e90eb, p. 20.

²⁵⁵ Voto Núm. 1965-04. Tribunal de Familia de San José. Citado por Benavides Santos, Diego. *Código de Familia. Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación*. (2017). Edición 5. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto. pp. 539-540.

²⁵⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño [en línea]. [Consulta: 2 de julio 2019]. Disponible en: https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf

En este sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño consigna la responsabilidad parental como un instituto previsto para “*el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad*” y “*estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad*”²⁵⁷.

Asimismo, en el artículo 5 de la referida convención, establece la obligación de los Estados partes de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores, en consonancia con la evolución de las facultades del menor de edad, estableciendo un balance entre la guía, conducción paterna y capacidad evolutiva de la persona menor de edad²⁵⁸.

Además, en su artículo 18 se prevé la responsabilidad de los progenitores en la educación y desarrollo de sus hijos menores de edad, y obliga a los Estados partes a ofrecer la ayuda necesaria para el ejercicio de sus funciones, al establecer:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Por su parte, el Reglamento 2201/2003, del 27 de noviembre, del Consejo de Europa, en el artículo 2 numeral 7, define la responsabilidad

²⁵⁷ Con la firma de la Convención sobre los Derechos de Niño, en fecha 11 de junio del año 1991, el Estado dominicano se compromete a cumplir y difundir el contenido de la Convención, así como también a crear la legislación nacional que integre los principios de la misma.

²⁵⁸ Magistri, Gabriela. *Responsabilidad Parental, Concepción del Niño como sujeto de Derecho. Tensiones*[en línea]. [Consulta: 2 de julio 2019]. Disponible en: <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/9.pdf>

como: “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”²⁵⁹.

Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español al definir la patria potestad (la autoridad parental) como:

*El conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo, a la par un conjunto de deberes que como inherentes a dicha institución deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos*²⁶⁰.

Así ha sido corroborado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-1003/07, al expresar que:

[...] En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir

²⁵⁹ Consejo de Europa. Reglamento núm. 2201/2003 del 27 de noviembre de 2003. Denominado Brusella II, Artículo 2, citado por Andrés Joven Joaquín María. *Patria Potestad y Custodia. Contenidos y Facultades de ambas instituciones, La posición jurisprudencial*. Madrid: Consejo del Poder Judicial 2009 [en línea]. [Consulta: 2 de julio 2019]. Disponible: <https://www.casosreales.es/BDI/legislacion/legislaciongeneral/emergentelegislacion.php?id=150399>, p.8.

²⁶⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia de fecha 25 de junio de 1994.

*a su pérdida o suspensión. En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo*²⁶¹.

Por su parte, la doctrinaria Wills Rivera, sostiene que: “*la patria potestad fue concebida como una institución destinada a proteger al hijo, tanto en su persona como en sus bienes, cuya responsabilidad corresponde a ambos progenitores*”²⁶².

En la misma línea argumentativa, San Segundo Manuel, ha indicado que:

*La patria potestad representa el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos y tiene como fundamento el deber de aquellos de velar por sus hijos tanto en el orden personal como patrimonial. Además de que está integrada por el conjunto de facultades que la ley otorga a los progenitores para que puedan cumplir los deberes que tienen en orden a cuidarlos, velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Así como también comprende el deber de representarlos y administrar sus bienes*²⁶³ [...] “*el conjunto de facultades que la ley concede a los padres sobre sus*

²⁶¹ Colombia. Corte Constitucional de Colombia [en línea]. Sentencia C-1003/07. [Consulta: 12 de agosto 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm>

²⁶² Wills Rivera, Lourdes. (2011). *Patria Potestad en la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente. Patria Potestad, Guarda y Custodia*. Congreso Idadfe. Madrid. Tecnos, Grupo Anaya, S.A. p. 19.

²⁶³ San Segundo Manuel, Teresa. (2011). Maltrato y Separación: Repercusiones en los hijos. En Villagrasa Alcaide C. (Coord.) Et. Al: *Derecho en Familia*. 1ª Edición. Barcelona. Edit. Bosch. pp. 547-548.

*hijos menores o, en determinados casos, incapacitados, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone*²⁶⁴.

En efecto, la Ley núm. 136-03, en su artículo 67, define la autoridad parental como: “...*el conjunto de deberes y derechos que pertenecen, de modo igualitario, al padre y a la madre, en relación a los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría de edad*”, que implica una obligación del padre y la madre, de declarar o reconocer a sus hijos e hijas en la Oficialía del Estado Civil, prestar el sustento, protección, educación, salud, supervisión, velar por la educación de sus hijos y otros deberes.

Por otra parte, la República Dominicana firmó y ratificó la adhesión al Convenio de La Haya, del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños, que establece la expresión de la autoridad parental como la relación de autoridad o cualquier otra similar que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o representantes legales con respecto a la persona o bienes del niño²⁶⁵.

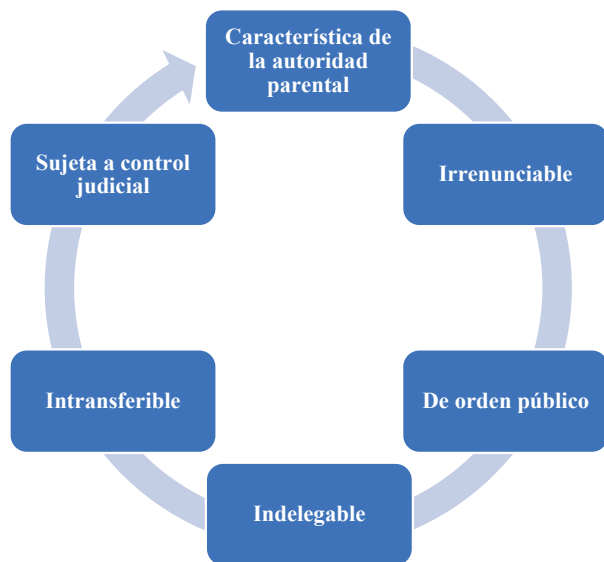
Ese derecho-función atribuido a los progenitores como producto de la relación parental, constituye lo que Trejos plantea, al citar a Gerard Cornu, como:

²⁶⁴ Del Vas González J. M. (2009). *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. DE LA IGLESIA MONJE M. I. (Dir.) Colección Monografías. Madrid. p. 163.

²⁶⁵ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Res. No. 261-09, del 22 de agosto de 2009, G. O. No. 10534 del 31 de agosto de 2009 [en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>

[...] el conjunto de derechos y deberes. Si la autoridad es para los padres, fuente de prerrogativas (establece una jerarquía, un derecho de dirección, un derecho de dar órdenes), el poder se desdobra en obligaciones: está al servicio del menor. Los derechos deben ser ejercidos en interés del menor. El derecho de los padres está ordenado al bien del menor²⁶⁶.

De cara a lo anterior, podemos establecer que, la autoridad parental constituye el conjunto de derechos y deberes que tienen los progenitores con respecto a sus hijos menores de edad, con el objeto de proteger y garantizar sus derechos fundamentales, así como la administración de sus bienes hasta la mayoría de edad y/o la emancipación, y para cuyo efecto deben de velar por su integridad, seguridad y estabilidad.



Flujograma 1. Características de la Autoridad Parental

²⁶⁶ Trejos, Gerardo, Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. (2010). Derecho de Familia. 1ª ed. San José. Costa Rica. Editorial Juricentro. p.604.

De modo que, la autoridad parental se caracteriza por:

- La irrenunciabilidad²⁶⁷ de este derecho.
- Es de orden público, sujeta a vigilancia del representante de la sociedad (Ministerio Público) y al control judicial.
- Indelegable, existe una reducida autonomía de la voluntad.
- No puede ser objeto de comercio, por tanto, es inalienable.
- Temporal, se extingue por la mayoría de edad, el matrimonio, adopción o muerte.
- Intransferible.

En síntesis, la autoridad parental concebida como un derecho-función²⁶⁸, tiene como finalidad la protección de la persona menor de

²⁶⁷ La Sala Segunda Civil de Costa Rica, por sentencia de fecha 10 de abril de 1979, ha expresado que *“no es posible disponer por los Tribunales que el derecho de patria potestad del padre prescribió por el transcurso del término ordinario, pues es materia de orden público en la que no es aplicable esa disposición. Al revocar la sentencia impugnada, emitida por el Juzgado Segundo Civil de Cartago, de fecha 28 de agosto de 1978, en la especie el accionante había procreado con su esposa tres hijos, y uno de ellos-la menor- era la niña objeto de litigio, la madre falleció al nacer dicha niña, por lo quedar solo y dadas las circunstancias del momento, para su cuidado el padre entregó los dos mayores a la madre de él, abuela de los niños, y a la recién nacida la entregó a un tío de su esposa fallecida y a la consorte de éste. Años después el padre de la niña contrajo segundo matrimonio y entonces trato de recoger a sus tres hijos para que fueran a vivir con él a su nuevo hogar; así lo hizo con los dos mayores que estaban con la abuela, pero al pretender lo mismo con la niña la guardadora de hecho se negó a entregarla, por lo que para lograr su propósito estableció una demanda, a la que se opuso la accionada aduciendo, entre otras excepciones, la de prescripción, la cual fue acogida por el tribunal de primer grado, y revocada posteriormente”*. TREJOS, Gerardo, Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 622.

²⁶⁸ Quién plantea por vez primera la noción de *droit fonction* es Louis Josserand (Josserand, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Reimpresión de la 2ª edición de 1939, Dalloz, 2006, 490 pp.), quien, en el contexto de su teoría sobre el abuso del derecho, clasifica

edad, no en interés del titular sino, más bien, en interés del niño²⁶⁹. Por ende, corresponde a los padres garantizar el pleno disfrute de los derechos fundamentales de los hijos bajo su responsabilidad y orientación para que puedan ejercerlos de manera progresiva, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad natural, para que llegado a la mayoría de edad puedan incorporarse de forma provechosa a la sociedad.

1.1.1. Titularidad de la Autoridad Parental

Los elementos que dan contenido a la autoridad parental lo constituyen la titularidad y el ejercicio. La titularidad de esos derechos y deberes, la tienen los progenitores o adoptantes; y se caracteriza por ser irrenunciable, intransferible e indivisible²⁷⁰. Da por tanto la posibilidad de ser ejercida de forma separada o bien por ambos progenitores o adoptantes. De modo que, el padre y la madre son cotitulares del ejercicio de esos derechos-deberes.

Ahora bien, en aquellos casos en que la persona menor de edad no tenga una filiación paterna establecida en el acta de nacimiento, la autoridad parental corresponde de manera exclusiva a la madre, hasta tanto el padre reconozca su paternidad; una vez reconocida la relación de filiación paterna, la autoridad parental corresponde a ambos progenitores.

los derechos subjetivos en «derechos-función» y «derechos-poder». Los *droitsfonctions* serían aquellos que son conferidos al individuo en el interés de otro, tal como el derecho de corrección, la potestad marital, los conferidos a los guardadores, etc., ejemplos vigentes a la época.

²⁶⁹ Benabent, A. (2010). *Droit de la famille*, Montchrestien, París. p. 457. Citado por Ruz Lártiga, Gonzalo. La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio. En: Revista de Derecho Valdivia. vol.30 no.2 Valdivia dic. 2017 [en línea]. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200006&script=sci_arttext#n42.

²⁷⁰ Benavides Santos, Diego. Código de Familia. Ob. Cit. p. 540.

Como lo advierte Zannoni “*la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determina la adscripción de aquéllos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: primordialmente, la formación integral de los hijos*”²⁷¹.

Se precisa destacar que, la autoridad parental como denominación se relaciona directamente con la idea de dirección y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, fijando como límite el principio de su autonomía progresiva.

En nuestra legislación, esta institución se rige por los principios generales detallados en el Código Civil y la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes,²⁷² así como los principios y normas de protección establecidos en los convenios firmados y ratificados por el Estado dominicano.

En efecto, el artículo 371-1 del Código Civil, (agregado por la Ley núm. 855 de 1978; G.O. 9478), dispone que: “*El hijo permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o emancipación*”. Por su parte, el artículo 371-2 (agregado por la Ley núm.

²⁷¹ Zannoni, Eduardo A. (2012). *Derecho de Familia*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Astrea. p. 641.

²⁷² La Ley núm. 136-03, establece dentro de los principios generales: presunción de minoridad, de igualdad y no discriminación, interés superior del niño, niña y adolescente, de prioridad absoluta, obligaciones generales del Estado, obligaciones generales de la familia, participación de la sociedad, gratuidad de las actuaciones. República Dominicana. Ley núm.136-03, Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, del 7 de agosto del año 2003, modificada por la Ley núm. 106-13, de agosto de 2013. G.O. núm. 10722, del 8 de agosto de 2013.

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece los principios: de prioridad absoluta, de participación, interés superior del niño, no discriminación.

855 de 1978; G.O. 9478), expresa que: *“La autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. Ellos tienen a su respecto, el derecho y el deber de guarda, de vigilancia y de educación”*.

En síntesis, los progenitores como titulares de la autoridad parental tienen la obligación natural de proteger y alimentar a sus hijos, como resultado del vínculo de filiación, la cual continúa aun cuando no tengan la autoridad parental. Por tanto, para establecer el contenido de la autoridad parental, se deben tomar en consideración tres aspectos esenciales: i) el personal, que constituye la convivencia, alimentos, formación integral; ii) la administración de los bienes de los hijos y, iii) la representación de estos.

1.2 Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos Titulares de Derechos

En los últimos años y fundado en el desarrollo del proceso de reconocimiento de los Derechos Humanos por parte de la comunidad internacional²⁷³, han surgido movimientos de defensa de los derechos de la niñez y adolescencia originados en Inglaterra con la adopción

²⁷³ En la esfera internacional ante los estragos producidos por la Segunda Guerra Mundial (mediado del siglo XX), la comunidad internacional a fin de evitar la repetición de dichos sucesos, permitió unir esfuerzos para crear un sistema internacional de tutela de los derechos fundamentales, conllevando en las últimas décadas la aprobación de instrumentos declarativos de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), así como numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de (1987), y la creación de organismos de protección de derechos humanos e instancias jurisdiccionales supranacionales Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

de la Carta de los Derechos del Niño en 1924²⁷⁴, por la iniciativa de la Liga de Naciones.

Este acontecimiento constituyó el primer paso hacia la instauración de los derechos de la persona menor de edad y sus garantías, seguido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Carta de la Infancia en Londres (1942), la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), entre otros, que surgen con el objetivo principal de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que, se asumió que para la protección de éstos se requerían formas especiales de protección o “protección especial” al carecer de reglas, principios o normas que respetasen sus derechos.

De esta manera, los menores de edad comienzan a ser considerados como sujetos cuyos derechos fundamentales deben ser especialmente protegidos, reconociéndoseles su dignidad humana²⁷⁵,

²⁷⁴ Esta declaración nace inspirada por las personas que se enfrentaron a la Primera Guerra Mundial, y se pretendía con ella evitar a los niños los sufrimientos causados por esta. Más claro aún, esta declaración fue producto de un momento social y buscaba no el reconocimiento de los derechos, ni la protección jurídica, sino, más bien, crear conciencia social para que surgiera esa protección.

²⁷⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Nogueira Alcalá, sostiene que *“la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como asimismo velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos”*. Wolfgang Sarlet, Ingo. “As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.), *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 37. Citado por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos Fundamentales en América Latina*[en línea].

constituyendo un nuevo paradigma basado en el derecho internacional de los derechos humanos, denominado como: “*doctrina de la protección integral o garantista*”.

Al asumir la doctrina de protección integral de la persona menor de edad, se han establecido límites y responsabilidades, independientemente de los derechos-deberes que tienen los progenitores, en su ejercicio deben de tomar en consideración el principio del “*interés superior del niño o de la niña*”.

Mediante el reconocimiento de la persona menor de edad como sujeto titular de derechos y obligaciones, se hace visible no tan solo para el derecho, sino también para el establecimiento de políticas públicas, abandonando la concepción de ser objeto de protección, caridad y beneficencia del Estado e instituciones.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño entre sus disposiciones prevé en el artículo 6.2, que: “*Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*”.

De igual modo, en el artículo 9 del referido convenio, los Estados partes se obligan a velar que el niño no sea separado de sus

Consulta: (24 de enero 2019). Disponible en: <http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-94.pdf>, p. 3

Por otra parte, Díez-Picazo Jiménez ha expresado que los derechos fundamentales son emanaciones de la dignidad humana (art. 10.2 C.E.), esto es, facultades cuya falta de reconocimiento o de respeto suponen un atentado contra la dignidad del ser humano. Como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales constituyen elementos de legitimación del poder político, es decir, la forma de organización política de una sociedad no puede considerarse legítima si la misma no reconoce y respeta ciertos derechos que derivan directamente de la dignidad humana. Díez/Picazo Giménez, Ignacio. *Comentarios a la Constitución Española de 1978- Tomo III - Artículos 24 a 38 de la Constitución Española de 1978 (2006)* [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/articulo-24-garantias-procesales-331146>.

progenitores contra la voluntad de estos, a menos que las autoridades competentes lo determinen para la protección del interés superior del niño, conforme a la ley y procedimientos aplicables.

Dicha determinación es necesaria en aquellos casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos se encuentran separados y debe adoptarse una decisión con relación al lugar de residencia de la persona menor de edad. En estos procedimientos se debe garantizar a todas las partes interesadas la participación en el mismo y escuchar sus opiniones.

Por su parte, el artículo 19.1, dispone la obligación de los Estados partes de adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas dirigidas hacia la protección del menor de edad contra cualquier forma de abusos físicos o mental, trato negligente, maltrato o explotación sexual, de manera directa e indirecta, cuando se encuentre bajo la custodia de los progenitores, un representante legal o responsable de su cuidado.

Esta nueva concepción de la responsabilidad parental acorde con la idea del menor de edad como sujeto de derecho trae consigo el deber de los progenitores de criar y educar a sus hijos, tomando en consideración su opinión e interés dirigidos a lograr su autonomía como sujeto de derecho; y, por ende, permitiéndole su participación en el proceso educativo conforme la edad y madurez²⁷⁶.

El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos de la niñez y adolescencia revela que conforme la edad y madurez los menores de edad, puedan ejercer con autonomía sus derechos y de igual manera asuman sus obligaciones, es decir, que en la medida en que se desarrollan tienen conciencia de las implicaciones de sus actos. Por tanto, la familia, la sociedad y el Estado tienen la responsabilidad de proveerles un ambiente sano para el pleno ejercicio de sus derechos.

²⁷⁶ Magistris, Gabriela. Ob. Cit. p. 12.

1.3. Derechos y Obligaciones de los Progenitores

Los progenitores tienen el cuidado y vigilancia de sus hijos, es decir, la guarda y custodia que constituye el deber de cohabitación. Por tanto, el cuidado y la educación de los hijos constituye no solo un derecho de los progenitores, sino un deber que se le impone por su condición de padre o madre, a diferencia de la patria potestad, el ejercicio de la autoridad parental no puede ser en provecho personal de quien la detenta, más bien, constituye una institución del derecho de familia fundamentada en la relación jurídica paterno-filial, por medio de la cual los progenitores tienen un conjunto de derechos y deberes; por consiguiente, la separación, divorcio o cualquier otra circunstancia no pueden constituir un obstáculo para el cumplimiento de sus obligaciones.

Este conjunto de deberes de carácter natural, así como jurídico de los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, tienen como finalidad garantizar sus derechos fundamentales, priorizando su interés superior y desarrollo armónico e integral.

En este orden, la República Dominicana protege el derecho a la vida desde la concepción, consagrado en el artículo 37, que expresa: *“El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte”*. Desde esta óptica, existe una protección constitucional desde la concepción, debiendo el Estado garantizar el derecho a la vida, mediante la implementación de políticas públicas dirigidas al cumplimiento de las garantías de servicios y programas gratuitos desde el embarazo, parto y fase post-natal, a fin de asegurar la sobrevivencia, la salud y su desarrollo integral²⁷⁷.

²⁷⁷ Ley núm. 136-03. Artículos 3, 28 y 30.

Dicho deber natural y jurídico que tienen los progenitores a fin de proteger a la familia se encuentra estipulado en el artículo 213 del Código Civil (modificado por la Ley núm. 855 de 1978), al disponer que: “*los esposos aseguran juntos la dirección moral y material de la familia, proporcionan la educación de los hijos y preparan su porvenir...*”. Obsérvese que, el contenido de esta disposición vincula a los progenitores no sólo al cuidado y la protección del menor de edad, sino también la obligación de educar y formar para el futuro, teniendo la administración de sus bienes, representación judicial y extrajudicial.

Cabe resaltar que, los menores de edad tienen derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental²⁷⁸, y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 de la Ley núm. 136-03,

²⁷⁸ *Ibíd.* artículo 28.- **DERECHO A LA SALUD Y A LOS SERVICIOS DE SALUD.** Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho, desde su nacimiento, a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Párrafo I.- El Estado, mediante la implementación de políticas públicas efectivas, garantizará a todos los niños, niñas y adolescentes, desde su nacimiento hasta los dieciocho años cumplidos, acceso universal e igualitario a planes, programas y servicios de prevención, promoción, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud. Asimismo, debe asegurarles posibilidades de acceso a servicios médicos y odontológicos periódicos, gratuitos y de la más alta calidad. Párrafo II.- En ningún caso podrá negarse la atención de la salud a los niños, niñas y adolescentes, alegando razones como la ausencia de los padres, representantes o responsables, la carencia de documentos de identidad o recursos económicos y cualquier otra causa que vulnere sus derechos.

Artículo 29.- **DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE SALUD.** Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser informados y educados sobre los principios básicos de prevención en materia de salud, nutrición, estimulación temprana, desarrollo físico, salud sexual y reproductiva, higiene, saneamiento ambiental y accidentes. Asimismo, tanto ellos como sus familiares inmediatos, tienen el derecho a ser informados, de forma veraz y oportuna, sobre su estado de salud, de acuerdo a su etapa y nivel de desarrollo. Párrafo.- El Estado, con la participación activa de la sociedad, garantizará programas de información y educación sobre estas materias, dirigidos a los niños, niñas y adolescentes y sus familias.

recae sobre el padre, madre o responsable la obligación de prestar alimento, al establecer:

Artículo 170.- DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE ALIMENTOS. Se entiende por alimentos los cuidados, servicios y productos encaminados a la satisfacción de las necesidades básicas de niño, niña o adolescente, indispensables para su sustento y desarrollo: alimentación, habitación, vestido, asistencia, atención médica, medicinas, recreación, formación integral, educación académica. Estas obligaciones son de orden público.

Artículo 171.- QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS. El niño, niña o adolescente tiene derecho a recibir alimentos de parte de su padre o madre y persona responsable. Párrafo I.- En los casos de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales, físicas o mentales, la obligación alimentaria del padre y la madre debe mantenerse hasta tanto la persona beneficiaria pueda sostenerse económicamente por sí misma, aún haya alcanzado la mayoría de edad. Párrafo II.- Están obligados a proporcionar alimentos de manera subsidiaria, en caso de muerte del padre, madre o responsables, los hermanos o hermanas mayores de edad, ascendientes por orden de proximidad y colaterales hasta el tercer grado o, en su defecto, el Estado, hasta el cumplimiento de los dieciocho (18) años.

Párrafo III.- Si el obligado a proporcionar alimentos es una persona adolescente, sus padres son solidariamente responsables de dicha obligación, y como tales, pueden ser demandados. En este caso, se podrán ordenar todas las medidas que posibiliten el cumplimiento de la misma, a excepción de la privación de libertad.

Además, por aplicación del artículo 68 de la citada ley, los progenitores se encuentran obligados a declarar a sus hijos menores de edad ante la Oficialía del Estado civil, prestar sustento, protección,

educación y supervisión; velar por la educación de los niños, niñas y adolescentes; en consecuencia, deben inscribirlos oportunamente en una escuela, plantel o instituto de educación, de conformidad con la ley, a exigirles su asistencia regular a clases y participar activamente en su proceso educativo; garantizar la salud de los niños, niñas y adolescentes; orientar en el ejercicio progresivo de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y a su incorporación a la sociedad; y, administrar sus bienes, si los tuvieren.

A su vez, es importante destacar que, en caso de vulneración del contenido del artículo 68 de la Ley núm. 136-03, la autoridad parental podrá ser objeto de suspensión temporal o pérdida definitiva por decisión judicial, debidamente fundamentada.

En síntesis, si bien los progenitores tienen derechos sobre sus hijos, no menos cierto es que, estos por su calidad de padre o madre tienen deberes propios, que suponen una actuación responsable de garantizar la salud, educación, alimentación, integridad física y psíquica de sus hijos menores de edad, razón por la que deben proteger, administrar sus bienes y representarlos legalmente.

1.3.1 Responsabilidad de los Padres por el Hecho de sus Hijos Menores de Edad

El artículo 1384 del Código Civil, prevé que: *“No solamente es uno responsable del daño que causa un hecho suyo, sino también del que se causa por hechos de las personas de quienes se debe responder, o de las cosas que están bajo su cuidado. El padre y la madre después de la muerte del esposo, son responsables de los daños causado por sus hijos menores, que vivan con ellos...”*. Esta disposición legal ha sido modificada de forma tácita por la Ley núm. 855 de 1978, que estipula la responsabilidad conjunta del padre y la madre para proteger al hijo menor de edad en su educación, salud y moralidad.

El referido artículo en su párrafo II, establece una presunción de culpabilidad para ambos progenitores, que constituye el fundamento de la responsabilidad de los progenitores, por su falta de vigilancia, y como bien señala Subero Isa: “*ese razonamiento puede dar lugar a que se considere que realmente los padres no responden meramente por el hecho o la falta de otro, sino de su propia falta*”²⁷⁹.

Al respecto, Vásquez señala que: “*el artículo 1384 del Código Civil dominicano, en su párrafo final repite literalmente lo que es hoy el párrafo sexto, del mismo texto francés-bajo su vigencia la jurisprudencia dominicana sostenía la misma tesis-, el padre o la madre sólo pueden destruir la presunción legal de falta en su contra probando que no le fue posible evitar el daño*” (Cas. Marzo, 1953, B.J. 512, Pág. 524), o probando que le ha sido materialmente y moralmente imposible evitar el hecho perjudicial”²⁸⁰.

A su vez, puntualiza Castellanos Pizano, al referirse a la responsabilidad del padre y la madre por el hecho de sus hijos menores de edad, que la jurisprudencia y doctrinarios franceses y dominicanos no sólo toman en consideración la naturaleza subjetiva de la responsabilidad, sino que al fundamentarse en la culpa *in vigilando* o *in educando* de los padres, también afirman que la misma reviste de un carácter personal²⁸¹.

Así lo han respaldado Mazeaud-Tunc, al sostener sobre la responsabilidad de los padres establecida en el artículo 1384 del Código Civil, que la misma no es una responsabilidad por el hecho de otro, al

²⁷⁹ Subero Isa, Jorge A. (2010). *Tratado Práctico de Responsabilidad Civil Dominicana*. Sexta edición. Editorial Santo Domingo.

²⁸⁰ Vásquez, Domingo Rafael. *Responsabilidad civil de los padres por el hecho de sus hijos menores* [en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/responsabilidad-hecho-hijos-menores-360765346>

²⁸¹ Castellanos Pizano, Víctor Joaquín. (1ero. Noviembre de 2003). *La Responsabilidad Civil por el Hecho Ajeno*. FJI-IV Módulo. El Proceso en la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes. Escuela Nacional de la Judicatura.

exponer que: “no es un absoluto del hecho de sus hijos que responden sus padres, sino de su propia falta”²⁸².

Este criterio es asumido por Castellanos Pizano, al citar a Rogel-Vide:

*[...] en efecto, la responsabilidad de las personas mencionadas (...) no surge porque las personas que deben responder hayan cometido un hecho ilícito determinante de unos daños, sino porque los padres (...), debido a una negligencia que se presume, no han evitado que dicho hecho tuviese lugar. No es, pues, una responsabilidad por hechos ajenos que se sanciona, sino una responsabilidad por hechos propios*²⁸³.

El padre y la madre mientras ejerzan la autoridad parental, se presumirán solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos. A tal efecto, bastará que el acto dañoso de los hijos constituya la causa directa del perjuicio sufrido por la víctima, independientemente de toda apreciación moral sobre el comportamiento de los hijos o de los padres²⁸⁴.

La presunción de responsabilidad conforme el artículo 69 de la Ley núm. 136-03, sólo podrá ser desvirtuada mediante la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor. En los casos: a) que la autoridad parental sea ejercida por uno de los padres, este responderá por los daños causados por sus hijos menores en las condiciones enunciadas; b) La responsabilidad prevista en el artículo se aplicará, de igual modo, a los tutores o a las personas físicas que ejerzan la autoridad parental o la guarda de derecho o de hecho sobre los menores de edad.

²⁸² Mazeaud, Henri y León, Tunc, André. *Traité Théorique et Pratique de la responsabilité Civile delictuelle y Contractuelle*. Tomo I. Núm. 732. p. 880.

²⁸³ Castellanos Pizano, Víctor Joaquín. Ob. Cit. p. 8.

²⁸⁴ Ley núm. 136-03. Artículo 69.

La acción civil para la demanda en daños y perjuicios podrá ser ejercida accesoriamente a la acción penal ante la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes conforme a las disposiciones de los artículos 50 y siguientes del Código Procesal Penal en consonancia con el artículo 242 de la Ley núm. 136-03. Cabe resaltar que, en aquellos casos de sobreseimiento o suspensión provisional del proceso, se suspende el ejercicio de la acción civil. Sin embargo, en los casos de sobreseimiento definitivo la acción puede ser ejercida por ante la jurisdicción civil de niños, niñas y adolescentes²⁸⁵.

Ahora bien, en aquellos casos en que la persona menor de edad disponga de patrimonio propio, responden civilmente por los hechos cometidos, por aplicación del artículo 242 de la Ley núm. 136-03, que dispone:

Quando el hecho punible causado por una persona adolescente, no emancipada sea como autor o cómplice, produzca daños y perjuicios comprometerá únicamente la responsabilidad civil de sus padres o responsables, a menos que el niño, niña o adolescente tenga patrimonio propio.

Por otra parte, la Ley núm. 136-03, al atribuir la responsabilidad del daño ocasionado por la persona menor de edad no sólo a los padres, sino también a los responsables, trasciende lo establecido en el artículo 1384 párrafo 2 del Código Civil, otorgando fundamento jurídico a las pretensiones en contra de cualquier otra persona que deba de responder de los daños causados por menores sujetos a su guarda.

En este sentido, el Tribunal Constitucional dominicano, ha decidido que “... la responsabilidad civil supone el conjunto de reglas jurídicas que obliga al autor de un daño o perjuicio a repararlo, a favor de la víctima, mediante una justa compensación. Es decir que ella implica la existencia de un hecho que demanda una contestación

²⁸⁵ Ley núm. 136-03. Artículos 242 al 244.

en derecho contra quien ha infringido las reglas del ordenamiento jurídico”²⁸⁶.

Varias teorías se han configurado respecto a la responsabilidad civil, constituyendo las más socorridas las teorías de la falta y del riesgo. En nuestra legislación la teoría de la responsabilidad civil dominante es la de falta, que obliga a la víctima a demostrar los daños causantes y a su vez, el vínculo de causalidad entre la falta y el daño provocado.

En tal sentido, Trejos al referirse a la responsabilidad establecida por el legislador a cargo de los progenitores o responsables, plantea que, por el hecho cometido por los hijos menores de edad que habiten con ellos, introduce la vida en común de padres e hijos como un elemento que condiciona la responsabilidad. Además, expresa, que la responsabilidad establecida es subjetiva basado en una presunción de falta por descuido de los padres, que admite prueba en contrario²⁸⁷.

En síntesis, la falta de los padres constituye el fundamento de su responsabilidad en el aspecto civil, por tanto, los progenitores tienen que demostrar que el menor de edad no ha cometido falta.

1.4. Administración y Usufructo Legal de los Bienes del Menor de Edad

Los progenitores tienen a su cargo la dirección moral y material de la familia²⁸⁸, tienen la función de representación de la persona

²⁸⁶ Tribunal Constitucional [en línea]. (19 de julio de 2018). Sentencia núm. 0223, en ocasión del recurso de inconstitucionalidad del artículo 1384 del Código Civil. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc022318/> [Consulta: 20 de agosto 2019]. Párrafo 10, b).

²⁸⁷ Trejos, Gerardo, Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. *Derecho de Familia*. Ob. Cit. p. 618.

²⁸⁸ Código Civil dominicano. Artículo 213, párrafo 1 (modificado por la Ley núm. 855 de 1978).

menor de edad, que debido a su incapacidad de obrar requieren de la representación, y por disposición de los artículos 213 y 389 del Código Civil, tendrán el usufructo de los bienes de sus hijos hasta cumplir estos dieciocho años o hasta la emancipación²⁸⁹.

Los actos que puede realizar el administrador sólo son de administración no de disposición, conforme previsiones contenidas en los artículos 385 del Código Civil, al estipular que:

Las obligaciones que a los padres corresponden en este caso serán: 1a. las que tienen en general los usufructuarios; 2a. la alimentación, sostenimiento y educación de los hijos en proporción a su fortuna; 3a. el pago de los réditos e intereses de los capitales; 4a. los gastos de funeral y entierro y los de la última enfermedad.

Por consiguiente, la norma reconoce a los progenitores el derecho de goce legal de usufructuar los bienes del hijo menor, de naturaleza mobiliaria e inmobiliaria. Estos tienen el derecho de un usufructuario²⁹⁰, sin embargo, a diferencia de otros usufructos, no

²⁸⁹ *Ibidem*. Artículo 389 prevé que: “El padre es, durante el matrimonio, el administrador de los bienes personales de sus hijos menores. Es responsable de la propiedad y rentas de aquellos bienes cuyo usufructo no tiene, y solamente de la propiedad en aquellos en que se lo concede la ley”.

Con relación a la administración de los bienes de la comunidad, en nuestra legislación la Ley 189-01, deroga varias disposiciones del Código Civil, y en el artículo 1421 del Código Civil (modificado), se dispone que: “El marido y la mujer son los administradores de los bienes de la comunidad. Pueden venderlos, enajenarlos o hipotecarlos con el consentimiento de ambos”.

²⁹⁰ Planiol y Ripert, plantean con relación al usufructo legal de la renta de los bienes que correspondan a los hijos menores de edad, que: “...tal derecho es el de percibir los frutos, sin estar obligado a rendir cuenta; es, una considerable ventaja que los padres obtienen de la patria potestad. No cabe duda que están obligados a emplear los ingresos del hijo en darle una educación que esté relacionada con la fortuna de éste (y no con la de los padres); sucede frecuentemente que este derecho de usufructo se resuelve para los padres en su beneficio anual considerable. En la práctica este derecho existe en favor del

pueden ser embargados, cedidos ni hipotecados, el derecho de goce legal es indisponible²⁹¹, además permite que demanden en justicia, reciban pagos, realicen actos de administración en cuanto a la vida cotidiana; aceptar sucesión a beneficio de inventario o renunciar a la misma; y, aceptar donación o renunciar a la misma.

En tal razón, si bien el padre y la madre tienen el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos menores de edad, este derecho no le permite enajenar ni hipotecar los mismos, y en aquellos casos en los que se requiera la venta o la hipoteca de un bien inmueble, deberá de establecerse la necesidad absoluta o utilidad evidente para la realización de estos actos de disposición, por lo que será necesario una autorización del consejo de familia.

En este sentido, el artículo 199 párrafo, de la Ley núm. 136-03, prevé que: *“el padre o la madre superviviente, en su condición de administrador legal de niños, niñas y adolescentes representará por sí mismo a sus hijos menores de edad en la gestión de sus derechos, a excepción de las operaciones inmobiliarias, para las que necesita la autorización del consejo de familia, observando las condiciones previstas en el Código Civil”*.

Por su parte, el artículo 457 del Código Civil, dispone que:

[...] el tutor, aunque sea el padre o la madre del menor, no puede contratar en empréstito por cuenta del pupilo, ni enajenar e hipotecar sus bienes e inmuebles, sin que preceda a estos actos una autorización del consejo de familia. Esta autorización no

cónyuge supérstite, después que el hijo herede al primero de sus padres que haya muerto. Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Civile. Derecho Civil. Volumen 8.* Traducido por Leonel Pérez Nieto Castro. México: Editorial Pedagógico Iberoamericana, S.A. de C.V., 1997, p. 262.

²⁹¹ Read, Alexis. (2011). *Las Incapacidades en el Derecho Civil Dominicano.* Tomo I. Primera edición. Santo Domingo. Librería Jurídica Internacional S.R.L. p.133.

se dará nunca si no reconoce por causa una necesidad absoluta o una utilidad evidente. En el primer caso, el consejo de familia no concederá su autorización, sino después de haberse hecho constar, en cuenta sumaria presentada por el tutor, que el dinero, muebles y rentas del menor, no bastaran para cubrir sus necesidades. El consejo de familia indicará en todo caso, los bienes y muebles que hayan de vender con preferencia, y todas las demás condiciones que consideren oportunas.

De ahí que las referidas disposiciones impiden a los progenitores realizar actos de disposición (vender, hipotecar o enajenar) de los bienes correspondientes a la persona menor de edad, sin la previa autorización del consejo de familia, para lo cual se deberá depositar pruebas de la imposibilidad de cubrir sus necesidades y la utilidad o conveniencia del acto de disposición.

En cuanto a la competencia para la conformación del consejo de familia, el artículo 458 del Código Civil, otorga competencia a los tribunales de primera instancia para la homologación de los consejos de familia conformados ante los juzgados de paz²⁹², esta disposición ha sido modificada por la Ley núm.136-03, en el artículo 211 literal n), que atribuye competencia al tribunal de NNA, en atribuciones civiles, para la conformación del consejo de familia de la persona menor de edad y para su homologación da competencia a la corte de apelación de NNA, por disposición del artículo 217 literal d).

En los casos en que se autorice la venta de un bien inmueble correspondiente a una persona menor de edad, deberá ser realizada en pública subasta presidida por un miembro de la Corte de Apelación de Niños,

²⁹² Esta disposición establece: “los acuerdos del consejo de familia que se refieran a este objeto, no se ejecutaran sino después de haber pedido y obtenido el tutor su aprobación ante el tribunal de primera instancia; este resolverá en cámara de consejo y previo dictamen fiscal”.

Niñas y Adolescentes o un notario comisionado para el efecto, precedida por edictos visados y firmados por el presidente del ayuntamiento²⁹³.

Por otra parte, el artículo 386 del Código Civil (modificado por la Ley núm. 452 del 1ro. de mayo de 1941, G. O. 5587), respecto al usufructo de los bienes del menor de edad, hace una advertencia expresa de que el usufructo no tendrá lugar en beneficio del padre o la madre contra quien se haya pronunciado una sentencia de divorcio, excepto sobre los bienes de los hijos que la sentencia hubiera puesto bajo su guarda, no obstante, cesará el usufructo respecto a la madre que contraiga segundas nupcias.

Esta disposición legal, a nuestro criterio, vulnera el principio de igualdad entre el padre y la madre, y en virtud del artículo 39 de la Constitución, lo dispuesto en el artículo 386 del Código Civil debe ser aplicable tanto al padre como la madre.

Sobre este aspecto, Brenes señala que, la cesación del usufructo cuando el padre o la madre haya contraído unas segundas nupcias no debe cesar por el solo hecho del nuevo matrimonio, planteando que: *“cuando el progenitor que tenga la administración del caudal de sus hijos menores, intente pasar a otras nupcias, debe previamente al matrimonio, si desea conservar la administración, pedir al juez que*

²⁹³ Código Civil. Artículo 459.

Por su parte, artículo 954 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: “Cuando el tribunal homologue la deliberación del consejo de familia declarará, por la misma sentencia, que la venta tendrá lugar sea ante uno de los jueces del tribunal en audiencia de pregones, sea ante un notario comisionado al efecto. Si los inmuebles estuvieren situados en varias provincias o distritos, el tribunal podrá comisionar un notario en cada uno de ellos, y también por comisión rogatoria a cada uno de los tribunales donde radiquen los bienes”.

En Francia cuando uno solo de los padres tiene la administración, lo hace bajo control judicial, por tanto, tratándose de un acto de disposición, a falta del otro progenitor, el progenitor sobreviviente debe obtener autorización del juez. Headrick, William C. (2006). *La Familia en Derecho Dominicano y Francés*. Santo Domingo. Unibe. Editora Tafna, S.A. p. 272.

*lo autorice con ese objeto. Si omitiere llenar el requisito pierde por el hecho de contraer nuevas nupcias, la indicada administración. Más que el supuesto de que fuere autorizado para continuarla, el tribunal está facultado, si lo estima necesario, para ordenar garantizar los resultados de la misma...*²⁹⁴.

La referida disposición sugiere la mala influencia que podría generar una pareja en la administración de bienes de los hijos menores de edad; sin embargo, en la actualidad más que referirse a una suspensión inmediata por contraer nuevo matrimonio, debería dar la posibilidad de que pueda ser suspendida la administración de los bienes a solicitud de parte²⁹⁵.

No obstante, la norma establece el derecho de los progenitores de usufructuar los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados, y por ende, tener el poder de representación de los mismos, debemos señalar, que la representación tiene sus excepciones; por ejemplo, en el caso de una adolescente embarazada no se requiere de representación para demandar en alimentos conforme previsión del artículo 172 de la Ley núm. 136-03; de igual manera, en los casos de demanda en reconocimiento de un hijo, ni para el matrimonio, pues en este último caso, solo requiere de autorización²⁹⁶.

Por otra parte, la persona menor de edad puede realizar trabajo productivo remunerado bajo las condiciones establecidas en los artículos 34 al 44 de la Ley 136-03, también realizar actos corrientes, tal como la compra y venta de bienes mobiliarios.²⁹⁷

²⁹⁴ BreneS, Alberto. (1984). *Tratado de las Personas*. Volumen II. San José. Editorial Juriscentro. p. 139.

²⁹⁵ Benavides Santos, Diego. *Código de Familia*. Ob. Cit. p. 544.

²⁹⁶ Ley núm. 659-44, sobre Actos del Estado Civil. Artículo 56.

²⁹⁷ Cabe destacar, asimismo, lo dispuesto en el Principio XI, y los artículos 17, 244 al 254 del Código de Trabajo con relación al trabajo de los menores de edad. Además del Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:>

En este orden, Read, al referirse a la capacidad relativa del menor de edad, cita la sentencia núm. 365 de fecha 18 de junio de 1844, de Cass.civ Jr. Gén. Voz Obligations, que decidió:

[...] la calidad de menor no es suficiente para que se haga anular sin distinción todas las convenciones en las cuales el tutor no ha intervenido: la ley ha requerido únicamente, no que el menor no pueda contratar, sino que no fuese lesionado jamás; en consecuencia, los actos para los cuales no está prescrita ninguna forma especial no pueden ser atacados por causa de incapacidad sino sólo por lesión²⁹⁸.

En definitiva, la persona menor de edad podrá administrar como si fuere un mayor de edad, los bienes adquiridos por su trabajo, y aquellos bienes dados o legados, con la condición expresa de que sus padres no gocen del disfrute de estos, por aplicación del artículo 387 del Código Civil²⁹⁹.

De igual modo, el artículo 201 de la Ley 136-03, dispone que:

Cuando la persona que tenga la administración de los bienes de un niño, niña o adolescente, en su condición de madre, padre, tutor o curador y pongan en peligro los intereses económicos puesto bajo su cuidado, él o la representante del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes o cualquier persona que tenga conocimiento de esta situación, deberá promover, en beneficio del niño, niña o adolescente, el proceso o procesos

:P12100_ILO_CODE:C138 y C077 Convenio sobre el examen médico de los menores (industria), 1946 (núm. 77). Disponible en:https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C077

²⁹⁸ Read, Alexis. *Las Incapacidades en el Derecho Civil Dominicano*. Tomo I. p. 125.

²⁹⁹ Código Civil. Artículo 387: “No se hará extensivo a los bienes que los hijos puedan adquirir por su trabajo o industria peculiar, ni a los que les sean dados o legados, con la condición expresa de que sus padres no hayan de disfrutarlos”.

judiciales tendentes a la privación de la administración de los bienes. Párrafo. - Si la demanda fuere hecha por las autoridades o personas indicadas contra quienes detentan la autoridad del padre y de la madre, no será necesaria la autorización exigida por el Código Civil en lo que respecta a la administración de los bienes del niño, niña y adolescente.

En los casos de conflictos, en cuanto a la administración de los bienes de la persona menor de edad, el padre, la madre o su representante, podrá ser citado ante el ministerio público especializado de niños, niñas y adolescentes a los fines de conciliar, de no llegar a un acuerdo, la parte interesada o el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes apoderarán al Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes para resolver el conflicto judicialmente³⁰⁰.

Más claro aún, en aquellos casos en los que exista desacuerdo entre el padre y la madre en cuanto al ejercicio de sus derechos y deberes, la parte interesada o el representante del ministerio público de niños, niñas y adolescentes podrán solicitar al juez de niños, niñas y adolescentes en sus atribuciones civiles la suspensión provisional de las facultades de disposición y de administración de los bienes de la persona menor de edad y solicitar el nombramiento un administrador de los bienes.

El apoderamiento de la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes, podrá realizarse mediante el procedimiento civil ordinario³⁰¹, o conforme al procedimiento establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en la Resolución núm. 1841 de 29 de septiembre 2005³⁰², que dispone que la jurisdicción especializada

³⁰⁰ Ley núm. 136-03. Artículo 71. Conflicto de Autoridad.

³⁰¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 59.

³⁰² Suprema Corte de Justicia (Pleno). Resolución núm. 1841/2005. Que establece el procedimiento para los procesos de familia ante los tribunales y cortes de niños, niñas y adolescentes [en línea]. [Consulta: 17 de julio 2019]. Disponible en: <http://>

podrá ser apoderada de forma verbal por el interesado o mediante instancia depositada en secretaría del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, con indicación precisa de las generales de ley de la parte, objeto de la demanda, los hechos que sirven de fundamento y pruebas que se harán valer, con la designación del abogado (en caso de estar representado), con indicación del nombre y domicilio de la persona en contra quién se dirige la acción en justicia.

En la fecha fijada para el conocimiento del proceso las partes aportarán los medios de pruebas que estimen pertinentes, para la solución de la controversia sobre la administración de los bienes, se escucharán a las partes, así como los testigos propuestos, y la persona menor de edad podrá ser oída conforme la edad y madurez³⁰³.

En síntesis, los progenitores tienen el usufructo legal de los bienes pertenecientes a sus hijos menores de dieciocho años o hasta la emancipación, por disposiciones del citado artículo 384 del Código Civil. En los casos de muerte la autoridad parental la ejercerá el cónyuge superviviente, y si quedan inhabilitados, el derecho a usufructo legal pasa a los ascendientes, hermanos/as mayores de edad, colaterales y excepcionalmente al Estado³⁰⁴.

1.5. Interés Superior del Niño y Conflicto de Autoridad Parental

Como se ha expresado, la doctrina de la protección integral considera a la persona menor de edad como sujeta de derechos y también de obligaciones, asegurando su protección integral sin distinción por razón de sexo, edad, religión, nacionalidad, entre otros.

www.ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Reglamentos/Resolucion%20No.1841-2005.pdf

³⁰³ Ver flujograma.

³⁰⁴ Ley núm. 136-03. Artículo 81.

Este nuevo paradigma coloca el principio del interés superior del niño³⁰⁵ como principio al que se debe recurrir para la solución de conflicto donde se encuentre envuelta la persona menor de edad, con la finalidad de asegurar su protección integral y a disfrutar de los mismos derechos reconocidos a los adultos.

Este principio ampliamente divulgado, tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959³⁰⁶. A su vez, este principio es considerado como rector y eje central integrador consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, según el cual la consideración primordial son las personas menores de edad en todos los campos (salud, educación, desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social), y cuyo objetivo se concretiza procurando el desarrollo integral que le corresponde como seres humanos en todas sus dimensiones a favor de los niños, niñas, y adolescentes³⁰⁷.

El interés superior del niño se convierte en un principio de relevancia universal, al cual se debe acudir para la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de la persona menor de edad.

En efecto, la protección de este derecho en palabras de Baratta³⁰⁸, no es solo tarea de instituciones particulares, con una competencia

³⁰⁵ Utilizamos el término niño, ya que es el utilizado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que considera como tal a “*Todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. (art. 1 CDN).

³⁰⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño del año 1959. Principio 2.

³⁰⁷ Vicente Salazar, Rodolfo. *Análisis Socio-histórico de construcción de la niñez y adolescencia* [en línea]. [Consulta: 22 de junio 2019]. Disponible en Internet: http://guiagenero.mzc.org.es/GuiaGeneroCache%5CPagina_La_Ni%C3%B1a_000019.html. p.11.

³⁰⁸ Baratta, Alexandro. (1998). “Infancia y Democracia”. en García Méndez, Emilio y Bellof, Mary (editores). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis Desalma.p.85.

específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada, órgano del Estado, entidades territoriales y comunidad internacional, exigiendo coordinación y sinergia de todos los actores competentes e involucrados.

En este mismo orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el principio del interés superior del niño, indica que:

*Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño*³⁰⁹.

Así también, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia por Sentencia C-044/04, de fecha 27 de enero de 2004, se ha pronunciado expresando: “*que 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*”³¹⁰.

Igualmente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, reconoce que el interés superior del niño tiene su origen en la doctrina universal de los derechos humanos y

³⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, ha establecido el fundamento del principio del interés superior del niño, en sus párrafos 56-59. Decide, asimismo, que los artículos 3, 9, 1, 18, 20, 21, 37, y 40 de la CDN constituyen punto de referencia para asegurar la efectiva protección de los derechos contemplados en la CDN a favor de la persona menor de edad.

³¹⁰ República de Colombia. Corte Constitucional [en línea]. Sentencia C-044/04, de fecha 27 de enero de 2004 [Consulta: 7 de agosto 2019]. Disponible en Internet: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/c-044.PDF>].

señala que, los niños como personas humanas en desarrollo, tienen iguales derechos que las demás personas, al señalar: “[...] *que el interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de los derechos en conflictos, y en ese sentido, siempre habrá que adoptarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible, y su menor restricción*”³¹¹.

En otras decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia³¹², se advierte como el interés superior del niño ha actuado como un principio rector influenciado por los contextos sociales y normativos. Por lo que, puede advertirse, que este principio es utilizado como un instrumento nodal, indispensable y propio de la jurisdicción especial de niños, niñas y adolescentes para la solución de sus conflictos.

En consecuencia, pueden identificarse razones básicas de esta protección especial a la persona menor de edad, a saber: i) el respeto de la dignidad humana que constituye uno de los fundamentos del Estado; ii) el proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el contexto social; y, iii) el imperativo de asegurar el futuro y continuidad de la comunidad, garantizando la vida, la integridad personal, la salud, la educación y

³¹¹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. (13 de octubre de 2004). Sentencia núm. 6. B.J. núm.1127. pp. 212-213.

³¹² Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia. Sentencia de fecha 3 de noviembre de 1999. B.J núm.1068, p. 212; Sentencia núm. 7, de fecha 27 de septiembre del 2000, del Pleno de la SCJ BJ 1078, VI, pp. 56-5. Sentencias de fechas 4 de febrero, 13 de octubre del 2004, 06 de abril del 2005, 4 de octubre del 2006 de la Primera Sala de la SCJ. BJ núms. 1119, 1127, 1133 VI, 1151/VI, pp. 117-118, 212-213, 82-83 y 123.

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia dominicana por Resoluciones núms. 699/2004, 3687/2007 y 480/2008, ha establecido que el interés superior del niño es el principio que rige el respeto de todos los derechos y garantías de los menores de edad en procura de su pleno desarrollo integral, considerando a éstos como personas en desarrollo con iguales derechos que las demás personas.

el bienestar de estos. Estas son las premisas comunes de los sistemas jurídicos que propenden a los fines de toda sociedad organizada.

El interés superior del niño como herramienta de interpretación, persigue la realización de un derecho lo más justo posible, recibiendo su sentido de la justicia³¹³, permitiendo precisar el contenido de los derechos fundamentales, determinar quiénes son titulares, identificar aquellas restricciones legítimas al ejercicio de los derechos fundamentales y determinar aquellas situaciones que afecten³¹⁴.

De esta manera, se puede afirmar la existencia de diferentes concepciones sobre el interés superior del niño, calificado como un principio³¹⁵ y también como un mandato³¹⁶. Principio garantista

³¹³ Galán Juárez, Mercedes. *La Interpretación De Los Derechos Fundamentales por parte del Tribunal Constitucional Español* [en línea]. [Consulta: 10 de agosto 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2309677> P. 41-47.

³¹⁴ Huerta Guerrero, Luis Alberto. *La Interpretación De Los Derechos Fundamentales en La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Peruano* [en línea]. [Consulta: 2 de mayo 2019]. Disponible en: http://www.udesarrollo.cl/biblioteca/ccp/2006/agosto/FD_002.pdf.

³¹⁵ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Drae), principio se entiende como la “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia” “causa, origen de algo”; “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Nociones justificadas etimológicamente, pues como refiere Sánchez de la Torre citado por Jiménez Cano: el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere*—tomar— y en el sustantivo *caput* —cabeza—. Lo que de acuerdo a Jiménez Cano, compone entonces, un sentido histórico (“lo antiguo”), un sentido axiológico (“lo valioso”) y un sentido ontológico (“cabeza”).

³¹⁶ Para Robert Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la debida medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

Por otra parte, plantea que las reglas tienen un carácter de mandato, mientras que los principios son mandatos de optimización. Los principios constituyen

que contribuye a la solución de los conflictos, un principio rector guía para la interpretación de los derechos de la persona menor de edad, al que se debe acudir para evaluar las leyes, su formulación, las prácticas, las políticas públicas para dirimir conflictos jurídicos y su colisión con otros derechos, criterios que resultan coincidentes entre la Suprema Corte de Justicia dominicana y tribunales internacionales.

En este sentido, nuestra Carta Magna reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de protección y obliga a la familia, la sociedad y el Estado a proteger y asistir con la finalidad de garantizarles un sano desarrollo integral para el ejercicio de sus derechos fundamentales, sin discriminación por el origen de su nacimiento, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Por lo que, en su artículo 56 de la referida norma jurídica, expone que:

La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente, tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes. En consecuencia:

1) Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos por el Estados contra todas formas

normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, por lo que son satisfechos en grados diferentes y la medida ordenada depende no sólo de posibilidades fácticas sino jurídicas.

Las reglas tienen un carácter de mandatos definitivos, no susceptible de ponderación y que su aplicación es cuestión de todo o nada. La subsunción es la forma característica de aplicación del derecho. Alexy, Robert. (1997). *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona. Gedisa. pp. 162-163.

de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos; 2) Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar, comunitaria y social. 3) Los adolescentes son sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para el tránsito productivo hacia la vida adulta.

Estas prerrogativas traspasan las fronteras nacionales, toda vez que, se encuentran reconocidas en instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado dominicano, y que por aplicación de los artículos 26 y 74 numeral 3) de la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, los derechos de la persona menor de edad se encuentran en un lugar de prevalencia, entiéndase, (i) la prevalencia del interés del menor; (ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; y. (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual.

Con relación al principio del interés superior del niño, en la Observación General 14 (2013), del Comité de los Derechos del Niño, en su párrafo 11, expresa que: “*el interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución*”³¹⁷.

En efecto, el contenido de este principio debe establecerse caso por caso, conforme a cada situación en que se encuentre involucrado los derechos de la persona menor de edad, obligando al juzgador a

³¹⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General 14 (2013) [en línea]. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDeLNino-WEB.pdf>.

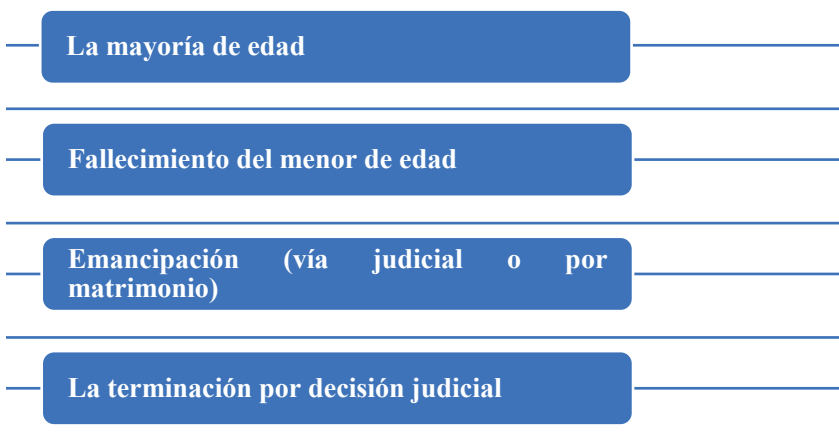
tomar en consideración el contexto, la situación y las necesidades personales, como bien lo señala la referida observación en el párrafo 32, en los casos de conflictos con la autoridad parental, al tomar una decisión es obligación de la autoridad competente tomar en consideración el medio social en que encuentra, el caso en concreto y las necesidades personales de la persona menor de edad.

En aquellos casos en que sean vulnerados los derechos fundamentales de la persona menor de edad, cómo es un asunto de orden público, los poderes públicos tienen la facultad de privar a los progenitores de la autoridad parental para preservar su interés superior, previo procedimiento establecido en la norma.

En síntesis, con el reconocimiento de la persona menor de edad como sujeto de protección especial, obliga al juzgador a interpretar, aplicar el principio del interés superior del niño y la prevalencia de los derechos del menor de edad en caso de conflicto con otros derechos e intereses legítimamente protegidos, a fin de garantizar su desarrollo integral.

1.6. Extinción de Pleno Derecho de la Autoridad Parental

La autoridad parental se extingue cuando el hijo ha llegado a los dieciocho años o cuando ha sido emancipado por vía judicial o por matrimonio (artículos 72, literales a) y c) de la Ley núm. 136-03 y 371-1 del Código Civil). De igual manera se extingue la autoridad del padre y de la madre por el fallecimiento del hijo (artículo 72 literal b) de la Ley núm.136-03) y en caso de la suspensión definitiva de la autoridad del padre y/o de la madre por decisión judicial (artículo 72 literal d) de la Ley núm.136-03).



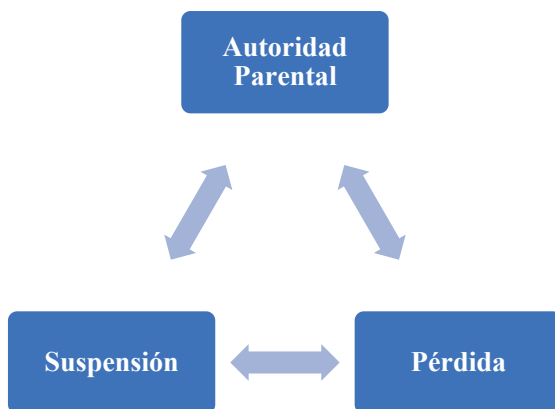
Flujograma 2. Extinción de la Autoridad Parental

Los poderes-deberes que derivan de la condición de progenitor, subsisten simultáneamente, sin embargo, pueden excepcionalmente desligarse. En estos casos, la norma prevé la exclusión de los progenitores del ejercicio de la autoridad parental, cuando se establezca que el ejercicio de esta pueda constituir un peligro para el menor de edad, por el incumplimiento del deber propio.

El juzgador examinará o ponderará los derechos en conflictos, cuál favorece al desarrollo integral de la persona menor de edad. De manera que, el juzgador al establecer si un acto es limitativo de derecho, conforme al test de la razonabilidad, debe identificar si es necesaria, idónea y proporcional al adoptar esa medida³¹⁸. Pues, privar al menor de edad del cuidado y vigilancia del padre o de la presencia

³¹⁸ El test de razonabilidad, constituye una herramienta argumentativa orientada a fundamentar la validez de los fallos que contienen colisiones de derechos fundamentales. Se identifican tres subprincipios: idoneidad (toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar el fin establecido; la necesidad (la intervención en los derechos fundamentales debe realizarse en la medida más favorable, necesario e idóneos para alcanzar el objetivo establecido, y el de proporcionalidad que va a determinar cuál es el peso abstracto de cada principio fundamental.

del padre y la madre, puede conllevar una vulneración de su proceso de crecimiento y del desarrollo de su personalidad, y provocar en consecuencia una ruptura del concepto de familia como unidad primaria de la sociedad.



Flujograma 3. Autoridad parental

1.6.1. Suspensión de la Autoridad Parental

La Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 9, disponen el derecho que tienen los menores de edad a relacionarse con sus padres, salvo que dicha relación sea contraria a su interés superior.

Al referirse sobre la terminación de la autoridad parental, la Sala Constitucional de Costa Rica en la sentencia núm. 2006-012019, de fecha 16 de agosto de 2006, es de criterio que:

[...] el ordenamiento jurídico, en atención al interés superior del niño o niña y en consideración a la importancia que tanto la figura paterna como materna tiene para aquél o aquella, debe promover el acercamiento entre el hijo o hija y su padre o madre. El desarrollo integral del menor requiere que tanto el padre como la madre, independientemente de su situación

personal, apoyen de manera complementaria a los hijos, cada uno a partir de su rol particular. Incluso, en una hipótesis extrema pero posible, si uno de los progenitores faltara, el niño siempre podrá encontrar apoyo en el otro. Sin embargo, una relación de esa naturaleza solo será posible si previamente madre/padre e hijo/hija ha tenido la oportunidad de construirla. En tan trascendental la relación de padre/hijos en la vida de cualquier persona que solo en el evento de que aquella represente riesgo o daño para el menor, el ordenamiento debe intervenir en resguardo de los derechos o integridad física del menor, sea a través de una modificación del régimen de guarda y crianza, o de la terminación de la patria potestad³¹⁹.

En materia de familia los derechos-deberes de ambos progenitores, solo se pierden en los supuestos establecidos en la norma, siempre y cuando se demuestre más allá de toda duda la existencia de una justificación legal que provoque su desvinculación. De modo, que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los progenitores puede producir la suspensión temporal de la autoridad parental (y en caso más grave la terminación judicial) y, por tanto, sustraerse momentáneamente las facultades tuitivas sobre sus hijos menores de edad.

Como los asuntos de familia son de orden público e interés social, tienen legitimidad activa para interponer una demanda en solicitud de suspensión y terminación de la autoridad parental conforme dispone el artículo 77 de la Ley núm.136-03:

- *El niño, niña o adolescente interesado/a, teniendo en cuenta su edad y madurez;*

³¹⁹ Costa Rica. la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 2006-012019, de fecha 16 de agosto de 2006 [Consulta: 9 de agosto 2019]. Disponible en internet: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjExNA>

- *El padre, la madre o responsable, ascendientes o colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad;*
- *El Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes;*
- *El Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI).*

La jurisdicción competente para conocer sobre la suspensión, recuperación y pérdida de la autoridad parental será el tribunal de niños, niñas y adolescentes en sus atribuciones civiles³²⁰ del lugar donde resida la persona menor de edad, que procederá a conocer la misma de forma contradictoria, en el que se debatirá sobre las causas que han dado origen a la demanda y en qué medida afecta el interés superior de la persona menor de edad³²¹.

En el procedimiento para la suspensión de la autoridad parental, el ministerio público especializado de niños, niñas y adolescentes

³²⁰ Suprema Corte de Justicia (Pleno). Resolución núm. 1841/2005, 29 de septiembre de 2005, [en línea]. Establece el procedimiento en relación a los plazos entre el depósito de la demanda, la citación, la audiencia y los recursos para los procesos de Familia ante los Tribunales y Cortes de Niños, Niñas y Adolescentes. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en: <http://www.ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Reglamentos/Resolucion%20No.1841-2005.pdf>.

La competencia se establece en razón de la persona por conforme el artículo 213, de la Ley núm. 136-03, dispone que: *“El tribunal competente de niños, niñas y adolescentes en atribuciones civiles lo será el del Distrito Judicial donde tiene su domicilio el niño, niña y adolescentes. Párrafo: El domicilio legal del niño, niña o adolescentes es el de la persona que detenta la guarda, sea por mandato de la ley o por decisión judicial”*.

³²¹ Ley 136-03, Artículo 78 dispone que: *“Tanto la suspensión como la pérdida y recuperación de la autoridad parental será pronunciada por la jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, en atribuciones civiles, previo procedimiento contradictorio y tomando en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. Párrafo.- En todo procedimiento de suspensión temporal o de terminación por decisión judicial o de recuperación será escuchada la opinión del niño, niña o adolescente, de acuerdo a su edad y madurez”*.

deberá emitir su opinión y escucharse a la persona menor de edad conforme su edad y madurez³²².

La suspensión temporal de la autoridad parental³²³ como tal, constituye una cesación transitoria de las facultades tuitivas, es decir, del cuidado de sus hijos menores de edad, así como su representación legal y la facultad de administración de sus bienes. En nuestra legislación las causales de suspensión se encuentran establecidas en el artículo 74 de la Ley núm. 136-03, a saber:

- *“Falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus deberes, cuando tengan los medios para cumplirlos;*

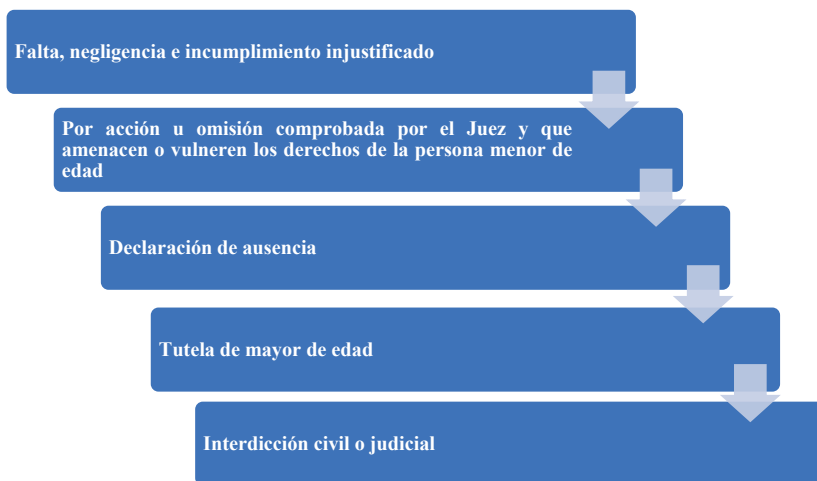
³²² Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención Derechos del Niño. Artículo 12 establece que: *“el tribunal antes de resolver, deberá escuchar la opinión de la persona menor de edad que esté en condiciones de formarse un juicio propio”*.

Por su parte, el Artículo 16 de la Ley núm. 136-03, dispone que: *“Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión, ser escuchados y tomados en cuenta, de acuerdo a su etapa progresiva de desarrollo. Párrafo I.- Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes: estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional. Párrafo II.- Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que esté vinculada a la garantía de sus derechos e intereses”*.

El Comité sobre los Derechos del Niño en la Observación General 12 (2009), en sus numerales 11 y 12, expresa: *“11. Los Estados partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado. 12. Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación”*. [en línea]. [Consulta: 12 de agosto 2019]. Disponible en internet: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>.

³²³ Las causas de suspensión de la autoridad parental se encuentran establecidas en la ley, de manera concreta, razón por la que las partes no pueden alterar o modificar las mismas alegando la autonomía de la voluntad.

- *Cuando el padre y/o la madre por acción u omisión, comprobadas por el juez competente, amenacen o vulneren los derechos del niño, niña y adolescente y pongan en riesgo su seguridad y bienestar integral aún como resultado de una medida disciplinaria;*
- *Declaración de ausencia;*
- *Ser puesto bajo el régimen de tutela de mayor de edad;*
- *Interdicción civil o judicial”.*



Flujograma 4. Suspensión Autoridad Parental

En los casos establecidos en el literal a) del referido artículo, la falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus deberes, cuando tengan los medios para cumplirlos, es necesario que la falta sea lo suficientemente grave, que denote en su autor/a una imprevisión y ligereza imperdonable, que ponga en peligro los derechos fundamentales de la persona menor de edad.

De igual modo, al decidir, el juzgador debe tomar en consideración si la negligencia ha sido producto de un acto deliberado atribuido por uno de los progenitores o ambos, y si esa omisión u olvido de sus deberes, ha ocasionado un daño a la persona del menor de edad y cuya observación pudo haber evitado el daño producido.

En cuanto a la ausencia declarada, establecida como causal para la suspensión de la autoridad parental, en el literal c) del artículo 74 de la Ley núm. 136-03, en el caso de incertidumbre en cuanto a la existencia actual de uno de los progenitores, el citado artículo 115 del Código Civil, prevé que: *“cuando una persona se hubiere ausentado de su domicilio o residencia, no teniéndose noticia de ella durante cuatro años consecutivos, las partes interesadas podrán pedir al tribunal de primera instancia que se declare la ausencia”*.

Por tanto, se requiere que la ausencia haya sido declarada para acogerse como causal de suspensión de la autoridad parental ya que, el ausente es una persona que no se tiene conocimiento del lugar donde se encuentra y supone una ruptura de hecho de la persona con el medio social al que pertenece, es decir, no se puede establecer si está vivo o ha fallecido³²⁴.

En estos casos debe apoderarse, previamente, la jurisdicción civil ordinaria del último domicilio del presunto ausente, a los fines que proceda a declarar la ausencia conforme los requerimientos establecidos en el Código Civil, en sus artículos 115 al 140. Razón por la que no podrá solicitarse la suspensión temporal de la autoridad parental del/la progenitor/a hasta tanto no sea declarada la misma.

Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil, declarada la ausencia del padre, la madre quedará a cargo del cuidado de sus hijos menores de edad, al disponer que: *“Si el padre ha desaparecido, dejando hijos menores frutos de un mismo matrimonio, la madre quedará*

³²⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Ob. Cit. p. 100.

encargada del cuidado de los mismos, ejerciendo todos los derechos que correspondieren al marido en lo relativo a la educación de aquéllos y administración de sus bienes". Sin embargo, esta disposición legal debe ser interpretada conforme las previsiones de la Ley núm. 855 de 1978, que otorga la autoridad conjunta tanto la madre y el padre independientemente del modo en que se origine un acontecimiento.

Cabe destacar que el artículo 112 del Código Civil, establece el procedimiento a seguir en caso de ausencia de los progenitores, al prever que: *"Seis meses después de la desaparición del padre, si la madre hubiese fallecido al tiempo de esta desaparición, o si muriese antes que se declarase la ausencia del padre, se confiará el cuidado de los hijos por el consejo de familia a los ascendientes más próximos o, en su defecto, a un tutor provisional"*.

Además, en los casos de que el padre o la madre se encuentren en un estado habitual de imbecilidad, enajenación mental o locura, y sea declarado interdicto por un tribunal competente, procede solicitar la suspensión de la autoridad parental sobre sus hijos menores de edad, ante la imposibilidad del o la progenitor/a de tener la guarda, cuidado y vigilancia.

En este orden de ideas, la interdicción ha sido definida por Henri Capitant, como: *"El estado de la persona mayor de edad que ha sido privada de la disposición y administración de sus bienes, por sentencia que verificó su estado habitual de imbecilidad, demencia o furor; y que se halla colocado bajo tutela"*³²⁵. De manera que, antes de proceder al apoderamiento de la jurisdicción especializada, debe haber sido declarada la interdicción judicial del/la progenitor/a, mediante un procedimiento judicial que declare su incapacidad por su estado mental.

³²⁵ Capitant, Henri. Vocabulario Jurídico. (1995). Publicado bajo la dirección de Gérard Cornu. Santa Fe de Bogotá. Colombia. Editorial Temis S. A. p. 327.

A diferencia de la interdicción judicial, la interdicción legal se produce no por el estado mental de la persona, sino más bien, con la condena a penas graves, que conlleva la afectación de la posibilidad de gestionar por sí mismo su patrimonio, de igual manera puede constituir una causal para solicitar la suspensión y terminación de la autoridad parental. Así lo prevé el Código Penal, al estipular que:

Todo condenado a detención o reclusión permanecerá mientras dure la pena en estado de interdicción legal. Se le nombrará, tanto a éstos como a los condenados a reclusión mayor, tutor y protutor, que cuidarán y administrarán sus bienes. Este nombramiento se hará con arreglo a las disposiciones prescritas por el Código Civil, para el de los tutores y protutores de los incapacitados.

Por lo que, para solicitar la suspensión de la autoridad parental alegando incapacidad legal, la sentencia necesariamente debe tener el carácter de la cosa juzgada; más aún, la decisión no debe de ser susceptible de ningún recurso. Ahora bien, entre la interdicción judicial (a consecuencia del estado mental de una persona) y la interdicción legal (a consecuencia de una condena), en cuanto a la conformación de los órganos y el procedimiento es el mismo previsto para la tutela, en virtud de las disposiciones establecidas en el Código Civil, por lo que, deberá de designarse un tutor, quien dará cuenta de su administración³²⁶ y la persona pierde el ejercicio de sus derechos³²⁷.

³²⁶ Código Civil. Artículo 501 dispone que: “*Toda sentencia que produzca interdicción o nombramiento de consultor se expedirá copia a solicitud de los demandantes, quienes la notificarán a la parte que corresponda, y la harán fijar por carteles, dentro de los diez días en la sala de audiencias y las notarías del distrito judicial*”.

Por otra parte, el artículo 30 del Código Penal, dispone: “*Los bienes del condenado le serán devueltos después que haya sufrido su pena, y el tutor le dará cuenta de su administración*”.

³²⁷ Read, Alexis. Ob. Cit. p. 179.

La decisión que ordena la suspensión de la autoridad parental del padre, madre o de ambos, debe estar debidamente fundamentada y debe establecerse las condiciones a las que deben someterse los progenitores para su recuperación, toda vez que, esta constituye una especie de advertencia a los progenitores a los fines de que cumplan con sus deberes, ya que está en riesgo de perder la autoridad parental sobre sus hijos menores de edad de no someterse a lo regulado en la sentencia.

La suspensión de la autoridad parental no extingue las facultades tuitivas del padre o la madre o de ambos, con relación a sus hijos menores de edad, pues, el efecto de la decisión es la interrupción por el incumplimiento de sus deberes, y que a consecuencia de esta no pueden ejercerlos.

Tanto la suspensión como la terminación de la autoridad parental por decisión judicial no conlleva un desplazamiento de la filiación establecida, en el sentido de que, no produce una desvinculación de los progenitores de sus vínculos sanguíneos, y la consecuencia que genera la suspensión de los derechos que tienen con relación a sus hijos, no libera ni exonera a los padres de sus deberes, en consecuencia, están obligados a prestar alimentos en su favor por el lazo de filiación existente³²⁸.

Al decidir el tribunal tiene un amplio poder de apreciación de los hechos sometidos, para suspender o modificar el ejercicio de la autoridad parental. Pese a esto, este poder discrecional para decidir no les permite emitir decisiones basados en la íntima convicción, sino en

³²⁸ En cuanto a las obligaciones de los padres de velar por los hijos y alimentarlos, cabe señalar que aun cuando son un contenido propio de la patria potestad, derivan directamente de la existencia de un vínculo de filiación y, por ende, siguen existiendo incluso en supuestos en los que los progenitores no ostenten la patria potestad. Martínez Calvo, Javier. Ob. Cit. p. 22.

la sana crítica, ya que, el juzgador tiene el deber de motivar en virtud de las normas, instrumentos internacionales y utilidad de la medida.

La suspensión de la autoridad parental puede ser objeto de recuperación, por la relatividad de cosa juzgada que trae consigo la demanda de esta naturaleza. En este caso, la parte interesada podrá poner en causa a la otra parte, ante el tribunal de niños, niñas y adolescentes que conoció del proceso, una vez hayan cesado las causas que dieron origen a la misma³²⁹.

La decisión que ordene la suspensión temporal o recuperación de la autoridad parental puede ser objeto del recurso de apelación ante la Corte de Niños, Niñas y Adolescentes, así como el de casación ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

En conclusión, la suspensión temporal de la autoridad parental constituye una sanción temporal a los progenitores o uno de ellos, ante una falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus obligaciones o por acciones u omisiones comprobadas de sus deberes, que conllevan a una vulneración de los derechos fundamentales de su hijo o hija menor de edad, y la misma puede ser recuperada cuando hayan cesado las causas que han dado origen a su suspensión, por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la sentencia.

³²⁹ Código Civil. Artículo 75 dispone que: “*La recuperación de la autoridad parental podrá ser demandada por la parte interesada, previa puesta en causa de la otra parte, una vez hayan cesado las causas por las cuales fue declarada la suspensión temporal*”.

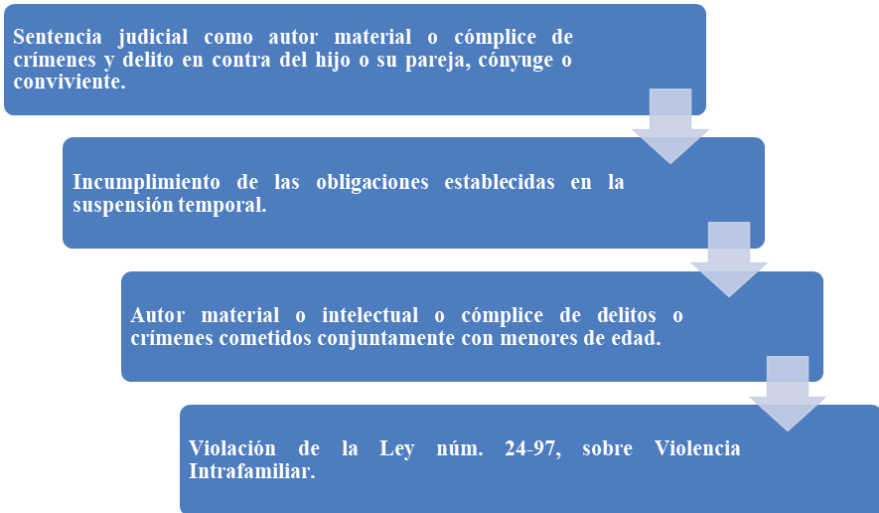
Y conforme las previsiones del citado artículo 78 de la Ley núm. 136-03, se debe observar el mismo procedimiento que ordenó la suspensión de la autoridad parental, razón por la que el proceso es contradictorio y debe ser escuchada la opinión de la persona menor de edad, conforme su edad y madurez.

1.6.2. Terminación la Autoridad Parental por Decisión Judicial

El legislador ha establecido una sanción más severa por el incumplimiento de las obligaciones paterno/materno/filial, al disponer en el artículo 76 de la Ley núm. 136-03, como causales que dan lugar a la terminación por decisión judicial de la autoridad parental, las siguientes:

- a) Cuando el padre o la madre y/o personas responsables, de hecho, o de derecho, sean declarados mediante sentencia judicial como autor material o autor intelectual o cómplice de crímenes o delitos en contra de la persona del hijo o hija o en contra del otro cónyuge o conviviente;*
- b) Cuando el padre, la madre y/o persona responsable incumpla las obligaciones establecidas por el o la juez competente, en el proceso de suspensión temporal de la autoridad;*
- c) Autor material o intelectual o cómplice de delitos o crímenes cometidos, conjuntamente, con niños, niñas o adolescentes;*
- d) Por la comisión de las infracciones contenidas en la ley 24-97, sobre violencia intrafamiliar.*

Párrafo. - En todas estas infracciones, y tratándose de delitos, el juez valorará el daño producido al niño, niña o adolescente, para determinar si se aplica la suspensión temporal o se dispone la terminación de la autoridad parental. Párrafo.- En todo procedimiento de suspensión temporal o de terminación por decisión judicial o de recuperación será escuchada la opinión del niño, niña o adolescente, de acuerdo a su edad y madurez.



Flujograma 5. Causa de Terminación de la Autoridad Parental

En los supuestos establecidos en la referida disposición legal, da la potestad al juzgador de valorar si los hechos alegados en la pretensión constituyen causa justificativa para la exclusión de la autoridad parental, y si los mismos dan lugar a la suspensión temporal de la misma.

Así lo ha respaldado la doctrina al expresar Ortega Velez, citando a Santosky V. Kramer, que:

*[...] el Tribunal Supremo de Estados Unidos decidió que la cláusula del debido proceso de ley de la Enmienda XIV de la Constitución Federal requiere que antes de privar a un padre del derecho de patria potestad y custodia sobre un hijo, el Estado demuestre más allá de toda duda razonable que el padre debe ser privado de sus derechos sobre su hijo*³³⁰.

³³⁰ Ortega Velez, Ruth. (1997). *Lecciones de Derecho de Familia*. San Juan. Puerto Rico. Ediciones Scisco. p. 278.

Cabe destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento para los casos de terminación de la autoridad parental, es análogo al de la suspensión temporal; por tanto, el juzgador deberá de respetar el debido proceso de ley y tomar en consideración todos los elementos de pruebas aportados por las partes, además, de valorar el interés superior del menor de edad, la opinión del representante del ministerio público ante la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes y escuchar el menor de edad, conforme la edad y madurez.

En los literales a) y c) del artículo 76 de la Ley núm. 136-03, se establecen como causales para la terminación de la autoridad parental, que el padre o la madre, hayan sido declarados responsable como autor material o autor intelectual o cómplice de crímenes en contra de la persona del hijo o hija, o en contra del cónyuge o conviviente o cometido el ilícito conjuntamente con niños, niñas y adolescentes.

En estos supuestos, previo al conocimiento ante la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes, la jurisdicción penal ordinaria o especializada³³¹ debe haber emitido la decisión declarando la responsabilidad penal del progenitor/a en el ilícito puesto a su cargo y, por ende, la sentencia debe tener la autoridad de la cosa juzgada.

Asimismo, es importante destacar que, la comisión de un ilícito penal no conlleva necesariamente la pérdida de la autoridad parental, puesto que, cuando se condena a una persona por un delito de acción privada, como una estafa y en aquellos delitos en los que se ordene una suspensión condicional de la pena, no imposibilita el ejercicio de la autoridad parental.

El incumplimiento injustificado del progenitor/a de los deberes- obligaciones establecidas por el juzgador en un procedimiento de

³³¹ En los casos que se trate de una persona adolescente.

suspensión temporal de la autoridad parental, da lugar a la terminación de la autoridad parental por decisión judicial.

Por otra parte, el abuso de la autoridad parental puede implicar sanciones de tipo penal, que presuponen una acción ilícita y una condena penal; en los casos previstos en la Ley núm. 24-97, que introduce modificaciones al Código Penal dominicano, sanciona el abandono y maltrato de niños, niñas y adolescentes, atentados al ejercicio de la autoridad del padre y la madre, así como el abandono de familia.

En este sentido, el artículo 348 del Código Penal dominicano establece sanciones de prisión de dos meses a un año y multa de quinientos a cinco mil pesos, a las personas que tenga a su cargo la guarda o el cuidado de una persona menor de siete años y lo lleve a una institución sea pública o privada con fines de abandono.

El simple abandono en un lugar solitario de un niño o niña menor de siete años conlleva prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a cinco mil pesos, aplicables tanto al que lo haya ordenado, así como el que hubiere ejecutado el abandono³³². Estas sanciones se agravan de seis meses a cinco años, y la segunda desde mil a veinte mil pesos en los casos en que el autor del ilícito sean tutores, maestros o profesores que ordenaren el abandono del niño o niña, o se hagan reos de dicho abandono³³³.

Ahora bien, en los casos en que el menor de edad a consecuencia del abandono quedará mutilado o con lesión permanente, será sancionado el autor del ilícito como reos de delitos de heridas voluntarias, y en caso de muerte como homicidio³³⁴.

³³² Código Penal. Artículo 349 (modificado por la Ley núm. 24-97 de fecha 28 de enero de 1997. G.O. 9945).

³³³ *Ibidem*. Artículo 350.

³³⁴ *Ibidem*. Artículo 351.

En aquellos casos en que el padre o la madre o las personas que tenga a su cargo a un niño, niña o adolescente, lo abandone y maltrate, no le presten atención, afecto, vigilancia o corrección suficientes, o permitan o inciten a éstos a la ejecución de actos perjudiciales para su salud síquica o moral, darán lugar a un procedimiento de pérdida definitiva de la autoridad parental. De igual manera, cuando el progenitor o la progenitora tiene a su cargo una persona menor de edad, y que por dolo, acción u omisión, le causen daños físico, mental o emocional.

Además, puede dar lugar a la terminación por decisión judicial, cuando se cometa o se consienta que terceros cometan abuso sexual, cuando se utilice o se permita que el menor de edad sea objeto de la práctica de mendicidad, pornografía o prostitución, cuando sean empleados en trabajos prohibidos o contrarios a la moral o que ponga en peligro la vida, la salud o la integridad física del menor de edad.

Asimismo, podrá solicitarse el término de la autoridad parental cuando los progenitores o uno de ellos disfrutando de medios económicos o por negligencia, no suministren alimentos, ropas, habitación, educación o cuidados en su salud, poniendo en riesgo la salud, la integridad física-psíquica, así como el desarrollo integral del menor de edad³³⁵.

También, constituyen causas que pueden dar lugar a la terminación de la autoridad parental, el abandono de la residencia familiar por parte del padre o la madre sin motivo grave, durante más de dos meses y que se sustraiga de todas o parte de las obligaciones de orden moral o de orden material resultantes de sus deberes y obligaciones. Y en aquellos casos en que el cónyuge o conviviente sin motivo grave, abandone voluntariamente, durante más de dos meses, a la cónyuge o conviviente, conociendo su estado de gravidez.

³³⁵ Código Penal dominicano. Artículo 351-2.

De igual modo, da lugar a la terminación de la autoridad parental los maltratos, ejemplos perjudiciales para la persona menor de edad, embriaguez habitual, mala conducta notoria, falta de atenciones o falta de dirección necesaria, que afecten la salud, la seguridad, la moralidad de los hijos³³⁶.

En los casos de demanda en suspensión temporal o definitiva de la autoridad parental, el equipo multidisciplinario asignado al tribunal por el Conani³³⁷, deberá rendir un informe de las evaluaciones sociales y psicológicas realizadas a las partes. Además, el demandante deberá aportar pruebas suficientes para justificar sus pretensiones. Al decidir el tribunal especializado de niños, niñas y adolescentes tiene un amplio poder para ordenar las medidas, tales como, la comparecencia personal de las partes, la audición de testigos, entre otras.

Los efectos de la terminación de la autoridad parental tienen un carácter definitivo, esto conlleva a que, la decisión no pueda ser revocada una vez la sentencia adquiera la autoridad de la cosa juzgada, y conforme al contenido del artículo 81 de la Ley núm. 136-03, en los casos en que la terminación se produzca respecto de ambos padres, la persona menor de edad podrá ser sujeto de guarda y adopción; o podrá ser asumida por ascendientes, hermanos y hermanas mayores de edad, tíos/as, excepcionalmente, por el Estado. En aquellos casos en que la terminación se produzca respecto de uno de los padres, la autoridad parental corresponde de derecho al otro.

Finalmente, en los casos de atentado al ejercicio de la autoridad parental el artículo 357-2 del Código Penal prevé que cuando por ley, por una decisión judicial, provisional o definitiva, o una convención

³³⁶ *Ibíd.* Artículo 357-3.

³³⁷ Ley núm. 136-03. Artículo 268, párrafo: “*Tanto el estudio socio familiar como el sicológico, tendrán un valor equivalente al de un dictamen pericial, y será valorado conforme a las reglas de la sana critica. Se podrá solicitar que los especialistas que suscriban el estudio se presenten a la etapa de juicio*”.

judicialmente homologada, se decida que la autoridad será ejercida por el padre o la madre solos, o por los dos padres conjuntamente, o que haya sido entregado a un tercero, el padre, la madre o toda persona que no presenta a la persona menor de edad, a las personas que tienen el derecho de reclamarlo o que, lo sustraigan o lo desplacen, o lo hagan sustraer o desplazar de las manos de aquéllos que ejerzan la autoridad parental o a los cuales les ha sido confiada o de la casa donde tiene su residencia habitual, o de los lugares donde estos últimos lo hubieren colocado, será sancionado con prisión de un mes a un año, y de multa de quinientos a quince mil pesos. En el caso de que el culpable haya sido despojado de la autoridad parental, la prisión podrá ser elevada hasta tres años.

En síntesis, cuando se declara la pérdida de la autoridad parental por decisión judicial, el/la progenitor/a, pierde la posibilidad de ejercer los derechos-deberes propios que la relación jurídica confiere a los progenitores.

2. Conclusión

La autoridad parental como institución del derecho de familia es concebida como un derecho-función, cuyo ejercicio tiene como finalidad la protección de la persona menor de edad y sus bienes, no en interés del titular sino, más bien, en interés de la persona menor de edad. Por tanto, corresponde a los progenitores garantizar el disfrute pleno de los derechos fundamentales de los hijos bajo su responsabilidad y la orientación para que puedan ejercerlos de manera progresiva.

Por ello, los progenitores como titulares de la autoridad parental tienen la obligación natural de proteger y alimentar a sus hijos, como resultado del vínculo de filiación, la cual continúa aun cuando no ostenten la autoridad parental.

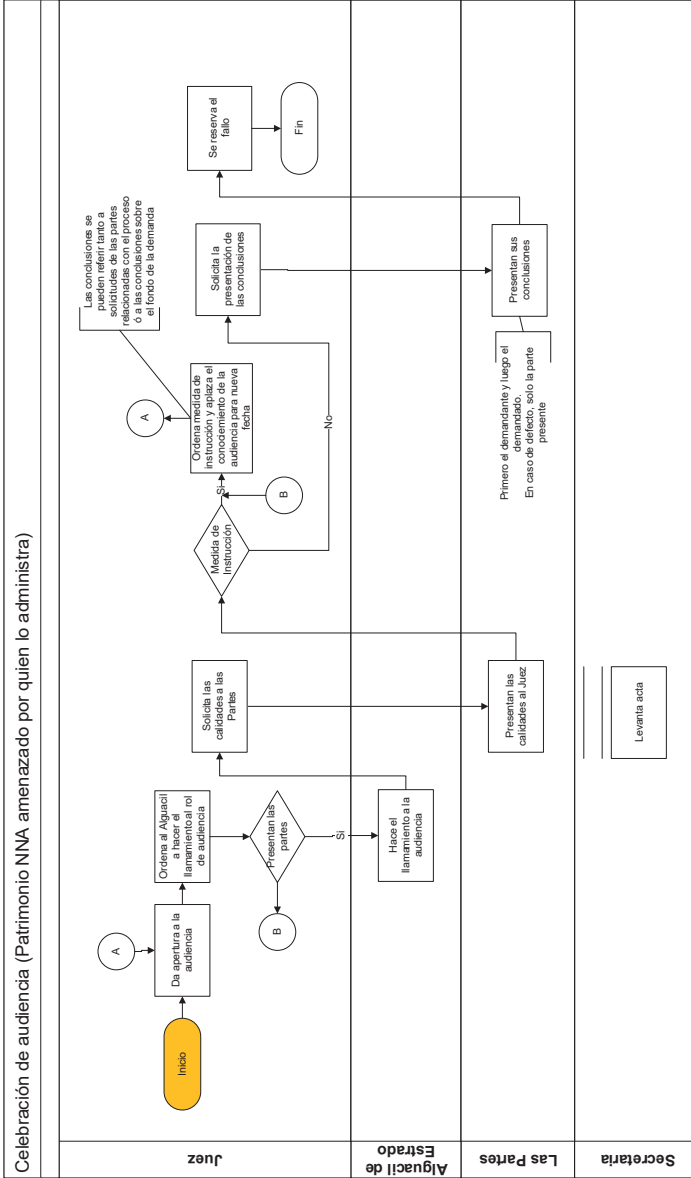
En la determinación del contenido de la autoridad parental, se deben tomar en consideración tres aspectos esenciales: i) el personal, que constituye la convivencia, alimentos, formación integral; ii) la administración de los bienes de los hijos; y, iii) la representación de estos.

La autoridad parental puede ser objeto de suspensión y de terminación por decisión judicial. En tal sentido, la decisión que ordena la suspensión de la autoridad parental del padre, madre o de ambos, debe establecer las condiciones a las que deben someterse los progenitores para su recuperación.

A diferencia de lo que sucede con la terminación de la autoridad parental por decisión judicial que tiene un carácter definitivo, por ende, no puede ser revocada una vez la sentencia adquiriera la autoridad de la cosa juzgada, y en aquellos casos en que la terminación se produzca respecto de ambos padres, la persona menor de edad podrá ser sujeto de guarda y adopción; o asumida por ascendientes, hermanos y hermanas mayores de edad, tíos/as, excepcionalmente por el Estado.

ANEXOS FLUJOGRAMAS

- *Procedimiento Patrimonio de NNA amenazado por quien lo administra.*
- *Procedimiento de Suspensión Autoridad Parental (Artículos 73,74,77 al 80 Ley136-03)*



CAPÍTULO V

GUARDA Y REGULACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

Mirta Felicia Duarte Mena

CAPÍTULO V

GUARDA Y REGULACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

Resumen

En este trabajo se aborda el carácter y naturaleza de la guarda, su finalidad, el derecho que tiene la persona menor de edad a ser oída, criterios para otorgar la guarda, el valor que tienen los trabajos sociales y psicológicos realizados por el equipo multidisciplinario, los efectos que generan el otorgamiento de la guarda, la vinculación de la guarda y el régimen de visitas, sus titulares y criterios para la regulación de las visitas.

1.1. Guarda: Conceptualización

La persona menor de edad tiene derecho a vivir con su familia, quien debe de satisfacer las necesidades afectivas, materiales y psicológicas³³⁸. Además, en el proceso de su desarrollo deberá recibir protección contra las injerencias arbitrarias o ilegítimas en su entorno familiar.

Esta prerrogativa está consagrada expresamente en la Constitución de la República Dominicana, así como en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de

³³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2007 [en línea]. [Consulta: 6 noviembre 2019]. Disponible en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/corteidh_jurisprudencia_sobre_el_derecho_de_los_ninos_0.pdf.

la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En una situación de normalidad en el matrimonio o unión consensual, ambos progenitores son titulares de la autoridad parental y la ejercen de forma simultánea, quedando la guarda subsumida en la autoridad parental; sin embargo, la ruptura de la relación entre los progenitores trae como consecuencia que la guarda se separe de la autoridad parental, por el desplazamiento que trae consigo el divorcio, la separación judicial o de hecho, declaración de ausencia y en aquellos casos que por acción u omisión quebrante los derechos fundamentales de la persona menor de edad³³⁹.

Como ha señalado Barcia Lehmann, citando A. Lathorp:

[e]n los casos de ruptura conyugal o de pareja, la guarda y custodia de los hijos se desgaja de la patria potestad transformándose en un derecho-deber independiente (nota al pie) que, generalmente (...) irá acompañado del ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor guardador, y de la titularidad conjunta de la misma con el otro padre o madre no custodio³⁴⁰.

³³⁹ Joaquín María, Andrés Joven. *Patria Potestad y custodia. Contenidos y Facultades de ambas instituciones, La posición jurisprudencial*. Madrid: Consejo del Poder Judicial. 2009, p.33.

³⁴⁰ Barcia Lehmann, Rodrigo. *Revista Ius et Praxis*. Año 18. núm. 2, 2012. pp. 441-474 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales “*Custodia compartida de los hijos*”. (2008). Madrid. Lathrop Gómez F. “*La Custodia compartida de los hijos*.” Ob. Cit. “*Si bien existe una estrecha correlación entre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, ello no significa que esta nazca solamente frente a la ausencia de convivencia de los padres. Lo que ocurre es que esa situación viabiliza esta figura que antes formaba un todo con las demás funciones de la patria potestad. Cuando la guarda se encuentra desprovista de las otras funciones de la patria potestad, se produce una verdadera cirugía estética de esta figura.*”

Al referirse a la guarda, Estellés Peralta³⁴¹ ha señalado que la autoridad parental y la guarda no son términos comparables, pues, las mismas quedan integradas en la autoridad parental, ya que aunque él o la progenitora tenga o no la custodia de su hijo menor de edad, no puede quedar excluido de la autoridad parental; por tanto, los progenitores tienen derecho a decidir con relación a todos aquellos aspectos que puedan afectar a la persona menor de edad, y en aquellos casos de conflictos con relación a la autoridad parental, serán dirimidos por el tribunal de niños, niñas y adolescentes en sus atribuciones civiles.

A diferencia de la autoridad parental, la guarda constituye una potestad y, en palabras de Ramírez Malavon:

[...] es una facultad “doméstica” en el sentido que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc.”. Por lo tanto, la atribución de la guarda no implica la extinción de la patria potestad del otro progenitor y, por ello, las funciones y el derecho inherentes a ella permanecen en el progenitor no custodio³⁴².

³⁴¹ Estellés Peralta, Pilar María. (2014). *Problemas actuales en torno a la Patria Potestad. Guarda y custodia, educación religiosa de los hijos en las crisis familiares*. Valencia: Ponencia en el Encuentro Iglesia y Estado. p.4

³⁴² Ramírez Malavon. Rosa María. Patria Potestad y Educación Religiosa de los Hijos Menores. Parental Authority and Child’s Religious Education. Rev. boliv. de derecho n° 19. Enero 2015. ISSN: 2070-8157, pp. 142-163 [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: [https://Dialnet-PatriaPotestadYEducacionReligiosaEnLosHijosMenores-4904981%20\(1\).pdf](https://Dialnet-PatriaPotestadYEducacionReligiosaEnLosHijosMenores-4904981%20(1).pdf).

Guilarte Martín- Calero C. Plantea que la guarda puede ser definida como: “aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor) bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o

No obstante, al producirse el divorcio o separación de los progenitores, la convivencia familiar se rompe y trae como consecuencia la necesidad de establecer quién tendrá el cuidado de los hijos menores de edad con las implicaciones que esto conlleva.

En este sentido, Saravia González³⁴³ es de criterio que la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad constituye uno de los problemas más delicados y difíciles de dar solución en los casos de separación y divorcio, pues, para su determinación se deben tomar en consideración los factores y circunstancias dirigida a emitir la decisión menos perjudicial para el menor de edad.

El diccionario de la Real Academia Española³⁴⁴ define la guarda, como la “*acción de guardar*”, y guardar como “*tener cuidado de algo, vigilarlo y defenderlo*”. De manera que el significado de la guarda se relaciona con protección, cuidado y vigilancia, en este caso de la persona menor de edad.

En este mismo orden, la guarda ha sido definida por Campo Izquierdo “*como un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral menor, constituye ejercicio de la patria potestad*”³⁴⁵.

negligencia. Guilarte Martín- Calero C. Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil. en Guilarte Gutiérrez V. (Dir.) “Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15- 2005, de 8 de julio)” Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 201-202.

³⁴³ Saravia González, Ana María. Guarda y custodia compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones sustantivas), en: “*La jurisdicción de familia: Especialización. Ejecución de las Resoluciones y Custodia Compartida*”; Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España, 2007).

³⁴⁴ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española [en línea]. [Consulta: 12 de julio de 2019]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DglqVCc>

³⁴⁵ Campo Izquierdo, Ángel Luís. *Guarda y Custodia Compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio*

A su vez, Pérez Salazar-Resano define la guarda como: “*el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad*”³⁴⁶.

Por su parte, Ragel Sánchez señala que la guarda constituye: “*una situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte éste o éstos*”³⁴⁷.

En este sentido, el Reglamento (Consejo de Europa) 2201/2003 del Consejo, del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en su artículo 2, numeral 9) precisa que los: “*derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia*”³⁴⁸.

Fiscal? En Diario la Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p. 1. Citado por Echevarría Guevara, Karen Lissette. (2011). Guarda y custodia compartida de los hijos. Tesis doctoral. Universidad de Granada. España. [en línea]. [Consulta: 2 de agosto 2019]. Disponible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>. p.10.

³⁴⁶ Pérez Salazar-Resano, Margarita. Citada por Echevarría Guevara, Karen Lissette. *Ibidem*.

³⁴⁷ Ragel Sánchez, Luís Felipe. La Guarda y custodia de los hijos. En: Revista de Derecho Privado y Constitución. Núm. 15, enero-diciembre 2001, p. 282. Citado por Echevarría Guevara, Karen Lissette. Ob. Cit. p. 10

³⁴⁸ El Reglamento (Consejo de Europa) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003[en línea].[Consulta: 2 de agosto 2019]. Disponible en:<https://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>.

Asimismo, García Pastor plantea que: *“la situación del tercero guardador será, por lo tanto, distinta a la del progenitor guardador, pues éste tiene también el ejercicio de la patria potestad”*³⁴⁹.

Otros doctrinarios utilizan los términos de guarda y custodia como términos distintos; y sobre esto, Echeverría Guevara citando a Rangel Sánchez quien ha señalado que la palabra guarda tiene numerosos significados. La primera es *“persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa”*, derivada del francés antiguo la expresión *“ser una persona o cosa en guarda de otro”*, o sea *“estar bajo su protección o defensa”*. Y la palabra custodiar, significa *“guardar con cuidado y vigilancia”*. En conclusión, este autor, señala que la palabra guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, *“una guarda cuidadosa y diligente”*, y al expresarse de forma conjunta, esas palabras indican que la guarda o cuidado están reforzadas³⁵⁰.

Aunque ciertos autores han tratado de dar un significado diferente a la guarda y custodia, de conformidad a la doctrina y la jurisprudencia son términos sinónimos, lo que ocurre es que esta institución del derecho de familia se encuentra bajo el manto de la autoridad parental, como uno de sus atributos.

La doctrina suele diferenciar tres clases o modalidades de guarda: i) la guarda y custodia exclusiva o unilateral, ii) la guarda y custodia partida o distributiva, y iii) la guarda y custodia compartida

³⁴⁹ García Pastor. Ob. Cit. p. 104.

Para Carbonnier, la guarda comprende el conjunto de poderes y deberes que constituyen la autoridad parental, relativos a la persona (el poder y el deber de educación). p. 233.

³⁵⁰ Rangel Sánchez, Luís Felipe. La Singularidad de la Expresión conjunta “Guarda y Custodia”. En: Echevarría Guevara, Karen Lisette. Guarda y custodia compartida de los hijos. Ob. Cit. p.3

o alternativa³⁵¹. No obstante, Martínez Calvo³⁵² considera discutible que la guarda y custodia partida o distributiva pueda considerarse una modalidad de guarda y custodia en sentido estricto; pues, la misma hace referencia a aquellos casos en el que existiendo varios hijos comunes, el cuidado de los hijos es distribuido entre los progenitores, de modo que los menores de edad no conviven entre sí. Esta modalidad de guarda, en cierta forma imposibilita la convivencia entre los hermanos, por lo que el referido autor prefiere clasificar la misma en dos modalidades: unilateral y compartida.

³⁵¹ Martínez Calvo, Javier. La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español. [Tesis Doctoral]. Consejo Económico y Social de Aragón [en línea]. [Consulta: 2 de agosto 2019]. Disponible en: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/Tesis_doctoral_guarda_custodia.pdf/44cfb07a-90dd-04d2-2f76-e7b1e28e90eb. p. 38

Almeda Samaranch citado por Martínez Calvo, establece cuatro modalidades de guarda, a saber: conjunta, exclusiva, compartida simétricamente y compartida asimétricamente ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, “Monoparentalidad y responsabilidad parental”, en: La Custodia Compartida a Debate ed. Piconó Novales, Teresa, Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 117-118: “(...) proponemos la siguiente tipología de guarda y custodia: a) conjunta, dónde habría un ejercicio completa y simultáneamente ejecutados por ambos progenitores o adultos (...); exclusiva, con un/a solo/a gestor/a (...); compartida simétricamente, es el caso de progenitores que, conviviendo o no, comparten paritaria y alternativamente todas las gestiones del bienestar de las personas menores de edad en partes iguales (...); y compartida asimétricamente o con uno/a principal y otro/a secundario o de responsabilización aleatoria o circunstancial (...)»—. No obstante, considero que cuando esta clasificación alude a la guarda y custodia conjunta, a la compartida simétricamente y a la compartida asimétricamente, lo que hace en realidad es establecer posibles subcategorías de uno de los regímenes (el de custodia compartida), o lo que es lo mismo, posibles modelos de organización del mismo, que en nuestro caso los estudiaremos cuando nos refiramos a la configuración concreta de cada régimen”.

³⁵² *Ibidem*, p. 43.

La guarda compartida aparece por primera vez en el Estado de California³⁵³ en el año 1979, y tiene como finalidad promover la participación de los progenitores en el proceso de desarrollo y formación integral de la persona menor de edad. Dentro de la guarda compartida se puede identificar un doble fundamento, por un lado, la separación o divorcio de los progenitores no pone fin a las obligaciones con respecto a los hijos menores de edad; y, por otra parte, el derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma igualitaria con sus progenitores³⁵⁴. Destacando los principios de corresponsabilidad parental³⁵⁵

³⁵³ Así, se diferencia entre la llamada *shared custody*, que se refiere a un sistema de custodia conjunta física en el que sin embargo lo que nosotros conocemos como ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente a uno de los progenitores; y la *joint custody*, que encuadra a su vez dos modalidades: la denominada custodia legal conjunta —*joint legal custody*—, en la que los progenitores comparten el ejercicio de la patria potestad pero sólo uno de ellos vive con el menor; y la denominada custodia física conjunta —*joint physical custody*—, en la que el ejercicio de la patria potestad es compartido y además se alterna el tiempo de convivencia del menor con ambos progenitores. A modo de ejemplo, esta distinción puede ver de forma muy clara en los artículos 3002, 3003 y 4004 Código de Familia de California —California Family Code. Martínez Calvo, Javier. Ob. cit

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 44.

³⁵⁵ Villagrasa Alcaide, ha preferido denominar “responsabilidad coparental”, se encuentra en la igualdad de derechos y en el reparto equitativo de los deberes de los progenitores en lo referente al cuidado de sus hijos menores, lo que incluye una participación igualitaria de ambos padres no sólo en la adopción de las principales decisiones sobre materias trascendentales como la educación o la salud del menor —que hemos visto que se engloban dentro del ejercicio de la patria potestad, y que por ende corresponde a ambos cualquiera que sea el régimen de custodia—, sino también en la adopción de las decisiones cotidianas y en el cuidado directo de los hijos —facultades estas últimas inherentes a la guarda y custodia. Citado por Martínez Calvo, Javier. Ob. Cit. p. 46.

El principio de corresponsabilidad parental ha sido recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 18.1 al disponer que “*los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el*

(que nace de la relación de filiación), y el de coparentabilidad³⁵⁶ que constituye el derecho que tiene el menor de edad de mantener relación con sus progenitores luego de su separación o divorcio. Obsérvese

desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

En el Convenio sobre la Eliminación de todas formas de discriminación en contra de la Mujer, en su artículo 5.b) se refiere al reconocimiento por parte de los Estados de una “(...) *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*». Por su parte, el art. 16.d) y f) obliga a los Estados partes a garantizar a ambos progenitores “(...) *los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial*”.

Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17, numeral 4) *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos*”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23, numeral 4) *“Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.*

El Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, artículo 1.2 establece que “(...) *la expresión “responsabilidad parental” comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*”.

³⁵⁶ Señala Zarraluqui Navarro que: “(...) *la separación o el divorcio del matrimonio nunca pueden conllevar una separación de los hijos, y es absolutamente injusto que, por este hecho, los menores tengan que prescindir de tener una relación habitual con uno de sus progenitores, puesto que esto les perjudica enormemente en su desarrollo*”. Martínez Calvo, Javier. Ob. Cit. p. 49.

que estos principios se encuentran presentes en el establecimiento del régimen de guarda, independientemente de su modalidad.

En este sentido, Pérez Vega ha expresado que: “(...) los cónyuges se encuentran separados, pero, esto no significa que a los hijos se les tenga que privar del derecho a convivir con sus padres, con los dos, relación imprescindible para el buen desarrollo de su personalidad”³⁵⁷. Aun cuando los progenitores se hayan separado o divorciado, los hijos no pueden sufrir la consecuencia de la separación ni tendrán que prescindir de una relación con sus progenitores, ya que afectaría en su desarrollo.

Por otra parte, la guarda exclusiva o unilateral, denominada custodia monoparentales ejercida por uno de los progenitores, está prevista en el artículo 82 de la Ley núm. 136-03, al disponer:

[...] la situación de carácter físico o moral en que se encuentra un niño, niña o adolescente bajo la responsabilidad de uno de sus padres, ascendientes o una tercera persona, sea ésta una persona física o moral, por medio de una decisión judicial, como consecuencia de un divorcio, separación judicial o de hecho, declaración de ausencia, acción u omisión que vulnere la seguridad e integridad, irresponsabilidad, abandono, abuso o por cualquier otro motivo.

La referida disposición consagra la guarda monoparental y permanece en silencio lo relativo a la guarda compartida; que constituye una de las modalidades que ha ido evolucionando, al permitirse un contacto permanente del menor de edad con ambos progenitores.

Por ello, la norma establece que en los supuestos en que el padre o la madre no detente la custodia exclusiva o monoparental

³⁵⁷ Pérez Vega, Ángeles. (2006). *Guarda y custodia compartida: una medida polémica*. La Toga, núm. 159. p. 22. Citada por Martínez Calvo, Javier. Ob. Cit. p. 49.

conservará el derecho a mantener comunicación y a relacionarse con sus hijos menores de edad. Este derecho es el resultado del principio de coparentalidad, que garantiza el mantenimiento de las relaciones entre los progenitores e hijos independientemente que no tengan una convivencia.

Esta guarda constituye una modalidad de guarda en el que las funciones propias de esta institución del derecho de familia son atribuidas de manera exclusiva a uno de los progenitores, sin perjuicio de que ambos mantengan la titularidad y el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos menores de edad, permitiendo el derecho de la persona menor de edad a mantener comunicación y una relación frecuente con el progenitor que no ostente la guarda, así como la obligación de este último de contribuir con su sostenimiento.

Como institución del derecho de familia, la guarda se caracteriza por ser de orden público, de carácter provisional, que surge excepcionalmente para la protección integral de la persona menor de edad privado de un medio familiar y para suplir la falta eventual de uno de los progenitores o responsables³⁵⁸. Se revela que, por demás, como institución del derecho de familia cobra especial preeminencia en los casos en que los progenitores no convivan con el menor de edad o que por circunstancias especiales se encuentren separados; de ahí que el origen de la guarda surge de la separación de los progenitores que impide la convivencia en común y propicia la acogida del menor de edad con uno de los progenitores o con una tercera persona sea física o moral.

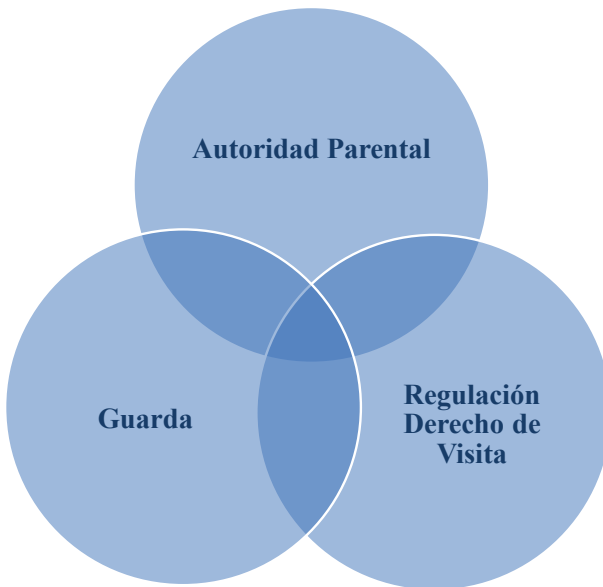
El contenido de la guarda comprende el cuidado y residencia junto al menor de edad, y la adopción de las decisiones diarias que deben ser tomadas por la persona que la ostenta³⁵⁹. De modo, que

³⁵⁸ Ley núm. 136-03. Artículo 83.

³⁵⁹ Martínez Calvo, Javier. Ob. Cit. p. 59.

dentro de los elementos de la guarda se encuentra la convivencia, el deber y el derecho de velar por los hijos menores de edad. En consecuencia, cuando se demanda la guarda se plantean dos interrogantes fundamentales, quién va a convivir con la persona menor de edad y ostentar el cuidado directo sobre el mismo, y a quien se le va a regular el derecho de visitas.

En síntesis, la guarda constituye uno de los atributos de la autoridad parental, que surge como consecuencia de la separación o disolución de la unión matrimonial, y cuyo ejercicio implica una convivencia diaria con la persona menor de edad, la alimentación, formación integral, su cuidado y vigilancia. Sin embargo, esto no conlleva el desplazamiento de la autoridad parental, pues ambos progenitores tienen la titularidad de los derechos y deberes propios con respecto a sus hijos menores de edad.



Flujograma 1. Relación Autoridad Parental, Guarda y Regulación Derecho de Visita

1.2. Fundamentos Normativos: Nacional e Internacional de la Guarda

La persona menor de edad tiene derecho a vivir y crecer en una familia, a fin de satisfacer sus necesidades. En consecuencia, el Estado dominicano con la firma de la Convención de los Derechos del Niño, asume la doctrina de la protección integral que obliga a la familia, la sociedad y al Estado a la protección de la persona menor de edad, quienes tienen la obligación de satisfacer sus necesidades básicas, así como las afectivas y psicológicas.

El punto de partida de la guarda como institución del derecho de familia, se encuentra en la Constitución dominicana, en su artículo 55, que instituye la familia como fundamento de la sociedad y espacio básico para el desarrollo integral de las personas, y en el numeral 10 se establece la obligación del Estado de promover:

[...] la paternidad y maternidad responsables. El padre y la madre, aun después de la separación y el divorcio, tienen el deber compartido e irrenunciable de alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de estas obligaciones.

Y por disposición de los artículos 26 y 74 numeral 3, la República Dominicana “Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”; “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

Por su parte, el artículo 39 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad³⁶⁰ en la aplicación de la ley, al disponer que: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal”*.

En este tenor, cabe destacar que las declaraciones y convenios internacionales reconocen a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por tanto, la sociedad y el Estado están en la obligación de proteger y garantizar este derecho, consagrado en los artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁶¹, VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre³⁶², 17.1 de la Convención Americana de Derechos

³⁶⁰ En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al referirse a la igualdad, ha decidido que: *“el derecho a la igualdad implica que esta sea aplicada efectivamente de forma igualitaria para todos, que los jueces al momento de aplicarla no establezcan diferencia alguna en razón de las partes vinculadas al proceso concreto de que se trate, y que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que se incardine en su supuesto de hecho y a ningún caso que no se encuentre bajo la esfera de la hipótesis prevista en dicha norma jurídica, consagrando, la interdicción de la arbitrariedad en el proceso”*[en línea]. Disponible en:<https://webappst.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/689054089>

³⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

³⁶² Organización de Estados Americanos. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

Humanos³⁶³, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶⁴, 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁶⁵. Además, en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño³⁶⁶, se dispone que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por otra parte, en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, se dispone que:

[...] todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas

³⁶³ Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos, [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

³⁶⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://indotel.gob.do/media/6206/declaracio-de-los-derechos-civiles-y-politicos.pdf>

³⁶⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/normativas/NOR_pacto_internacional_derechos_eco.pdf

³⁶⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, [en línea] [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>.

*judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre*³⁶⁷.

De igual modo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, establece que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas y privadas deben tomar en consideración el interés superior del niño. Y en su artículo 9, se dispone que: “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)*”³⁶⁸.

En las Directrices de Riad, se instituye que: “*la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...]*”³⁶⁹.

Y en la Directriz 14, se ha establecido que:

[...]cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles

³⁶⁷ Organización de Estados Americanos, Protocolo de San Salvador, [en línea] [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

³⁶⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

³⁶⁹ Asamblea de las Naciones Unidas. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil Directrices de Riad, [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: http://iin.oea.org/cd_resp_penal/documentos/0043889.pdf.

*modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro*³⁷⁰.

En síntesis, las referidas disposiciones legales dan una especial relevancia al análisis del entorno en que se encuentra la persona menor luego de la separación de sus progenitores, pues, por su condición de minoridad se encuentra en una situación de vulnerabilidad, que afecta tanto la esfera psicológica como afectiva. Por tanto, constituye una obligación para el Estado dominicano garantizar la estabilidad de la familia, proveyendo mecanismos a través de políticas públicas dirigidas a la protección del núcleo familiar y el establecimiento de condiciones que respeten su dignidad.

1.3. Derechos y Obligaciones del Guardador

Conforme las disposiciones del artículo 67 de la Ley núm. 136-03, quien tenga la guarda y custodia del menor de edad, detenta conjuntamente con el otro progenitor la autoridad parental.

Así ha señalado Rivero Hernández³⁷¹ que la guarda y custodia de los hijos atribuida a uno de los progenitores supondrá la autoridad parental, ejercida conjuntamente por ambos progenitores, a no ser que hayan sido privados de su ejercicio por decisión judicial.

La guarda no solo implica un contacto físico con el menor de edad para procurar su bienestar, ya que involucra otros aspectos como la educación y formación integral y bienestar tanto en la esfera

³⁷⁰ Ibídem.

³⁷¹ Rivero Hernández, citado por Zenòn Masdeu, Luís. (1996). Guarda y custodia de los hijos. Barcelona. Bosh casa editorial. p. 63.

psicológica como afectiva, señala Ragel Sánchez que: *“esta faceta comprende, no sólo el deber de controlar los estudios o la asistencia a clase y actividades complementarias, sino también la de influir decisivamente en el desarrollo moral e intelectual del hijo, vigilando las amistades y relaciones que frecuenta, así como las lecturas y aficiones que cultiva”*³⁷².

El deber de vigilancia no es exclusivo del guardador con quien tiene la convivencia el menor de edad, pues, el progenitor no conviviente también tiene la obligación de vigilancia, no sólo para procurar el bienestar de sus hijos, sino, que además deberá controlar el buen ejercicio de la guarda al que está obligado la persona que la ostenta. Se debe recordar que el ejercicio de la autoridad parental se mantiene aun cuando los progenitores se encuentren separados³⁷³.

Hay que destacar el deber-derecho de tener a los hijos dentro de una convivencia sana que permita el desarrollo social, elemento que se encuentra profundamente vinculado a la guarda y que constituye un aspecto esencial e inseparable. Y como bien señala Echevarría Guevara *“implica un modelo de vida en común que permite ejercer con éxito el deber de atención diaria, así como otras obligaciones, que a su vez, son inherentes a la patria potestad”*³⁷⁴.

En el orden procesal, para el conocimiento de la guarda y custodia es obligatorio la presencia de los padres, y en caso de incomparecencia el juzgador puede ordenar la conducencia de aquel

³⁷² Ragel Sánchez, Luís Felipe. “La guarda y custodia. Ob. Cit. p. 33.

³⁷³ Artículo 67 de la Ley núm. 136-03, dispone que: *“La autoridad parental es el conjunto de deberes y derechos que pertenecen, de modo igualitario, al padre y a la madre, con relación a los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría de edad”*.

³⁷⁴ Echevarría Guevara, Karen Lissette. Ob. Cit. p. 34.

que se negare; y excepcionalmente se podrá aceptar la representación legal³⁷⁵.

Al referirse a la guarda, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia por decisión núm. 76 de fecha 10 de junio de 2015, ha decidido:

Considerando: que, a juicio de estas Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia ciertamente como lo expresa la Corte a-qua la guarda es una figura jurídica distinta de la patria potestad, que la Ley No. 136-03 consagra como autoridad parental; identificándose como autoridad parental, el conjunto de obligaciones puestas a cargo de los padres de cuidar, mantener, educar, alimentar a los hijos menores de edad, representación y administración del patrimonio del menor, así como asumir las responsabilidades por las acciones de sus hijos menores no emancipados; mientras que, la guarda se refiere el cuidado y resguardo físico del menor; Considerando: que, resulta necesario reconocer que ambas figuras se conjugan en una cuando el menor se encuentra conviviendo con ambos padres, quienes ejercen conjuntamente, en su condición de titulares, derechos y deberes; salvo intervención del Estado por una o varias de las causales previstas en la ley, después de haber sido debidamente comprobadas por un tribunal; Considerando: que, no obstante lo anterior, en el caso concreto, como consecuencia del fallecimiento de la madre, el padre del menor queda investido por los poderes que le confiere la ley para mantener la autoridad parental; sin embargo, este principio no es absoluto y cede ante casos especiales, por lo que, como correctamente decidió la Corte de Envío, conforme a los Artículos 82, 83 y 84 de la Ley No. 136-03, un tercero puede solicitar la guarda del menor siempre que, a juicio del tribunal, reúna las condiciones

³⁷⁵ Ley núm. 136-03. Artículo 101.

*necesarias para ejercerla y ofrezca mayores beneficios para el desarrollo integral del menor, como ocurrió en el caso y se explicará más adelante; por lo que procede rechazar el primer medio analizado*³⁷⁶.

Por ello, la guarda obliga a quien le es concedida, a prestar la asistencia material, moral y educacional de la persona menor de edad, le confiere a su titular el derecho de oponerse a terceros, incluyendo los padres conforme disposición del artículo 87 de la Ley núm. 136-03³⁷⁷, en virtud de la obligación que recae sobre los progenitores de alimentar, educar y garantizar la protección integral de los hijos menores de edad, así como la representación y administración de sus bienes. Y aún en los casos de que el padre o la madre o en su defecto ambos, hayan sido despojados de la autoridad parental del menor de edad subsiste la obligación alimentaria³⁷⁸.

Ahora bien, el ejercicio de ese derecho-deber de los progenitores sobre sus hijos menores de edad, como resultado de la autoridad parental, trae consigo la responsabilidad civil por el daño que cause el hecho de sus hijos menores de edad, que por disposición del artículo 1384, párrafo II, del Código Civil, “*no solamente es uno responsable del daño que causa un hecho suyo, sino también del que causa por*

³⁷⁶ Salas reunidas de la Suprema Corte de Justicia. (10 de junio de 2015). Decisión núm. 76.

³⁷⁷ Ley núm. 136-03, Artículo 87, que dispone: “*Efectos de guarda. La guarda obliga a quien se le conceda, la prestación de asistencia material, moral y educacional a un niño, niña o adolescente, confiriéndole el derecho de oponerse a terceros, incluyendo a los padres. Párrafo: El niño, niña o adolescente tendrá derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones directas con el padre o la madre despojado de la guarda, siempre que esto no atente con su interés superior*”.

³⁷⁸ Ibidem. Artículo 89, prevé que: “*El padre o la madre que haya sido despojado (a) de la guarda del hijo o hija mantendrá la obligación alimentaria en los términos definidos en el artículo 170 y siguientes de este Código, debiendo contribuir a ello en proporción a sus recursos.*”

*hechos de las personas de quienes se debe responder; o de las cosas que están bajo su cuidado. El padre y la madre después de la muerte del esposo, son responsables de los daños causados por sus hijos menores, que vivan con ellos*³⁷⁹.

A tal efecto, la Ley núm. 136-03, en su artículo 69, dispone:

El padre y la madre, mientras ejerzan la autoridad parental, se presumirán solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos. A tal efecto, bastará que el acto dañoso de los hijos constituya la causa directa del perjuicio sufrido por la víctima, independientemente de toda apreciación moral sobre el comportamiento de los hijos o de los padres. La presunción de responsabilidad anteriormente prevista sólo podrá ser desvirtuada mediante la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Párrafo I.- Cuando la autoridad parental sea ejercida por uno solo de los padres, sólo él responderá de los daños causados por sus hijos menores en las condiciones enunciadas.

Párrafo II.- La responsabilidad prevista en este artículo se aplicará, asimismo, a los tutores o a las personas físicas que ejerzan la autoridad parental o la guarda de derecho o de hecho sobre los menores.

Párrafo III.- Los supuestos de responsabilidad previstos en este artículo serán competencia de las jurisdicciones de derecho común.

En los casos en que los progenitores vivan separados, lo más usual es que uno de ellos conviva con los hijos menores de edad y, por lo tanto, ostente su guarda. En tales condiciones, si la persona menor

³⁷⁹ Es importante observar que esta disposición legal, ha sido modificada con la Ley núm. 855 de 1978, y la responsabilidad del padre y la madre es compartida, pues ambos tienen la autoridad parental sobre sus hijos menores de edad.

de edad causa un daño a un tercero, por disposición de los artículos 1384 párrafo II del Código Civil y 69 de la Ley núm. 136-03, los progenitores son responsable en el aspecto civil, y no condiciona la responsabilidad civil a que los hijos habiten en su compañía.

Por otra parte, aun cuando el progenitor que ostenta la guarda del menor de edad pueda tomar decisiones, constituye una obligación informar al progenitor no custodio cualquier situación que pueda afectar la relación o que incida en el proceso de desarrollo de la persona menor de edad, como por ejemplo un cambio de domicilio o traslado, a fin de procurar su consentimiento y adecuar el régimen de visitas, ya que, al progenitor no custodio le asiste el derecho de oponerse, correspondiéndole al juzgador decidir³⁸⁰.

En definitiva, los progenitores no tienen una facultad omnímoda sobre sus hijos menores de edad, la legislación les reconoce el cuidado, vigilancia y dirección de sus hijos, pero sujetos al respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales reconocidos a la persona menor de edad. Excepcionalmente pueden delegar la guarda de sus hijos a una tercera persona, sea abuelos, parientes u otras personas sea física o moral, siempre que el interés de la persona menor de edad así lo justifique.

1.4. Formalidades para la Demanda en Guarda

Los artículos 90 y siguientes de la Ley núm. 136-03, disponen el procedimiento para la interposición de una demanda en guarda y a su vez, establece la competencia del tribunal de niños, niñas y adolescentes del lugar donde resida la persona que ejerce la guarda, y en aquellos distritos judiciales en los que no se ha puesto en funcionamiento la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes por aplicación del artículo 209 de la Ley núm. 136-03, en primer grado, es competente la

³⁸⁰ Echevarría Guevara, Karen. Ob. Cit. p. 55.

cámara civil del tribunal de primera instancia de derecho común, y en grado de apelación la cámara civil de la corte de apelación de derecho común, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, varía la competencia para conocer de la demanda en guarda, en los siguientes casos:

- En caso de divorcio, los progenitores concurren ante la cámara civil del juzgado de primera instancia para conocer de la guarda de manera accesoria a la demanda de divorcio.
- Y en aquellos casos de cambio de régimen de guarda o separación de hecho, concurrirán ante el juez de lo civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes.

De lo dispuesto en los artículos citados, se extrae que tienen legitimidad activa para demandar la guarda o su revocación, el padre, la madre o el tercero (sea una persona física o moral), el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (Conani) y el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes que garantice el bienestar de la persona menor de edad, ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones inherentes del deber y cuidado de los progenitores, o la falta eventual de uno o de ambos³⁸¹.

Previo al apoderamiento del tribunal especializado de niños, niñas y adolescentes debe realizarse una fase de conciliación, que a continuación va a ser objeto de estudio.

1.4.1. Fase de conciliación: Intervención del Representante del Ministerio Público

En principio, los progenitores tienen la facultad de decidir, de manera discrecional entre ellos, quién va a detentar la guarda de sus

³⁸¹ Ley núm. 136-03. Artículo 95.

hijos menores de edad, pues ellos más que nadie conocen las circunstancias que concurren y las necesidades de sus hijos.

En aquellos casos en que las partes no acuerden quién de los progenitores detendrá la guarda de los hijos menores de edad, la Ley núm. 136-03 en su artículo 98, establece un procedimiento previo al inicio de la demanda en guarda ante el tribunal especializado de niños, niñas y adolescentes, por lo que debe agotarse una fase conciliatoria ante el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.

En el caso de que las partes concilien ante este funcionario, se procederá a levantar acta de conciliación³⁸², que deberá ser suscrita por el representante del ministerio público y las personas que intervengan en el acuerdo conciliatorio. En esta deberán constar las generales de ley de cada una de las partes, además, las obligaciones y derechos de la persona que asuma la guarda y las sanciones que trae consigo el incumplimiento de sus deberes. El acta de conciliación, así como todas las documentaciones aportadas por las partes deberán ser remitidas al tribunal especializado de niños, niñas y adolescentes para su homologación o rechazo³⁸³.

Es importante observar, que las partes pueden llegar a acuerdos suscritos ante notarios públicos, de igual manera por acto suscrito ante los representantes consulares del Estado dominicano, quienes

³⁸² Ley núm. 136-03. Artículo 98.

³⁸³ Ibidem. Artículo 99, dispone que: *“Si como resultado de la conciliación, las partes llegan a un acuerdo sobre la guarda, deberá levantarse un acta de entrega del niño, niña o adolescente, suscrita por el o la representante del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes y demás personas que intervengan en dicha conciliación. En el acta constarán las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la guarda y las sanciones que acarreará su incumplimiento. Dicha acta será sometida al juez para su homologación o rechazo; sin esta formalidad dicha acta no surtirán ningún efecto jurídico. El juez puede solicitar a las partes la producción de los medios de prueba lícitos para determinar la idoneidad de dicha entrega”*.

pueden ejercer funciones notariales para actos a ejecutar en el territorio dominicano, por disposición de la Ley núm. 716, sobre Funciones Públicas de los Cónsules dominicanos³⁸⁴.

Para que estos acuerdos tengan efectos jurídicos deben ser homologados por el tribunal especializado de niños, niñas y adolescentes, previa opinión del representante del ministerio público especializado de niños, niñas y adolescentes conforme dispone el artículo 99 de la Ley núm. 136-03.

Los acuerdos suscritos por las partes, sea ante el representante del ministerio público especializado de niños, niñas y adolescentes, notario público o ante un funcionario consular, no se le imponen al juzgador, que, si entiende que el acuerdo suscrito no es conveniente para el desarrollo integral de la persona menor de edad, podrá rechazar su homologación.

Aun cuando en el proceso civil las partes tienen un gran margen de autonomía de la voluntad, en el derecho de familia es más atenuado, por constituir un asunto de orden público y de interés social que limita el poder de decisión. Además, las partes pueden conciliar en el transcurso del procedimiento, permitiendo que este se formalice el día fijado para la audiencia de fondo, en esos casos el juzgador plasmará el acuerdo en la decisión, previa comprobación de que lo acordado no rebase los límites previstos por el legislador, pues, se presume que son los progenitores quienes pueden establecer quien detentará la guarda

³⁸⁴ Por disposición de la Ley núm. 716, sobre Funciones Públicas de los Cónsules Dominicanos (G.O No. 6160,19 de oct.1944), en su artículo 2, literal a), los funcionarios consultares pueden ejercer funciones notariales para actos que deban ser ejecutados en territorio dominicano.[en línea] [Consulta: 6 de noviembre 2019].Disponible en internet: <http://ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Leyes/Ley%20No.%20716%20sobre%20las%20Funciones%20Publicas%20de%20los%20Consules%20Dominicanos.pdf>

conforme las actividades y dinámica familiar de la persona menor de edad³⁸⁵.

En los casos en que el juzgador rechace la solicitud de homologación del acuerdo, deberá de proporcionar una justificación de lo así decidido que dé respuesta a la solicitud del/la requirente.

Por otra parte, el contenido del artículo 83 de la Ley núm. 136-03, permite que la guarda pueda ser atribuida a un tercero, siempre que se demuestre la falta de capacidad por parte de ambos progenitores o en aquellos casos en que concurren circunstancias que lo justifiquen, para la protección de los derechos fundamentales del menor de edad.

Cabe destacar, que en esta materia las decisiones tienen una relatividad de cosa juzgada por su carácter provisional, en consecuencia, pueden los acuerdos y decisiones ser revisados y revocados en cualquier momento, por aplicación del referido artículo.

En cuanto a la revisión y revocación de la guarda, Barcia Lehmann citando los trabajos de Lathrop señala como requisitos a tomar en consideración para que proceda la modificación de la guarda y custodia, los siguientes elementos:

- (i) la modificación de la guarda y custodia sea beneficiaria para el menor;*
- (ii) quede acreditada la incapacidad del progenitor que actualmente ejerce la guarda y custodia o los perjuicios que ella produzca;*
- (iii) que el padre o madre que solicita la modificación es idóneo;*
- (iv) sean escuchado los hijos que cuentan con suficiente juicio y discernimiento y*

³⁸⁵ Martínez Calvo, Javier. Ob. Cit. p. 133.

*(v) se verifique la prueba psicosocial, que constate la realidad del entorno del padre o madre que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo*³⁸⁶.

De modo que, los acuerdos y decisiones judiciales como consecuencia de la conciliación o demanda ante el tribunal, relativos a la guarda de la persona menor de edad a favor del padre, madre, familiar o una tercera persona, por su carácter provisional, permite que pueda ser verificado cuantas veces sea necesario, siempre que el interés superior del niño, niña y adolescente lo justifique.

1.4.2. Apoderamiento del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes y los Recursos

Cuando las partes no logren un acuerdo sobre la guarda de sus hijos menores de edad, se procederá a apoderar la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes a los fines de que conozca con relación a las pretensiones de las partes.

El artículo 100 del Ley núm. 136-03, establece que la demanda podrá ser iniciada directamente por la parte interesada, en forma personal, por ministerio de abogado o a solicitud del Ministerio Público de Niño, Niña o Adolescente. La referida disposición prevé que la demanda introductoria puede ser por instancia depositada o declaración, en la secretaría del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescente, y debe incluir:

- *La identificación y sus generales del o la demandante, del niño, niña y adolescente y de la(s) persona(s) que retienen u obstaculizan indebidamente las visitas, si ese fuere el caso;*

³⁸⁶ Barcia Lehmann, Rodrigo. Ob. Cit. p. 460.

- *El acta de nacimiento del niño, niña y adolescente, de ser posible;*
- *Los motivos en que el o la demandante basa sus pretensiones;*
- *Información relativa a la posible localización del niño, niña y adolescente;*
- *Copia de la sentencia de divorcio, separación o acuerdos relativos a la custodia, guarda o régimen de visitas, debidamente certificada por la autoridad competente, en caso de que existan;*
- *Certificaciones, declaraciones o cualquier medio de prueba de otra índole, que sean pertinentes.*

Cabe destacar, asimismo, que el procedimiento para la demanda en guarda se rige por las disposiciones establecidas en el artículo precedentemente indicado, y de manera supletoria por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 59 y siguientes.

En este orden, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia y el principio de celeridad procesal, mediante Resolución núm. 1841-2005, de fecha 29 de septiembre de 2005, estableció el procedimiento para el conocimiento de las demandas que atribuyen competencia a la sala civil del tribunal especializado de niños, niñas y adolescentes en el artículo 211 de la Ley núm. 136-03; pues, con excepción del procedimiento para la adopción y de la demanda en guarda establecido en el artículo 100, la normativa especializada deja insuficiente el establecimiento de un procedimiento para los procesos de familia ante los tribunales y cortes de niños, niñas y adolescentes, con relación al plazo que debe mediar entre el depósito de la instancia contentiva de la demanda o la declaración en secretaría, la citación y la audiencia en que se habrá de

conocer la demanda, así como las formalidades para la interposición de los recursos a intervenir.

Por tales razones, la referida resolución establece un plazo de 24 a 48 horas para que el tribunal emita el auto de fijación, y un plazo de tres (3) días francos, por lo menos, entre la fecha de la citación y la audiencia. Además, de un plazo de un (1) mes para la interposición del recurso de apelación³⁸⁷. De manera que el apoderamiento de la jurisdicción especializada puede ser mediante el procedimiento civil ordinario³⁸⁸, o tomando como fundamento la referida resolución.

Respecto a dicho aspecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en la decisión de fecha 25 de febrero de 2004, se ha pronunciado al decidir:

Considerando, que la Resolución No. 797, del 11 de julio del 2000, fue dictada por la Suprema Corte de Justicia en virtud de las atribuciones que le confieren los artículos 29, inciso 2, de la Ley de Organización Judicial No. 821 de 1927, y el 14, literal h) de la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia No.25, de 1997, en cuya virtud la Suprema Corte de Justicia tiene facultad para determinar el procedimiento judicial que deberá observarse cuando no esté establecido por la ley o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario, por lo que procedía dictar el aludido reglamento que establece el procedimiento a seguir para el ejercicio de las acciones judiciales concernientes al derecho de familia en razón de no encontrarse determinado en la Ley 14-94 o Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; pero,

³⁸⁷ Suprema Corte de Justicia (Pleno). Resolución 184/2005 [en línea]. [Consulta: 21 de mayo de 2019]. Disponible en: <http://www.ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Reglamentos/Resolucion%20No.1841-2005.pdf>.

³⁸⁸ *Ibidem*.

Considerando, que los recursos de apelación interpuestos por la hoy recurrente contra la sentencia dictada por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, el 22 de marzo del 2002, en virtud del acto No. 139 del 1ro. de abril del mismo año, del alguacil Rafael Hernández, de Estrados del Juzgado de Paz de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional, emplazando al hoy recurrente a comparecer ante la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, así como el subsiguiente recurso contra el mismo fallo, del 8 del mismo mes y año, mediante el acto No. 405- 2002 del Alguacil José Nelson Pérez Gómez, Ordinario de la Sala 4 del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, para cuyo conocimiento fue fijada audiencia por la Corte a-qua, fueron notificados cumpliendo las formalidades exigidas por los artículos 61 y 456 del Código de Procedimiento Civil, son válidos en cuanto a sus efectos legales, no obstante, no haberse cumplido con las formalidades previstas en la citada Resolución No. 797, por lo que ambas formalidades, la prevista en la resolución y en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, no son excluyentes, en razón de que la Suprema Corte de Justicia aún actuando por mandato expreso de la ley, no ha podido derogar las disposiciones del derecho común, de orden público, previstas en los artículos 61 y 456 del indicado Código³⁸⁹, por lo que procede acoger el primer medio de casación y casar la sentencia impugnada sin necesidad de ponderar los demás medios del recurso³⁹⁰.

Ante la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes, al igual que en la jurisdicción ordinaria, las partes pueden

³⁸⁹ El subrayado es nuestro.

³⁹⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia del 25 de febrero del 2004; B.J. núm. 1119, págs. 272-278. <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/publicaciones/memorias/2004/Capitulo%20VI.PDF>

presentar las excepciones, medios de inadmisión, comunicación de documentos, informativo testimonial y contra informativos, dentro de otros incidentes, conforme disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil y sus modificaciones³⁹¹, puesto que, el derecho común es supletorio en esta jurisdicción.

La demanda en guarda será admisible cuando el demandante haya cumplido su obligación alimentaria; pues, el incumplimiento trae consigo su inadmisibilidad, y sobre este medio de inadmisión el artículo 93 de la Ley núm. 136-03, dispone que: “*será inadmisibile la demanda en guarda del padre, la madre o persona responsable que se haya negado injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria*”.

Es importante tener en cuenta que, apoderada la sala civil de niños, niñas y adolescentes o en su defecto el tribunal de niños, niñas y adolescentes en sus atribuciones civiles, el juez es competente para conocer de manera accesoria de las demandas en alimentos³⁹².

Las decisiones emitidas en primer grado por la jurisdicción especializada o, en su defecto, por la cámara civil son recurridas en segundo grado ante la corte de apelación de niños, niñas y adolescentes, y en los lugares donde no estén en funcionamiento ante la cámara civil de la corte de apelación del departamento judicial a que corresponda, el plazo para interponer el recurso es de un mes, a pena de caducidad, contados a partir de la notificación de la decisión, conforme

³⁹¹ Ley núm. 834 de 1978, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil. Ob. Cit.

Ley núm. 845 de 1978, que modifica varios artículos del Código de procedimiento Civil, encaminados a acortar los plazos para interponer los recursos de apelación y de oposición, de fecha 15 de julio de 1978.

³⁹² Para conocer de alimentos, el proceso debe estar instruido; pues, en conclusiones al fondo conlleva que la misma sean rechazada, por violación al derecho de defensa de las partes y los principios generales del proceso.

dispone el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil³⁹³, bajo las formalidades establecidas en los artículos 61 y 69 del citado código o mediante el procedimiento establecido en la Resolución núm. 1841-2005, por instancia depositada en la secretaria de la corte de apelación de niños, niñas y adolescentes o mediante declaración formulada en dicha secretaria, la misma debe estar firmada por la parte recurrente o por su representante legal.

En esta materia está abierto el recurso de casación ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, conforme dispone la Ley núm. 3726 sobre Procedimiento de Casación (modificada por la Ley núm. 491 de fecha 20 de febrero de 2009)³⁹⁴, esta vía recursiva se interpone mediante un memorial que contendrá los medios en que se fundamente y deberá ser depositado ante la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia dentro del plazo antes indicado. Cabe recalcar que, anexo a la instancia motivada deberá ir acompañado copia de sentencia certificada a pena de inadmisibilidad y todos los documentos en que se sustente el recurso.

En cuanto al procedimiento establecido para la demanda en guarda, el Tribunal Constitucional mediante decisiones núms.

³⁹³ Código de Procedimiento Civil (modificada por la Ley 845 del 15 de julio de 1945). Artículo 443, prevé: *“El término para apelar es de un mes tanto en materia civil como en material comercial. Cuando la sentencia sea contradictoria por aplicación de los artículos 149 y siguientes, el término se contará desde el día de la notificación de la sentencia a la persona condenada o a su representante o en el domicilio del primero. Cuando la sentencia no sea contradictoria ni se repute contradictoria, el término se contará desde el día en que la oposición no sea admisible. El intimado podrá, sin embargo, interponer apelación incidental en cualquier trámite del pleito y aún cuando hubiese notificado la sentencia sin reserva”*.

³⁹⁴ Ley núm. 3726 sobre Procedimiento de Casación (modificada por la Ley 491 de fecha 20 de febrero de 2009) [en línea]. [Consulta: 20 de enero 2020]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/dom/sp_dom-int-text-pc.pdf

0017/2014³⁹⁵ y 0029/2014³⁹⁶, ha decidido: “*que en materia de guarda el legislador ha establecido un procedimiento especial en el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (ley No. 136-03) para tutelar los derechos vulnerados de cualquier menor de edad y que el tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes es la vía idónea y efectiva para brindar la protección demandada, pues es quien tiene aptitud para conocer de cualquier pretensión accesoria derivada de dicho proceso*”³⁹⁷.

En síntesis, el apoderamiento del tribunal se rige por un procedimiento sencillo, en el que priman los principios generales del derecho y los propios del derecho de familia.

1.5. Medios de Pruebas y Criterios para Otorgar la Guarda de la Persona Menor de Edad

La demanda en guarda de la persona menor de edad no puede fundamentarse en la carencia de recursos económicos del padre o a la madre. Así lo ha respaldado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva 17/2002, numeral 76, al decidir que: “*La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga*

³⁹⁵ República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia núm. 0017/2014. [Consulta: 20 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc001714/>

³⁹⁶ República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia núm. 0029-2014 [Consulta: 20 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc002914/>

³⁹⁷ Tribunal Constitucional dominicano. (16 de enero 2014). Sentencias núms. TC0017/14 y TC0029/14.

*la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención*³⁹⁸.

De igual modo, la referida opinión consultiva al referirse a la condición del menor de edad y sus derechos fundamentales ha establecido que para su protección, el Estado, familia, comunidad y sociedad a la que pertenece deben tomar en consideración el principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño,³⁹⁹ al afirmar, en el numeral 73, que: *“Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”*.

Tal como ha expresado O'Donnell⁴⁰⁰, el interés superior del niño tiene su origen en el derecho común, y permite dar solución a conflictos de derechos. En esencia el término significa que cuando se presenta una colisión de derechos, como, por ejemplo, en los casos de divorcio o separación de los progenitores, entran en conflicto los derechos de la persona menor de edad y de los adultos, por tal razón los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. Sin embargo, para su interpretación se debe realizar una ponderación de los derechos involucrados.

Por tanto, el principio del interés superior del niño constituye una norma interpretativa⁴⁰¹, una garantía, que contribuye a la solución

³⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17/2002 [en línea]. [Consulta. 21 de noviembre, 2019]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁰⁰ O'Donnell, Daniel. *La Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido*. [en línea]. [Consulta: 11 de junio 2019]. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf

⁴⁰¹ *“El interés superior del niño, se ha definido como la prevalencia jurídica que le es otorgada a los niños, con el fin de dar un tratamiento preferencial en comparación con el que reciben los demás sujetos de derechos. La especial condición de vulnerabilidad e inferioridad de la vida del menor, que lo pone en*

de los conflictos, una guía para la interpretación de los derechos de la persona menor de edad.

Ahora bien, como señala González Vicente:

[...] el ámbito que hemos de dar a esta expresión debe de ser el de hacer el mejor bien, teniendo en cuenta los elementos materiales, personales, familiares, sociales y culturales, que concurren en una familia determinada, buscar lo que entendamos como mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación física y psíquica; los elementos individualizados que tendremos en cuenta, como criterio orientativo son: las necesidades de atención de cariño y desvelo de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles...⁴⁰²

En este contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al referirse al interés superior del niño ha sostenido el criterio siguiente:

Considerando, que, siguiendo el análisis anterior, cabe resaltar que la Suprema Corte de Justicia ha sido constante en el sentido de que el interés superior del niño, consagrado como norma fundamental por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, tiene su origen en

una condición desequilibrada frente a los derechos de las otras personas, hace que el Estado deba ajustar como prioritaria esa sobrecarga para evitar una vulneración permanente de derechos”.

⁴⁰² González Vicente, Pilar. Guarda y custodia de los Hijos. En: *El informe psicosocial en el régimen de visitas y estancias* (Cuaderno Jurídico de Familia y Sucesiones, nº 119, año 2017) [en línea]. España: Editorial Sepin-Servicio de Propiedad. [Consulta: 22 de junio 2019]. Disponible en: <https://www.marcialpons.es/libros/el-informe-psicosocial-en-el-regimen-de-visitas-y-estancias/9788417009274/>. P. 136.

*la doctrina universal de los derechos humanos, y como tal, es un principio garantista de estos derechos; que los niños, niñas y adolescentes como personas humanas en desarrollo, tienen iguales derechos como todas las demás personas y por consiguiente, es preciso regular los conflictos jurídicos derivados de su incumplimiento, y de su colisión con los derechos de los adultos; que el interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de esos derechos, y en ese sentido, siempre habrá de adoptarse aquella medida que asegure al máximo la satisfacción de los mismos.*⁴⁰³

De modo que, en los casos en que los derechos fundamentales de la persona menor de edad puedan ser afectados, el test de razonabilidad propuesto por Alexy⁴⁰⁴ constituye un punto de apoyo para la ponderación de los principios en colisión. Pues, a través de este se puede determinar el grado de afectación de los derechos en conflicto, y establecer la idoneidad de la medida a adoptar, la necesidad de dar prevalencia a un derecho sobre otro y la proporcionalidad de la medida propuesta.

En este sentido, Lizcano Amézquita al referirse a la aplicación del test de razonabilidad, ha señalado que:

Para poder entender cómo aplicar el test, hay que comprender cuáles son las variables idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La idoneidad responde a los criterios y categorías lógicas de la interpretación. Todas las decisiones del Estado y de la administración de justicia deben ser lógicas y basadas en criterios completamente racionales que justifiquen su aplicación. Y

⁴⁰³ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en sus decisiones núms. 438 de fecha 21/9/2011, 1091 de fecha 11/11/2015, 185 de fecha 24/5/2013, 161 de fecha 7/3/2007.

⁴⁰⁴ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica citado por Lizcano Amézquita, Pedro Luís. El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños[en línea] [consulta 20 de enero 2020]. Disponible en: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4523/4243/

tratándose de hermenéutica de la ponderación, en la medida en que un principio fundamental deba ser sacrificado en beneficio de otro, tal sacrificio debe ser fundamentado desde el punto de vista objetivo y racional. Igualmente ha de verificarse si la decisión protegida contribuye a la mejor opción posible para proteger los derechos fundamentales. La necesidad del sacrificio de un principio fundamental en beneficio de otro se tiene en cuenta una vez analizada su idoneidad, pues deberá verificarse si efectivamente no existe solución alguna para determinar que no hay otra solución posible a dicho conflicto, y que tal sacrificio es necesario. Por último, está la proporcionalidad, que es el juicio objetivo de determinación de las características individuales de cada principio en conflicto, en el que se deberá determinar cuál será el peso abstracto de cada principio fundamental, desde el punto de vista de los valores establecidos en la sociedad. De igual forma deberá determinarse el grado de afectación de los principios en colisión desde el punto de vista de la necesidad de protección hacia ellos por parte de la autoridad; por último, se consideran las cargas de la argumentación, en la cual el intérprete de cargo se verá obligado a revisar la certeza de todas sus afirmaciones propuestas durante el ejercicio de ponderación⁴⁰⁵.

En un juicio de ponderación de los derechos fundamentales de la persona menor de edad, no solo se debe considerar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, el análisis debe estimar, además, la garantía para el desarrollo y formación integral de la persona menor de edad y las que aseguren las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Lizcano Amézquita, Pedro Luís. *El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños* [en línea]. [Consulta: 14 de marzo 2020] Disponible en: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4523/4243/.

⁴⁰⁶ *Ibidem*. p. 24.

Por otra parte, la Observación General Núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño⁴⁰⁷, prevé como elementos a tomar en consideración para determinar el interés superior de la persona menor de edad, los enumerados a continuación:

a) La opinión del niño, niña y adolescente

Conforme a la disposición del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, la persona menor de edad tiene derecho a expresar su opinión en todos los procesos que le afectan, y su opinión deberá ser tomada en consideración al emitir una decisión. Respecto a la edad o condiciones de vulnerabilidad en que se encuentre el menor de edad no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.

b) La identidad del niño, niña y adolescente

Esta abarca particularidades como: el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Además, ha de tomarse en consideración sus necesidades universales elementales, los aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades, a fin de garantizar sus derechos.

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

La familia es considerada como la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros,

⁴⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño. La Observación General Núm. 14(2013). Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

en particular de los niños (preámbulo de la Convención). Cuando es necesario la separación familiar, debe de tomarse en consideración la disposición del artículo 9, párrafo, que requiere “*que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño*”. Reconociendo, que en los casos en que no perjudique los derechos fundamentales de la persona menor de edad, debe preservársele el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño, niña y adolescente

Los Estados partes tienen la obligación de cuidar y proteger a la persona menor de edad, a los fines de garantizar su bienestar y seguridad. Por tanto, la protección y cuidado deben de interpretarse en sentido amplio, y comprender las necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales.

e) Situación de vulnerabilidad

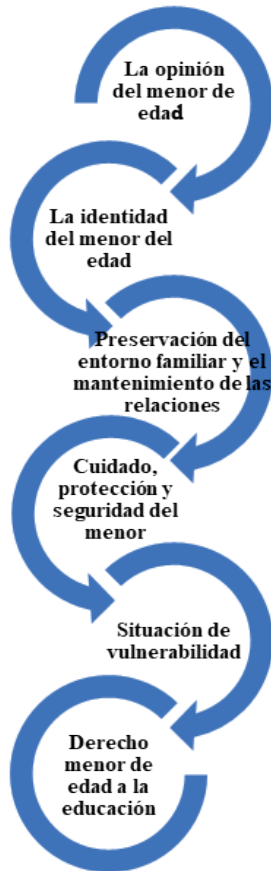
Otros de los elementos a tomar en consideración, lo constituye las condiciones de vulnerabilidad de la persona menor de edad, como: la discapacidad, la pertenencia a un grupo minoritario, la condición de refugiado, ser víctima de maltrato o vivir en la calle.

f) El derecho del niño, niña y adolescente a la salud

El derecho del niño a la salud y su condición de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño, aún en aquellos casos en que por tratarse de una enfermedad o si como resultado del tratamiento constituye una situación incierta, debe de tomarse en consideración los tratamientos posibles frente a los riesgos y efectos secundarios, tomando en consideración la opinión del menor de edad conforme su edad y madurez.

g) El derecho del niño, niña y adolescente a la educación

El acceso gratuito a la educación de calidad, incluida la educación inicial, la no académica o extraacadémica y actividades conexas, en beneficio del interés superior del menor de edad, a su vez, con el propósito de promover la educación de calidad, los Estados partes deben de contar con docentes y profesiones de las diversas disciplinas capacitados, así como un entorno propicio para la aplicación de métodos de enseñanzas apropiados.



Flujograma 2. Observación General núm. 14 (2003) del Comité de los Derechos del Niño: elementos a tomar en consideración para la valoración el interés superior del niño

En el procedimiento de guarda de la persona menor de edad existe libertad probatoria. Además, para la valoración del interés superior del niño se deja una amplia facultad al juzgador; y se debe realizar una valoración de los medios de pruebas aportados por las partes, conforme las previsiones establecidas en el artículo 102 de la Ley 136-03, a saber:

- *El informe de evaluación socio-familiar proporcionado por la unidad multidisciplinaria del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI);*
- *Los acuerdos anteriores a que hayan llegado el padre y la madre;*
- *La sentencia de divorcio, si la hubiera;*
- *Las violaciones reiteradas a los acuerdos anteriores a la demanda;*
- *Además, el juez deberá de ponderar todos los medios de pruebas lícitos para determinar la idoneidad o no de las partes que pretendan la guarda y/o regulación de la visita.*

Además, en la valoración de la guarda monoparental o exclusiva de uno de los progenitores, el juzgador debe de evaluar las circunstancias de cada caso, y ha de tomar en consideración otros criterios, detallados a continuación:

- *La edad y deseos del menor de edad⁴⁰⁸;*

⁴⁰⁸ Reino de España. Tribunal Constitucional. STC 141/ 2000, de 29 de mayo (rec.4233/ 1996) (LA LEY 8805/ 2000) (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000) [en línea], ha decidido que: “*Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandone por completo a lo que puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda o custodia, cuya incidencia sobre el disfrute del menor a sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa*

- *La valoración de quién ha sido el custodio habitual del menor de edad, quién ha ejercido la función de guardador durante el tiempo de convivencia conjunta entre los progenitores y si la misma se ha realizado de forma apropiada;*
- *La flexibilidad de los horarios de los progenitores para poder desempeñar adecuadamente la guarda y custodia del menor;*
- *El principio de la no separación de los hermanos;*
- *La proximidad territorial de los domicilios de los progenitores luego la ruptura de la convivencia conyugal;*
- *Los medios materiales de cada uno de los progenitores para cubrir las necesidades del menor;*
- *Los informativos testimoniales;*
- *Debe valorarse los problemas de alcoholismo, drogadicción, así como las enfermedades mentales;*
- *La existencia de antecedentes de abandono o maltrato.*
- *La existencia del denominado Síndrome de Alienación Parental;*
- *Las circunstancias personales, sociales, económicas y emocionales en que se encuentre el menor de edad que permitir la mejor realización del interés del hijo;*
- *Análisis de la organización y dinámica familiar luego de la separación de los progenitores, que permita el desarrollo del menor de edad dentro de un ambiente dotado de afectos, cuidados y atenciones;*

su capacidad de obrar”. [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4125>

- *Las condiciones mínimas que garanticen el desarrollo emocional y psicológico de los menores*⁴⁰⁹.

Respecto al equipo disciplinario en cada departamento judicial se instituye una unidad multidisciplinaria de atención integral⁴¹⁰, designada por el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (Conani), que estará conformada por un equipo técnico (trabajador social, psicólogo y de otras áreas afines) que permitirá contar con elementos técnicos y objetivos para la garantía de los derechos de las personas menor de edad.

De modo que, en el proceso para la demanda en guarda, como lo prevé la citada disposición legal, se debe realizar una evaluación socio-familiar y psicológica a fin de valorar el entorno familiar y comunitario de las partes en el proceso, las habilidades, destrezas de la persona menor de edad, y así como la esfera psicológica de los progenitores y/o familiares o tercera persona⁴¹¹.

La evaluación psicológica permite determinar el interés superior del niño, que es fundamental al momento de decidir sobre la guarda y custodia de la persona menor de edad, pues, la evaluación se centra en la capacidad parental, las necesidades psicológicas del niño y el ajuste resultante entre capacidad parental y las necesidades del menor de edad.

En este sentido, las Directrices de la Asociación Americana de Psicología (APA) para las evaluaciones de la guarda y custodia infantil (APA, 2010)⁴¹², plantean como eje principal, el principio del “*mejor interés*

⁴⁰⁹ Fernández-Luna Abellan, Emilia. (2015). *Custodia compartida y protección jurídica del menor* [en línea] Tesis Doctoral. Madrid. Universidad Complutense de Madrid. [Consulta: 2 de agosto 2019]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41057/1/T38334.pdf>, p. 76.

⁴¹⁰ Ley núm. 136-03. Artículos 266 al 274.

⁴¹¹ *Ibidem*, artículo 102.

⁴¹² las Directrices de la APA para las evaluaciones de la guarda y custodia infantil (APA, 2010). Elaboradas en 1994, por la Asociación Americana de Psicología (A.P.A.) para la intervención en evaluación de custodias, que, si bien es cierto

del menor”, concepto expuesto en el estado de Michigan en 1970, en la denominada Michigan’s Child Custody Act, que establece elementos a tomar en consideración en las evaluaciones de guarda y custodia, a saber:

- *El afecto existente entre cada progenitor y el hijo.*
- *Los lazos emocionales establecidos entre cada progenitor y el hijo.*
- *La capacidad de cada progenitor para asesorar y orientar al menor.*
- *La capacidad de cada progenitor para continuar educando y criando al hijo en su religión y creencias.*
- *La capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades materiales básicas de menor (alimentación, vestido, cuidados médicos).*
- *El período de tiempo que el niño vivió en una estabilidad emocional y psicológica y en un ambiente satisfactorio, así como la deseabilidad por parte de cada progenitor de mantener esta situación.*
- *La estabilidad y unión familiar existente en el hogar donde permanezca el niño.*
- *La capacidad moral y mental y la salud física de cada progenitor.*
- *El hogar, escuela y comunidad donde va a permanecer el niño con cada progenitor.*

que están únicamente vigentes en Estados Unidos, también lo es que han servido de guía, y lo siguen haciendo en otros países, especialmente en aquellos en que no se han dictado, como es el caso de España, lo que motiva esta exposición. Estas directrices han sido planteadas para el contexto específico de divorcio y construidas en base a los “Principios Éticos de los Psicólogos y el Código de Conducta” propuesto por la APA en 1992. Su pretensión no es la exhaustividad, sino aumentar la competencia y orientar a los psicólogos en la evaluación de custodias [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evaluacion-guarda-custodia-43966633>.

- *Si el menor tiene suficiente juicio y edad según el juez, la preferencia del niño por cada uno de los progenitores*⁴¹³.



Flujograma 3. Elementos a tomar en consideración en las evaluaciones de Guarda y Regulación del Derecho de visitas

⁴¹³ Gómez Diago, Eva. *Instrumentos de Evaluación de la Guarda y Custodia de Menores*. Máster Universitario en Psicología del Trabajo y las Organizaciones, Psicología Jurídico-Forense y de la Intervención Social. Universidad de Santiago de Compostela [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/277588538_INSTRUMENTOS_DE_EVALUACION_DE_LA_GUARDA_Y_CUSTODIA_DE_MENORES_UNA_REVISION

Resulta de suma importancia, señalar que en algunos casos de demanda en guarda se puede presentar el llamado síndrome de la alienación parental (SAP)⁴¹⁴, que se produce cuando uno de los progenitores utiliza estrategias para influir en la voluntad de sus hijos, con el objetivo de obstaculizar o destruir las relaciones con el otro progenitor.

Ha indicado Garned, citado por Miranda, que el síndrome de la alienación parental se manifiesta como:

[...] un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del niño, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la vilificación del progenitor objetivo de ésta campaña denigratoria⁴¹⁵.

De cara a lo anterior, en la alienación parental el menor de edad contribuye de manera activa, junto con el/la progenitor/a al que se aliena para separarse del progenitor rechazado, sin causa alguna para el rechazo.

⁴¹⁴ El Síndrome de Alienación Parental fue introducido por Richard Gardner en el año 1985, en un juicio de divorcio por la tenencia de los hijos en donde actuaba como perito judicial. Los profesionales de la salud mental, así como la Asociación Psiquiátrica ni la Asociación Médica de EE. UU. no lo han reconocido como síndrome.

⁴¹⁵ Miranda, Carlos Reinaldo. (2011). *Síndrome de Alienación Parental*. En: Alienación Parental. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: México. [en línea]. [Consulta: 23 de junio 2019]. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf>. p. 211.

En este tenor, Gil Rivera citando a Tejedor, al referirlos criterios elaborados por Bone y Walsh, para identificar que un proceso de alienación está en curso, ha indicado:

- *“Obstrucción de todo contacto, con el objeto de excluir al otro progenitor de la vida de los hijos, dejando de lado el principio que indica que cada uno de los padres debe favorecer el desarrollo positivo de la relación entre los hijos y el otro progenitor.*
- *Deterioro de la relación, que es el criterio más decisivo, por lo que es importante el estudio de las relaciones parentales antes de la separación.*
- *Reacción de miedo por parte de los hijos y desacuerdo con el progenitor alienador, quien, a su vez, puede amenazar a los hijos con abandonarlos, y con ello los coloca en una situación de dependencia y sometimiento como pruebas de fidelidad.*
- *Denuncias falsas de abusos, principalmente de índole sexual y emocional*⁴¹⁶.

Como se ha señalado en el conocimiento de la demanda en guarda, es obligatorio la realización de las evaluaciones psicológicas a las partes envueltas en el conflicto, así como al menor de edad. Estas evaluaciones tendrán un valor pericial, que deberán ser valorados como pruebas técnicas.

Además, en el proceso deberá de escucharse la opinión de la persona menor de edad, que por aplicación de los artículos 16 de la

⁴¹⁶ Gil Rivera, Angélica. Acciones del Sistema Nacional DIF para Prevenir la Alienación Parental: Crianza Humanizada y Parentabilidad Bientratante. En *Alienación Parental*. México: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011 [en línea]. [Consulta: 23 de junio 2019]. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf>. p. 273.

Ley núm. 136-03⁴¹⁷, 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁴¹⁸ y la Observación General 12 (2009)⁴¹⁹, todo procedimiento administrativo o judicial que puedan afectarle deberá de tomarse en consideración la opinión de la persona menor de edad, conforme su edad y madurez. Más claro aún, en una demanda de guarda es imprescindible escuchar la opinión del menor de edad, “...ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, y como bien recomienda el Comité de los Derechos del Niño en el numeral 21 de la referida observación general:

[...] el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente: - En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz

⁴¹⁷ Ley núm. 136-03. Artículo 16, dispone: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión, ser escuchados y tomados en cuenta, de acuerdo a su etapa progresiva de desarrollo. Párrafo: Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes: estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional. Párrafo II: Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que esté vinculada a la garantía de sus derechos e intereses”.

⁴¹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención Derechos del Niño. Ob. Cit. Artículo 12 dispone: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁴¹⁹ Comité Derechos del Niño. Observación General núm. 12 (2009). “El derecho del niño a ser escuchado”. [en línea]. [Consulta: 20 de enero 2020] <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf>.

del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está “firmemente asentado en la vida diaria del niño” desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. - En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario. Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar

*que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño*⁴²⁰.

Por tanto, la persona menor de edad tiene derecho a expresar libremente su opinión, y como ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, son libres para expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás, sin ningún tipo de manipulación, razón por la que los Estados partes se encuentran en la obligación de garantizar las condiciones para que ese derecho sea realmente efectivo, estableciendo las condiciones para que se tome en consideración la situación tanto individual como social del menor de edad, así como un entorno que permita el respeto y seguridad al expresar de forma libre sus opiniones. Debe evitarse la frecuencia de entrevista a fin de que no sean revictimizados.

La opinión del menor de edad es de gran utilidad para el desarrollo del proceso judicial, pues, puede aportar a la demanda elementos importantes para la solución del conflicto, y como bien establece el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño no solo debe escucharse al menor de edad, sino que, además, su opinión debe ser tomada en consideración al momento de emitir la decisión.

Estas disposiciones, han sido amparadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, por sentencia núm. 438, de fecha 21 de diciembre del 2011, al decidir que:

Considerando, que los Niños, Niñas y Adolescentes, como personas humanas en desarrollo, tienen iguales derechos que todas las demás personas y por consiguiente, es preciso jurídicamente regular los conflictos legales derivados de su incumplimiento y de su colisión con los pretendidos derechos de los adultos; Considerando, que el interés superior del niño permite resolver conflictos múltiples de derecho, recurriendo a la ponderación

⁴²⁰ Ley núm. 136-03. Artículo 16.

de los derechos en pugna y en este sentido, siempre habrá que adoptarse aquella medida que asegure al máximo la satisfacción de los derechos de los menores; Considerando, que el estudio de la sentencia impugnada pone de manifiesto que la Corte a-qua no tuvo en cuenta la opinión personal del niño ya que en la misma primó el interés del adulto y en las motivaciones sólo figuran las declaraciones formuladas por el padre biológico del menor, un pre-adolescente de 12 años de edad, sin haberse tomado en cuenta su opinión, violándose en consecuencia el Principio de Prevalencia de los derechos del menor ante una situación de conflicto con derechos a intereses legítimamente protegidos; Considerando, que por lo antes expuesto la sentencia impugnada adolece de una correcta interpretación de las disposiciones legales cuya violación se alega, así como de los documentos, hechos y circunstancias de la causa, incurriendo en el vicio de la desnaturalización, lo que la hace pasible de casación; Considerando, que, por otra parte, la sentencia impugnada también adolece de una incompleta relación de los hechos de la causa, lo cual ha impedido a la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, ejercer su poder de verificar si, en la especie, el tribunal ha hecho una correcta aplicación de la ley, dejando la sentencia sin base legal, por lo que procede acoger los medios⁴²¹.

Ello implica que el juzgador no solo debe limitarse a escuchar la opinión de la persona menor de edad conforme su edad y madurez, también, está en la obligación de valorar la misma al momento de decidir, de manera que dé una respuesta apegada al respeto y garantía de sus derechos fundamentales. El reconocimiento al menor de edad

⁴²¹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (21 de diciembre de 2011). Sentencia núm. 438. [Consulta: 30 de mayo 2019]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-76-salas-668960321>

de ser oído y su opinión tomada en consideración, sienta un principio fundamental que les reconoce su carácter de sujetos y no objetos de protección⁴²².

Además, en el conocimiento de la demanda en guarda debe ser valorada la idoneidad de la persona a quien se va a delegar la misma, pues como se ha expuesto anteriormente, la guarda la puede detentar uno de los progenitores, ascendiente, o un tercero, sea de carácter físico o moral.

La evaluación de la idoneidad de uno de los progenitores a fin de delegar el ejercicio de la guarda de la persona menor de edad, debe partir del criterio de que ambos se encuentran en las mismas condiciones de igualdad para el ejercicio de la misma; motivo por el que se requiere la confirmación de esa idoneidad tomando como punto de partida las pruebas aportadas por las partes, además, los resultados de las evaluaciones psicológicas y sociales, que permitirán la valoración y justificación de la prevalencia de las pretensiones de uno de los progenitores respecto del otro⁴²³.

Con relación a este último aspecto, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, se ha pronunciado en la decisión núm. 2, de fecha 10 de mayo de 2015, al decidir:

Considerando: que, en el caso, la Corte en su decisión reconoció la idoneidad de ambas partes para mantener la guarda del menor; que, contrariamente a lo alegado por la parte

⁴²² Llobet Rodríguez, Javier. El derecho del Niño y Adolescente a ser oído y a que se considere su opinión en los procesos judiciales. En: Derecho Procesal de Familia. Benavides Santos, Diego et al. 1era edición. San José de Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. 2008.

⁴²³ Instrumentos de Evaluación de la Guarda y Custodia [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/277588538_INSTRUMENTOS_DE_EVALUACION_DE_LA_GUARDA_Y_CUSTODIA_DE_MENORES_UNA_REVISION

*recurrente, la Corte de envío al estatuir, juzgó más conveniente para el desarrollo del menor mantener la guarda dentro de la familia materna; tomando en consideración elementos de hecho que escapan a la censura casacional, como el tiempo que lleva el menor conviviendo con la familia materna, el rol que han asumido la familia materna en el desarrollo y crianza del menor; Considerando: que, contrario a lo alegado por el recurrente, la Corte no viola la ley ni desconoce la autoridad parental del padre, al mantener la guarda del menor dentro de la familia materna, ya que esta decisión se fundamentó en que el menor ha convivido con la familia materna toda su vida, en las comprobaciones hechas por la Corte a-qua en un entorno familiar en el cual, hasta el momento, se ha garantizado el desarrollo integral del menor, por efecto de los vínculos de confianza, afecto, estabilidad que ha creado con las personas a su alrededor; y del que se vería despojado en caso contrario*⁴²⁴.

En efecto, al decidir, el juzgador deberá de tomar en consideración las circunstancias en que concurren las partes envueltas en el conflicto, el grupo familiar; además, deberá valorarse cuál es el ambiente más adecuado para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas de la persona menor de edad.

Más aún, en una demanda en guarda el juzgador debe valorar, cuál de las partes en conflicto puede dar al menor de edad una educación en valores, equilibrio emocional, madurez afectiva, atención en el orden económico, entre otros. Como bien ha señalado González Vicente, debe estimarse:

[...]la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos como factor positivo en su desarrollo; la atención que pueden

⁴²⁴ las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia. (10 de mayo de 2015). Sentencia núm. 2.

*prestar al menor tanto en el orden material, como afectivo cada uno de los progenitores, la existencia de circunstancias perjudiciales para la formación y desarrollo del menor en cualquiera de sus padres; la estabilidad de empleo, y de ambiente y sobre todo emocional de los padres; la convivencia de que los hermanos permanezcan unidos para su desarrollo afectivo; los vínculos afectivos de los hijos, así como valorar el rechazo que puedan sentir hacia algún progenitor, sus causas y manifestaciones; la madurez intelectual y volitiva del menor, etc.*⁴²⁵.

En este orden, por Sentencia núm. 1091/2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha decidido:

Considerando, que, por otro lado, el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente las pruebas aportadas y establecer conclusiones relativas a su credibilidad en torno a la veracidad o falsedad de los enunciados a que se refieren los hechos de la causa; que tal y como estableció la corte a-qua al no presentarse elementos de prueba que demuestren que el padre representa un peligro para los niños o que estos han sido víctimas de maltrato de su parte, la guarda de los menores corresponde en principio a sus progenitores y solo en su ausencia puede asumirla un tercero; que al no constatar la alzada el perjuicio que sufrirían los niños al estar con su padre entendió dentro de su soberana apreciación por los hechos y circunstancias de la causa y en consonancia con el principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño y el Art. 59 de la Ley núm. 136-03, como se ha dicho, que todo niño tiene derecho a criarse y desarrollar en el seno de su familia de origen salvo en los casos en que eso sea imposible; por lo que la corte a-qua no incurrió en la violación de las disposiciones legales invocadas ni tampoco desnaturalizó los documentos, hechos y circunstancias de la causa; que

⁴²⁵ González Vicente, Pilar. Ob. Cit. p. 108.

*es preciso señalar además, que respecto de la guarda de los hijos menores no tiene en razón de su naturaleza intrínseca, un carácter definitivo y por lo mismo irrevocable, sino por el contrario, es meramente provisional, por tanto, puede revisarse si sobrevienen cambios en la situación de los menores o de sus padres, que exijan nuevas disposiciones o medidas con relación a la guarda de que se trata*⁴²⁶.

Además, es importante destacar que, al decidir sobre la guarda y custodia de una persona menor de edad, el juzgador debe estar libre de prejuicios con relación a la preferencia sexual del o la progenitor/a, solo considerará la orientación sexual cuando constituya un elemento de controversia, ya que, *per se* no puede excluirse al padre o la madre por su preferencia sexual, de ostentar la guarda de sus hijos menores de edad.

En cuanto a este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido sobre los prejuicios y estereotipos en contra de las personas con preferencias sexuales, en el caso *Atala Riffo vs Chile*, en el numeral 235, señaló:

[...] la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1

⁴²⁶ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. Sentencia 1091/2015.

*en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo*⁴²⁷.

En la referida decisión, la Corte CIDH hace una valoración del principio del interés superior del niño, al señalar que la Corte Suprema de Chile se limitó a fundamentar la decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad; pero sin ofrecer motivos de la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de guarda, máxime si se toma en consideración la interrelación entre el derecho a la participación de los menores de edad en los procesos que les puedan afectar y el propósito de cumplir con el principio del interés superior del niño, vulnerando la decisión de la Corte Suprema el derecho de ser oídas las menores de edad y sus opiniones tomadas en consideración, conforme se reconoce en los artículos 1.1, 8.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴²⁸.

En síntesis, el juzgador al determinar quién va a detentar la guarda de la persona menor de edad, debe hacer una valoración de cada uno de los medios de pruebas aportados, a fin de determinar la idoneidad del guardador y los criterios tomados en consideración para otorgar la misma, siempre prevaleciendo los mejores intereses en beneficio del menor de edad.

a. Efectos de la Guarda

Al decidir con relación a la guarda de la persona menor de edad, obliga a quien le es concedida, a la prestación de asistencia material,

⁴²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. R. O. [Caso Atala Riffo Vs, Chile]. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012[en línea].[Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁴²⁸ Frias Javier, Lidia. (2016). Guarda Compartida: Análisis del Marco regulatorio en la República Dominicana. [Tesis Maestría Derecho Civil y Procedimiento Civil]. Universidad Autónoma de Santo Domingo.

moral y educacional del niño, niña y adolescente; por tanto, se obliga a proveerle alimentos, cuidado, establecimientos de reglas disciplinarias, pautas de estudios, dentro de otras obligaciones. Por tales razones, el establecimiento de la guarda y custodia confiere a su titular el derecho a oponerse a terceros e incluyendo a los progenitores⁴²⁹.

En consecuencia, la persona menor de edad por disposición de las normativas tanto nacional como internacional, tendrá derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones directas con el progenitor/a despojado de la guarda, siempre que no atente con el interés superior del niño.

El incumplimiento de las obligaciones de guarda⁴³⁰, custodia y vigilancia de la persona menor de edad por parte de los progenitores, se tipifica como abandono de familia en el artículo 351-2 del Código Penal⁴³¹, así como una vulneración a los artículos 396 y 397⁴³² de la

⁴²⁹ Ley núm. 136-03. Ob. Cit. Artículo 87.

⁴³⁰ *Ibidem*. Artículo 84, párrafo.

⁴³¹ Código Penal. Artículo 351-2.- (Agregado por la Ley núm. 24-97 de fecha 28 de enero de 1997 G.O. 9945). “*Se considerarán culpables de abandono y maltrato a niños, niñas y adolescentes, y sancionados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a cinco mil pesos, el padre o la madre o las personas que tienen a su cargo a cualquier niño, niña o adolescente que no le presten atención, afecto, vigilancia o corrección suficientes, o permitan o inciten a éstos a la ejecución de actos perjudiciales para su salud síquica o moral. El padre, la madre o las personas que tienen a su cargo cualquier niño, niña o adolescente que, por acción u omisión y de manera intencional, causen a niños, niñas, o adolescentes daño físico, mental o emocional; cuando se cometa o se permita que otros cometan abuso sexual; cuando se utilice o se permita que se utilicen niños, niñas o adolescentes en la práctica de mendicidad, de la pornografía o de la prostitución; cuando se emplean niños, niñas y adolescentes en trabajos prohibidos o contrarios a la moral o que ponga en peligro su vida, su salud o su integridad física; cuando no se les suministre alimentos, ropas, habitación, educación o cuidados en su salud; cuando existan medios económicos para hacerlo o cuando por negligencia no se disponga de los medios adecuados*”.

⁴³² Ley núm. 136-03. Ob. Cit. Artículo 397, dispone que: “Si el abuso es cometido por el padre, la madre y otros familiares, tutores o guardianes, responsables del

Ley núm. 136-03. Además, los artículos 74 y 76 de la referida disposición legal, sancionan con la suspensión o pérdida definitiva de la autoridad parental por decisión judicial, en los casos en que el padre y/o la madre por acción u omisión, comprobadas por el juez competente, amenacen o vulneren los derechos del menor de edad y pongan en riesgo su seguridad y bienestar integral aún como resultado de una medida disciplinaria.

Y en los casos en que el padre o la madre obstaculice o viole los acuerdos o lo dispuesto por la sentencia, con relación a la guarda y regulación de visitas podrá ser sancionado/a con un día de prisión por cada día o fracción de día que dura la violación a lo dispuesto en la decisión, sin exceder la privación de libertad de seis (6) meses. El juzgador al homologar el acuerdo, o al decidir con relación a la guarda y el régimen de visitas deberá de hacer mención de las sanciones en caso de incumplimiento con las obligaciones establecidas.

1.6. Regulación del Derecho de Visita

La guarda se encuentra vinculada al derecho de visitas, puesto que, el juzgador al decidir con relación al conflicto generado entre las partes deberá decidir con relación al derecho de visitas, con la finalidad de garantizar el contacto del menor de edad con el progenitor no beneficiado con la guarda. Más claro aún, con la guarda atribuida a uno de los progenitores, sea por convenio entre las partes o por decisión judicial, se precisa la implementación de un sistema de relación paterno filial para preservar los lazos familiares.

niño, niña o adolescente, en contra de sus hijos, hijas o puestos bajo su guarda o autoridad, serán sancionados con privación de libertad de dos (2) a cinco (5) años y multa de uno (1) a cinco (5) salario mínimo establecido oficialmente. En todo caso, la pena debe ir acompañada de tratamiento sicoterapéutico”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo reconoce que: *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*. Además, el artículo 9.3, *obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*.

El derecho de visitas se encuentra regulado en nuestra legislación en los artículos 96 y 97⁴³³ de la Ley núm. 136-03, y en cuanto al procedimiento se rige por las mismas disposiciones legales establecidas para la demanda en guarda⁴³⁴.

Ha indicado Cabrera Velez, citando a Gustavino, que el denominado derecho de visitas constituye: *“El estrecho vínculo que la ley procura entre el hijo y el progenitor no guardador se fundamenta en que el contacto de ambos padres con el niño es de medular importancia para la estructuración psíquica y moral de éste”*⁴³⁵.

A su vez, el doctrinario Rabadán Sánchez-Lafuente, define el derecho de visitas como un: *“conjunto de facultades que posibilitan a todo progenitor relacionarse con aquellos de sus hijos con los que,*

⁴³³ Ley núm. 136-03. Artículo 96, dispone que: *“La guarda y el derecho de visita se encuentran indisolublemente unidos, por lo que al emitir sus fallos los tribunales deberán asegurar la protección de ambos derechos a fin de que los padres puedan mantener una relación directa con su hijo o hija”*.

Artículo 97 dispone que: *“El niño, niña o adolescente tiene derecho a tener contacto permanente con su padre o madre, aún en los casos en que uno de éstos no tenga la guarda”*.

⁴³⁴ Regido por los artículos 100 al 109 de la Ley núm. 136-03.

⁴³⁵ Cabrera Velez, Juan Pablo. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito. Editores Fausto Reinoso. Pág.103. Citando a Gustavino, Elías. (1976). *Régimen de Visitas en el derecho de familia*. Tomo I. JA. p. 654.

*por la particular situación que atraviesa el núcleo familiar, no puede convivir*⁴³⁶.

Para referirse a este derecho se han utilizado diferentes términos: derecho de visitas, derecho de comunicación y estancias, derecho de relacionarse. Sin embargo, el más criticado ha sido el derecho de visitas, por constituir un término, en cierto modo, impreciso, que no incluye la amplitud de las relaciones paterno-filial de aquel progenitor no beneficiado con la guarda, pues, las relaciones entre ellos no se limitan a una visita en un sentido matemático, van más allá de una simple visita, ya que comprenden otras modalidades de comunicación e incluso de convivencia.

Advierte, Echevarría Guevara citando a López Ordiales⁴³⁷, que el término visitas en la tendencia actual va hacia la eliminación del término custodia y visitas y su sustitución por el “*tiempo de permanencia con los hijos*”, evitando lo que podría interpretarse como una estigmatización de aquel progenitor que ha sido beneficiado con la guarda, ante la posición de triunfo o pérdida.

Por su parte, Pérez Vallejo⁴³⁸ plantea que el término visitas encierra en sí mismo un matiz peyorativo, su utilización proyecta la sensación de que tras la ruptura de la pareja, habrá un ganador-vencedor (progenitor que tiene la guarda y custodia) y un perdedor o vencido (el progenitor que tiene las visitas); indicando que, el derecho de relación tiene un contenido más amplio al abarcar la correspondencia, trato, comunicación a través de cualquier medio, en la que a juicio de

⁴³⁶ Rabadán Sánchez-Lafuente, Fuensanta. *Ejercicio de la Patria Potestad* [en línea] [Consulta 14 de marzo 2020]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=51719> pág. 151.

⁴³⁷ Echevarría Guevara, Karen. Ob. Cit. p. 304.

⁴³⁸ Pérez Vallejo, Ana María. (2009). *Régimen de Visitas del Progenitor no custodio. Su incidencia en la Relación de Abuelos-Nietos*, en García Garnica, María del Carmen: *La Protección del Menor en la Ruptura de Parejas*. Primera edición. Navarra. Editorial Aranzadi. pp.349-351.

esta doctrinaria se incluyen dentro de ese concepto las estancias del hijo con el progenitor.

En efecto el derecho de visita constituye no un derecho del progenitor, sino un derecho recíproco de la persona menor de edad y el progenitor que no detente la guarda, no enfocando la situación en un ganador o un vencido, sino, más bien en fortalecer las relaciones humanas y afectivas que deben constituir su objetivo. Esto se debe a que, mientras los progenitores convivan, el menor de edad goza de tiempo con ambos, sin embargo, al producirse la separación de las parejas pueden producirse conflictos familiares que obliguen al establecimiento de un régimen de visitas en el que se tomen las situaciones particulares del caso en cuestión.

Aun cuando el contenido del derecho de visitas y de la guarda sean similares, ambas instituciones del derecho de familia difieren, ya que el titular del derecho de visita solo asume las responsabilidades durante los periodos establecidos para la relación y comunicación; sin embargo, quien ostenta la guarda ejerce sus responsabilidades la mayor parte del tiempo, además de tener la convivencia y permanencia con su hijo menor de edad.

1.7. Titularidad del Derecho de Visita

El artículo 96 de la Ley 136-03, garantiza el derecho del progenitor que no tiene la guarda y custodia de su hijo menor de edad a mantener contacto con este, así como a supervisar su educación. De la referida disposición legal se identifican como titulares del derecho de visitas, a saber: los progenitores con relación a sus hijos (sea biológicos o adoptivos), a consecuencia del divorcio, separación, pérdida de la autoridad parental y a favor de parientes, o como bien destaca Rivero Hernández ⁴³⁹ los allegados.

⁴³⁹ Rivero Hernández, Francisco. Ob. Cit. p. 74.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación al derecho de visitas, ha decidido que las mismas son parte integrante de la vida familiar, protegida por el artículo 8.1 del Convenio (sentencia del caso O. Vs. Reino Unido). De igual manera, en el caso Anderson vs. Suecia, en la sentencia de 25 de febrero de 1992, reitera “*que la asunción de la custodia de un niño por las autoridades públicas no pone fin a las relaciones familiares naturales*”⁴⁴⁰.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC 7/2002, numeral 72, al referirse al derecho de visitas que tienen los progenitores que no hayan sido favorecidos con la guarda de sus hijos menores de edad, hace referencia a lo decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos, al establecer:

*[...] que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia*⁴⁴¹.

Al determinar a cuál de los progenitores se le otorga la guarda de la persona menor de edad, por disposición el artículo 96 párrafo de la Ley núm. 136-03, se regula a petición de parte o de oficio, la modalidad de las visitas del otro progenitor, si califica, tomando en consideración el interés superior del niño, como principio garantista de la doctrina de la protección integral.

⁴⁴⁰ Ibidem.

⁴⁴¹ Rivero Hernández, Francisco. Ob. Cit. p. 74.

Con relación a esta cuestión, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia por sentencia núm. 102/2011, ha decidido:

[...]Considerando, que el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles en la sustracción intencional de menores, del 25 de octubre de 1980, [...] define, en su artículo 5 el derecho de visita y comprende el de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual, por lo que debe ser respetado el derecho de M.L. de sostener relaciones personales y contacto físico en forma regular con su padre, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 párrafo 3ro. de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, por lo que la corte a-qua entendió pertinente establecer el derecho de visita de la niña M.L. en provecho del padre en la forma que figura transcrita en otro lugar del presente fallo; Considerando, que, en este orden de ideas, la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado en el sentido de admitir que al padre o la madre que no ostenta la guarda, se le permita que el menor pueda ser trasladado a la casa del beneficiario del derecho de visita y permitir en ese lugar estancias más o menos largas con el objeto de lograr que las visitas sean más gratas para su beneficio; por lo que el régimen de visita se fundamenta no sólo en el deseo expresado por el padre o madre solicitante, sino en el interés superior del niño, que parte, en la especie, de la necesidad de fomentar el acercamiento, el desarrollo armónico y el trato afectuoso entre el padre y la hija, y evitar el desarraigo frente al padre; que, por consiguiente, todo lo argüido por la recurrente en el medio examinado, debe ser rechazado y con ello el presente recurso de casación⁴⁴².

⁴⁴² Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 102, del 30 de noviembre de 2011. [Consulta: 3 de junio 2019]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sentencia-primer-ca-mara-suprema-corte-b-j-450224342>.

En efecto, el establecimiento del régimen de visita tiene como sostén el desarrollo armónico de la persona menor de edad y evitar el desarraigo frente al progenitor que no ostente la guarda, así ha advertido Cabrera Velez “[...]frente a esta realidad, se vuelve necesario establecer métodos que controlen la desfragmentación familiar y aún más importante, es instituir medios que garanticen la estabilidad de lo que queda de la familia después de su separación, haciendo una especial mención al niño, quien posee un interés superior al de sus padres [...]”⁴⁴³.

En este sentido, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores en su artículo 3, ha establecido que: “el derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”⁴⁴⁴.

Por lo que, se requiere la implementación de los medios necesarios para garantizar el contacto del progenitor/a con su hijo/a menor de edad, tomando en consideración el equilibrio que debe existir en las relaciones de los progenitores con sus hijos menores de edad y las relaciones con su familia de origen, que deben ser estimados de forma proporcional a sus intereses; medidas que deben garantizar la estabilidad emocional de la persona menor de edad y el desarrollo de las actividades educativas, extracurriculares y de diversión que realicen.

Estas actividades deben permitir que el menor de edad pueda ser trasladado durante ciertos periodos a la residencia del progenitor/a, de modo que pueda compartir con los demás familiares, promoviendo el

⁴⁴³ Cabrera Velez, Juan Pablo. Ob. Cit. p. 98.

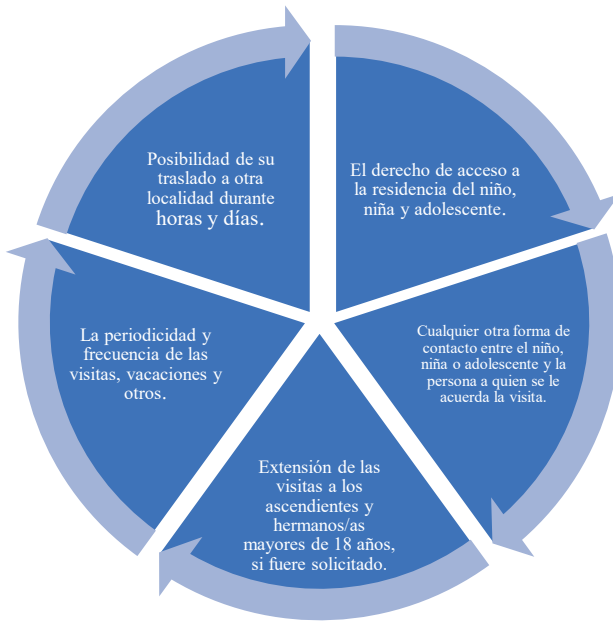
⁴⁴⁴ La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores [en línea] [Consulta: 12 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>.

acercamiento y el desarrollo de lazo afectivos y evitando con ello la segregación del núcleo familiar⁴⁴⁵.

Al regular las visitas, el legislador debe tomar en consideración los criterios señalados en el artículo 103 de la Ley núm. 136-03, a saber:

- *El derecho de acceso a la residencia del niño, niña o adolescente;*
- *La posibilidad de su traslado a otra localidad durante horas y días;*
- *La periodicidad y frecuencia de las visitas, vacaciones y otros;*
- *Extensión de las visitas a los ascendientes y hermanos/as mayores de 18 años, si fuere solicitado;*
- *Cualquier otra forma de contacto entre el niño, niña o adolescente y la persona a quien se le acuerda la visita, tales como comunicaciones escritas, telefónicas y electrónicas, siempre que no se vulneren los derechos de los niños y adolescentes.*

⁴⁴⁵ Villar, Ariel H. *Impedimento de Contacto de Hijos Menores y la Comunicación Paterno-Filiar*. Argentina. Editorial Nemesis. S.R.L. p. 174.



Flujograma 4. Criterios para fijar el Régimen de Visitas

El derecho de visitas constituye un medio de contacto paterno-filial, puesto que permite al/la progenitor/a que no ostente la guarda y custodia, el acceso a la formación y dirección de sus hijos. Además, este derecho permite la correspondencia y comunicación sea telefónica, electrónica, escrita, que constituyen medios de comunicaciones usuales, que en un conflicto familiar al restringir o impedirse podrían constituir un obstáculo para la concretización de este derecho.

De igual forma, el derecho de visitas trae consigo el alojamiento y habitación, en compañía del progenitor, familiar o allegado que no tiene la guarda de la persona menor de edad, pudiendo recibir en su vivienda por un periodo largo, por ejemplo, en periodo de vacaciones, escolares, navideñas, etc., correspondiéndole al juzgador determinar de qué forma va a ser concretizado.

Cabe destacar, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al referirse al derecho de visitas, por Sentencia núm.185 de fecha

24 de mayo de 2013⁴⁴⁶, ha decidido que en una relación familiar debe mantenerse mediante el contacto directo de ambos padres en forma regular, puesto que uno de los ejes fundamentales de la Convención Internacional, es la regulación de la relación hijos-padres en la medida en que se reconoce el derecho de estos a la crianza y la educación.

Asimismo, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, por lo que sus progenitores ejercerán sus prerrogativas sin perjuicio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por su carácter prioritario frente a los derechos de las personas adultas.

Este criterio es reiterado en la decisión núm. 708, de fecha 29 de marzo de 2017⁴⁴⁷, al decidir que una relación familiar debe mantenerse mediante el contacto directo de los padres con sus hijos menores de edad en forma regular, tomando como uno de los ejes fundamentales de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la obligación de los Estados partes de regular la relación hijos-padres en la medida en que se reconoce el derecho a la crianza y la educación, y el derecho de la persona menor de edad a ejercer sus derechos de forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, por lo que sus padres y madres ejercerán sus prerrogativas sin perjuicio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, el Tribunal Superior de Familia y Tutelar de Menores de Costa Rica por Resolución núm. 147-96, de fecha 29 de febrero de 1996, dictó: “*En materia de régimen de visitas, es necesario conciliar*

⁴⁴⁶ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 708, de fecha 29 de marzo 2017. [Consulta: 4 de junio 2019]. Disponible en:<https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/689053933>

⁴⁴⁷ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 708, de fecha 29 de marzo 2017. [Consulta: 4 de junio de 2019]. Disponible en:<https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/689053933>

el interés de los padres que desean compartir con sus hijos y el interés de los menores en cuanto al bienestar físico y emocional que tal contacto les pueda deparar en el desarrollo de su personalidad y la seguridad necesaria para fijar sus patrones de identificación..."⁴⁴⁸.

Con relación al interés superior del niño y el derecho de visitas, Trejos, citando a Carbonier, expresa que: "*... el interés del menor, en su amplitud y su diversidad, no solamente su interés presente, sino también su interés futuro, evolutivo, por conjetura de lo que será su interés cuando se convierta en adulto*"⁴⁴⁹. Por consiguiente, establecer el interés superior de la persona menor de edad constituye un aspecto relevante al momento de establecer las visitas.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 10, en relación con las visitas de familiares residentes en el extranjero, prevé que:

El niño cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del Párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y

⁴⁴⁸ Trejos, Gerardo, Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. (2010). *Derecho de Familia*. 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro. p. 634.

⁴⁴⁹ *Ibidem*. p. 633.

*libertades de otras personas y estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención*⁴⁵⁰.

Otro aspecto importante, ha sido ponderado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la decisión núm. 2 de fecha 5 de mayo de 2015, al decidir con relación al derecho de visitas de los familiares que no detentan la guarda del menor de edad, lo siguiente:

*Considerando: que, contrario a lo alegado por el recurrente el régimen de visitas puede ser aplicado respecto de los familiares que no conserven la guarda del menor, con la finalidad de proveer los medios idóneos para regularizar el contacto con los familiares; que, al igual que la figura de la guarda, el régimen de visitas se caracteriza por ser una medida provisional sujeta a los hechos y circunstancias que pudieran suscitarse; Considerando: que, en el caso, una vez determinada la guarda, correspondía a la Corte A-qua implementar los medios necesarios para garantizar el contacto del padre con su hijo, tomando en consideración el equilibrio que debe existir en las relaciones del padre con el hijo y las relaciones que mantenga el menor con su familia de origen, que deben asumirse en una medida proporcional a sus intereses; medidas que, al margen de todo lo anterior, deben garantizar la estabilidad emocional del menor, así como al desarrollo natural de las actividades que realiza durante este periodo de su vida, relativas a su educación, actividades extracurriculares y entretenimiento*⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención Derechos del Niño. Ob. Cit. Artículo 10.

⁴⁵¹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 2, de fecha 5 de mayo de 2015, de la Sala Civil y Comercial. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/727428253>

Por consiguiente, al regularizar las visitas debe tomarse en consideración el interés superior del niño y el principio de prioridad absoluta establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 2 y 3, así como en las disposiciones contenidas en el artículo 56 de la Constitución y principios V y VI de la Ley 136-03, a fin de ponderar los conflictos jurídicos y su colisión con los derechos de los adultos, y determinar aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos del menor de edad⁴⁵².

Al igual que la guarda, la regularización del derecho de visitas se caracteriza porque sus decisiones son provisionales, por tanto, pueden ser objeto de revisión y de revocación en los casos en que se presente algún hecho o circunstancia que vulnere o ponga en peligro la integridad física, psíquica o emocional de la persona menor de edad. En este sentido, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, por sentencia núm. 76 en fecha 10 de junio de 2015, ha decidido:

Considerando: que, contrario a lo alegado por el recurrente el régimen de visitas puede ser aplicado respecto de los familiares que no conserven la guarda del menor, con la finalidad de proveer los medios idóneos para regularizar el contacto con los familiares; que, al igual que la figura de la guarda, el régimen de visitas se caracteriza por ser una medida provisional sujeta a los hechos y circunstancias que pudieran suscitarse; Considerando: que, en el caso, una vez determinada la guarda, correspondía a la Corte A-qua implementar los medios necesarios para garantizar el contacto del padre con su hijo, tomando en consideración el equilibrio que debe existir en las relaciones del padre con el hijo y las relaciones que mantenga el menor con su familia de origen, que deben asumirse en una medida proporcional a sus intereses; medidas que, al margen de todo lo

⁴⁵² Sentencia núm. 642. (27 de julio de 2016). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

anterior; deben garantizar la estabilidad emocional del menor; así como al desarrollo natural de las actividades que realiza durante este periodo de su vida, relativas a su educación, actividades extracurriculares y entretenimiento; Considerando: que, en sus motivaciones es posible apreciar que la Corte aqua ponderó adecuadamente un conjunto de circunstancias que rodean el diferendo, que no pueden ser objeto de censura por la Corte de Casación, salvo desnaturalización, que no ha ocurrido en el caso; Considerando: que, en el caso, Las Salas Reunidas de esta Suprema Corte de Justicia han podido verificar que la sentencia recurrida respeta los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y coherencia propias de la materia de que se trata, verificándose además que contiene una relación de hechos de la causa a los cuales el tribunal a-quo les dio su verdadero sentido y alcance, sin desnaturalización alguna, así como motivos suficientes y pertinentes que justifican su dispositivo, lo que ha permitido a esta Corte de Casación establecer que se ha hecho una correcta aplicación de la ley y, por lo tanto, procede rechazar el presente recurso de casación⁴⁵³.

En esta decisión, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia sostienen el criterio de que, al otorgarse la guarda, la norma reserva a la persona no beneficiada con la misma el derecho de regular las visitas, con la finalidad de establecer mecanismos viables que permitan llevar una relación adecuada entre el hijo, el progenitor, familiares e incluso allegados⁴⁵⁴.

Por ello, los progenitores, el tutor o responsable no pueden salvo motivos graves, oponerse a las relaciones personales con sus abuelos, a falta de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas

⁴⁵³ Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia. (10 de junio de 2015). Sentencia núm. 76.

⁴⁵⁴ Cabrera Velez, Juan Pablo. Ob. Cit. p. 97.

relaciones serán reguladas por el juez de niños, niñas y adolescentes en sus atribuciones civiles⁴⁵⁵.

Sobre el particular, el artículo 371-4 del Código Civil prevé que el padre y la madre no pueden, salvo motivos graves oponerse a las relaciones personales del hijo con el abuelo. Reiterado, asimismo, en el artículo 9 de la Ley núm. 136-03. Por lo que en caso de conflicto se deberá apoderar a la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de regularizar la modalidad en que serán realizadas las visitas⁴⁵⁶.

Ahora bien, las relaciones a que pueden pretender los abuelos con los nietos no pueden ser las que se establecen con los progenitores. Y como ha señalado Rivero Hernández: *“las relaciones que pueden aspirar o exigir los abuelos con sus nietos, inconcreto, no siempre serán iguales en su forma de presentación (visita stricto sensu, comunicación, convivencia) ni en amplitud o duración que las normales entre padres e hijos (que se suelen tomar como prototipo)”*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Ley núm. 136-03. Artículos 9 y 371-4 del Código Civil (modificado por la Ley 855 de 1978, G.O. 9478).

A criterio de Trejos, el régimen de visitas, además, tutela el derecho de los abuelos, que consiste en la posibilidad de interrelación del padre o la madre a quien no se le ha otorgado el derecho de visitas, y sugiere que la misma se denomine *“interrelación familiar”*. Trejos, Gerardo. Ob. Cit. p. 633.

⁴⁵⁶ Ver flujograma.

⁴⁵⁷ Rivero Hernández, Francisco. Ob. Cit. p. 119.

Señala Castán Vásquez, citado por Trejos, Ob. Cit., p. 639, que “el derecho de los abuelos fue, por cierto, construido por la jurisprudencia francesa, que extendiendo el artículo 371 del Código Civil (que dice que el hijo en toda edad debe honor y respeto a su padre y a su madre) dedujo que los abuelos, tenían el derecho de recibir a sus nietos (derecho de visita) y de mantener correspondencia con ellos, aun en contra de la voluntad del padre y de la madre. La ley de 1970 consagró el derecho de los abuelos...”.

A criterio de Trejos, el régimen de visitas, además, tutela el derecho de los abuelos, que consiste en la posibilidad de interrelación del padre o la madre a quien no se le ha otorgado el derecho de visitas, y sugiere que la misma se denomine *“interrelación familiar”*. Trejos, Gerardo. Ob. Cit. p. 633.

Por otra parte, el artículo 9 párrafo de la Ley núm.136-03, prevé situaciones excepcionales, al establecer que la sala civil del tribunal de niños, niñas y adolescentes puede acordar un derecho de comunicación o de visitas con otras personas o parientes. Obsérvese que el referido artículo no establece el grado de parentesco ni cuáles serían los límites para los allegados, quedando este precepto legal abierto, razones que impiden establecer limitaciones y precisiones que el legislador no ha establecido. El juzgador al decidir debe tomar en consideración las circunstancias particulares del caso, además del grado de afectación de este derecho y la necesidad de establecer un régimen de comunicación y relaciones personales con parientes más lejanos o allegados.

Importante, destacar, que la jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes podrá apoderarse en referimiento, en los casos en que se presume la vulneración de sus derechos, en cuanto al ejercicio del derecho de visitas, y aun cuando la figura del referimiento no se encuentra consagrado de manera expresa en la ley especializada, en la norma se hace referencia al principio de celeridad y la competencia del tribunal de niños, niñas y adolescentes (en atribuciones civiles)⁴⁵⁸ para ordenar medidas cautelares y preventivas de manera provisional.

En la demanda en referimiento⁴⁵⁹ se deben establecer los motivos que justifiquen la existencia de un peligro y que requiera de medidas urgentes, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley núm.834 de 1978, que abroga algunas de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, *“en todos los casos de urgencia, el presidente del tribunal de primera instancia puede ordenar en referimiento todas las medidas que no colidan con ninguna contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo”*.

⁴⁵⁸ Ley núm.136-03, Ob. Cit., artículo 211, letra m).

⁴⁵⁹ Ver flujograma.

En este último punto, se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, por sentencia núm. 710 del 26 de marzo de 2017, al decidir:

Considerando, que cabe destacar que la ordenanza de referimiento es una decisión provisional, como lo establece expresamente el artículo 101 de la Ley núm. 834 del 15 de julio de 1978, que dice: “La ordenanza de referimiento es una decisión provisional rendida a solicitud de una parte, la otra presente o citada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no está apoderado de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias”; que, en este sentido, resulta que el carácter provisional de dicha ordenanza tiene dos implicaciones importantes, la primera es que puede modificarse si varían las circunstancias bajo las cuales fue ordenada y la segunda, es que no tiene autoridad de cosa juzgada en cuanto a lo principal, es decir, en cuanto al fondo de la contestación, esto se desprende del artículo 104 de la misma Ley que dispone que “La ordenanza de referimiento no tiene, en cuanto a lo principal, la autoridad de la cosa juzgada. No puede ser modificada ni renovada en referimiento más que en caso de nuevas circunstancias”; Considerando, que el artículo 112 de la Ley núm. 834 de 834 del 15 de julio de 1978, establece textualmente lo siguiente: “Puede igualmente el presidente del tribunal estatuir en referimiento sobre las dificultades de ejecución de una sentencia o de otro título ejecutorio”; Considerando, que por el carácter provisional de las decisiones rendidas en materia de régimen de visitas, así como por el carácter provisional de las decisiones rendidas en atribuciones de referimientos, y resultando competente en la especie el juez de los referimientos que tenía competencia para estatuir sobre la demanda principal en determinación de régimen de visitas, a saber, el juez de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito

Judicial de San Pedro de Macorís, nada impedía que dicho juez modulara o determinara, en atribuciones de referimiento, la forma de ejecución del derecho de visita reconocido mediante la mencionada sentencia núm. 50-2011, del 21 de julio de 2011, dictada por la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, máxime cuando aún en dichas atribuciones, y encontrándose representadas las partes en litis, podía celebrar cualquier medida que estimara pertinente, con la celeridad que comporta el referimiento, para determinar la modalidad bajo la cual la hoy parte recurrente iba a compartir con su hijo, sin violentar el debido proceso ni el derecho de defensa de las partes; que, en tal sentido, procede casar la sentencia impugnada, sin necesidad de examinar los demás medios propuestos por la parte recurrente...⁴⁶⁰.

Por tanto, el juzgador tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar las relaciones entre los progenitores, los hijos, los abuelos y allegados, por aplicación de la normativa nacional en los artículos 371-4 del código Civil, 9 de la Ley núm. 136-03, y 3, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Igualmente, el juzgador al establecer el régimen de visitas deberá evaluar las circunstancias personales, sociales, emocionales y económicas en que se encuentre la persona menor de edad, además, tomar en consideración el interés superior del niño, que obliga analizar la dinámica familiar y las condiciones que permitan su desarrollo tanto en la esfera emocional y psicológica.

⁴⁶⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. [Consulta: 20 de enero 2020]. Sentencia 710, de fecha 29 del mes de marzo de 2017. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-710-primera-689053945>

1.8. Consecuencias del Incumplimiento del Régimen de Visita

El ejercicio del derecho de visita por sus titulares conlleva ciertos deberes activos, ya que debe facilitarse el cumplimiento del régimen de visita establecido tanto en la parte material, así como anímica y emocional.

El artículo 74, letra a) de la Ley núm.136-03, establece como causal de suspensión temporal de la autoridad parental del padre y de la madre, *“la falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus deberes, cuando tengan los medios para cumplir”*; y en la letra b) del referido artículo, *“cuando el padre y/o la madre por acción u omisión, comprobadas por el juez competente, amenacen o vulneren los derechos del niño, niña y adolescente y pongan en riesgo su seguridad y bienestar integral aún, como resultado de una medida disciplinaria”*, obsérvese que la norma no establece a qué tipo de incumplimiento se refiere, por lo que tiene un grado de apertura que permite suspender la autoridad parental ante el incumplimiento con los deberes de visita, guarda, crianza, educación, entre otros.

En caso de incumplimiento por parte del titular o beneficiario del derecho-deber de comunicarse y relacionarse con la persona menor de edad, sus derechos a tales fines pierden su propósito, y en palabras de Rivero Hernández⁴⁶¹ *“pierden su razón de ser”*.

En síntesis, en los casos en que el padre o la madre obstaculice o viole los acuerdos o infrinja las disposiciones de la sentencia con relación a la guarda y visitas, creando condiciones que dificulten o la retrasen o maniobras que constituyan un incumplimiento del régimen de visita establecido, la Ley núm.136-03, en su artículo 104, prevé sanciones de un día de prisión por cada día o fracción de día que dure

⁴⁶¹ Rivero Hernández, Francisco. Ob. Cit.

la violación a lo dispuesto por la sentencia, no pudiendo, por este motivo, exceder la privación de la libertad de los seis (6) meses.

2. Conclusión

La guarda constituye uno de los atributos de la autoridad parental, que surge como consecuencia de la separación o disolución de la unión matrimonial, y cuyo ejercicio implica una convivencia diaria con la persona menor de edad, su alimentación, formación integral, el cuidado y vigilancia de este. El ejercicio de esta no conlleva el desplazamiento de la autoridad parental, pues ambos progenitores tienen la titularidad y ejercicio de los derechos y deberes propios con respecto a sus hijos menores de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley núm. 136-03, así como otros instrumentos internacionales, tienen una especial relevancia cuando se analiza la separación de la persona menor de edad de su familia, pues, por su condición de minoridad se encuentra en una situación de vulnerabilidad, que afecta tanto en la esfera psicológica como afectiva.

La norma jurídica les otorga derechos y obligaciones a los progenitores, sin embargo, éstos no gozan de una facultad omnímoda sobre sus hijos menores de edad, toda vez que, están sujetos al respeto, garantía y protección de sus derechos fundamentales. Excepcionalmente pueden delegar la guarda de sus hijos a una tercera persona, sea abuelos, parientes u otras personas sea física o moral, tomando en consideración el interés de la persona menor de edad.

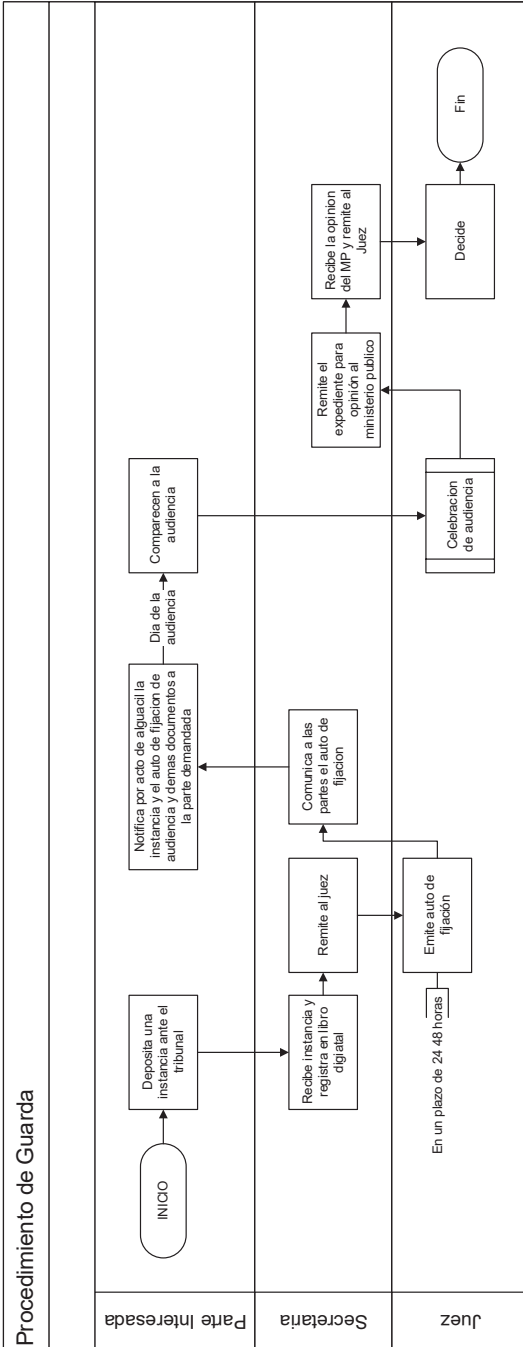
El apoderamiento del tribunal para conocer de las demandas en guarda y/o regulación del derecho de visitas se rige por un procedimiento sencillo, establecido en la Resolución núm.1841-2005, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, o por el procedimiento

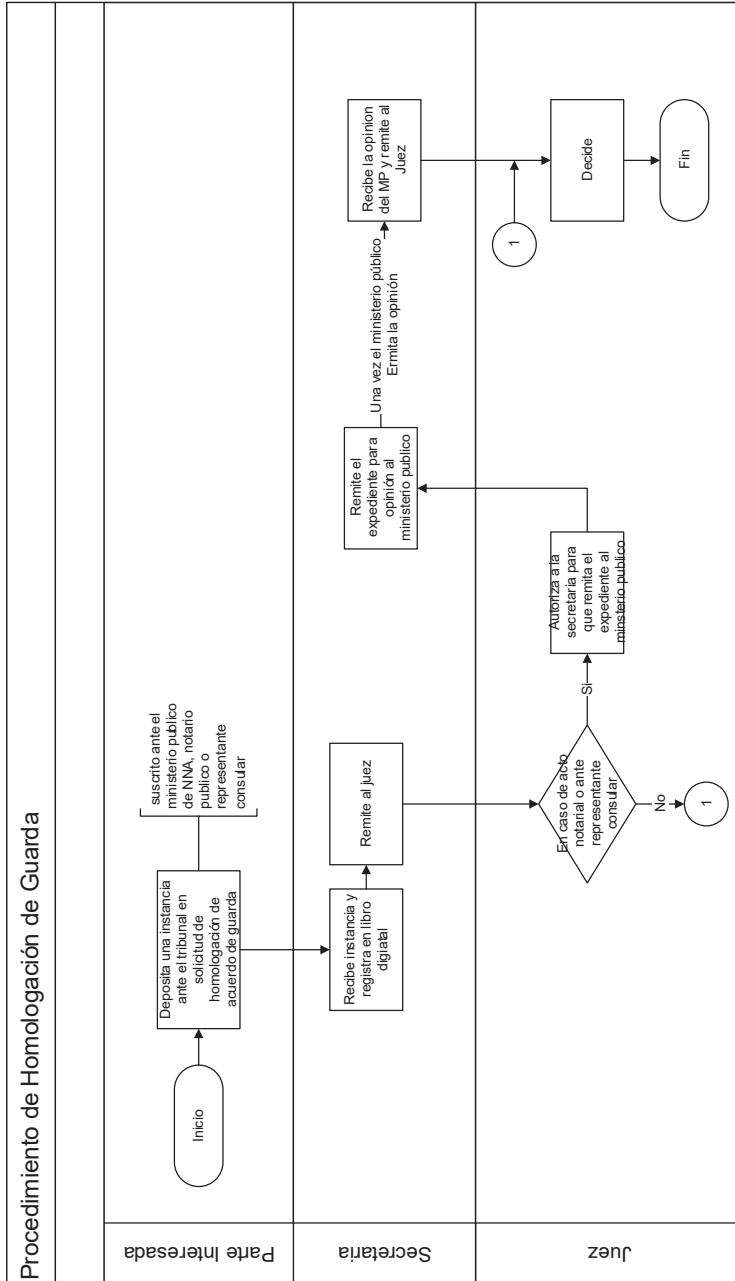
instituido en el Código de Procedimiento Civil dominicano, en sus artículos 58 y siguientes.

El ejercicio del régimen de visitas no siempre trae consigo las mismas responsabilidades de quien tiene la guarda del menor, recordemos que las visitas se desarrollan en un espacio de tiempo reducido, en el que no existe una convivencia habitual con la persona menor de edad. Siendo indiscutible la opinión del menor de edad en todos los asuntos que les conciernan en aras de resguardar y preservar el interés superior de que son titulares, así como de los derechos que les asisten como sujetos activos en el proceso.

ANEXOS FLUJOGRAMAS

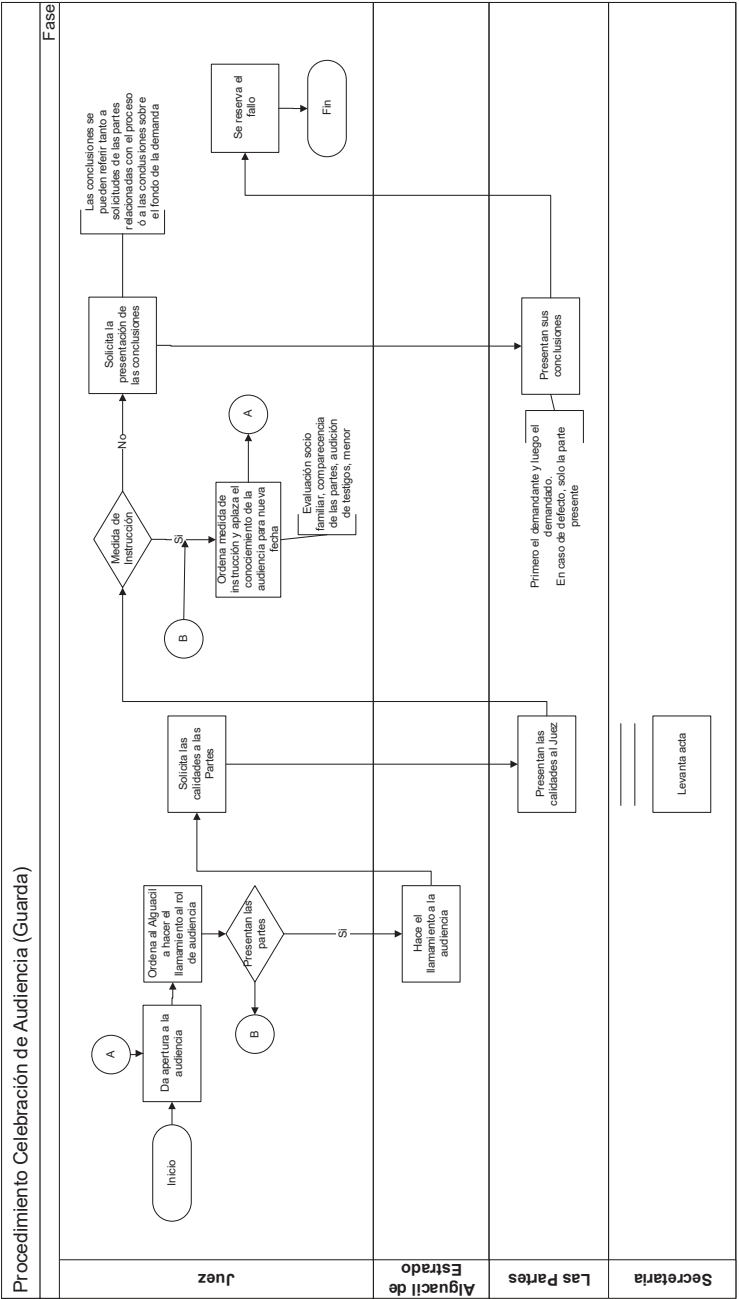
- *Procedimiento de Guarda.*
- *Procedimiento de Homologación de Guarda.*
- *Procedimiento Celebración de Audiencia (Guarda).*
- *Procedimiento de Regulación del Derecho de Visitas.*
- *Procedimiento Demandas Incidentales (Adicionales, Reconvencionales e Intervención Voluntaria y Forzosa).*



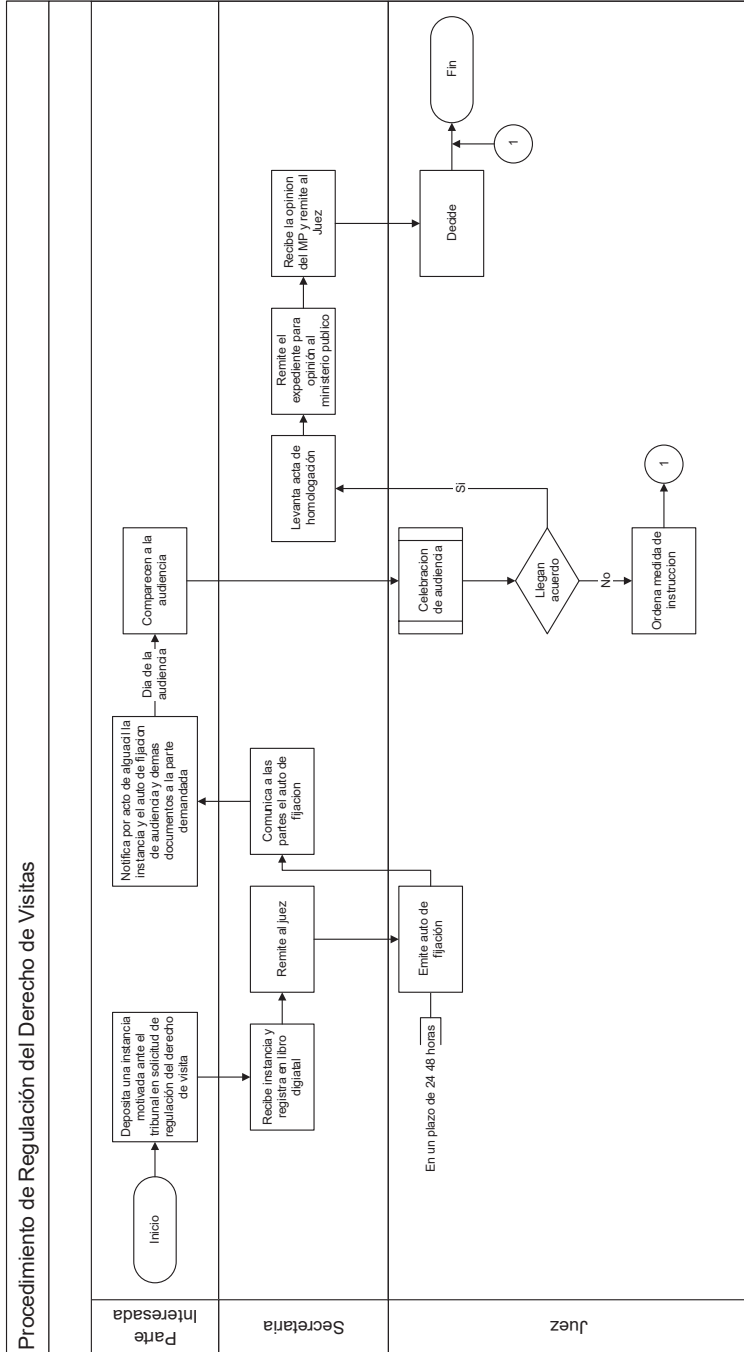


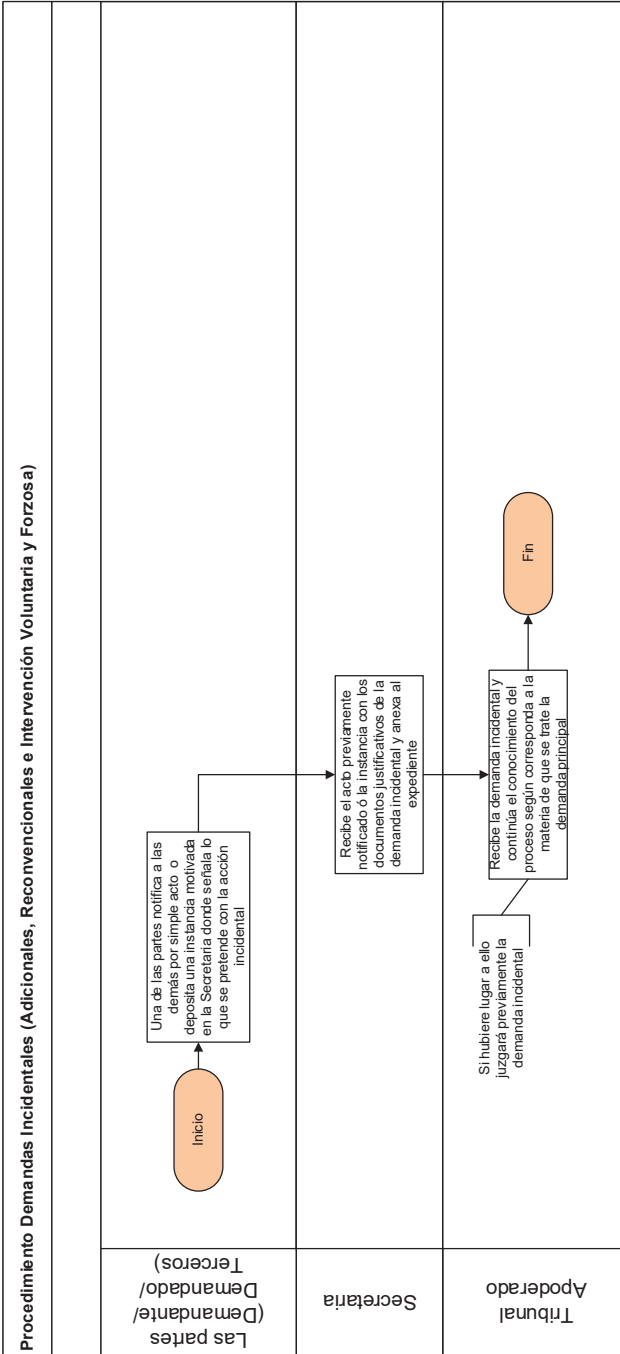
Los documentos a depositar en la homologación de Guarda son los siguientes.

- Acta de nacimiento
- Cedula de identidad y electora d las partes
- Acta de conciliación
- Acto notarial
- Acto suscrito ante el representante consular
-



- Durante la celebración de audiencia pueden producirse las siguientes incidencias:
- Solicitud de comunicación de documentos
 - Producción forzosa de documentos
 - Comparecencia personal de las partes
 - Informalvs Tes Inmoral
 - Perjurio
 - Juramento
 - Incidencias (Excepciones, medio de inadmisión, los relativos a las partes, lo relativos al Juez y a las pruebas, otros)





Las demandas incidentales pueden ser:

- Intervención forzosa
- Intervención voluntaria
- Demandas adicionales
- Demandas Reconconvencionales

En el caso de la intervención forzosa, el tercero demandado tendrá la oportunidad de constituir abogados en la forma establecida.

CAPÍTULO VI

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD

Mirta Felicia Duarte Mena

CAPÍTULO VI

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD

Resumen

La comunidad internacional ante la problemática de los traslados o retenciones ilícitos de los menores de edad, desde hace años ha tratado de establecer un procedimiento con el objetivo de restablecer el *statu quo* del menor de edad, en el que cada Estado apruebe un mecanismo para la protección de los derechos de la persona menor de edad y sea posible su restitución inmediata al país de origen o domicilio. De modo tal, que las relaciones familiares luego del divorcio o separación de los progenitores no se vean afectadas como resultado de un traslado o retención ilícitos.

En este apartado se desarrolla lo relativo a las disposiciones contenidas en la Convención del Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, destacando las implicaciones de esta, las excepciones al retorno, las obligaciones de las Autoridades Centrales de los Estados partes y los operadores del sistema.

1.1. Sustracción y Restitución Internacional de Menores: Aspectos Generales

A raíz del divorcio o separación de los progenitores, pueden surgir conflictos derivados de la infracción de los derechos de guarda o regulación del derecho de visitas, que provocan una interrupción del normal desenvolvimiento de la dinámica familiar, y esta situación se agrava sobre todo cuando los progenitores pertenecen a Estados distintos o residen en diferentes Estados.

Por ello, la sustracción internacional de la persona menor de edad constituye una consecuencia de la crisis que se genera en la relación entre los progenitores, cuando uno de ellos decide de forma unilateral el traslado del menor de edad del Estado de residencia habitual a otro. Y como bien, así lo ha expresado Ruíz Sutil “*La consideración del carácter ilícito del traslado se concreta cuando infrinja o lesione el derecho de custodia atribuido a una persona o institución*”⁴⁶².

De ahí que, la retención o sustracción internacional de menores se construye sobre otras instituciones del derecho de familia como la guarda o custodia y el derecho de visitas, que deben ser determinadas a los fines de establecer si el traslado o la retención ilícita se han producido⁴⁶³.

Al respecto, Herranz Ballesteros recalca aspectos que caracterizan la sustracción internacional de menores de edad:

[...] en el contexto multicultural: a) tras la separación de los progenitores nacionales de distintos Estados (bien a través de sentencia judicial o sin ella) la custodia de los menores nacidos durante la convivencia se otorga a un progenitor mientras que el derecho de visita se concede a otro; b) en infracción del derecho de visita, el progenitor que ostenta la titularidad del mencionado derecho decide no devolver al menor al lugar de su residencia habitual, reteniéndole en un segundo Estado una vez que se ha cumplido el periodo previsto; c) el progenitor,

⁴⁶² Ruíz Sutil, Carmen. *El Enfoque de Género en la Sustracción Internacional de Menores* [en línea]. [Consulta: 17 de abril 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search*/sustraccion+internacional+de+menores+de+edad/p8/WW/vid/744308153, p. 247.

⁴⁶³ Azcárraga Monzonís, Carmen y Quinzá Redondo, Pablo. Sustracción Internacional de Menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) Núm. 377/2017, de 29 de junio. [en línea]. [Consulta: 18 de julio 2019]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4401>, p.800

*titular del derecho de custodia pretende recuperar el menor trasladado*⁴⁶⁴.

El traslado o retención ilícitos del menor de edad constituye el desplazamiento de una persona menor de edad del Estado de residencia habitual o domicilio hacia otro Estado, vulnerando el derecho de custodia otorgada por una decisión judicial o la retención de este, fuera del periodo establecido para el ejercicio del derecho de visitas.

Internacionalmente para referirse a la sustracción internacional del menor de edad se le ha llamado como secuestro interparental, traslado ilícito, detención ilegal, en terminología francesa e inglesa *enlèvement d'enfants* y *legal kidnapping* o *abduction* respectivamente⁴⁶⁵.

La finalidad del procedimiento de restitución internacional de menores de edad es impedir que el derecho de guarda o visita de uno de los progenitores sea obstaculizado, por parte del otro progenitor o familiar al producir su traslado fuera del Estado donde tiene su residencia habitual.

1.2. Convención de los Derechos del Niño y Protección de la Persona Menor de Edad Traslada o Retenida de Forma Ilícita

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye uno de los instrumentos internacionales de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia que considera la persona menor de edad como

⁴⁶⁴ Herranz Ballesteros, Mónica. El Tratamiento Concreto del Derecho de Guarda y de Visita en el Derecho Convencional: Posibilidad de Mediación ante su incumplimiento. P. 587. En: Castellanos Estrella, Víctor José. Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Personas Menores de Edad. (Legal Kidnapping, Abduction o Envelement). Santo Domingo: Editora Corripio, C. por A., p.

⁴⁶⁵ Azcárraga MonzoníS, Carmen y Quinzá Redondo, Pablo. Ob. Cit. p. 800.

sujeto de derechos en condiciones propios de desarrollo diferenciadas de los adultos, pero con absoluto respeto a su autonomía progresiva y al debido proceso que como ciudadanas y ciudadanos tienen dentro de los límites que indica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La referida Convención trae consigo un cambio de paradigma en la forma de concebir la persona menor de edad, asumiendo una nueva concepción que muchos doctrinarios denominan la doctrina de la protección integral de la persona menor de edad, obligando a la familia, sociedad y el Estado a la protección y garantía de sus derechos.

Esta convención⁴⁶⁶ reconoce una serie de derechos fundamentales que pueden ser agrupados en cuatro categorías, a saber:

- Derechos de supervivencia: incluyen principalmente el derecho a la vida (Art. 6), a la salud (Art. 24), a un nivel de vida adecuado (Art. 27), a la seguridad social (Art. 26), a la protección en casos de conflictos armados (Art. 38) y a que los padres tengan la asistencia debida para que puedan asumir su crianza (Art. 18);
- Derechos al desarrollo: incluye, entre otros, derecho a la educación (Arts. 28 y 29), acceso a la información (Art. 17), a preservar su identidad (Art. 8), al nombre y nacionalidad (Art. 7), a no ser separado de sus padres (Art. 9), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 14), a la recreación y la cultura (Art. 31);

⁴⁶⁶ En nuestro país estos derechos se encuentran recogidos en Ley núm.136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, en los arts. 3 al 27 [en línea]. [Consulta 2020, 22 de febrero]. Disponible en Internet:http://www.pciudadana.com/congreso_nacional/download/leyes/Ley_136-03.pdf.

- Derechos a la protección: abarcan todas las formas de explotación y crueldad (Art. 19), a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia, correspondencia (Art. 16), protección especial al niño refugiado (Art. 22), protección al niño mental o físicamente impedido (Art. 23), contra abusos en el sistema de justicia penal (Arts. 37 y 40), contra el abuso sexual (Art. 34), contra la venta o trata de niños (art. 35), contra el uso ilícito de estupefacientes (Art. 33); y,
- Derechos a la participación: incluyen la libertad de expresión (Art. 13), a expresar su opinión y ser escuchado en asuntos que le conciernen (Art. 12), derecho a la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas (Art. 15), además del derecho a desempeñar un papel activo en la sociedad en general.

Cabe destacar que, dentro de estas disposiciones el contenido de los artículos 8, 9 y 11, los Estados partes se obligan a garantizar el derecho del niño a vivir con su padre y su madre, salvo los casos en que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. De igual modo, el juzgador tiene la obligación al decidir sobre la guarda asegurar el derecho del niño a mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de ambos, a menos que se compruebe que existe algún riesgo.

En este sentido, los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y/o retenciones ilegales de menores de edad en el extranjero. Al respecto, en su artículo 11, prevé que: “1. *Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.* 2. *Para este fin, los Estados Partes promoverán*

la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

En consecuencia, ante el crecimiento de los desplazamientos ilícitos de menores de edad, los Estados preocupados por esta problemática, y con el objetivo de garantizar los derechos de vista, así como la guarda y custodia de los menores de edad, han acordado su regulación a fin de garantizar el retorno, en tres foros internacionales, tales como: la Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de Menores y el Consejo de Europa, relativo al Reconocimiento y Ejecución en materia de Guarda de Personas Menores de Edad.

1.3. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 15 de octubre del 1980, aprobado en el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁴⁶⁷, ratificado en la República Dominicana por el Congreso Nacional el 4 de mayo de 2004 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 25 de mayo de 2004.

El referido Convenio instituye un sistema de cooperación entre los Estados partes con el objetivo de garantizar la restitución inmediata del menor de edad que aún no ha cumplido 16 años⁴⁶⁸ y tenga una residencia habitual en uno de los Estados partes y que haya sido

⁴⁶⁷ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio del Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 15 de octubre del 1980 [en línea]. [Consulta: 17 de febrero de 2020]. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, artículo 4.

trasladado de forma ilegal a otro Estado parte de la convención o que ha sido trasladado legalmente, pero retenido de forma ilegal. Esto surge con el objetivo de proteger los derechos de guarda y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes.

Por ello, el Convenio regula un procedimiento expedito de restitución internacional que se aplicará a toda persona menor de edad que haya tenido una residencia habitual en uno de los Estados parte ante de materializarse la sustracción. No obstante, este no tiene aplicación en los casos en que el menor de edad tenga su residencia habitual en un Estado parte y sea trasladado a otro Estado que no forme parte de la convención, y viceversa, cuando el traslado se produzca desde un Estado no suscrito al convenio a un Estado parte. Por tal razón no es relevante la nacionalidad de la persona menor de edad sustraída ni de la persona (padre, madre o terceras personas) que comete la infracción de los derechos de guarda o visitas⁴⁶⁹.

El referido convenio consta de 45 artículos, y su preámbulo, expresa:

Los Estados signatarios del presente Convenio, Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

⁴⁶⁹ Marín Velarde, Asunción y Moreno Mozo, Fernando. El Interés Superior del Menor y su relevancia en la Sustracción Internacional de Menores [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/*/sustraccion+internacional+de+menores+de+edad/p6/WW/vid/773665161. p. 216.

Como se ha expresado el convenio garantiza, en principio, el derecho del progenitor que ostenta la guarda y custodia de la persona menor de edad, y que se ve afectado por el desplazamiento del menor de edad a otro Estado, al disponer en el artículo 3, lo siguiente:

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.*

Por consiguiente, la titularidad del derecho de custodia lo tienen tanto la persona física, es decir, del círculo familiar, los progenitores; o, la persona jurídica que en un momento dado pueden ser titulares del derecho a custodia, conforme se extrae del contenido del artículo 3 del referido convenio.

En este sentido, según Pérez Vera es de criterio que:

[...] el artículo 3 prevé la posibilidad de la atribución del derecho de custodia “a una institución o cualquier otro organismo”, utilizando conscientemente una expresión imprecisa y amplia. En efecto, en el transcurso del Decimocuarto periodo de sesiones, la inclusión en el ámbito del convenio de los supuestos en los que la persona del menor es confiada a una institución se aceptó sin debate. Ahora bien, dado que hay organismos distintos de las instituciones que tienen menores a su cargo, se ha ampliado la expresión utilizada para dar cabida tanto a los organismos que tienen personalidad jurídica como aquellos

*que están vinculados a la organización estatal y que carecen de personalidad jurídica independiente*⁴⁷⁰.

Obsérvese que el artículo 3 del Convenio de La Haya se refiere al derecho de custodia o guarda como resultado de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo en el Estado en que la persona menor de edad tenía su residencia habitual antes de producirse el traslado o retención.

Por su parte, el contenido del artículo 4 del Convenio extiende el ámbito de aplicación, al establecer que el mismo se aplicará a todo menor de edad que tuviera su residencia habitual en un Estado parte en los casos de vulneración de los derechos de custodia o de visita.

Asimismo, en su artículo 5 establece que:

a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

Por tanto, en el artículo 5 literal b del Convenio se dispone el derecho de llevar el menor de edad por tiempo limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual. Este derecho como tal impide activar la acción de retorno que se establece en el Convenio⁴⁷¹. Sin

⁴⁷⁰ Pérez-Vera, Elisa. Informe explicativo de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores de edad [en línea]. [Consulta: 21 de diciembre 2019]. Disponible en: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf p. 23.

⁴⁷¹ Calvo-Caravaca, Alfonso Luís y Carrascosa-González, Javier. (2004). *Derecho de familia internacional*. Citado por Rizik Mulet. Madrid. Colex. Ob. Cit. p. 203.

embargo, por aplicación del contenido del artículo 21⁴⁷² se autoriza interponer una solicitud ante las Autoridades Centrales de los Estados partes, con la finalidad de que se organice y ejecute de forma efectiva el derecho de visita. Quedando a cargo de las Autoridades Centrales adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de visita y el cumplimiento de las condiciones establecidas⁴⁷³.

De forma tal que, aun cuando el Convenio no da una fuerte protección al progenitor que no detente la guarda, da la posibilidad de que los Estados Partes establezcan prohibiciones de salida de los nacionales si no están autorizados por ambos progenitores⁴⁷⁴, como

⁴⁷² Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio del Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Ob. Cit. Artículo 21, dispone: *“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 organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.”*

⁴⁷³ Caamiña-Domínguez, Celia M. Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII). En *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, 606-651, 618 (Mariano Yzquierdo-Tolsada & Matilde Cuenca-Casas, dirs., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011). Citada por Rizik Mulet. Ob. Cit. p. 205.

⁴⁷⁴ Como bien expresa Rizik Mulet, *“... incorporado ciertas garantías denominadas cláusulas nēxeat [prohibición de salida], que consisten en prohibir la salida del país del niño sin la autorización del progenitor no custodio o de un tribunal. Estas cláusulas atribuyen al padre o madre no custodio la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño, cuestión que deriva del derecho de custodia que ampara el Convenio”*. Ob. Cit. p. 204.

una forma de garantizar al padre o madre que no detente la guarda de oponerse o no a la salida del país⁴⁷⁵.

En consecuencia, la Convención de La Haya de 1980 tiene como fundamento⁴⁷⁶ los aspectos siguientes:

- El interés superior del niño, su protección y garantía de la efectividad de los derechos de guarda y/o regulación del derecho de visita.
- Solo se limita a los aspectos civiles de la sustracción.
- Su objetivo es la protección de la persona menor de edad de los efectos perjudiciales de un traslado o retención ilícita.
- Establece un procedimiento expedito para garantizar la restitución del menor de edad, al Estado donde tiene su residencia habitual.

De igual manera, quedan comprometidos los Estados partes de la Convención⁴⁷⁷ a tomar las medidas pertinentes, a los fines de loca-

⁴⁷⁵ Decreto núm.603/2011, del Poder Ejecutivo, que reglamenta la entrada y salida del país, además por Resolución núm. DGM05-2013 sobre el Procedimiento de Control Migratorio, se garantiza lo dispuesto por los artículos 204 de la Ley 136-03.

Y el artículo 204 de la Ley núm.136-03, establece sobre el acompañamiento obligatorio, que: *“Ningún niño, niña o adolescente podrá viajar fuera del país si no es en compañía de su padre, madre o responsable. Cuando viaje con personas que no son su padre, madre o responsable, será necesario la presentación de una autorización debidamente legalizada por un Notario Público. En ausencia del padre o de la madre, aquel que tuviere la guarda presentará una certificación del Tribunal de Niños, Niñas o Adolescentes, donde se haga constar la misma. Párrafo.- Si uno de los padres va a salir del país con uno de sus hijos o hijas, no podrá hacerlo sin el consentimiento por escrito del otro”*. Ob. Cit.

⁴⁷⁶ Castellanos Estrella, Víctor José. Ob. Cit. P. 74.

⁴⁷⁷ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Ob. Cit. Artículo 7.

lizar el/la menor de edad trasladado o retenido de manera ilícita, para evitar que sufra mayores daños o que resulten afectadas las partes interesadas. Por tanto, deberán:

- Garantizar la restitución voluntaria del menor de edad o proveer una solución amigable;
- Intercambiar información relativa a la situación social del menor de edad;
- Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- Facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor de edad y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor de edad sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- Mantenerse mutuamente informados sobre la aplicación del Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

En efecto como bien ha señalado Castellanos Estrella, el Convenio tiene su fundamento para su aplicación en los siguientes principios:

- *El principio de inmediatez en la acción restitutoria del menor de edad.*

- *Restitución de la situación fáctica al statu quo preestablecido del menor de edad.*
- *Garantizar la validez universal del derecho de custodia y visita de ambos progenitores.*
- *Definición de traslado ilícito.*
- *La residencia habitual, lugar en el que se encuentra el menor de edad antes de producirse el desplazamiento.*
- *Límites de edad.*
- *Interés superior del niño en las decisiones a tomar respecto a la sustracción internacional de menores*⁴⁷⁸.

De ahí que, el Estado de recepción del menor de edad no juzga el fondo de la pretensión con relación a la guarda y custodia, ni relativo a la pérdida o suspensión de la autoridad parental, pues, la competencia para decidir con relación a esas pretensiones es del Estado donde la persona menor de edad tiene su residencia habitual.

Cabe destacar, que el término de residencia habitual no está definido como tal en el convenio⁴⁷⁹. Sin embargo, al respecto, García-Cano señala que:

La elección de la residencia habitual como punto de conexión, en abandono de la nacionalidad, respecto de los regímenes de

⁴⁷⁸ Castellanos Estrella, Víctor José. *Sustracción Internacional de Menores*. Ob. Cit. p. 73.

⁴⁷⁹ Jorge Mera, al citar a Marin Pedreño, refiere que la residencia “*tan solo encontramos una definición del concepto en el informe de la profesora Elisa Pérez-Vera, párrafo 66 en el que indica que el concepto de residencia habitual es un concepto bien establecido en la Conferencia de la Haya “que entiende que es un asunto de puros hechos, de lo que difiere con respecto al domicilio”*”. Jorge Mera, Dilia Leticia. (Octubre 2018). *Sustracción Internacional de Menores*. En Gaceta Judicial. núm. 379. Año 22. ISSN2076-619X. Santo Domingo. Editora Judicial, S.R.L. p.17.

*protección, se justifica tradicionalmente en que al tratarse de una reglamentación en la que el Estado procura garantizar la protección de determinados intereses particulares desde una óptica de política social, la aplicación de la residencia habitual es el único criterio que garantiza una aplicación homogénea y eficaz de las legislaciones nacionales sobre el territorio nacional*⁴⁸⁰.

Otros autores como Marín Velarde y Moreno Mozo⁴⁸¹ entienden por residencia habitual el lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de interés, al considerar la residencia como un concepto fáctico en el que no es concluyente el tiempo de duración de la estancia en el país.

En nuestra legislación, el artículo 6 de la Ley núm. 544-14, sobre Derecho Internacional Privado⁴⁸², al referirse a la residencia habitual, estipula:

[...] 1) El lugar donde una persona física esté establecida a título principal, aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta las circunstancias de carácter personal o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar;

2) El lugar donde una persona jurídica o moral tenga su sede social, administración central o su centro de actividad principal.

⁴⁸⁰ García-Cano, Sandra. (2003). *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid: Editorial Colex. p. 40.

⁴⁸¹ Marín Velarde, Asunción y Moreno Mozo. Ob. Cit. 219.

⁴⁸² República Dominicana. Ley núm. 544-14, sobre Derecho Internacional Privado [en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Leyes/Ley%20544-14%20de%20Derecho%20Internacional%20Privado%20de%20R.D..pdf>

Para determinar ese lugar se observará lo establecido en la Ley N°479-08.

Párrafo. A los efectos de la determinación de la residencia habitual de las personas, no serán aplicables las disposiciones establecidas en el Código Civil de la República Dominicana.

Por ello, la residencia habitual hace referencia al centro social de vida del niño⁴⁸³, deja a un lado la noción de domicilio o la nacionalidad establecidos en el código civil. El convenio fija la residencia habitual como el lugar en que la persona menor de edad tiene sus vínculos afectivos, propios de su vida diaria. También se ha definido como el espacio físico de su centro de intereses⁴⁸⁴.

Al respecto, Castellanos Estrella⁴⁸⁵ ha advertido que el convenio al establecer la residencia habitual marca un nuevo hito, al desplazar el concepto domicilio (lugar del principal establecimiento) y fijar como lugar preferente para su establecimiento, la residencia de la persona menor de edad y no la de sus padres.

Albornoz al referirse a la restitución de la persona menor de edad a su residencia habitual ha señalado, que:

[...] cabe resaltar que aquí se materializa la máxima solve et repete: primero se debe restituir el menor al país de su residencia habitual y posteriormente se estará en condiciones de discutir y resolver la cuestión de su custodia o guarda, que es un

⁴⁸³ Caamiña-Domínguez, Celia M., *Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado (epígrafes XVI a XXII)*, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VI, *Las relaciones paternofiliales*. Citada por Rizit Mulet. Ob. Cit. p. 205.

⁴⁸⁴ Calvo-Caravaca, Alfonso Luís y Carrascosa-González, Javier. (2013). *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*, volumen II, capítulo VII, 387-477, 455 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., Editorial Comares, Granada).

⁴⁸⁵ Castellanos Estrella, Víctor José. Ob. Cit. p. 115.

*tema de fondo. En efecto, la convención dispone expresamente que “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda” (artículo 15). Si, en cambio, el objeto del procedimiento se desviara de la restitución propiamente dicha a la cuestión de fondo de a quién corresponde la custodia o guarda, el marco cognoscitivo y probatorio se extendería en el tiempo ocasionando demoras innecesarias y la autoridad que decidiera podría ser un juez con jurisdicción exorbitante, todo lo cual tendría un impacto negativo en el menor*⁴⁸⁶.

En síntesis, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores tiene como finalidad el restablecimiento de la residencia originaria del menor de edad en los casos de ser trasladados o retenidos de forma ilícitas de un Estado parte a otro, estableciendo un procedimiento expedito a fin de que no se produzca efectos negativos e impedir que la persona que ha sustraído al menor de edad se beneficie con el tiempo.

⁴⁸⁶ Albornoz, María Mercedes. La Convergencia de la Cooperación Internacional en materia de Adopción, Sustracción y Tráfico de Menores. En: *Seminario de Derecho Internacional de Cooperación Jurídica en Materia de Derecho de Familia y Niñez* [en línea]. [Consulta: 18 de febrero 2020]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf, p. 16.

A. Dreyzin de Klor, “*La influencia de la universalización de los Derechos Humanos en la sustracción internacional de niños*”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.). Citado por María Mercedes Albornoz, ha expresado “Aún numerosas resoluciones judiciales reflejan que los jueces asumen como propia la decisión de determinar cuál de los progenitores es el más idóneo para ejercer la tenencia, con lo que no limitan su competencia a ordenar o denegar la restitución, sino que deciden en función de la valoración que realizan sobre un tópico que compete al juez natural”. p. 16

1.3.1. Interés Superior del Niño y Procedimiento de Restitución Internacional

El procedimiento establecido en el referido convenio tiene hacia la satisfacción del interés superior del menor, que como bien señala Albornoz se concreta en la finalidad establecida en el artículo 1, de “*asegurar la pronta restitución*” de la persona menor de edad al lugar donde tiene su residencia habitual, y de “*hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares*”⁴⁸⁷.

El principio del interés superior del niño es reconocido como el principio rector y eje central integrador consagrado por la Convención Sobre los Derechos del Niño, y según el cual la consideración primordial son las personas menores de edad en todos los campos, entendiéndose, de la salud, educación, desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, cuyo objetivo se concretiza procurando a favor de los niños, niñas, y adolescentes el desarrollo integral que le corresponde como seres humanos en todas sus dimensiones⁴⁸⁸.

El referido principio se constituye en uno de los principios guía para la aplicación del convenio, y como bien ha señalado Cillero Bruñol conlleva la satisfacción de los derechos fundamentales de la persona menor de edad, al expresar:

[...] tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la

⁴⁸⁷ Albornoz, María Mercedes. Ob. Cit.

⁴⁸⁸ Vicente Salazar, Rodolfo. Análisis Socio-histórico de construcción de la niñez y adolescencia [en línea][Consulta: 22 de julio 2019]. Disponible en: http://guiagenero.mzc.org.es/GuiaGeneroCache%5CPagina_La_Ni%C3%B1a_000019.html.

*forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente*⁴⁸⁹.

De igual forma, en la Observación General núm. 14 (2013) el Comité de los Derechos del Niño ha destacado que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce e incorpora el interés superior del niño (ya reconocido en la Declaración de Ginebra de 1924⁴⁹⁰), como un principio jurídico interpretativo fundamental, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento, al disponer en el párrafo 6:

El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión

⁴⁸⁹ Cillero Bruñol, Miguel. (1999). “*Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”. Buenos Aires. Depalma.

⁴⁹⁰ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Declaración Derechos del Niño de 1959. Proclamada por Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959 [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>.

que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos⁴⁹¹.

En la referida observación general el Comité de los Derechos del Niño ha planteado un sistema de garantías y salvaguardas para la evaluación del interés superior de la persona menor de edad, los que deben ser garantizados para aquellas personas a quienes les corresponda evaluar y determinar este principio.

Dentro de estas garantías procesales a tomar en consideración, se encuentran:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión;
- La determinación de los hechos debe realizarse por profesionales altamente cualificados;
- Celeridad en los procedimientos en el que se encuentre involucrado una persona menor de edad;

⁴⁹¹ Observación General 14 (2013), del Comité de los Derechos del Niño. Interpretación del interés superior del niño [en línea]. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

- Personal especializado;
- Asistencia letrada;
- Las decisiones deben contener los motivos tomados en consideración para la evaluación del interés superior;
- El derecho a recurrir la decisión, y
- La evaluación del impacto de la decisión en el menor de edad.

Cuando se produce una sustracción o retención ilícita de una persona menor de edad, supone una infracción al derecho de guarda o de visitas, que conlleva el traslado de la residencia habitual del menor de edad, vulnerando, en principio, el interés superior de éste por el efecto que produce la separación del/la progenitor/a que tiene su custodia⁴⁹².

En la sección inicial de la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya de 1980, sobre la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores, Albornoz señala que, en el párrafo 26, se robustece la prevalencia de la presunción de la restitución internacional respondiendo al interés superior de la persona menor de edad, y a pesar de que en el convenio se establecen excepciones, en el proceso de restitución no debe abarcar asuntos propios de la guarda ni proceder a la valoración a fondo del interés superior del niño o niña en concreto⁴⁹³.

Por tales motivos, los Estados partes del convenio se obligan a adoptar medidas y procedimiento necesarios para la restitución de la persona menor de edad al Estado donde tiene su residencia habitual,

⁴⁹² Marín Velarde, Asunción y Moreno Mozo, Fernando. Ob. Cit. p. 219.

⁴⁹³ Albornoz, María Mercedes. *Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores* [en línea] [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>

no puede el juzgador hacer una valoración de la guarda, dado que los temas de fondo deben ser objeto de análisis por el juez natural del Estado requirente⁴⁹⁴.

En síntesis, los principios y derechos fundamentales reconocidos a la persona menor de edad constituyen parámetros para los Estados partes, ante la problemática de los traslados o retenciones ilícitos a fin de tomar las medidas que aseguren el restablecimiento su *statu quo*, mediante la implementación de un procedimiento expedito que garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1.4. Procedimiento de Restitución Internacional del Menor de Edad establecido en el Convenio de La Haya de 1980

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 establece un procedimiento expedito para el retorno de la persona menor de edad, y en su artículo 8 prevé que la persona, institución u organismo que alegue que un menor de edad ha sido objeto de un traslado o retención ilícita en violación del derecho de guarda, deberá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado parte, a los fines de que, con su asistencia, sea restituido.

⁴⁹⁴ La tendencia de las autoridades del Estado requerido a inmiscuirse en temas de fondo, que deberían ser analizados y resueltos por el juez natural —el del Estado de residencia habitual del menor, que normalmente será el requirente— se vaya retro trayendo a medida que aumenta entre los operadores jurídicos el conocimiento tanto de esta convención interamericana como del convenio de La Haya sobre sustracción. A modo de ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina consideró que “lo que resulta decisivo es que el proceso en trámite no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los padres para ejercer la guarda o tenencia de S.”; *S. A. G. s/restitución internacional solicita restitución de la menor*, causa n° 12/03, 20 de diciembre de 2005, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/>.

La solicitud deberá contener para su admisibilidad, las siguientes documentaciones:

- Información relativa a la identidad del solicitante, del menor de edad y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- La fecha de nacimiento del menor de edad, cuando sea posible obtenerla;
- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución;
- Información disponible relativa a la localización del menor de edad y la identidad de la persona con la que se supone que está;
- Copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- Certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor de edad tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; y,
- Cualquier otro documento pertinente.

En los casos de que la Autoridad Central que reciba la solicitud tenga razones para juzgar que el/la menor de edad no se encuentra en el Estado parte, remitirá la solicitud directamente a la Autoridad Central de ese Estado contratante y comunicará al Estado requirente sobre sus actuaciones⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya de 1980. Ob. Cit. artículo 9.

Cabe destacar, que los problemas que se presentan dentro del ámbito de la familia son complejos, y más cuando los progenitores residen en diferentes Estados, por los efectos negativos que podría generar la separación del progenitor/a que detente la guarda y custodia en la persona menor de edad. Razón por la que, en casos de sustracción o retención ilícitas del menor de edad se hace necesaria la conciliación como un método alternativo para la solución de los conflictos⁴⁹⁶.

Como se ha referido, el Convenio de La Haya de 1980, instaura un sistema de cooperación entre las Autoridades Centrales con la finalidad de restituir a la persona menor de edad de forma rápida y efectiva. De modo tal, que los efectos negativos que pueda producir la separación sean minimizados y evitar la integración en un nuevo medio familiar, así como impedir que el paso del tiempo constituya un impedimento para su retorno a su residencia habitual.

El procedimiento regulado en el Convenio consta de dos etapas: la primera, que obliga a las Autoridades Centrales a promover la restitución voluntaria del menor de edad; y la segunda, la etapa jurisdiccional cuando no se llegue a un acuerdo.

En cuanto a la primera etapa, Azcárraga Monzonís y Quinzá Redondo⁴⁹⁷ destacan que la mediación en la sustracción internacional tiene tres funciones: preventiva, como instrumento para solución de conflicto generado ante el traslado o retención ilícitos y como mecanismo para facilitar la ejecución de la decisión de retorno.

⁴⁹⁶ De manera que la mediación se constituye en uno de los medios alternativos para la solución de conflictos, en el que una persona tercera imparcial asiste a las partes con finalidad de que alcancen una solución y el litigio no llegue a ser conocido por la instancia judicial.

⁴⁹⁷ Azcárraga monzonís, Carmen y Quinzá Redondo, Pablo. Ob. Cit. p. 799.

En el proceso de restitución internacional del menor de edad, tanto en la etapa de conciliación como en la jurisdiccional, rigen los principios de celeridad, economía procesal, inmediatez, conciliación, por estas razones la Autoridad Central del lugar donde se encuentre el menor de edad adoptará todas las medidas necesarias tendentes a la restitución voluntaria (que sería la solución ideal en estos casos), de igual modo las autoridades judiciales o administrativa de los Estados contratantes deberán actuar con urgencia en el procedimiento seguido para estos casos⁴⁹⁸.

En aquellos asuntos en que la autoridad judicial o administrativa no hubiere obtenido una decisión en el plazo de seis semanas, contados a partir de la fecha del inicio del procedimiento en restitución, por aplicación del principio de celeridad procesal, el peticionario o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente podrá solicitar una declaración sobre las razones de la demora para el conocimiento de la solitud de restitución⁴⁹⁹.

Por su parte, el artículo 12 del referido convenio establece que en los casos de que el menor de edad haya sido trasladado o retenido en el sentido previsto en el artículo 3, y se haya iniciado el proceso ante del transcurso de un año, se ordenará la restitución inmediata; sin embargo, transcurrido el año, si demuestra que el mismo se ha adaptado al medio en que se encuentra, o en el caso en que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para considerar que el menor de edad ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de restitución del menor de edad.

⁴⁹⁸ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de la Haya de 1980. Ob. Cit. Artículo 10.

⁴⁹⁹ *Ibidem*. Artículo 11.

1.5. Excepciones a la Restitución del Menor de Edad establecidas en el Convenio de La Haya de 1980

El Convenio de La Haya establece algunas excepciones para el retorno del menor de edad, y como advierte Rizit-Mulet citando a Pérez-Vera, estas excepciones no aplican de modo automático, es decir, no obliga a la autoridad judicial o administrativa a ordenar el no retorno, sino que le otorgan a las partes la posibilidad de invocar esta excepción, con la particularidad de que, deberán de presentar los elementos probatorios que permita establecerla⁵⁰⁰; por tanto, las autoridades tienen discrecionalidad para valorar factores, como la responsabilidad parental, los abusos o maltratos, el efecto emocional que podría generar en el menor de edad un retorno, entre otros⁵⁰¹.

En este tenor, el artículo 13 del Convenio establece tres supuestos para negar el retorno del menor de edad⁵⁰², además de las excepciones establecidas en los artículos 12 y 20, a saber:

⁵⁰⁰ Pérez-Vera, Elisa. (1981). *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Madrid. p. 113. Citada por Rizik-Mulet. Ob. Cit. p. 206.

⁵⁰¹ *Ibidem*. Ob. Cit. p. 207.

⁵⁰² Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya de 1980. Ob. Cit. Artículo 13, literal a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

- En los casos del no ejercicio efectivo de la custodia en el momento en que fue trasladado o retenido;
- Consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención;
- En los casos de riesgo grave que el retorno de la persona menor de edad que lo exponga a un peligro físico o psíquico o en una situación intolerable;
- Oposición del menor de edad a la restitución;
- Cuando no lo permitan los principios fundamentales del estado requerido.

1.5.1. En los Casos del No Ejercicio Efectivo de la Custodia en el Momento en que fue Traslado o Retenido

En el artículo 13 literal a), el convenio establece dos supuestos por el cual puede excepcionalmente ordenar el retorno del menor de edad, como en los casos de no ejercicio efectivo de la custodia al momento del traslado o retención y el consentimiento o posterior aceptación al traslado o retención.

Sobre el primer supuesto, Pérez-Vera⁵⁰³ ha señalado que el convenio no incluye ninguna definición de lo que entiende por ejercicio efectivo de la custodia, pero la disposición refiere de manera expresa al cuidado de la persona menor de edad, por tanto, haciendo una interpretación de la definición dada en el artículo 5 sobre el derecho de custodia, concluye que existe ejercicio efectivo de la custodia cuando el titular se encarga del cuidado de la persona menor de edad e incluso aún sin tener la guarda, vela porque sean garantizados sus derechos en los casos de enfermedad, estudios, alimentos, recreación, etc.

⁵⁰³ Pérez-Vera, Elisa. Ob. Cit. p. 33.

1.5.2. Consentimiento o Posterior Aceptación al Traslado o Retención

Este segundo supuesto previsto en el artículo 13a del Convenio señala que la autoridad administrativa o judicial no se encuentra en la obligación de ordenar el retorno en los casos en que la persona que detentaba la guarda del menor de edad haya consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

1.5.3. En los Casos de Riesgo Grave que el Retorno de la Persona Menor de Edad que lo Exponga a un Peligro Físico o Psíquico o en una Situación Intolerable

El convenio prevé en el artículo 13 (1) (b), el riesgo grave que el retorno pueda ocasionar a la persona menor de edad un peligro físico o psíquico, excepción que debe ser interpretada de forma restrictiva. Y sobre este aspecto, Todd citada por Jorge Mera, ha señalado que:

[...] la excepción establecida en el artículo 13 (b) sobre “grave riesgo”, tal como las demás excepciones del artículo 13, puede ser interpretada estrictamente y aplicada solamente en raras circunstancias. Sin embargo, el artículo 13 (b) es la excepción que más frecuentemente se litiga, ya que es lo que más acerca al Estado requerido a examinar el fondo de un caso. Porque el litigio de la subrayada disputa sobre guarda, incluyendo los mejores intereses del niño, está prohibido por la Convención en la audiencia que busca el retorno del niño, generalmente los litigantes subrepticamente intentan traer como evidencia de esta naturaleza usando el artículo 13 (b)⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Jorge Mera, Dilia Leticia. (mayo 2001). La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En: Gaceta Judicial. Año 5, núm. 106.

Obsérvese que de forma expresa esta disposición no establece el supuesto en que la sustracción internacional del menor de edad se haya producido en un contexto de violencia de género o intrafamiliar. Como bien ha señalado Ruiz Sutil, al citar a Paz Lamela: “*La única referencia transversal a la cuestión la encontramos en el art. 13.b) CLH 1980, cuando establece la posibilidad de no restitución del o de la menor si ha sido expuesto a un peligro grave físico o psíquico o si, de cualquier otra manera, se le pone en una situación intolerable*”⁵⁰⁵.

Esta excepción se refiere al “peligro físico o psíquico o a una situación intolerable”, cuando se compruebe que el menor de edad ha sido objeto de maltrato o testigo de violencia⁵⁰⁶, y que como

⁵⁰⁵ Ruiz Sutil, Carmen. Ob. Cit. p.263.

Esta doctrinaria hace referencia al “grave riesgo”, el “daño físico o psíquico” y la “situación intolerable” *son los conceptos clave del art. 13.b) del CLH 1980. Sobre estos conceptos cabe formular varias observaciones: a) todos estos conceptos deben interpretarse, siempre, restrictivamente en el sentido que confirma la jurisprudencia [SAP Málaga de 30 de abril de 2015 (EDJ 2015/222469, www.elderecholefebvre) o AAP de Barcelona de 13 de marzo de 2012 (EDJ 2012/104337, www.elderecholefebvre) y también la Fiscalía General del Estado a través de su Circular 6/2015 de 17 de noviembre sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; b) Los tres conceptos deben concurrir y deben probarse, siempre, en el caso concreto, ya que las alusiones genéricas no son relevantes; c) Los tres conceptos deben dirigirse siempre en relación al «menor», no a la madre o hermanos del mismo. El AAP de Barcelona de 23 de abril de 2012 (EDJ 2012/138274) ha dispuesto que para considerar la existencia de riesgo o peligro para la o el menor “no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada [...] de prueba eficaz que corrobore la alegación”.* p. 263.

⁵⁰⁶ Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 [en línea] [Consulta: 17 de abril 2020]. Disponible: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>. En el numeral 31, expresa que: “*los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a... la custodia de los hijos e hijas, etc., deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño*”.

consecuencia de esta se haya generado un abuso psicológico en su contra, que no solo condiciona su desarrollo físico y emocional, sino, además, el entorno familiar en el que se encuentre.

En este sentido, la Comisión Especial de La Haya (1980) ha advertido del poco reconocimiento en la esfera judicial de las consecuencias de la violencia de género e intrafamiliar sobre el menor de edad, y muy especialmente, la repercusión que pudiere ocasionar su retorno a su residencia habitual⁵⁰⁷. Pues, la relación entre la sustracción internacional y la violencia doméstica constituye un aspecto relevante en estos procesos⁵⁰⁸, y objeto de análisis en la Guía de Buenas Prácticas sobre la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores establecida en el artículo 13 (1) (b)⁵⁰⁹.

Al respecto, Albornoz es de criterio que la excepción de grave riesgo establecida en el Convenio, no debe aplicarse de modo indebido o erróneo, pues debilitaría la finalidad protectora de los derechos

⁵⁰⁷ Violencia doméstica y familiar y el grave riesgo del o de la menor de la excepción del art. 13.b) del CLH 1980 (Prel. Doc. No 9 de mayo de 2011), en <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Citado por Ruiz Sutil, Carmen. Ob. Cit. p. 264.

⁵⁰⁸ En la Séptima Reunión de la Comisión Especial, en el año 2017, el Proyecto de Guía Práctica versa sobre la aplicación del art 13(1) b) del Convenio de 1980, regula una de las causas tasadas de excepción al retorno, centrándolo especialmente en el examen del “riesgo para el menor” o la “situación insostenible” como motivo para la denegación de la restitución. La Guía, titulado Dinámica de la violencia doméstica, normas Internacionales relativas a la violencia doméstica y violencia contra menores” con relación a la sustracción internacional, y los problemas entre los progenitores. Santos I Arnau, Lidia. Impacto de la Sustracción de Menores en la Familia [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://saludyfamilia.es/sites/default/files/INFORME%20%20Impacto%20sustraccion%20menores%20en%20familias.pdf> pp. 6 y 11.

⁵⁰⁹ Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part VI Article 13(1)(b). Aprobada el 3 de marzo de 2020 [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>

de la niñez, además de la organización del procedimiento delineado para asegurar la restitución inmediata de la persona menor de edad a su residencia habitual, de manera que sea el Estado de residencia habitual el llamado a decidir del fondo de las pretensiones de las partes, en cuanto a la guarda y custodia del menor de edad⁵¹⁰.

Por ello, la importancia de la Guía de buenas prácticas de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aprobada en marzo de 2020, dividida en cinco secciones: La primera, analiza el artículo 13(1) (b), en la que se examina el principio de restitución de la persona menor de edad y el fortalecimiento de la prevalencia de la restitución, en aras de proteger el interés superior del niño. Reconociendo que la presunción de restitución tiene sus excepciones en los supuestos previstos en el convenio⁵¹¹, una aplicación restrictiva, y en el proceso no se deben ponderar cuestiones propias de un proceso de guarda⁵¹².

Al examinar la excepción de grave riesgo, en el párrafo 30 de la referida Guía, se establecen tres tipologías:

- *“Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico;*
- *Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro psíquico y,*

⁵¹⁰ Albornoz, María Mercedes. Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores [en línea] [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>

⁵¹¹ Albornoz, María Mercedes. Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores [en línea] [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>

⁵¹² *Ibidem.*

- *Grave riesgo de que la restitución ponga de cualquier otra manera al menor en una situación intolerable. Y las mismas no son aplicables independientemente si el menor de edad es víctima primaria o no*⁵¹³.

La segunda sección se refiere al artículo 13(1) (b) en la práctica, y que como bien destaca Albornoz, la Guía señala el razonamiento que deberá realizar el juzgador del Estado de recepción, a saber:

[...] La primera etapa requiere concentrarse en la naturaleza de las alegaciones de quien se opone a la restitución, particularmente, si son lo suficientemente detalladas y fundadas como para poder constituir un riesgo grave (párrafo 40). Si avanza a la segunda etapa, el tribunal debe determinar si la excepción de grave riesgo para el menor al momento de su retorno está establecida. Para ello, tendrá que valorar todas las pruebas y circunstancias del caso, incluyendo las medidas de protección existentes o que se puedan implementar (párrafo 41). Luego de este examen, si no está convencido de que las pruebas e informaciones presentadas -incluyendo las relativas a medidas de protección- permiten establecer la existencia de un riesgo grave, ordena la restitución; por el contrario, si entiende que tales elementos permiten establecer la existencia de un riesgo grave, no está obligado a ordenar la restitución (párrafo 42). Es importante destacar que, incluso cuando el juez considera que es posible establecer la existencia de un grave riesgo, dispone del poder discrecional de ordenar o no ordenar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual. Asimismo, la primera sección de esta parte de la Guía también se refiere, con bastante grado de detalle, a las medidas de protección, a

⁵¹³ *Ibidem.*

*disposiciones prácticas para facilitar el retorno del niño o de la niña y a ciertas reglas de procedimiento y de prueba*⁵¹⁴.

Cabe destacar, que en este apartado se presentan ejemplos enmarcados en los posibles supuestos para que pueda concretarse la excepción establecida en el artículo 13 (1) (b), a saber: violencia doméstica contra la persona menor de edad y/o contra el/la progenitor/a sustractor/a, pérdidas económicas o pedagógicas para el menor de edad al momento del retorno, peligros asociados a las condiciones del Estado de residencia habitual, inseguridades en cuanto a la salud del menor de edad, separación de la persona menor de edad del progenitor sustractor cuando éste no puede o no desea entrar al Estado de residencia habitual del menor de edad y, además, los efectos de la separación de sus hermanos y niño y, finalmente, separación del menor con respecto a sus hermanos y/o hermanas⁵¹⁵.

La tercera sección, trata sobre las buenas prácticas en los tribunales para la aplicación de la excepción establecida en el artículo 13 (1) (b), a saber⁵¹⁶:

- Asegurar que los casos sean identificados en estadio temprano, de forma que las partes puedan obtener evidencia relevante;
- Considerar si la información o asistencia puede ser obtenida a través de la autoridad central requirente;

⁵¹⁴ Alborno, María Mercedes. Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores. Ob. Cit.

⁵¹⁵ Ibidem.

⁵¹⁶ Traducción libre. *Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part VI Article 13(1)(b)*. Aprobada el 3 de marzo de 2020 [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>

- Considerar si la información o asistencia puede ser obtenida a través de la comunicación judicial directa;
- Disponibilidad de medidas de protección para los casos de riesgo grave, así mismo facilitar arreglos entre las partes.

La cuarta sección, refiere los deberes generales de las Autoridades Centrales, cooperación y suministros de información con respecto a la grave excepción de riesgo, y se establecen como buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requirente⁵¹⁷, los enumerados a continuación:

- Proporcionar información sobre las leyes y procedimientos en su propia jurisdicción;
- Proporcionar un informe sobre los antecedentes sociales del niño, siempre que sea pertinente, apropiado y permitido por la ley;
- Si se solicita, proporcionar información objetiva, relevante, apropiada y permitida por la ley, sobre circunstancias particulares en el Estado requirente;
- Si se solicita, proporcionar información y facilitar el suministro de las disposiciones administrativas que sean necesarias y apropiadas para garantizar el retorno seguro del niño.
- Actuar en el plazo más breve posible y tomar todas las medidas necesarias para respetar los plazos establecidos por el tribunal a fin de no causar ningún retraso indebido; si se

⁵¹⁷ Traducción libre. *Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part VI Article 13(1)(b)*. Aprobada el 3 de marzo de 2020 [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>

solicita, facilitar información a las autoridades del Estado requirente para facilitar, en la medida de lo posible, la eficacia de las medidas de protección, como la notificación de la inminente llegada del niño a las autoridades pertinentes para que se tomen las medidas necesarias para hacer frente al grave riesgo.

En esta sección, la Guía establece de igual modo las buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido⁵¹⁸, a saber:

- Informar inmediatamente a la Autoridad Central del Estado requirente de cualquier información solicitada por el tribunal y del plazo establecido por el tribunal para el suministro de esta información;
- Informar a la Autoridad Central del Estado requirente periódicamente y según sea necesario de las cuestiones pertinentes, incluidos los progresos y los resultados, así como de cualquier requisito establecido por el tribunal en relación con la orden de que el niño regrese, y cualesquiera otras órdenes para proteger al niño de un grave riesgo y para facilitar el regreso seguro del niño;
- Actuar en el plazo más breve posible y tomar todas las medidas necesarias para respetar los plazos establecidos por el tribunal con el fin de no causar ningún retraso indebido.

En cuanto a la quinta y última sección, la Guía refiere los diversos recursos que pueden contribuir a que se conozcan y se

⁵¹⁸ Traducción libre. *Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part VI Article 13(1)(b)*. Aprobada el 3 de marzo de 2020 [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>

comprendan mejor la interpretación y aplicación del artículo 13(1) (b) del Convenio⁵¹⁹.

1.5.4. Oposición del Menor de Edad a la Restitución

El convenio dispone que la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a la restitución si comprueba que el menor de edad se opone, por tales motivos, deberá ser escuchado el parecer del menor de edad y su opinión tomada en consideración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 16 de la Ley núm. 136-03 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁵²⁰ y la Observación General núm.12 (2009)⁵²¹, que establecen que en todo procedimiento administrativo o judicial que puedan afectarle, deberá de tomarse en consideración la opinión

⁵¹⁹ Albornoz, María Mercedes. *Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores*. Ob. Cit.

⁵²⁰ Ley núm. 136-03. Artículo 16. Prevé que: *“Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión, ser escuchados y tomados en cuenta, de acuerdo a su etapa progresiva de desarrollo. Párrafo I.-Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes: estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional. Párrafo II.-Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que esté vinculada a la garantía de sus derechos e intereses”*. Artículo 12 de la convención Derechos del Niño: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”*.

⁵²¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General núm. 12. (2009). “El derecho del niño a ser escuchado”. [en línea]. [Consulta:12 de abril 2020]. Disponible en: <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf>.

del menor de edad, conforme su edad y madurez. Razón por la que deben de tomarse todas las medidas necesarias a fin de obtener la opinión del menor de edad en todos los casos en que le puedan afectar, conforme su etapa progresiva de desarrollo.

Obsérvese que el Convenio de La Haya de 1980, no establece de manera expresa que el menor de edad debe ser oído en el proceso, pues en el mismo se prevé que la opinión podrá ser considerada por la autoridad judicial o administrativa.

Por otra parte, conforme las previsiones del artículo 13 del referido convenio, la carga de la prueba queda a cargo de la parte demandada, por tanto, tiene que presentar los medios de pruebas que permitan establecer que el peticionario, institución u organismo requirente, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia y/o la existencia de grave riesgo que ponga en peligro físico o psíquico; más claro aún, que la persona quien detentaba la guarda no prestaba los cuidados necesarios para la protección de los derechos fundamentales de la persona menor de edad.

1.5.5. Cuando no lo Permitan los Principios Fundamentales del Estado Requerido

Otra excepción a la restitución se encuentra prevista en el artículo 20 del convenio, al disponer: *“La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*.

Sobre esta excepción es importante señalar que el articulado tiene una interpretación abierta, al no establecer en qué condiciones podría el Estado requerido, negar la solicitud. Y como bien así señala Pérez-Vera en su informe, la norma no refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional, solo a los principios admitidos

en el derecho del Estado requerido, por vía del derecho internacional general, convencional o la legislación interna. Pues, para poder negar la restitución invocando la excepción del artículo 20, será necesario que los principios fundamentales del Estado requerido no lo permitan.

1.6. Derecho de Visitas y el Convenio de La Haya de 1980

Es importante destacar que aunque la finalidad de la Convención de La Haya de 1980, es la restitución internacional de la persona menor de edad desplazado de su residencia habitual a otro Estado parte, el artículo 21 prevé la posibilidad de que el progenitor que se encuentre en otro Estado parte del convenio pueda presentar una solicitud al Estado parte donde se encuentre el menor de edad, con el fin de que se le garantice el ejercicio efectivo del derecho de visita, en la misma forma que se realiza la solicitud para la restitución del menor.

En estos casos las Autoridades Centrales se encuentran sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el convenio, en su artículo 7 a fin de asegurar el ejercicio del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones para el ejercicio de esta. Sobre este aspecto, las Autoridades Centrales tomarán las medidas necesarias que materialicen el derecho de visita, eliminando los obstáculos para su ejercicio.

Cabe destacar que el convenio de La Haya de 1980, permite una flexibilización de la prueba en el extranjero, pues la ilicitud de un traslado o retención de la persona menor de edad recae en el hecho de impedir el ejercicio efectivo de la guarda de un progenitor o tercera persona, atribuida en el Estado donde tiene su residencia habitual.

Ahora bien, por disposición del artículo 14, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tomar en consideración la legislación y las decisiones judiciales o administrativas,

que se encuentren reconocidas formalmente o no en el Estado de residencia habitual del menor de edad, sin tener que recurrir a procedimientos precisos para determinar la vigencia de esa legislación o para el establecimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

A su vez, el artículo 15 prevé que las autoridades judiciales o administrativas de uno de los Estados partes, antes de emitir una orden para la restitución de la persona menor de edad, si entienden de lugar, podrán solicitar al requirente que obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor de edad la sentencia o certificación que establezca que el traslado o retención, ha sido en los términos establecidos en el artículo 3 del Convenio, circunscribiendo la prueba a que sea emitida por el Estado de residencia habitual del menor de edad. Quedando a cargo de las Autoridades Centrales de los Estados contratantes el compromiso de hacer lo posible para dar asistencia al peticionario para la obtención de la prueba requerida.

Como se ha expresado, en el procedimiento de restitución establecido en el Convenio queda prohibido resolver asuntos propios del fondo del derecho a guarda o custodia de la persona menor de edad, a este efecto las autoridades administrativas y judiciales deben limitarse a determinar, si el traslado o retención ha sido lícito o no, por tanto, hasta que no se haya determinado si no se reúnen las condiciones previstas en el Convenio para el retorno del menor de edad o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de lo establecido en el Convenio, no se puede pronunciar en cuanto al fondo de la guarda.

Previendo el artículo 16 del Convenio dos escenarios para dar solución al fondo del derecho de guarda, a saber: (i) que se haya determinado que el caso no se reúnen las condiciones establecidas

en el convenio o, (ii) que haya transcurrido un periodo de tiempo razonables sin que se haya presentado la solicitud de restitución⁵²².

Un aspecto por destacar, es aquellos casos en que se demuestre por presentación de la sentencia o certificación del Estado de residencia habitual de la persona menor de edad, que conste, la existencia de la guarda atribuida al solicitante, el Estado requerido no podrá justificar su negativa para ordenar el retorno del menor de edad; sin embargo, las autoridades administrativas y judiciales podrán considerar los motivos de la decisión al aplicar el Convenio⁵²³.

1.7. Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 por los Tribunales Dominicanos

En la República Dominicana no existe una ley que regule el procedimiento de restitución internacional, sin embargo, para proceder a la restitución de una persona menor de edad, son aplicables:

- La Constitución de la República Dominicana;

⁵²² Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya de 1980. Artículo 16, dispone: “*Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio*”.

⁵²³ *Ibidem*, artículo 17, prevé: *El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.*

- Los Convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado dominicano;
- Ley 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes;
- Códigos Civil y de Procedimiento Civil, como derecho supletorio;
- Resolución núm. 480/2008, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, sobre Restitución Internacional de menor; y,
- Convenio de La Haya, del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños⁵²⁴.

En nuestra legislación conforme dispone la Ley núm. 136-03, en su artículo 110, se considera un traslado o retención ilícita:

Quando una persona menor de edad más allá de los derechos que les hayan sido reconocidos, retenga a un niño, niñas o adolescente, o lo traslade a un lugar o país diferente del que tenga su residencia habitual. Sin la debida autorización, será considerado como traslado o retención ilegal de niño, niña o adolescente. El ministerio Público de Niños, Niñas

⁵²⁴ Resolución núm. 261-09, del 22 de agosto de 2009, que aprueba la adhesión al Convenio de La Haya, del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños. G. O. No. 10534 del 31 de agosto de 2009[en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Convenio%20de%201a%20Haya%20relativo%20a%201a%20Competencia,%201a%20ley%20aplicable,%20el%20reconocimiento,%201a%20Ejecuci%C3%B3n%20y%201a%20Cooperaci%C3%B3n%20en%20materia%20de%20responsabilidad%20Parental%20y%20de%20medidas%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20ni%C3%B1os%20Republica%20Dominicana.pdf>

y Adolescentes deberá restituir al niño, niña o adolescente a la persona que legalmente tiene la guarda. Si el traslado hubiere sido a otro país, deberá dar los pasos correspondientes para reclamar su devolución ante las autoridades del mismo.

Independientemente, de que nuestra legislación prevé el traslado o retención ilícita de una persona menor de edad, el procedimiento para la restitución internacional no está regulado por una ley, por esa razón el Pleno de la Suprema Corte de Justicia por Resolución núm. 480-2008, de fecha 6 de marzo de 2008, establece el procedimiento para que el menor de 16 años que haya sido trasladado o retenido de manera ilícita, sea retornado a su residencia habitual y que los derechos de custodia y visita vigentes en el Estado de procedencia sean resguardados.

Este procedimiento establecido en la referida resolución consta de dos etapas, una de conciliación, en la que la Autoridad Central a cargo de Conani, promueve la restitución voluntaria de la persona menor de edad y en casos en que las partes no acuerden le corresponde a está promover el procedimiento jurisdiccional.

Para el conocimiento de la solicitud de restitución de una persona menor de edad, son competentes:

- La sala civil del tribunal de niños, niñas y adolescentes;
- El tribunal de niños, niñas y adolescentes en atribuciones civiles y,
- En aquellos lugares en que no se encuentre en funcionamiento el tribunal de niños, niñas y adolescentes, tiene competencia la cámara civil del juzgado de primera instancia, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes, de la demarcación territorial donde se encuentre la persona

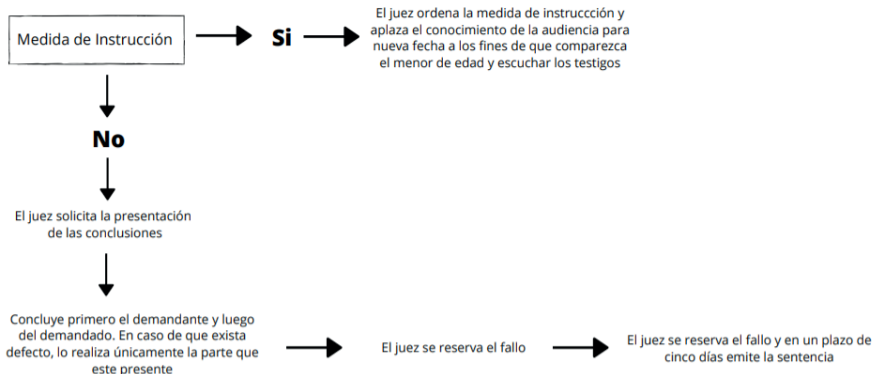
menor de edad objeto de un traslado o de una retención ilícita;

- La corte de apelación de niños, niñas y adolescentes;
- La cámara civil y comercial de la corte de apelación en atribuciones de Corte de niños, niñas y adolescentes; y,
- La Suprema Corte de Justicia.

Para promover la apertura de un procedimiento judicial de restitución de la persona menor de edad, tienen calidad para accionar: (i) la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de guarda o de visita de la persona menor de edad, (ii) la autoridad central dominicana encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio. En todos los casos, esta autoridad es parte en el proceso de restitución y como tal, debe participar en el mismo.

Además, intervienen en el procedimiento de restitución internacional el ministerio público, el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (Conani) y los interesados podrán actuar personalmente o mediante la representación de abogado.

En relación con el procedimiento, la Resolución núm. 480-2008, establece el carácter urgente del procedimiento de restitución y el plazo de no más de seis semanas para culminar, en todas las instancias, que se inicia a partir de la fecha en que se solicite la restitución de la persona menor de edad.



Flujograma 1. Medida de instrucción, Procedimiento Sustracción Internacional de Menores de Edad por ante el Tribunal de Primera Instancia de NNA.

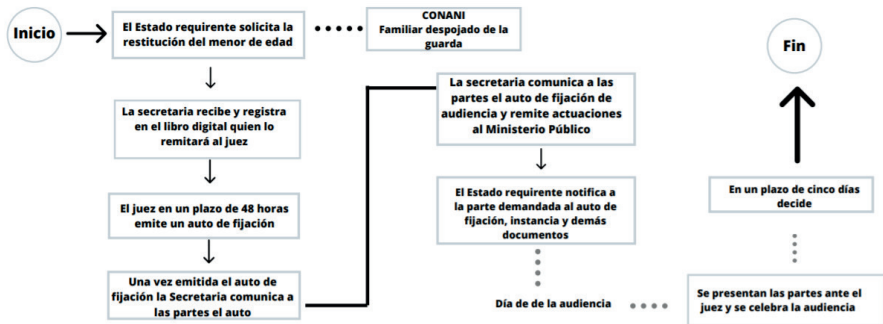
Requerida la restitución a la autoridad central y si hubiere fracasado la restitución voluntaria ante dicha autoridad, la resolución establece para el apoderamiento del tribunal de niños, niñas y adolescentes, que:

- a) El tribunal competente es apoderado por quien tenga calidad según esta resolución, mediante solicitud que debe ir acompañada de la documentación requerida en el artículo 8 del Convenio;
- b) La autoridad judicial dicta resolución, en el plazo de cuarenta y ocho horas, requiriendo a la persona que ha sustraído o retiene a la persona menor de edad, para que en la fecha que determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca ante el tribunal con la persona menor de edad y manifieste si accede voluntariamente a la restitución del niño, niña o adolescente a la persona, institución u organismo que es titular del derecho de guarda o de visita o, en otro caso, si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el Convenio;

- c) Si no comparece la persona requerida, la autoridad judicial continua con los procedimientos aun en su ausencia y dispone todas las medidas que resulten pertinentes a fin de obtener la presencia de la persona requerida y de la persona menor de edad de que se trate.

En el caso de que la persona requerida comparezca y consienta a la restitución voluntaria de la persona menor de edad, se levanta acta, acordando la autoridad judicial, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del niño, niña o adolescente a la persona, institución u organismo titular del derecho de guarda o de visita.

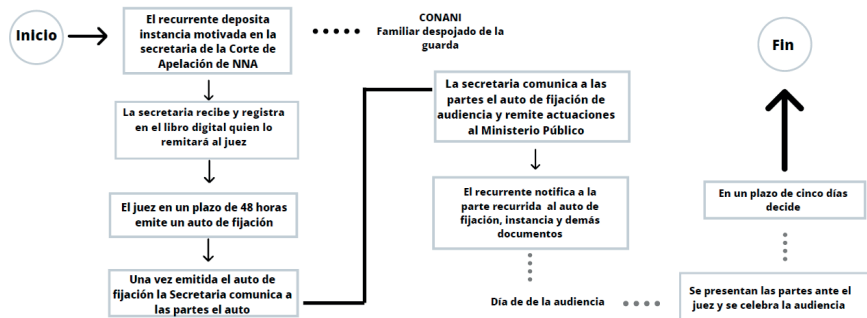
Y en aquellos casos, en que la persona requerida no acceda de manera voluntaria a la restitución de la persona menor de edad, la autoridad judicial es apoderada mediante instancia motivada, en la que se anexa las documentaciones en las que fundamenta sus pretensiones, en caso de alegación de la existencia de unas de las excepciones establecidas en el artículo 13 del Convenio, el asunto será ventilado y decidido por la autoridad judicial, en cuyo caso, librárá auto citando a las partes, al ministerio público y a la autoridad central, a una audiencia que tendrá lugar en un plazo no superior a los dos días siguientes y ordena las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con la persona menor de edad.



Flujograma 2. Proceso de sustracción internacional de menores de edad por ante el Tribunal de Primera Instancia de NNA.

En el conocimiento de la audiencia se escucha a las partes, al ministerio público, a la autoridad central⁵²⁵ y a la persona menor de edad, y una vez conocida la audiencia la autoridad judicial tendrá un plazo de cinco días para emitir la decisión.

La sentencia puede ser recurrida en apelación, mediante instancia depositada en la secretaría de la corte de apelación de niños, niñas y adolescentes competente o de la corte que haga sus veces, dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de dictada la decisión, cuando las partes se encuentren presentes y, en caso contrario, a partir de la notificación de esta.



Flujograma 3. Procedimiento de sustracción internacional de menores de edad por ante el Corte de Apelación NNA.

Apoderada la corte de apelación fija audiencia que debe conocerse dentro de los dos días siguientes, queda a cargo de la secretaría de ese organismo colegiado realizar los requerimientos para la citación de las partes en el proceso y la notificación de la instancia contentiva del recurso, a través de los medios establecidos en la Resolución núm. 1732-05, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia. La decisión

⁵²⁵ Decreto núm. 295, de fecha treinta (30) del mes de septiembre del año dos mil quince (2015); designa al Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (Conani) como la Autoridad Central para la aplicación de varios convenios ratificados por la República Dominicana relacionados con la niñez. G. O. núm. 10814 del 6 de octubre de 2015.

en segundo grado debe emitirse dentro del plazo de los cinco días siguientes a la audiencia.

Cabe destacar que, en el procedimiento para la restitución internacional establecido en la referida resolución, se estableció que no está abierto el recurso de casación, ni otro recurso ordinario ni extraordinario; sin embargo, por decisión de fecha cinco (5) de febrero del 2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, declaró no aplicable la primera parte del artículo décimo primero de la Resolución núm. 480-2008, en lo que respecta a la supresión del recurso de casación⁵²⁶.

Este criterio ha sido reiterado en la sentencia núm. 1664 de fecha 31 de octubre de 2018, al decidir que:

[la] primera parte del artículo undécimo de la Resolución núm. 480-2008, en lo que respecta a la supresión del recurso de casación por ser la misma contraria a las disposiciones de los artículos 218 y 315 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, textos legales que permiten de manera expresa los tipos de recursos por medio de los cuales se podrán recurrir las sentencias del tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, dentro de los cuales figura el recurso de casación y es que, es bueno dejarlo bien claro, ningún recurso establecido en la ley podrá en modo alguno ser suprimido por una resolución, máxime cuando es el propio código que da competencia de manera expresa a la Suprema Corte de Justicia para conocer del recurso de casación en materia de justicia especializada de Niños, Niñas y Adolescentes, criterio que se reitera mediante la presente decisión, motivo por el cual se rechaza el medio de inadmisión propuesto...⁵²⁷.

⁵²⁶ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. Decisión de fecha cinco (5) de febrero de 2014.

⁵²⁷ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 1664 del 31 de octubre de 2018. [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en: <https://>

El procedimiento se caracteriza por ser urgente y el Convenio de La Haya prevé que el mismo culmine en un plazo no mayor de seis semanas, que inicia a partir de la fecha que se solicitada la restitución del menor⁵²⁸.

En los casos en que la solicitud sea realizada por el Estado dominicano, el órgano competente para requerir la restitución es el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (Conani), como autoridad central designada por Decreto núm. 295/2015.

Ahora bien, en el Convenio de La Haya se prevé dos situaciones diferenciadas: (i) los casos en que se solicite la restitución del menor de edad en un tiempo inferior al año desde el momento en el que se produce la sustracción, en cuyo caso se solicita a la Autoridad competente ordenar la restitución y, (ii) los casos en que se solicite la restitución transcurrido el año, en el que se deberá valorar si la persona menor de edad se encuentra integrado en su nuevo ámbito familiar y social.

Sin embargo, como se ha expresado, el Estado requerido no tendrá la obligación de restituir al menor de edad cuando se determine que el traslado no se realizó en los términos descritos en el convenio o si se presentan algunas de las excepciones establecidas en el mismo.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la citada sentencia núm. 1664/2018, al referirse al grave riesgo, ha decidido:

Considerando, que el referido Convenio, en el cual se fundamentó la corte a qua, como se verá más adelante, establece en los artículos 13 y 20, los casos en los cuales no es obligatoria

webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/sustracci%C3%B2n+internacional+de+menores/WW/vid/746251573/graphical_version

⁵²⁸ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya de 1980. Artículo 11.

la restitución del menor de edad a su residencia habitual; Considerando, que efectivamente, la corte a qua para adoptar su decisión se acogió a la excepción consignada en el artículo 13 literal b) del pre-aludido Convenio, que señala: “No obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”; que el objetivo de esta excepción es evitar que el retorno del menor de edad lo exponga a una situación de grave riesgo para su integridad física y psíquica que le resulte perjudicial e intolerable; Considerando, que el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente los documentos depositados y establecer respecto de ellos la veracidad o falsedad de los enunciados a que se refieren los hechos de la causa, pero esta discrecionalidad no es absoluta, ya que, el juez para adoptar su decisión está obligado a motivar según las reglas de la ciencia y la lógica; que la corte a qua al confrontar los alegatos de las partes con las piezas aportadas al proceso, retuvo los indicios de abuso sexual cometidos contra los niños y con ello determinó el grave riesgo al que se exponen si son retornados al Estado de Virginia, por lo que se acogió válidamente a las disposiciones contenidas en el artículo 13 literal b) del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁵²⁹.

⁵²⁹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea].(31 de octubre de 2018). Sentencia núm. 1664. [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/sustracci%C3%B2n+internacional+de+menores/WW/vid/746251573/graphical_version

Asimismo, la sentencia núm. 700, del 29 de marzo de 2019, del referido tribunal ha decidido con relación al procedimiento en restitución internacional, lo siguiente:

Considerando, que una vez decidida la inadmisibilidad propuesta, se analizará el medio de casación invocado, que en ese sentido aduce la recurrente en un primer aspecto que contrario a lo que entendió la corte a qua el recurso de apelación era extemporáneo por haberse interpuesto fuera del plazo de ley; que en ese sentido se hace necesaria verificar la Resolución núm. 480-2008 emitida por esta Suprema Corte de Justicia, en fecha seis (6) de marzo del 2008, que establece el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad trasladada de manera ilícita a la República Dominicana; Considerando, que dicha disposición establece en el ordinal Décimo primero que: “la sentencia que decida sobre solicitud de restitución debe ser Sentencia No 24 de fecha 5 de febrero del 2014, Sala Civil; B. J. 1239 impugnada mediante recurso de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles a partir de dictada la sentencia, cuando las partes se encuentren presentes y, en caso contrario a partir de la notificación de la misma”, que en ese orden de ideas, se debe precisar que el referido plazo es franco por aplicación de la primera parte del artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil, texto según el cual: “el día de la notificación y el vencimiento no se contarán en el término general fijado para los emplazamientos, las citaciones, intimaciones y otros actos hechos a personas o a domicilio”; Considerando, que en el presente caso no es un hecho controvertido que la sentencia objeto de la apelación fue notificada a la hoy recurrente en fecha 20 de julio del 2012, mediante el acto núm. 668-2012 por lo que al momento de computarse el indicado plazo solo se tomarían en cuenta los días hábiles, por cuanto el inicio del mencionado plazo comienza a correr a partir de la

notificación de la sentencia, tomando en cuenta que no se computa el primer día de la notificación, esto es el día viernes veinte (20) de julio del 2012, ni el último día que se cumple el plazo de cinco días, es decir el día viernes veintisiete (27) de julio del 2012; por otra parte no se tomarán en cuenta los días veintiocho (28) y veintinueve (29) de julio, en razón de que no son días hábiles para el tribunal por ser sábado y domingo, por lo que, el último día hábil para recurrir era el día lunes treinta (30) de julio del 2012, según consta en la sentencia ahora impugnada, el Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia (CONANI), interpuso su recurso de apelación el veintisiete (27) de julio del 2012, es decir en tiempo oportuno, por tanto, al haber rechazada la corte a qua el medio de inadmisión propuesto por la parte apelada actual recurrente, actuó de manera correcta y apegada a la norma, por lo que ese aspecto del medio examinado se desestima por infundado; Considerando, que en otro aspecto aduce la recurrente, que la alzada omitió estatuir sobre sus alegatos, dejándola en un desamparo procesal al no darle la oportunidad de exponer sus medios de defensa; que ha sido criterio constante de esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, que la obligación de los jueces, es la de dar respuesta a las conclusiones formales que se les presenten, pero no a los argumentos y alegatos que las partes formulen para fundamentar sus pretensiones, que en ese sentido consta en la sentencia ahora impugnada, que la actual recurrente en calidad de parte apelada en segunda instancia, planteó un medio de inadmisión, el cual fue refutado por la parte apelante ahora recurrida; que la decisión de la alzada, se limitó a dirimir dicho incidente, ordenando su rechazo y la continuación del proceso, sin que se evidencie que dicho tribunal haya decidido ningún aspecto relacionado al fondo del asunto; Considerando, que también ha sido criterio constante de esta Corte de Casación,

que se considera violado el derecho de defensa, en aquellos casos en que el tribunal no ha respetado en la instrucción de la causa los principios fundamentales que pautan la publicidad y contradicción del proceso, así como cuando tampoco se observa el equilibrio y la igualdad que debe reinar a favor de las partes en todo proceso judicial y en general, cuando no se garantiza el cumplimiento de los principios del debido proceso que son el fin de la tutela judicial efectiva, lo cual no ocurre en el presente caso, porque contrario a lo que aduce la recurrente, consta que la misma pudo ejercer su medio de defensa en cuanto al medio de inadmisión propuesto por ella, y decidido por la alzada⁵³⁰.

En síntesis, las decisiones emitidas por los tribunales locales toman en consideración los objetivos establecidos en el Convenio de La Haya de 1980, para la protección y garantía de los derechos del menor de edad y evitar la vulneración del derecho de guarda y custodia de aquella persona a quien por decisión judicial ha sido delegada en el Estado de residencia habitual del menor de edad.

2. Conclusión

El Convenio del Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, constituye un instrumento internacional que tiene como objetivo el retorno al país de origen de la persona menor de edad víctima de un traslado o retención ilícita y velar por el acatamiento de los derechos de guarda y visita establecidos por sentencia en el país de residencia habitual.

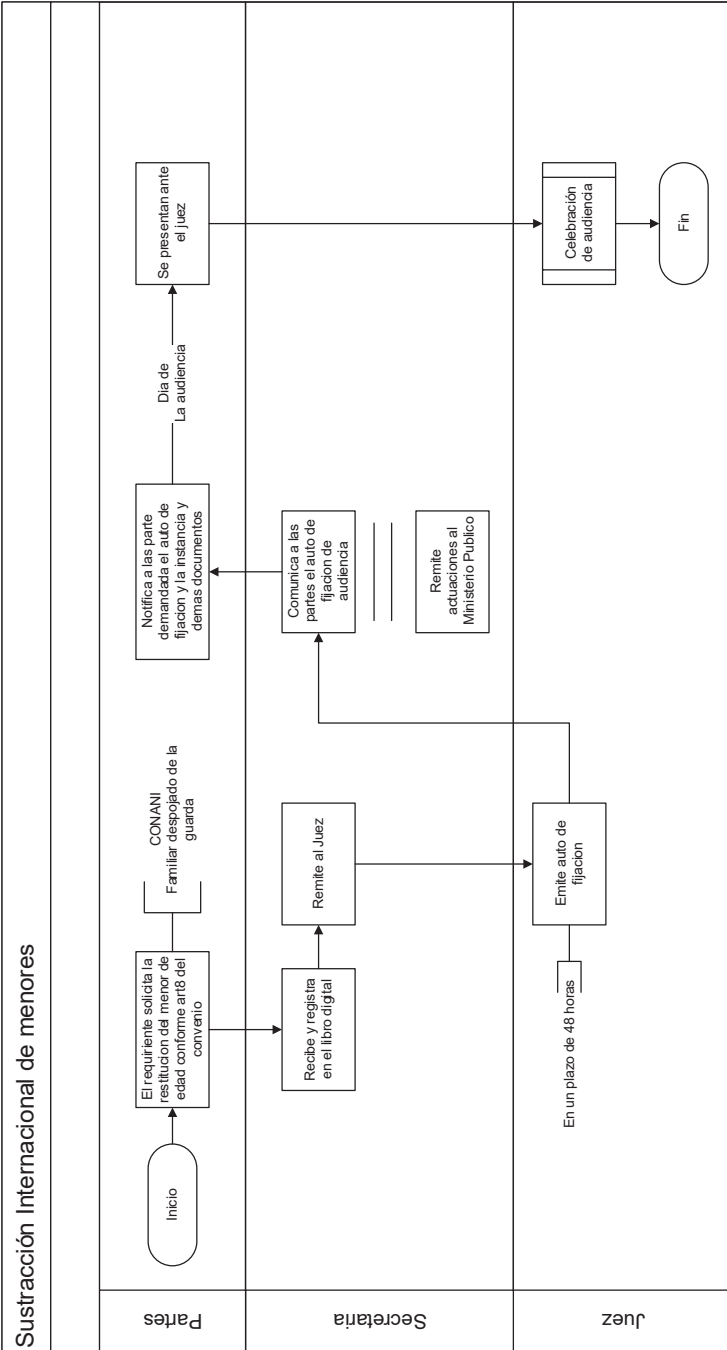
⁵³⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (29 de marzo de 2019). Sentencia 700. [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/sustracci%C3%B2n+internacional+de+menores/WW/vid/689130521/graphical_version.

Los principios y derechos fundamentales reconocidos a la persona menor de edad constituyen parámetros para los Estados partes, ante la problemática de los traslados o retenciones ilícitos a fin de tomar las medidas que aseguren el restablecimiento su *statu quo*, mediante la implementación de un procedimiento expedito que garanticen los derechos de menor de edad.

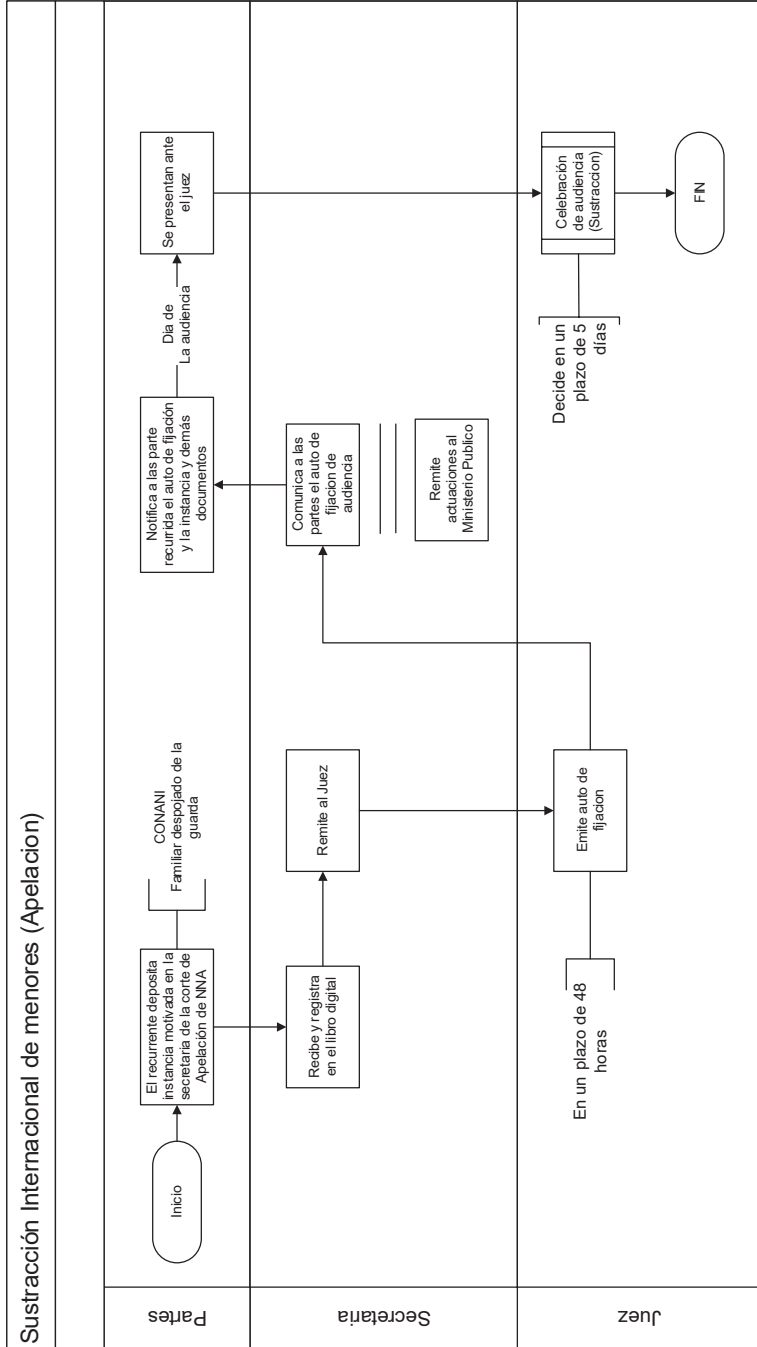
Por ello, el procedimiento establecido en el convenio para la restitución del menor de edad a su residencia habitual tiene el propósito de que el efecto de la sustracción no impacte negativamente en la esfera psicológica como física, por la incertidumbre e inestabilidad del ámbito familiar y ante el desequilibrio emocional que conlleva la adaptación en otro país, una cultura y entorno social diferentes a la de su país de origen.

ANEXOS FLUJOGRAMAS

- *Sustracción Internacional de menores de edad (Primer grado)*
- *Sustracción Internacional de menores de edad (Apelación).*



Durante la audiencia puede producirse un acuerdo de restitución voluntaria y entrega del menor de edad, el cual será homologado por el Juez, de no producirse el acuerdo se escucha a las partes, al menor de edad si procede, al ministerio público y la autoridad central y decide en un plazo de 5 días



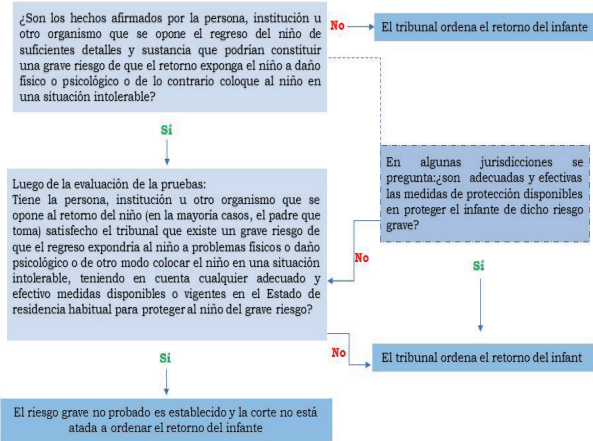
Durante la audiencia puede producirse un acuerdo de restitución voluntaria y entrega del menor de edad, el cual será homologado por el Juez, de no producirse el acuerdo se escucha a las partes, al menor de edad si procede, al ministerio público y la autoridad central y decide en un plazo de 5 días

Preguntas consideradas por el tribunal en el análisis de la excepción del Artículo 13 (1) (b)

Los tribunales debe actuar diligentemente los procedimientos para el pronto retorno del Infante Preámbulo y Art. 11(1).

Reunion y evaluación de la información o evidencia de acuerdo con las leyes, procedimientos y prácticas de cada jurisdicción. En cuanto las medidas protectivas, la corte debe considerar buscar la cooperación de autoridades centarries y/o jueces IHNJ

Traducción libre



Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part VI Article 13(1)(b). Aprobada el 3 de marzo de 2020 [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>

Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Entrada en vigor: 1-XII-1983

HCCH: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[en línea]. [Consulta: 22de abril 2020]. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

Última actualización: 19-VII-2019

Número de Partes contratantes contratantes del Convenio: 101- **LEYENDA FINAL**

Las Partes contratantes de este Convenio que también revisten la calidad de Miembro de la HCCH (es decir, de la Organización) figuran en **negrita**, mientras que las que no son Miembros figuran en *cursiva*.

Parte contratante	F ¹	R/A/S ²	Tipo ³	VIG ⁴	EXT ⁵	Aut ⁶	Res/D/N/CD ⁷
Albania		4-V-2007	A*	1-VIII-2007		1	Res
Alemania	9-IX-1987	27-IX-1990	R	1-XII-1990		1	D,Res
Andorra		6-IV-2011	A*	1-VII-2011		1	Res
Argentina	28-I-1991	19-III-1991	R	1-VI-1991		1	D
Armenia		1-III-2007	A*	1-VI-2007		1	Res
Australia	29-X-1986	29-X-1986	R	1-I-1987		1	D
Austria	12-V-1987	14-VII-1988	R	1-X-1988		1	D
<i>Bahamas</i>		1-X-1993	A*	1-I-1994		1	
<i>Barbados</i>		11-VII-2019	A*	1-X-2019		1	
Belarús		12-I-1998	A*	1-IV-1998		1	Res
Bélgica	11-I-1982	9-II-1999	R	1-V-1999		1	
<i>Belice</i>		22-VI-1989	A*	1-IX-1989		1	Res
<i>Bolivia</i>		13-VII-2016	A*	1-X-2016		1	D,Res

Parte contratante	F ¹	R/A/S ²	Tipo ³	VIG ⁴	EXT ⁵	Aut ⁶	Res/D/N/CD ⁷
Bosnia y Herzegovina		23-VIII-1993	Su	6-III-1992		1	
Brasil		19-X-1999	A*	1-I-2000		1	Res
Bulgaria		20-V-2003	A*	1-VIII-2003		1	Res
Burkina Faso		25-V-1992	A*	1-VIII-1992		1	
Canadá	25-X-1980	2-VI-1983	R	1-XII-1983	13	1	D,Res
Chile		23-II-1994	A*	1-V-1994		1	D
China, República Popular			C			2	D,N
China, República Popular			C			2	D,N
Chipre		4-XI-1994	A*	1-II-1995		1	
<i>Colombia</i>		13-XII-1995	A*	1-III-1996		1	
Corea, República de		13-XII-2012	A*	1-III-2013		1	D,Res
Costa Rica		9-XI-1998	A*	1-II-1999		1	
Croacia		23-IV-1993	Su	1-XII-1991		1	
<i>Cuba</i>		12-IX-2018	A*	1-XII-2018		1	
Dinamarca	17-IV-1991	17-IV-1991	R	1-VII-1991	1	1	D,Res
Ecuador		22-I-1992	A*	1-IV-1992		1	
<i>El Salvador</i>		5-II-2001	A*	1-V-2001		1	D,Res
Eslovaquia	28-XII-1992	7-XI-2000	R	1-II-2001		1	Res
Eslovenia		22-III-1994	A*	1-VI-1994		1	

Parte contratante	F ¹	R/A/S ²	Tipo ³	VIG ⁴	EXT ⁵	Aut ⁶	Res/D/N/CD ⁷
España	7-II-1986	16-VI-1987	R	1-IX-1987		1	
Estados Unidos de América	23-XII-1981	29-IV-1988	R	1-VII-1988		1	Res
Estonia		18-IV-2001	A*	1-VII-2001		1	D,Res
<i>Fiji</i>		16-III-1999	A*	1-VI-1999		1	
Filipinas		16-III-2016	A*	1-VI-2016		1	D
Finlandia	25-V-1994	25-V-1994	R	1-VIII-1994		1	D,Res
Francia	25-X-1980	16-IX-1982	R	1-XII-1983		1	Res,D
Francia	25-X-1980	16-IX-1982	R	1-XII-1983		1	Res,D
<i>Gabón</i>		6-XII-2010	A*	1-III-2011			
Georgia		24-VII-1997	A*	1-X-1997		1	
Grecia	25-X-1980	19-III-1993	R	1-VI-1993		1	Res
<i>Guatemala</i>		6-II-2002	A*	1-V-2002		1	Res
<i>Guinea</i>		7-XI-2011	A*	1-II-2012		1	
<i>Guyana</i>		5-II-2019	A*	1-V-2019		1	
<i>Honduras</i>		20-XII-1993	A*	1-III-1994		1	Res
Hungría		7-IV-1986	A*	1-VII-1986		1	
<i>Iraq</i>		21-III-2014	A*	1-VI-2014			
Irlanda	23-V-1990	16-VII-1991	R	1-X-1991		1	
Islandia		14-VIII-1996	A*	1-XI-1996		1	Res

Parte contratante	F ¹	R/A/S ²	Tipo ³	VIG ⁴	EXT ⁵	Aut ⁶	Res/D/N/CD ⁷
Israel	4-IX-1991	4-IX-1991	R	1-XII-1991		1	Res
Italia	2-III-1987	22-II-1995	R	1-V-1995		1	
<i>Jamaica</i>		24-II-2017	A*	1-V-2017		1	Res
Japón	24-I-2014	24-I-2014	R	1-IV-2014		1	Res
Kazajstán		3-VI-2013	A*	1-IX-2013		1	Res
<i>Lesotho</i>		18-VI-2012	A*	1-IX-2012		1	
Letonia		15-XI-2001	A*	1-II-2002		1	D,Res
Lituania		5-VI-2002	A*	1-IX-2002		1	Res
Luxemburgo	18-XII-1984	8-X-1986	R	1-I-1987		1	Res
Malta		26-X-1999	A*	1-I-2000		1	
Marruecos		9-III-2010	A*	1-VI-2010		1	
Mauricio		23-III-1993	A*	1-VI-1993		1	Res
México		20-VI-1991	A*	1-IX-1991		1	
Mónaco		12-XI-1992	A*	1-II-1993		1	Res
Montenegro		1-III-2007	Su	3-VI-2006		1	
<i>Nicaragua</i>		14-XII-2000	A*	1-III-2001		1	
Noruega	9-I-1989	9-I-1989	R	1-IV-1989		1	Res
Nueva Zelandia		31-V-1991	A*	1-VIII-1991		1	Res
Países Bajos	11-IX-1987	12-VI-1990	R	1-IX-1990	1	1	D,Res

Parte contratante	F ¹	R/A/S ²	Tipo ³	VIG ⁴	EXT ⁵	Aut ⁶	Res/D/N/CD ⁷
<i>Pakistán</i>		22-XII-2016	A*	1-III-2017		1	Res
Panamá		2-II-1994	A*	1-V-1994		1	Res
Paraguay		13-V-1998	A*	1-VIII-1998		1	
Perú		28-V-2001	A*	1-VIII-2001		1	
Polonia		10-VIII-1992	A*	1-XI-1992		1	Res
Portugal	22-VI-1982	29-IX-1983	R	1-XII-1983		1	D
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	19-XI-1984	20-V-1986	R	1-VIII-1986	7	1	N,Res
República Checa	28-XII-1992	15-XII-1997	R	1-III-1998		1	Res
República de Macedonia del Norte		20-IX-1993	Su	1-XII-1991		1	
República de Moldova		10-IV-1998	A*	1-VII-1998		1	Res
República Dominicana		11-VIII-2004	A*	1-XI-2004		1	
Rumania		20-XI-1992	A*	1-II-1993		1	D
Rusia, Federación de		28-VII-2011	A*	1-X-2011		1	D,Res
<i>Saint Kitts y Nevis</i>		31-V-1994	A*	1-VIII-1994		1	Res
<i>San Marino</i>		14-XII-2006	A*	1-III-2007		1	D
Serbia		29-IV-2001	Su	27-IV-1992		1	
<i>Seychelles</i>		27-V-2008	A*	1-VIII-2008		1	
Singapur		28-XII-2010	A*	1-III-2011		1	Res
Sri Lanka		28-IX-2001	A*	1-XII-2001		1	Res

Parte contratante	F ¹	R/A/S ²	Tipo ³	VIG ⁴	EXT ⁵	Aut ⁶	Res/D/N/CD ⁷
Sudáfrica		8-VII-1997	A*	1-X-1997		1	Res
Suecia	22-III-1989	22-III-1989	R	1-VI-1989		1	Res
Suiza	25-X-1980	11-X-1983	R	1-I-1984		1	
<i>Tailandia</i>		14-VIII-2002	A*	1-XI-2002		1	Res
<i>Trinidad y Tabago</i>		7-VI-2000	A*	1-IX-2000		1	
Túnez		10-VII-2017	A*	1-X-2017		1	Res
<i>Turkmenistán</i>		29-XII-1997	A*	1-III-1998		1	
Turquía	21-I-1998	31-V-2000	R	1-VIII-2000		1	Res
Ucrania		2-VI-2006	A*	1-IX-2006		1	D
Uruguay		16-XI-1999	A*	1-II-2000		1	
Uzbekistán		31-V-1999	A*	1-VIII-1999		1	Res
Venezuela	16-X-1996	16-X-1996	R	1-I-1997		1	Res
Zambia		26-VIII-2014	A*	1-XI-2014		1	
<i>Zimbabwe</i>		4-IV-1995	A*	1-VII-1995		1	Res

Leyenda:

El término "Parte contratante" comprende los casos en los que el Convenio ha entrado en vigor, y los casos en los que aún no ha entrado en vigor, para esa Parte después el depósito del instrumento de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación (véase la columna "EEV" del cuadro).

1) F = Firma

2) R/A/Su = Ratificación, Adhesión o Sucesión

3) Tipo = R: Ratificación;

A: Adhesión;

A*: Adhesión que da lugar a un procedimiento de aceptación; haga clic en A* para ver los detalles de las aceptaciones a esta adhesión;

C: Continuación;

Su: Sucesión;

Den: Denuncia;

4) VIG = Entrada en vigor

5) EXT = Extensiones de la aplicación

6) Aut = Designación de las Autoridades

7) Res/D/N/CD = Reservas, declaraciones, notificaciones o comunicación del depositario

HCCH: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[en línea]. [Consulta: 22de abril 2020]. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

CAPÍTULO VII

LA TUTELA Y EL CONSEJO DE FAMILIA

Mirta Felicia Duarte Mena

CAPÍTULO VII

LA TUTELA Y EL CONSEJO DE FAMILIA

Resumen

En el presente trabajo trataremos el instituto jurídico de la tutela de la persona menor de edad, que se apertura en los casos en que los progenitores o uno de ellos hayan fallecido o en que por decisión judicial se haya ordenado la terminación de la autoridad parental.

A través de esta institución del derecho de familia se proporciona a la persona menor de edad la representación, protección y administración de sus bienes.

Para el desarrollo del tema, abordaremos la tutela, los órganos que la conforman, causas de exclusión y terminación de la tutela, el consejo de familia, así como la administración y cuenta de la tutela.

1.1. Tutela: Concepto

En los casos en que la persona menor de edad se encuentre desprovisto del cuidado y protección de sus progenitores o por la muerte de ambos, da lugar a que la autoridad parental se extinga, situación que obliga a la apertura de otra institución del derecho de familia como es la tutela.

Los doctrinarios Planiol y Ripert conceptualizan *la tutela como una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y administrar sus bienes*⁵³¹.

A su vez, Trejos al referirse a la tutela ha señalado “*que la tutela es una institución jurídica para menores de edad que aún no estén sometidos a autoridad parental, es decir, la tutela es un instituto jurídico sustitutivo de la autoridad parental a favor de los menores de edad cuando se encuentran temporalmente discapacitados para el manejo de sus haberes*”⁵³².

Por su parte, Ortega Velez conceptualiza la tutela como *la institución jurídica más importante que verdaderamente suple la falta de capacidad de obrar y vela por la persona y bienes del pupilo*⁵³³.

La tutela como institución del derecho de familia tiene como finalidad la protección de la persona menor de edad y sus bienes, a falta de los progenitores o por el fallecimiento de ambos. Esta institución es supletoria de la autoridad parental para proveer a la persona menor de edad la representación, la protección y la asistencia, como bien expresa TREJOS, constituye “*una especie de magistratura doméstica*⁵³⁴”, a favor de aquellos que carecen de la dirección y el apoyo de sus progenitores o de uno de ellos.

⁵³¹ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Biblioteca Clásicos del Derecho. Derecho Civil*. Tomo 8. Traducción Leonel Pereznieta Castro. México. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. p. 275.

⁵³² Trejos, Gerardo, Ramírez Altamirano, Marina, Benavides Santos, Diego. (2010). *Derecho de Familia*. 1era. Edición. San José. Costa Rica. Editorial Juricentro. ISBN: 978-9977-31-184-5. p. 689.

⁵³³ Ortega Velez, Ruth E. (1997). *Lecciones Derecho de Familia*. San Juan, Puerto Rico. Ediciones Scisco. p. 43.

⁵³⁴ Trejos, Gerardo. Ramírez Altamirano, Marina, Benavides Santos, Diego. *Derecho de Familia*. Ob. Cit. p. 689.

Criterio reiterado por Pérez Contreras, María Monserrat .(2010). *Derecho de Familia y Sucesiones* [en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. [en línea] [Consulta: 11 de abril 2020]. Disponible en: <https://>

En este tenor, Nolasco al referirse a la tutela señala que: *“la tutela es una institución supletoria de la patria potestad que tiene por objeto la tuición y la guarda de algunas personas que adolecen de incapacidad jurídica para actuar plenamente en la escena de la vida civil, o que carecen de aptitud para gobernarse a sí misma o para administrar los bienes de su peculio”*⁵³⁵.

Esta institución del derecho de familia se apertura cuando uno de los padres o ambos han fallecido, o con la pérdida de ambos progenitores de la autoridad parental, debiendo la parte interesada convocar el consejo de familia ante el tribunal de niños, niñas y adolescentes en atribuciones civiles.

Por su parte, la Ley núm. 136-03, en su artículo 199, dispone que: *“la tutela y la conformación del Consejo de Familia están regidas por las reglas establecidas en el Código Civil, en estas materias”*. Y en el párrafo del referido artículo, establece que: *“El padre o la madre superviviente, en su condición de administrador legal de NNA, representará por sí mismo a sus hijos menores de edad en la gestión de sus derechos, a excepción de las operaciones inmobiliarias, para las que necesita la autorización del Consejo de Familia, observando las condiciones previstas en el Código Civil”*⁵³⁶.

En consecuencia, el objeto de la tutela es el cuidado de la persona menor de edad y sus bienes, por la incapacidad de ejercicio de estos, que se constituye en una imposibilidad para administrar sus

repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3993/1/-Derecho-de-Familia-y-Sucesiones-Mari-a-de-Montserrat-Pe-rez-Contreras-pdf-1-1.pdf

⁵³⁵ NOLASCO, Daniel. Instituciones del Derecho de Familia. (2002). Tomo II. Santo Domingo: Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. P. 361.

⁵³⁶ Ley núm. 136-03, de 7 de agosto, que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial núm. 10234. Artículo 199.

bienes. La tutela es un cargo de interés público, del que nadie puede en principio eximirse sin causa legal.

De ahí que, la calidad de tutor constituye un cargo personal que no se transfiere a los herederos del tutor. Estos únicamente responderán de la gestión de su causahabiente; y si son mayores de edad, tendrán obligación de continuarla hasta el nombramiento del nuevo tutor⁵³⁷.

En síntesis, la tutela constituye una función dada a una persona capaz quien asumirá el cuidado, protección, representación, educación, alimentación, así como, la administración de los bienes que corresponden al menor de edad que no se encuentren bajo la autoridad parental⁵³⁸.

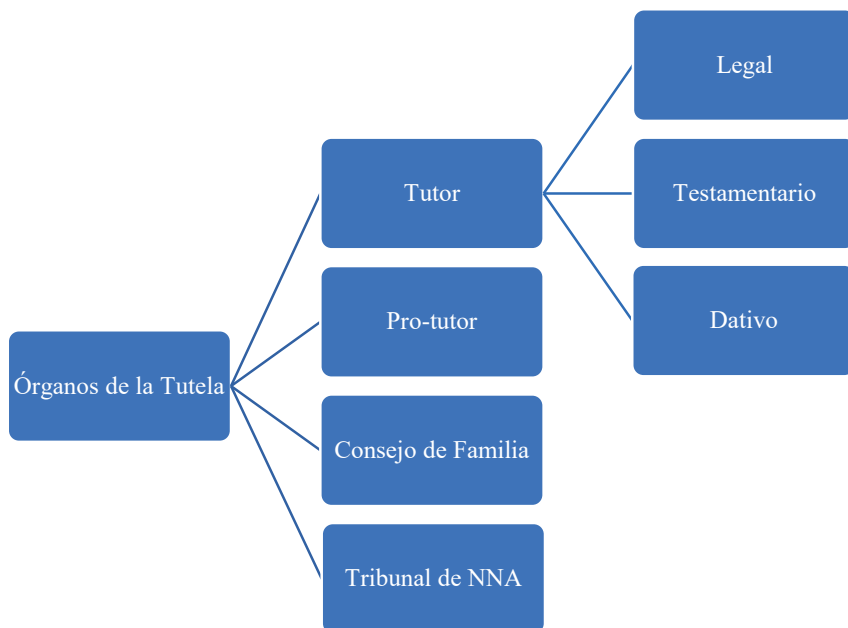
1.2 Órganos de la Tutela

Como bien ha señalado Díez-Picazo, la tutela como institución del derecho de familia está constituida por dos clases de personas, las sometidas a tutela y los que conforman la misma, pues, la tutela constituye un organismo⁵³⁹.

⁵³⁷ Código Civil. Artículo 419 del, dispone que: “*La tutela es un cargo personal que no se transfiere a los herederos del tutor. Estos únicamente responderán de la gestión de su causahabiente; y si son mayores de edad, tendrán obligación de continuarla hasta el nombramiento de nuevo tutor*”.

⁵³⁸ Pérez Contreras, María Monserrat. Derecho de las Familias [en línea]. Comité par a la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. [en línea] [Consulta: 11 de abril 2020]. Disponible en: https://inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1293/Familias_pdf_electronico.pdf

⁵³⁹ Díez-Picazo, Luís. (1984). Familia y Derecho. Madrid: Editorial Civitas, S.A. pp. 222-223.



Flujograma 1. Órganos de la Tutela

Obsérvese que los artículos 390, parte in fine, 405, 406, 420 del Código Civil, así como los artículos 199 y 200 de la Ley núm.136-03, hacen mención de los órganos de la tutela del menor de edad, a saber:

- Tutor;
- El Consejo de Familia;
- El Protutor; y,
- El Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes.

1.2.1. Tutor

El tutor constituye un órgano unipersonal⁵⁴⁰, a quien se le delega el cuidado del menor de edad no emancipado, así como la

⁵⁴⁰ Díez-Picazo, Luís. (1984). Familia y Derecho. Madrid. Editorial Civitas, S.A. pp. 222-223.

administración de sus bienes y la representación en los actos jurídicos. Al referirse a las funciones del tutor, Planiol y Ripert señalan que el tutor constituye el órgano activo de la tutela, que tiene a su cargo la ejecución de las decisiones del consejo de familia, y sus dos principales funciones constituyen, el deber de cuidado del menor de edad y su representación en todos los actos civiles⁵⁴¹.

En consecuencia, el nombramiento del tutor no puede ser ni a término ni a condición, ya que, las funciones son confiadas para todo el periodo que proceda a la mayoría de edad, emancipación o la muerte del pupilo, a excepción de que se presente una causa de exclusión.

En este sentido, Read⁵⁴² ha destacado una triple derogación:

- En el caso en que haya que nombrar un tutor ad-hoc⁵⁴³, cuya misión es provisional;
- En la persona del protutor, cuando los bienes que han sido confiados a su administración salen del patrimonio del pupilo antes de su emancipación o mayoría de edad;
- En la hipótesis de un menor extranjero, al cual se le ha designado un tutor antes de la constitución regular de su tutela conforme con su ley nacional.

De manera que, a los tutores no les está permitida la donación de muebles e inmuebles, aceptación pura y simple de la sucesión, compromisos, conversión de títulos nominativos de rentas sobre el Estado en títulos al portador y/o fianza dada en favor de terceros.

⁵⁴¹ Planiol y Ripert. Ob. Cit. p. 294.

⁵⁴² Read, Alexis. (2011). *Las Incapacidades en el Derecho Civil Dominicano*. Tomo II. República Dominicana. Librería Jurídica Internacional, S.R.L. p. 34.

⁵⁴³ Ad hoc es una locución castellana, derivada del latín, su significado literal es “para esto”, “específicamente para esto” [en línea]. [consulta 9 de abril de 2020]. Disponible en: <https://quesignificado.com/ad-hoc/>.

La tutela finaliza con respeto al menor de edad por haber adquirido la mayoría de edad, por emancipación o la muerte. Respecto al tutor, finaliza por su muerte, incapacidad sobrevenida luego de la aceptación de las funciones del tutor; por excusa aceptada por el consejo de familia; destitución decretada por el consejo de familia o por el tribunal especializado de niños, niñas y adolescente, las cuales serán objeto de estudio.

1.2.2. La Tutela Legal

A. La Tutela Legal de los Progenitores

La tutela de los hijos menores de edad y no emancipados pertenece al progenitor superviviente cuando uno de ellos ha fallecido⁵⁴⁴.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sentado criterio respecto a las modificaciones introducidas al Código Civil por la Ley núm. 855 del 22 de julio de 1978, sobre la autoridad del padre y de la madre sobre sus hijos menores de edad y a la tutela, cuya apertura, al tenor de tales cambios, no ocurre a la muerte de uno de los padres, como acontecía anteriormente, sino cuando “*no queda ni el padre ni la madre en estado de ejercer su autoridad*” y conforme al artículo 373-4⁵⁴⁵ de dicho código, sea por el deceso de ambos progenitores, o que opere la privación de la autoridad parental por causas graves, o cuando se produzca la tutela testamentaria por elección exclusiva de dicho consorte (artículo 397), o que haya lugar a la tutela de los ascendientes al tenor del artículo 402 y siguientes del

⁵⁴⁴ El Código Civil. Artículo 390 dispone que: “*Después de la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados, pertenece de pleno derecho al cónyuge superviviente*”.

⁵⁴⁵ *Ibidem*. Artículo 373-4.- (Agregado por la Ley núm. 855 de 1978; G.O. 9478), establece que: “*Si no queda ni padre ni madre en estado de ejercer su autoridad, habrá lugar a la apertura de una tutela de conformidad con el artículo 390 de este Código*”.

citado código o, que en defecto de las alternativas antes mencionadas, el Consejo de Familia provea el nombramiento del denominado “tutor dativo”, en aplicación del artículo 405 de dicho texto legal.

El padre o la madre superviviente, en su condición de progenitor y administrador legal de la persona menor de edad, representará por sí mismo a sus hijos en la gestión de sus derechos, a excepción de las operaciones inmobiliarias, que requieren de la autorización del consejo de familia conforme las previsiones del Código Civil y artículo 199, párrafo de la Ley núm. 136-03.

Por otra parte, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, por sentencia núm. 22, de fecha 28 de mayo del 2014, diferencia el menor de edad huérfano que carece de un tutor, de aquel que tiene un tutor legal con la administración y representación, a los cuales el legislador le permite realizar gestiones de sus derechos, al decidir que:

[...] Considerando, que la parte hoy recurrente interpone dos medios, uno por falta de calidad y otro por falta de capacidad o poder; que la falta de calidad para actuar en justicia fue ampliamente contestada por los jueces de fondo, fundamentada en la facultad que tienen en el presente caso las madres de los menores en ejercer su autoridad para representar a éstos ante la justicia, sin necesidad de ser autorizados por un consejo de familia; que si bien la parte recurrente ataca dicha decisión en virtud de lo que establecen los artículos 405 y 464 del Código Civil, la primera hace referencia de que cuando el menor queda huérfano y carezca de tutor designado y no hace referencia de que cuando el menor queda huérfano y carezca de tutor designado y no tenga ascendientes varones, se proveerá mediante un consejo de familia el nombramiento de un tutor, que no es el caso de que se trata, ya que en la especie a los menores les sobreviven sus respectivas madres, quienes tienen en relación a ellos la

administración legal o autoridad parental; que, a continuación a los alegatos la parte recurrente expone que conforme el artículo 464 del Código Civil y conforme al artículo 199 de la Ley 136-03, que crea el Código para la Protección de los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, las madres de los menores en el presente caso, no podían demandar en justicia a favor de éstos sin previa autorización del consejo de familia, sin embargo, y como bien expone la Corte a-qua dentro de los motivos que justifican su sentencia, tanto el artículo 5 de la Ley 855 del 1978 que modifica el Código Civil respecto a la autoridad parental del padre y de la madre del menor, como el artículo 67, del Código para la Protección de los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, así como también el principio V del indicada Código, que establece el interés superior del niño, al momento de interpretar y aplicar la ley, como al momento de tomar cualquier decisión que les concierna a éstos en lo relativo al goce pleno y efectivo de sus derechos fundamentales; Considerando, que si bien el artículo 199 del citado Código establece que el padre y la madre pueden en virtud de su condición de administradores legales ejercer la representación de los hijos menores edad, realizar todas las gestiones de sus derechos, a excepción de las operaciones inmobiliarias en las cuales se requiere autorización del consejo de familia, el verdadero espíritu o finalidad, tanto del artículo precedentemente indicado como del artículo 464, es de no permitir que los padres, tutores o representantes legales puedan de manera unilateral disponer libremente de los derechos inmobiliarios que correspondan o pudieran corresponder al menor de edad, en menoscabo de sus derechos, sin previamente existir una autorización de un consejo de familia que los proteja; que no es el caso de que se trata en la especie ya que como bien hicieran constar los jueces del fondo, la naturaleza de la

demanda lo que busca es conservar los derechos que le puedan corresponder a los menores dentro de la sucesión de su padre, y por tanto esta acción no pretende disponer o enajenar los inmuebles de los referidos menores; por consiguiente, los jueces de fondo realizaron una correcta interpretación de la ley, no únicamente de los artículos arriba indicados, sino también en la aplicación del artículo 389 del Código Civil, que establece la autoridad de los padres como administradores de los bienes de sus hijos⁵⁴⁶.

Criterio reiterado por la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia, al decidir:

Considerando, que tal y como puede comprobarse de la motivación precedentemente indicada, la corte a qua sustentó su decisión en la disposición del artículo 199 de la Ley núm. 136-03, que instituye el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, cuya vigencia es más reciente que aquellas del Código Civil, el cual otorga al progenitor superviviente la representación de los hijos menores de edad en la gestión de sus derechos, de cuya lectura se extrae, que contrario a lo alegado por los recurrentes el requerimiento de autorización por el Consejo de Familia al que hace mención dicho texto legal, es únicamente cuando se trate de gestiones o trámites que involucren la propiedad inmobiliaria, en la que figure envuelto un menor de edad, esto a fin de evitar que su patrimonio pueda resultar afectado o disminuido, lo cual como correctamente reflexionó dicha alzada,

⁵⁴⁶ Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (28 de mayo de 2014). Sentencia núm. 22. [Consulta 2 de abril de 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-22-tercera-644889289>.

Criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la Sentencias núms. 21, de fecha 21 de abril de 2004, B. J. 1121 y 1365 de fecha 28 de junio de 2017.

*no ocurre en el presente caso, en razón de que lo perseguido por la demandante original ahora recurrida, quien actúa en representación de su hijo menor A.D.H., es la designación de un administrador judicial hasta tanto se reconozcan los derechos sucesorales que le corresponden como consecuencia del fallecimiento de su padre A.E.D.D. en la demanda en partición, acción judicial para la cual dicha recurrida en su calidad de madre y tutora legal tiene plena calidad para actuar en representación de su hijo, sin que sea necesario la conformación del Consejo de Familia, como ha sido expresado; que atención a los motivos indicados, el medio examinado resulta infundado, razón por la cual se desestima*⁵⁴⁷.

Cabe destacar que, el padre o la madre superviviente pueden sustraerse del ejercicio de la tutela en los casos siguientes: i) Cuando exista una causa legítima de excusa; ii) En caso de que la madre se rehusé, al tenor de lo dispuesto en el artículo 394 del Código Civil, cito: *“no está obligada a aceptar la tutela; sin embargo, en caso que la rehúse, deberá cumplir los deberes inherentes al cargo, hasta que se nombre nuevo tutor”*.

Sobre esta excusa legal, Planiol y Ripert⁵⁴⁸, señalan que esta disposición le reserva a la madre la posibilidad de renunciar a la tutela legal de su hijo; sin embargo, conserva su autoridad parental, solo delega la facultad de administrar los bienes al nuevo tutor.

Ahora bien, dentro de las previsiones del Código Civil se establece que el padre antes de morir puede nombrar un asesor que

⁵⁴⁷ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia de fecha 31 de julio de 2019. [Consulta 5 de abril de 2020]. Disponible: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/812896045>

⁵⁴⁸ Planiol Y Ripert. Ob. Cit., p. 285.

acompañe a la mujer que ejercerá las funciones como tutora legal⁵⁴⁹, cuya reglamentación para su nombramiento se encuentra establecida en el artículo 392 del Código Civil.

Sin embargo, a nuestro criterio esta disposición se encuentra en desuso; además de ser evidentemente violatoria del principio de igualdad reconocido en la Constitución; pues, se debe recordar que el Código Civil es de 1804, época en la que se concebía a la mujer como un ser débil, carente de conocimiento para el manejo de los negocios que necesitaba de protección.

Hay que destacar, además, lo dispuesto en el artículo 395 del referido código, que somete a la mujer supérstite que contrae un segundo matrimonio a la reelección como tutora legal ante el consejo de familia, fundamentado en que el segundo marido tiene la administración de los bienes, y que el mismo no le ofrece a la persona menor de edad las garantías y responsabilidades propias de la tutela, al disponer lo siguiente:

Artículo 395: Si la madre tutora desea contraer segundas nupcias deberá, antes de su nuevo enlace, convocar el consejo de familia, que decidirá si debe o no continuar en la tutela. Si omitiere esta formalidad, perderá de pleno derecho aquel cargo, y su nuevo marido será solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela conservada indebidamente por su esposa.

Por otra parte, el Código Civil en su artículo 396 prevé que en caso de que el consejo de familia convocado en la forma requerida por

⁵⁴⁹ República Dominicana. Código Civil. Ob. Cit., artículo 391 Código civil: “Podrá, sin embargo, el padre, nombrar a la madre que haya de ser tutora, un consultor especial, sin cuyo dictamen no pueda realizar ningún acto relativo a la tutela. Si el padre especificare los actos para los cuales considerare necesario el dictamen del consultor, la tutora podrá ejecutar cualquier otro sin necesidad de oír a este.

la ley no despoje de la tutela a la madre del menor de edad, la pareja pasa a ocupar el lugar de cotutor y, por tanto, será solidariamente responsable con su pareja de la gestión de la tutela⁵⁵⁰. Obsérvese que, en caso contrario, en que el tutor sea el padre, no existe una disposición semejante, por consiguiente, similar a los textos anteriores, el contenido de este artículo vulnera el derecho a la igualdad.

Como bien han señalado Planiol y Ripert⁵⁵¹ la madre puede designar como tutor testamentario a su nueva pareja, antes de morir, y en este caso puede conservar la tutela por su nombramiento.

B. Tutela Legal de los Ascendientes

En los casos en que el cónyuge supérstite no hubiere nombrado un tutor testamentario a la persona menor de edad, la tutela pertenece de pleno derecho al abuelo paterno, a falta de este el abuelo materno, subiendo en línea directa⁵⁵².

En aquellos casos en que la persona menor de edad huérfano no tenga ascendientes varones, o que haya sido excluido o tenga una excusa legal, se procederá a nombrar un tutor de una de las líneas, a solicitud, sea a requerimiento y diligencia de los parientes del menor,

⁵⁵⁰ Código Civil. Artículo 396: “*Cuando el consejo de familia, convocado en forma, no prive a la madre de la tutela, le dará necesariamente por cotutor a su nuevo marido, quien, en virtud de este hecho, será solidariamente responsable con su mujer de la gestión posterior al matrimonio*”.

⁵⁵¹ Planiol y Ripert. Op. Cit. p. 289.

⁵⁵² El Código Civil. Artículo 402 dispone que: *Cuando el cónyuge superviviente no hubiere nombrado tutor al menor, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno; a falta de éste al materno, y así subiendo en las líneas directas, de modo que siempre sea preferido el ascendiente paterno al materno del mismo grado.*

de sus acreedores y partes interesadas, sea de oficio y por disposición del Juez de Niños, Niñas y Adolescentes⁵⁵³.

Obsérvese que estas disposiciones que dan preferencia al sexo masculino están permeadas de una cultura androcéntrica propias del sistema patriarcal que concede al hombre privilegios frente a la mujer, quebrantando el derecho de igualdad.

1.2.3. Tutela Testamentaria

Los progenitores pueden en el ejercicio de su autoridad parental nombrar mediante testamento la persona que puede fungir como tutor en caso de que haya fallecido, tal como lo prevé el artículo 397 del Código Civil “*el derecho individual de nombrar un tutor, pariente o extraño, únicamente pertenece al cónyuge superviviente*”.

El contenido de esta disposición sujeta la designación del tutor testamentario, al hecho de que sea el progenitor superviviente que delegue la tutela, excluyendo con ello la tutela de los ascendientes, así como la tutela dativa.

Ahora bien, no significa con ello que la persona quien ha sido designada por testamento tenga la obligación de aceptarlo⁵⁵⁴. Y de aceptar la función de tutor testamentario, este derecho se ejercerá

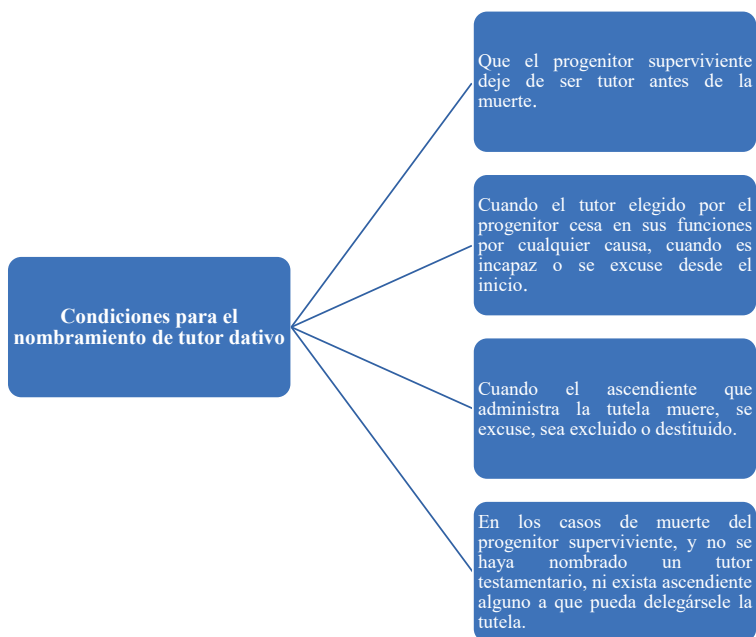
⁵⁵³ La Ley núm. 136-03. Artículo 200, dispone que: “*El Tribunal de NNA tiene competencia exclusiva para celebrar Consejo de Familia en todos los casos en que fuere necesario el cumplimiento de esta formalidad, debiendo observar para tales fines las formalidades previstas en el Código Civil y sus reglamentaciones*”.

⁵⁵⁴ Artículo 401 Código Civil, expresa: “*El tutor nombrado por el padre o la madre, no está obligado a aceptar la tutela, si no es además de esto de aquellas personas que a falta de esta elección especial, hubieran podido ser encargadas de aquellas por el consejo de familia*”.

en las mismas condiciones establecidas en el artículo 392, con las excepciones y regulaciones establecidas en el Código Civil⁵⁵⁵.

1.2.4. Tutela Dativa

El tutor dativo es nombrado por el consejo de familia, en los casos en que en que ambos progenitores hayan fallecido o no sobrevivan los abuelos paternos ni maternos; o que no se haya nombrado un tutor por disposición testamentaria. Su función es velar por la persona menor de edad, ejercer su representación jurídica y administrar sus bienes como buen padre de familia, además de realizar actos de disposición debidamente autorizados por el consejo de familia⁵⁵⁶.



Flujograma 2. Condiciones para el nombramiento del Tutor Dativo

⁵⁵⁵ Art. 398 Código Civil: “Este derecho no puede ejercerse sino en la forma prescrita en el artículo 392, y con las excepciones y modificaciones que a continuación se expresan”.

⁵⁵⁶ Nolasco, Daniel. Ob. Cit. pág. 362.

Planiol y Ripert⁵⁵⁷, señalan como criterios a tomar en consideración para el nombramiento de un tutor dativo, los siguientes supuestos:

- Que el progenitor superviviente deje de ser tutor antes de la muerte, ya que en estos casos la tutela no se transmite a los ascendientes.
- En caso de que el tutor elegido por el progenitor superviviente cese en sus funciones por cualquier causa, o cuando es incapaz o se excuse desde el inicio. El solo hecho de su designación excluye a los ascendientes, pues, el contenido del artículo 402 del Código Civil delega la tutela a los ascendientes cuando los progenitores hayan fallecido y el cónyuge superviviente no hubiere nombrado tutor testamentario.
- Cuando el ascendiente que administra la tutela muere, o cuando se excuse, o sea excluido o destituido.
- En los casos de muerte del progenitor superviviente, y no se haya nombrado un tutor testamentario, ni exista ascendiente alguno a que pueda delegársele la tutela.

Al designar el tutor dativo debe procurarse que reúna las condiciones de familiaridad e idoneidad para el desempeño de sus funciones, por tanto, podría ocupar ese cargo un familiar cercano que tenga el cuidado del menor de edad, siempre tomando en consideración la protección de sus derechos fundamentales⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Planiol y Ripert. Ob. Cit. p. 288.

⁵⁵⁸ Benavides Santos, Diego. *Código de Familia*. (2017). Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación. Edición 5. San José. Costa Rica. Editorial Juri texto. p. 610.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al referirse a la tutela dativa, por sentencia de fecha 31 de marzo de 2004, ha decidido:

*El Consejo de Familia no puede designar tutor mientras subsista la autoridad perteneciente a los padres. Considerando, [...] que, el artículo 373-4 del Código Civil establece que sólo en el caso de que ni el padre ni la madre puedan ejercer su autoridad sobre el o los hijos menores, “habrá lugar a la apertura de una tutela de conformidad con el artículo 390 de este Código”, por lo que únicamente en ocasión de que el menor quede huérfano o de que opere la privación por causas graves de la autoridad que sobre el menor ejerce el cónyuge superviviente, procedería entonces, salvo la tutela de los ascendientes prevista en los artículos 402 y siguientes del Código Civil, que el Consejo de Familia se aboque a proveer el nombramiento de un tutor que se denomina, en esos eventos, “tutor dativo”; que, en consecuencia, el Consejo de Familia no puede designar tutor alguno, mientras subsista la autoridad perteneciente a los padres o a uno cualquiera de ellos a los fines de “proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad”, al tenor del artículo 371-2 del indicado Código*⁵⁵⁹.

De igual modo, da lugar a la apertura de la tutela dativa, en los casos de suspensión y terminación judicial de la autoridad parental conforme disponen los artículos 373 del Código Civil ⁵⁶⁰y 74 al 76 de

⁵⁵⁹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, por sentencia de fecha 31 de marzo del 2004. B.J. 1120, págs. 201-207 Rec. Ing. Felipe Tavarez Castillo) [en línea]. [Consulta: 14 de marzo 2020]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/publicaciones/memorias/2004/Capitulo%20VI.PDF>

⁵⁶⁰ Código Civil. artículo 373 (modificado por la Ley núm. 855 de 1978; G.O. 9478). “Pierde el ejercicio de su autoridad, o se le priva provisionalmente de ella, el padre o la madre que se encuentre en uno de los casos siguientes: 1ro. Si, no está en condiciones de manifestar su voluntad en razón de su incapacidad, ausencia, alejamiento, o cualquier otra causa. 2do. Si ha consentido una

la Ley núm. 136-03⁵⁶¹. Al igual que en los demás casos, el consejo de familia se convocará a requerimiento de parte interesada, parientes del menor de edad, de sus acreedores, sea de oficio o a solicitud del Juez de Niños, Niñas y Adolescentes del domicilio del menor de edad⁵⁶².

Asimismo, puede dar origen a la apertura de la tutela dativa, en el caso establecido en el artículo 373-2 del Código Civil, en su parte in-fine, al prever que: "...cuando la guarda ha sido confiada a un tercero, los otros atributos de la autoridad continuarán siendo ejercidos por el padre y por la madre; sin embargo, el tribunal designará

delegación de sus derechos según las reglas del presente Capítulo. 3ro Si ha sido privado de esos derechos por sentencia que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada".

⁵⁶¹ Ley núm. 136-03. Artículo 74 dispone que: "*La autoridad del padre o de la madre puede ser objeto de suspensión temporal por: a) Falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus deberes, cuando tengan los medios para cumplirlos; b) Cuando el padre y/o la madre por acción u omisión, comprobadas por el juez competente, amenacen o vulneren los derechos del niño, niña y adolescente y pongan en riesgo su seguridad y bienestar integral aun como resultado de una medida disciplinaria; c) Declaración de ausencia; d) Ser puesto bajo el régimen de tutela de mayor de edad; e) Interdicción civil o judicial".*

Y en el artículo 76, se prevé: "*Las causas de terminación de la autoridad del padre y/o de la madre son: a) Cuando el padre o la madre y/o personas responsables, de hecho o de derecho, sean declarados mediante sentencia judicial como autor material o autor intelectual o cómplice de crímenes o delitos en contra de la persona del hijo o hija o en contra del otro cónyuge o conviviente; b) Cuando el padre, la madre y/o persona responsable incumpla las obligaciones establecidas por el o la juez competente, en el proceso de suspensión temporal de la autoridad; c) Autor material o intelectual o cómplice de delitos o crímenes cometidos, conjuntamente, con niños, niñas o adolescentes; d) Por la comisión de las infracciones contenidas en la ley 24-97, sobre violencia intrafamiliar. Párrafo.- En todas estas infracciones, y tratándose de delitos, el juez valorará el daño producido al niño, niña o adolescente, para determinar si se aplica la suspensión temporal o se dispone la terminación de la autoridad parental".*

⁵⁶² Ver Flujograma procedimiento.

a un tercero como guardián provisional, puede decidir que él deberá requerir que se abra la tutela”.

Cabe destacar, que la aceptación de la tutela dativa es una potestad, por tanto, podría rechazar la designación sin necesidad de invocar ninguna causal.

1.2.5. Protutor

La figura del protutor constituye a criterio de Diez-Picazo⁵⁶³ un órgano de carácter unipersonal, encargado de velar por los intereses de la persona menor de edad, y elegido en la línea que no pertenezca al tutor, a menos que, el protutor propuesto sea hermano carnal de la persona menor de edad⁵⁶⁴.

El artículo 420 del Código Civil (modificado por la Ley núm. 390-40 del 18 de diciembre de 1940) estipula que: *“en toda tutela habrá un protutor o protutora, nombrado por el consejo de familia. Sus funciones se reducirán a obrar en favor de los intereses del menor, siempre que estén en oposición con los del tutor”*.

El nombramiento del protutor o protutora será al mismo tiempo que el tutor, pero este último no puede votar al momento de la designación del protutor. Sus funciones finalizan cuando termina la tutela⁵⁶⁵, además,

⁵⁶³ Diez-Picazo, Luís. Ob. Cit. p. 223.

⁵⁶⁴ El Código Civil. Artículo 422, dispone que: *“En las demás tutelas, el nombramiento de protutor seguirá inmediatamente al de tutor”*.

Por su parte, el artículo 423 del referido código, expresa que: *“En ningún caso el tutor tomará parte en la votación en que se nombre el protutor. Este se designará, excepto en el caso de hermanos carnales, en la línea a que no pertenezca el tutor”*.

⁵⁶⁵ Ibídem, artículo 426 prevé que: *“Las disposiciones contenidas en las secciones 6a. y 7a. del presente capítulo, serán aplicables a los pro-tutores. Sin embargo, no podrá el tutor provocar la destitución del protutor ni votar en los consejos de familia convocados para este objeto.*

son aplicables las causas de inhibición, incapacidad, exclusión y destitución de los tutores.

Por otra parte, la protutela puede ser conferida por el cónyuge superviviente por testamento, al mismo tiempo que designa el tutor. En caso de conflicto de intereses el protutor no sustituye de pleno derecho al tutor, más bien, deberá de convocar los miembros del consejo de familia para el nombramiento de un nuevo tutor⁵⁶⁶.

El protutor podrá apoderar el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley núm. 136-03, en caso en que el patrimonio de la persona menor de edad se encuentre amenazado por el tutor, a los fines de que sea designado un nuevo tutor.

En síntesis, el protutor no reemplazará de pleno derecho al tutor, cuando cese la tutela o resulte abandonada por ausencia; pero en los casos en que se presenten algunas de las causales de exclusión, bajo pena de daños y perjuicios, deberá convocar el consejo de familia para el nombramiento de un nuevo tutor. De igual forma deberá el protutor provocar el nombramiento de un tutor, en el caso previsto por el párrafo final del artículo 390.

1.3 Consejo de Familia

El Consejo de Familia es un órgano pluripersonal o colegiado encargado del funcionamiento del organismo tutelar⁵⁶⁷. En este tenor, Ripert y Planiol, expresan que: “*el consejo de familia constituye una*

⁵⁶⁶ Ibídem, artículo 424 (Modificado por la Ley 452 del 1ro. de mayo de 1941, G. O. 5587), expresa que: “*El protutor no reemplazará de pleno derecho al tutor, cuando vaque la tutela o resulte abandonada por ausencia; pero en este caso, bajo pena de daños y perjuicios, debe provocar el nombramiento de un nuevo tutor. También deberá el protutor provocar el nombramiento de un tutor; en el caso del párrafo final del artículo 390*”.

⁵⁶⁷ Díez-Picazo, Luís. Familia y Derecho. Ob. Cit. p. 223.

*asamblea compuesta por parientes, hasta donde es posible, por consanguinidad o afinidad del menor*⁵⁶⁸”.

Por su parte, el vocabulario Jurídico Capitant conceptualiza el consejo de familia como una: *“Asamblea compuesta por el juez de paz (presidente) y seis miembros (parientes o afines del incapaz, y a falta de éstos, amigos), que constituye uno de los órganos de la tutela de los menores (...). Esta asamblea, que no es permanente, se reúne para nombrar al tutor y al protutor, controlar la gestión del primero y autorizar determinados actos concernientes a la persona o bienes del incapaz*”⁵⁶⁹.

Cabe destacar, que aun cuando en la sección IV del Código Civil, en sus artículos 405 al 419, se establece que el consejo de familia debía ser presidido por el juez de paz; con la entrada en vigencia de la Ley núm.14-94, y su posterior derogación por la Ley núm.136-03, se atribuye competencia a los jueces especializados de niños, niñas y adolescentes, y en aquellos lugares donde no se encuentren en funcionamiento será competencia de la sala civil del tribunal de primera instancia de derecho común, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes⁵⁷⁰.

De manera que, el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes como preside el consejo de familia tiene voz deliberativa y preponderante en caso de empate, y podrá deliberar con la presencia de las tres cuartas partes de sus miembros convocados⁵⁷¹. Por lo que, este órgano deliberativo desempeña un papel decisivo en la formación del organismo tutelar, tiene la misión de nombrar el tutor y protutor, resolver sobre las causas de incapacidades, exclusión y remoción de los integrantes, además de conocer sobre los actos de administración y disposición

⁵⁶⁸ Ripert y Planiol. Ob. Cit. p. 279.

⁵⁶⁹ Capitant, H. Vocabulario Jurídico. (1979). Editoria I:Ediciones Depalma.

⁵⁷⁰ Ley núm. 136-03. Artículo 209.

⁵⁷¹ Código Civil. Artículo 415.

del tutor, interviniendo de manera decisiva en el funcionamiento de la tutela⁵⁷².

Esta asamblea deliberativa no constituye un cuerpo permanente, en sus deliberaciones los miembros pueden ser sustituidos, por efecto del desplazamiento y las actividades propias de cada uno de los integrantes, sin embargo, el tutor y protutor no pueden ser sustituidos en las deliberaciones a menos que se presenten algunas de las causales expresamente establecidas en la norma.

Por consiguiente, el consejo de familia es convocado a requerimiento y diligencia de los parientes de la persona menor de edad, de sus acreedores y las partes interesadas, de oficio cuando lo juzgue pertinente ante el tribunal de niños, niñas y adolescentes del domicilio de la persona del menor de edad⁵⁷³.

Para la conformación del consejo de familia es requerida la convocatoria como mínimo de seis parientes o afines vecinos de la común donde haya de nombrarse el tutor o que residan a dos leguas, tres de la línea paterna y tres de la línea materna, siguiendo el orden de proximidad en cada línea. Será preferido el pariente al afín del mismo grado, y entre los parientes del mismo grado, el de mayor edad⁵⁷⁴.

Ahora bien, el artículo 408 del Código Civil hace una excepción a las previsiones del artículo 407 al permitir que los hermanos del menor de edad y sus parejas puedan formar parte del consejo de familia,

⁵⁷² Diez-Picazo, Luís. *Derecho y Familia*. Ob. Cit. p. 237.

⁵⁷³ El Código Civil. Artículo 406 dispone que: “*Este consejo se convocará, sea a requerimiento y diligencia de los parientes del menor, de sus acreedores y sus partes interesadas, sea de oficio y por disposición del Juez de Paz del domicilio del menor. Cualquiera persona está autorizada para denunciar al Juez de Paz el hecho que dé motivo al nombramiento de un tutor*”.

⁵⁷⁴ Código Civil. Artículo 407.

y en caso de que el número sea menor al establecido por la norma se convocaran a los demás parientes para completar el consejo⁵⁷⁵.

Y en aquellos casos en que no se encuentre la cantidad suficiente en una o ambas líneas, paterna y materna, dentro de la común en la que pertenezca el tutor o que residan a más de dos leguas⁵⁷⁶, el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes autoriza a convocar a los parientes o a fines domiciliados a mayores distancias, o, aquellas personas de la misma comunidad que tengan una relación de amistad conocida con los progenitores del menor de edad⁵⁷⁷.

Recibida la instancia en solicitud de conformación del consejo de familia, el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes deberá dentro del plazo de 48 horas, emitir la ordenanza autorizando a la parte interesada a citar a las personas que van a formar parte del consejo de familia⁵⁷⁸. Entre la citación notificada y el día fijado para la convocatoria del consejo de familia mediará como mínimo tres días, en los casos en que todos residan en la misma comunidad o a distancia de dos leguas, cuyo plazo podrá aumentarse en razón a la distancia, un día por cada tres leguas.

El día fijado para la conformación del consejo de familia, los parientes, afines o amigos convocados, deberán presentarse personalmente o por medio de apoderados especiales, importante observar que

⁵⁷⁵ Código Civil. artículo 408.

⁵⁷⁶ Leguas(proveniente del latín *leuca*) es una antiguan unidad de longitud que expresa la distancia que una persona, a pie, o en cabalgadura, puede andar durante una hora; es decir, es una medida itineraria (del latín, *iter*: camino, período de marcha). Dado que una persona recorre normalmente a pie una gama de distancias, la legua se mantiene en esa gama, pero según el tipo de terreno predominante en cada región o según la conveniencia estatal, la palabra legua abarca normalmente distancias que van de los 4 a los 7 km.[en línea] [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en:<https://es.wikipedia.org/wiki/Legua>

⁵⁷⁷ Código Civil. Artículos 409 y 410 del Código Civil.

⁵⁷⁸ Ver formulario Auto Convocatoria del Consejo de Familia.

cada apoderado no podrá representar a más de una persona⁵⁷⁹. Por tanto, aquel pariente, afín o amigo que haya sido convocado, y que no comparezca sin motivo o excusa legítima podrá ser multado; si la excusa es admitida procede el reemplazo o fijar para otra fecha la convocatoria del consejo de familia.

La deliberación del consejo de familia es a puerta cerrada y la secretaria no puede expedir copia de las actas a terceras personas. Para la conformación de este, los miembros deberán manifestar su conformidad en pertenecer al mismo y verificarse las causas que pueden dar lugar a la exclusión del consejo de familia.

En la deliberación la persona menor de edad puede ser oída conforme su edad y madurez, pues, en todo proceso administrativo o judicial en el que se encuentre involucrado y cuya decisión pueda afectarle, debe de tomarse en consideración su opinión⁵⁸⁰. Y aun cuando la persona menor de edad no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de ser un sujeto de derechos⁵⁸¹.

En el desarrollo de la deliberación es usual que los miembros del consejo ratifiquen el/la tutor/a legal, en el caso de que exista padre o madre superviviente o en su defecto ascendiente, o la aceptación del tutor testamentario, y en aquellos casos en que no se haya delegado la tutela por testamento se procede a la designación de un tutor dativo.

⁵⁷⁹ Ver formulario conformación del Consejo de Familia.

⁵⁸⁰ Benjamín Aguilar ha señalado: “*que la nueva legislación del niño y adolescencia ha concedido participación activa al adolescente en las reuniones del consejo de familia, habiéndole dado voz y voto, así como ha contemplado la participación igualmente del niño, quien será escuchado con las restricciones propias de su edad*”. Aguilar LLanos, Benjamín. Consejo de Familia. En: *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*. Facultad de Derecho Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Perú [en línea]. [Consulta: 10 de abril de 2020]. Disponible en: <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/416>.

⁵⁸¹ Cabrera Velez, Juan Pablo. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito. Ecuador. Ceballos Editora Jurídica.

Luego deberá ser elegido un protutor, nombrado por el consejo de familia que será la persona que velará por proteger los intereses del menor de edad. Por ello, inmediatamente sea designado el tutor, el consejo de familia designa el/la protutor/protutora, que será escogido en la línea a la que no pertenezca el tutor, a fin de establecer un equilibrio. Sin embargo, esta regla tiene su excepción, en los casos de los hermanos que pueden ser elegidos en la misma línea a la que pertenezca el tutor.

El consejo de familia, con relación a sus decisiones no constituye un grado de jurisdicción, por consiguiente, sus decisiones son homologadas por la corte de niños, niñas y adolescentes correspondiente. Además, por aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 887 del Código de Procedimiento Civil, si la persona encargada de solicitar la homologación, no lo efectuare en el término fijado por la deliberación, o dentro de quince días, en caso en que no se hubiese fijado, cualquiera de los miembros del consejo podrá solicitar su homologación, quedando a cargo del tutor las costas que se ocasionaren, sin que pueda haber lugar a repetición.

En el supuesto de que los miembros del consejo de familia se opongan a la homologación, lo harán constar por acto extrajudicial a aquel que estuviere encargado de hacer la solicitud, o podrán hacer oposición a la sentencia⁵⁸².

Al homologar las deliberaciones del consejo de familia la corte de apelación de niños, niñas y adolescentes se limitará a homologar o negar la aprobación de forma total o parcial, pues no puede modificar lo que ha sido deliberado, ya que se estaría sustituyendo el Consejo de familia en la gestión de la tutela. En este sentido, se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al decidir:

⁵⁸² Código de Procedimiento Civil dominicano. Artículo 888.

*[...] tal y como lo denuncia la recurrente que la corte de alzada al decidir como lo hizo en sus ordinales segundo, tercero y cuarto extralimitó los límites de su apoderamiento, al haber fallado sobre aspectos que son puramente de fondo y que serán competencia del juez que resulte apoderado de la partición, cuestiones que no le fueron requeridas en la solicitud de homologación, situación que comprueba que dicha alzada incurrió en un exceso de poder, motivos por los cuales, procede acoger el presente recurso de casación y casar por vía de supresión y sin envío la sentencia impugnada, y por vía de consecuencia suprimirlos ordinales segundo, tercero y cuarto del fallo atacado*⁵⁸³.

Un aspecto por destacar es que las decisiones dadas sobre las deliberaciones de un consejo de familia pueden ser recurridas en apelación por disposición expresa del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil. Respecto a esta cuestión se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en la decisión núm. 259 de fecha 28 de febrero de 2017, al fallar:

Considerando, que el rasgo distintivo de las decisiones dictadas en jurisdicción graciosa, es que el apoderamiento del tribunal y la decisión dictada se produce a pedimento o instancia de una parte, sea por la naturaleza del asunto o porque la ley prevé que sea sometido a su control, sin la citación previa de la contraparte para estatuir en ausencia de litigio, caso en el cual la doctrina jurisprudencial constante sostiene que no adquiere la naturaleza de una sentencia en el sentido estricto del término pues, el elemento de la contradictoriedad o contestación sobre

⁵⁸³ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (4 de noviembre de 2015). Sentencia núm. 1054. [Consulta: 4 de abril de 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p2/WW/vid/668954057>.

un punto litigioso es que otorga a la decisión que se emita el carácter de un verdadero acto jurisdiccional y por vía de consecuencia apertura las vías de recursos; que el razonamiento que sustenta la tesis jurisprudencial sobre la supresión de las vías de recursos se apoya principalmente en la naturaleza graciosa de la decisión, esto es, que sea dictado en ausencia de contestación, de lo que resulta, y así ha juzgado esta Corte de Casación, que la eventualidad de una contestación litigiosa en un procedimiento que la ley prevé sea instruido en jurisdicción graciosa hacen admisibles las vías de recursos previstas por la ley; Considerando, que en el caso examinado el apoderamiento y la decisión de la corte se produjo mediante instancia de una parte en ocasión del procedimiento de homologación de las deliberaciones del consejo de familia sin la citación previa de la contraparte para estatuir en jurisdicción graciosa dictando la corte su resolución sin existir ni dirimir ningún aspecto contencioso de carácter litigioso, limitando su decisión a rechazar la instancia de homologación sustentado en la forma y el procedimiento utilizado para la conformación de los miembros del consejo de familia cuya homologación se pretendía, razones por las cuales al ser dictada la resolución impugnada en jurisdicción graciosa y, como ya se dijo, en ausencia de todo litigio, esta vía de recurso le está vedada, por estar reservada, salvo disposición expresa de ley, a los fallos dictados en última o en única instancia pronunciados por los tribunales del orden judicial que constituyan actos jurisdiccionales resultantes de un proceso contencioso que implique citación de partes y defensa, cuestión esta que no ocurre en la decisión examinada; importando señalar que, en este caso, no se cierra la posibilidad al interesado de hacer valer su pretensión al disponer la corte, de forma expresa, la posibilidad de que las partes acudan ante el tribunal que fue apoderado del proceso de conformación y

*reunión del consejo de familia, ante el cual pueden formular su posición en torno a su conformación y ejercer sobre la decisión adoptada, si es su interés, el recurso de apelación, conforme lo señala el Art. 889 del Código de Procedimiento Civil, que la sentencia dictada sobre las deliberaciones del Consejo de Familia son susceptibles de recurso de apelación, vía de recurso que garantiza el examen integral de la decisión impugnada al permitir una revisión tanto fáctica como normativa del caso*⁵⁸⁴.

Por tanto, la resolución que constituya el resultado de una instancia en solicitud de homologación de un consejo de familia, por la naturaleza graciosa de la decisión, emitida en ausencia de todo litigio, no procede el recurso de casación como vía recursiva.

1.4. Incapacidad y Excusa

El cargo del tutor es obligatorio, y quien es llamado a formar parte de un consejo de familia no puede evadir esa obligación, ahora bien, existen casos en los que, existe una excusa, incapacidad o destitución de la tutela⁵⁸⁵.

Por tanto, no pueden ser tutores ni miembros del consejo de familia:

- Los menores de edad, a no ser que se trate de sus hijos;
- Los que estén sujetos a interdicción;

⁵⁸⁴ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (28 de febrero de 2017). Sentencia 259. [Consulta: 3 de abril 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/Consejo+de+familia/p2/WW/vid/733757781>.

⁵⁸⁵ Código Civil. Artículos 429, 430, 432, 434.

- Todos los que tengan o cuyos padres tuviesen un pleito contra el menor, al cual estén ligados el estado, el capital o una parte considerable de los bienes de este menor;
- Las personas que hayan sido excluidas o destituidas de otros consejos de familia.

De igual modo, quedan excluidas de pleno derecho de la tutela las personas que han sido condenadas a una pena de reclusión mayor⁵⁸⁶. Además, cuando se trate de una tutela precedentemente otorgada y sean condenados⁵⁸⁷ También se encuentran excluidos de la tutela y sujetos a remoción si estuvieren en ejercicio, las personas cuya mala conducta fuere notoria; y en caso en que se compruebe la mala gestión, la incapacidad o su infidelidad.

En los casos en que se proceda a la destitución del tutor, el consejo de familia deberá ser convocado, por el protutor o de oficio por el juez de niños, niñas y adolescentes. Y conforme dispone el artículo 446 del Código Civil, el tutor no podrá rehusarse a la convocatoria, cuando se solicite por uno o varios parientes o afines, primos hermanos o de grados más próximos del menor de edad.

Es necesario indicar que, la decisión que ordene la exclusión del tutor deberá ser motivada, y no podrá ser emitida sin previamente ser citado o escuchado. En el supuesto de que el tutor se encuentre conforme, se hará constar en la decisión, y se designará el nuevo tutor; en el caso contrario, se fijará el conocimiento de una audiencia conforme las previsiones del artículo 201 de la Ley núm. 136-03, que dispone:

Cuando la persona que tenga la administración de los bienes de un niño, niña o adolescente, en su condición de madre, padre, tutor o curador y ponga en peligro los intereses económicos puesto bajo su cuidado, él o la representante del Ministerio

⁵⁸⁶ Crimen.

⁵⁸⁷ Código Civil. Artículos 443 al 449.

Público de Niños, Niñas y Adolescentes o cualquier persona que tenga conocimiento de esta situación, deberá promover, en beneficio del niño, niña o adolescente, el proceso o procesos judicial estendentes a la privación de la administración de los bienes. Párrafo: Si la demanda fuere hecha por las autoridades o personas indicadas contra quienes detentan la autoridad del padre y de la madre, no será necesaria la autorización exigida por el Código Civil en lo que respecta a la administración de los bienes del niño, niña y adolescente.

El referido texto legal modifica lo dispuesto por el artículo 448 del Código Civil, puesto que, permite que en una deliberación del consejo de familia por ante el tribunal de niños, niñas y adolescentes, que tiene una naturaleza graciosa, se convierta en un asunto contencioso. Por tanto, dicha controversia estará sujeta al recurso de apelación ante la corte niños, niñas y adolescentes.

En estos casos, el representante del ministerio público de niños, niñas y adolescentes o parte interesada podrá solicitar al juez de niños, niñas y adolescentes que, mientras dure el proceso, la suspensión de manera provisional de las facultades de disposición y de administración de los bienes de la persona menor de edad⁵⁸⁸.

1.4.1 Dispensa de la Tutela

No obstante, el carácter obligatorio de la tutela el legislador ha previsto algunas causales para la dispensa de esta. En este sentido, están dispensados de la tutela:

- El Presidente de la República;
- Los Ministros de Estado;

⁵⁸⁸ Ver flujograma.

- Los diputados al Congreso;
- Los magistrados y fiscal de la Suprema Corte de Justicia;
- Los Gobernadores de provincias y distritos; y,
- Todo individuo que ejerza cargo público en lugar distinto de aquel donde ha de ejercer el tutor sus funciones.

De igual modo, los militares en servicio activo y las personas que ejerzan fuera del territorio dominicano una misión del gobierno, estarán dispensados de la tutela de un menor de edad.

Ahora bien, el tutor no podrá invocar como causa de exoneración de sus funciones las causales establecidas en el Código Civil, si ha aceptado la tutela con posterioridad al ejercicio de sus funciones (pública, servicios o misiones).

Sin embargo, en los casos en que se le haya delegado una función pública posterior a su designación, podrá en el plazo de un mes, convocar el consejo de familia a los fines de que sea designada otra persona como tutor, cuando no pueda o no desee continuar con el ejercicio de sus funciones. Pero, al cesar en el cargo puede solicitar el retorno al consejo de familia, que deberá ser convocado para su deliberación⁵⁸⁹.

Cabe destacar, que una persona no puede ser obligada a encargarse de una tutela si no es pariente o afín, si en cuatro leguas⁵⁹⁰ se encontraren personas que tuviesen esas relaciones de familiaridad y pudieran encargarse de la misma⁵⁹¹.

Asimismo, el legislador dispensa del ejercicio del cargo de tutor a una persona mayor de sesenta y cinco años, y si hubiere sido

⁵⁸⁹ Código Civil. Artículo 431.

⁵⁹⁰ Alrededor de 19.3 kilómetros.

⁵⁹¹ Código Civil. Artículo 432.

nombrado al cumplir los setenta años podrá solicitar que se le exima del desempeño de esas funciones⁵⁹².

De igual modo, se encuentran dispensados, la persona que padezca de una enfermedad que imposibilite el ejercicio de esta, y en el caso en que sobrevenga la enfermedad luego del nombramiento podrá solicitar al consejo de familia su remoción previa convocatoria.

Un aspecto por destacar es el caso en que una persona se encuentre a cargo de dos tutelas, se le exime de aceptar una tercera. Además, las personas que tengan más de cinco hijos se encuentran dispensados de ejercer la tutela, a menos que no sea de sus descendencias. Sin embargo, si en el ejercicio de la tutela se produce el nacimiento de nuevos hijos no constituye una causa para su renuncia.

Por tanto, en la deliberación deberá hacerse consignar la aceptación o no del tutor al cargo que se le confiere, y en el mismo acto se deberá hacer constar las excusas o causas que podrían dispensarlo de la tutela⁵⁹³.

En caso de que el tutor no asista a la reunión del consejo de familia en que se ha conferido el cargo, podrá solicitar la convocatoria del consejo de familia, a fin de deliberar sobre las excusas que invoque, y por disposición del artículo 439 del Código Civil se otorga un plazo de tres días contados desde la notificación de su nombramiento, ese término se extenderá un día más por cada tres leguas de distancia que haya desde el lugar del domicilio al de aquel en que se haya producido el nombramiento, pasado el plazo no se admitirán peticiones⁵⁹⁴.

Por el contrario, si se desestimen las excusas por parte del consejo de familia la parte interesada deberá apoderar el tribunal de niños,

⁵⁹² Ibidem. Artículo 433.

⁵⁹³ Código Civil. Artículo 438.

⁵⁹⁴ Ver flujograma.

niñas y adolescentes en sus atribuciones civiles para el conocimiento de esta⁵⁹⁵.

1.5. Administración de la Tutela

La tutela como institución del derecho de familia tiene por objeto la representación y la administración de los bienes de la persona menor de edad, a este efecto el tutor velará por la persona del menor de edad, es responsable de la administración de un patrimonio ajeno y actuará como un buen padre de familia conforme las previsiones del artículo 450 del Código Civil. Por tanto, podrá ser demandado en daños y perjuicios en caso en que se compruebe su mala gestión⁵⁹⁶.

En consecuencia, el pupilo debe al tutor obediencia y respeto, ya que este último tiene con relación al menor de edad los derechos y obligaciones de un progenitor, con las restricciones que instituye la

⁵⁹⁵ Código Civil. Artículo 440 dispone: “*Si se desechan las excusas, podrán reclamar su admisión ante los tribunales; pero deberá durante el pleito desempeñar provisionalmente el cargo*”. Y el Artículo 441 dispone: “*Si se le declara exento de la tutela, los que no admitiesen sus excusas podrán ser condenados en costas. Si se confirmare el acuerdo reclamado, deberá pagarlas el tutor*”.

⁵⁹⁶ En este sentido, el artículo 201 de la Ley núm. 136-93, establece que en aquellos casos en que la madre, padre, tutor o curador, pongan en peligro los intereses económicos del menor de edad el representante del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes o cualquier persona podrá promover el proceso tendente a la privación de la administración de los bienes.

María Lacalle Noriega, al referirse a la administración de la tutela ha señalado: “... *que el juez o el ministerio fiscal puede, en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado (aspecto personal) y del estado de la administración (aspecto patrimonial), pudiendo el Juez establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado*”. Lacalle Noriega, María. *La Persona como Sujeto del Derecho*. Manuales Jurídicos Dykinson S. L. Madrid. ISBN:978-84-9031-354-1, p. 253

ley. Pues, como ha señalado Benavides⁵⁹⁷, la tutela se va estructurando en forma semejante a la autoridad parental.

Por tanto, la administración de la tutela se fundamenta en derechos-deberes que implica la representación y administración de los bienes de la persona menor de edad⁵⁹⁸, y bajo ese criterio el legislador ha previsto ciertas prohibiciones al tutor durante la gestión, como lo constituye la compra de los bienes del menor, el arrendamiento, a menos que el consejo de familia haya autorizado al protutor a arrendar, de igual modo, está prohibido la aceptación de la cesión de todo derecho o crédito contra su tutelado.

Luego de producirse el nombramiento y aceptación del tutor, dentro de los diez días siguientes podrá solicitar que se levanten los sellos, si se han colocado y proceder en presencia del protutor, al inventario de los bienes de la persona menor de edad. En el caso de que se le debiere algo al tutor, se hará consignar en el inventario.

Al mes siguiente de producirse el inventario, el tutor podrá proceder a la venta de los bienes muebles, en presencia del protutor, en subasta pública previos anuncios y edictos; excepto aquellos muebles que conservare en naturaleza por autorización del consejo de familia.

En la administración de la tutela, a excepción de aquella en que es gestionada por los progenitores, el consejo de familia fijará discrecionalmente los gastos anuales del menor de edad, los de la administración de sus bienes, toda vez que, debe garantizar la alimentación y educación conforme sus posibilidades. De igual modo, la asamblea deliberativa

⁵⁹⁷ Benavides Santos, Diego. *Código de Familia Concordado*. Ob. Cit.

⁵⁹⁸ Ramírez Fuertes, Roberto, ha señalado que: “si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento y, de ser necesario, los de su crianza o educación, podrán sacarse de ellos conservándose íntegros los capitales en cuanto será posible”. Ramírez Fuertes, Roberto. (2005). *Generales de Derecho, Personas y Familia*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis, S. A. p. 139.

hará constar si el tutor está autorizado para auxiliarse de uno o varios administradores asalariados, bajo su responsabilidad.

Ahora bien, en aquellos casos en que el progenitor superviviente sea quien se encuentra a cargo de la tutela, puede realizar actos de administración sin autorización del consejo de familia. Al respecto, se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al decidir:

[...] que, en cuanto al medio de inadmisión planteado en primer grado, el tribunal a-quo confirmó la decisión adoptada por el Juzgado de Paz, expresando, que N.G.R., en su calidad de cónyuge superviviente, tenía la tutela de pleno derecho de sus hijos menores de edad, de conformidad con lo establecido en el artículo 390 del Código Civil; que, dicho tribunal externó además que el padre o la madre superviviente es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores y solo amerita la autorización del Consejo de Familia cuando se trate de realizar actos de disposición de los bienes inmuebles, conforme al artículo 199 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y A.; que la demandante tenía calidad suficiente para representar a sus hijos menores de edad en justicia ya que no se trataba en la especie de un acto de disposición del inmueble objeto del alquiler; que tal como estableció el juez a-quo, conforme al artículo 390 del Código Civil, después de la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados, pertenece de pleno derecho al cónyuge superviviente; que, según el artículo 450 del mismo Código, el tutor es el encargado de velar por la persona del menor y administrar sus bienes, quien lo representará en todos los negocios civiles; que, en ese tenor, el artículo 199 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes prescribe que “El padre o la madre superviviente, en su condición de administrador legal de niños, niñas y

adolescentes, representará por sí mismo a sus hijos; menores de edad en la gestión de sus derechos, a excepción de las operaciones inmobiliarias, para las que necesita la autorización del Consejo de Familia, observando las condiciones previstas en el Código Civil”; que, en los artículos comprendidos entre el 450 y 468 del Código Civil, dichos textos normativos establecen expresamente los casos en que el tutor necesita la autorización del Consejo de Familia para realizar una actuación en nombre del menor bajo tutela, los cuales son, a saber: a) la compra o arrendamiento de los bienes del menor en su propio beneficio (Art. 450); b) la contratación de empréstitos por cuenta del pupilo (Art. 457); c) la enajenación o hipoteca de sus bienes e inmuebles (Art. 457); d) la aceptación o repudio de una herencia perteneciente al menor (Art. 461); e) la aceptación de donaciones hechas al menor (Art.463); f) la interposición de demandas relativas a derechos inmobiliarios del menor o su asentimiento (Art. 464); g) la provocación de una partición (Art. 465) y, h) la celebración de transacciones en nombre del menor (Art. 467); que, como se advierte, la demanda de que se trata no constituye ninguna de las actuaciones enumeradas con anterioridad y para las cuales la ley exige la formalidad de la autorización del Consejo de Familia; que, en efecto, aun cuando dicha demanda esté vinculada con la administración de un inmueble sobre el cual los menores tienen un derecho de propiedad, no se trata de una demanda real inmobiliaria a las que hacen referencia los artículos 464 del Código Civil y 199 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, sino de una demanda de naturaleza personal, por cuanto se fundamenta en la existencia de una obligación contenida en el contrato de alquiler suscrito entre las partes; que, en consecuencia, a juicio de esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia,

*el tribunal a-quo realizó una correcta interpretación y aplicación del derecho al considerar que para la representación de sus hijos menores en dicha demanda, N.G.R., no necesitaba la autorización del referido Consejo, no incurriendo en ninguna de las violaciones denunciadas en el medio que se examina, motivo por el cual procede desestimarlo*⁵⁹⁹.

Por tanto, aun cuando el tutor sea el padre o la madre de la persona menor de edad si bien tiene la posibilidad de administrar los bienes de sus hijos, no puede realizar actos de disposición de bienes inmuebles, es decir, no puede enajenar, hipotecar, contratar en empréstito por cuenta del pupilo, ni firmar transacción, sin que preceda a estos actos una autorización del consejo de familia. Y solo podrá ser ejecutado luego de la homologación por la corte de niños, niñas y adolescentes correspondiente, que decidirá en cámara de consejo y previo dictamen fiscal.

1.5.1. Actos que Requieren Autorización del Consejo de Familia

El tutor es el encargado de velar por la persona del menor de edad, debido a que, tiene la administración de sus bienes y representación en todos los negocios civiles, este derecho posee sus restricciones pues, por disposición de los artículos 450 al 468 del Código Civil, requiere de autorización del consejo de familia para la realización de algunos actos, a saber:

⁵⁹⁹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia de fecha 6 de marzo de 2013, citada por la Sentencia núm. 125 del 25 de septiembre de 2013. [Consulta 2 de abril, 2020]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sentencia-no-125-primera-584488846>.

Criterio reiterado por este organismo judicial en la Sentencia 1365 de fecha 28 de junio del año 2017. [en línea]. [Consulta 2 de abril, 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/733963145>.

- La compra o arrendamiento de los bienes del menor (Art. 450);
- La contratación de empréstitos por cuenta del pupilo (Art. 457);
- La enajenación o hipoteca de sus bienes e inmuebles (Art. 457);
- La aceptación o repudio de una herencia perteneciente al menor de edad (Art. 461);
- La aceptación de donaciones hechas al menor de edad (Art. 463);
- La interposición de demandas relativas a derechos inmobiliarios del menor o su asentimiento (Art. 464);
- La provocación de una partición (Art. 465); y,
- La celebración de transacciones en nombre del menor (Art. 467)⁶⁰⁰.

En cuanto a este último aspecto, se requiere la capacidad para disponer y conforme prevé el artículo 2045 del Código Civil el tutor no puede transigir en nombre de la persona menor de edad, al disponer que:

[...] Para transigir, es preciso tener capacidad de disponer de los objetos que en la transacción se comprendan. El tutor no puede transigir en nombre del menor o del que está sujeto a

⁶⁰⁰ No podrá celebrar transacciones en nombre del menor de edad, sin haber sido autorizado por el consejo de familia, previo dictamen de tres abogados designados por el ministerio público especializado de niños, niñas y adolescentes. La transacción no será válida sino después de haber sido homologado por la corte de niños, niñas y adolescentes, previo dictamen del fiscal (Art. 467 del Código Civil).

Ver flujograma.

interdicción, sino conforme al artículo 467, título de la menor edad, de la tutela y de la emancipación; no pudiendo tampoco transigir con el menor que ha llegado a la mayor edad, en lo relativo a la cuenta de su tutela, sino según el artículo 472 del mismo título. Las municipalidades y establecimientos públicos no pueden transigir sin expresa autorización del Gobierno.

En este orden, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en la sentencia núm. 942 de fecha 26 de abril de 2017, con relación a una demanda en nulidad de un contrato de venta, ha decidido:

Considerando, que, como se advierte, la demanda en nulidad de contrato de compraventa incoada por la señora [...], constituye una de las actuaciones enumeradas con anterioridad y para las cuales la ley exige la formalidad de la autorización del consejo de familia; que, en efecto, dicha demanda se trata de una acción relativa a derechos inmobiliarios de las señaladas por el artículo 464 del Código Civil, por cuanto el objeto del contrato cuya nulidad se pretende incluye los bienes inmuebles de la menor de edad [...]; que, en consecuencia, a juicio de esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, la corte a qua realizó una correcta interpretación y aplicación del derecho al considerar que la señora [...] necesitaba la autorización del consejo de familia para la representación de su hija en justicia, no incurriendo por tanto el tribunal de alzada en ninguna de las violaciones denunciadas en los medios que se examinan, sobre todo, porque fue la propia parte recurrente quien procedió a suscribir el contrato de venta cuya nulidad ahora pretende, alegando que el mismo se llevó a cabo sin la autorización del consejo de familia, pretendiendo así prevalecerse de su propia falta para derivar consecuencias jurídicas en su favor, razón por la

*cual la nulidad pronunciada por la corte a qua era procedente conforme al derecho*⁶⁰¹.

En consecuencia, en aquellos procesos judiciales en el que los bienes de la persona menor de edad se encuentren afectados, ostenta su representación el tutor, previa autorización del consejo de familia, y que llegado a su mayoría de edad no requiere de una renovación de la instancia. Sobre este sentido se ha pronunciado la Tercera Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia, al disponer:

[...] que en lo que respecta al medio de excepción, referente a la necesidad de renovación de instancia por parte de quien adquiriera en el curso del proceso la mayoría de edad, el joven R.X.H., es preciso puntualizar que la renovación de instancia es una figura jurídica que procede cuando existe una interrupción del proceso, y para que exista dicha interrupción debe operarse las situaciones establecidas por el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son: a) fallecimiento de una de las partes; b) el fallecimiento, dimisiones, interdicciones o destituciones de los abogados; que, asimismo, el artículo 345 del referido código, establece que el cambio de estado de las partes no interrumpe la instancia, por tanto, el hecho de que uno de los menores haya adquirido la mayoría de edad durante la instrucción de la demanda, esta situación no impedía que siguiera conociéndose dicho proceso, ni significa que afectara de nulidad el mismo, toda vez que al momento de iniciar la acción R.X.H. era menor de edad, no acarreando su mayoría la interrupción del proceso, tal y como lo consigna el artículo 43 de la Ley 834 del año 1978, que modifica algunos artículos del Código Civil

⁶⁰¹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (26 de abril de 2017). Sentencia núm. 942. [Consulta: 3 de abril de 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/Consejo+de+familia/p2/WW/vid/692231849>.

y que expresa lo siguiente: “En el caso en que es susceptible de ser cubierta, la nulidad no será pronunciada si su causa ha desaparecido en el momento en que el juez estatuye”⁶⁰².

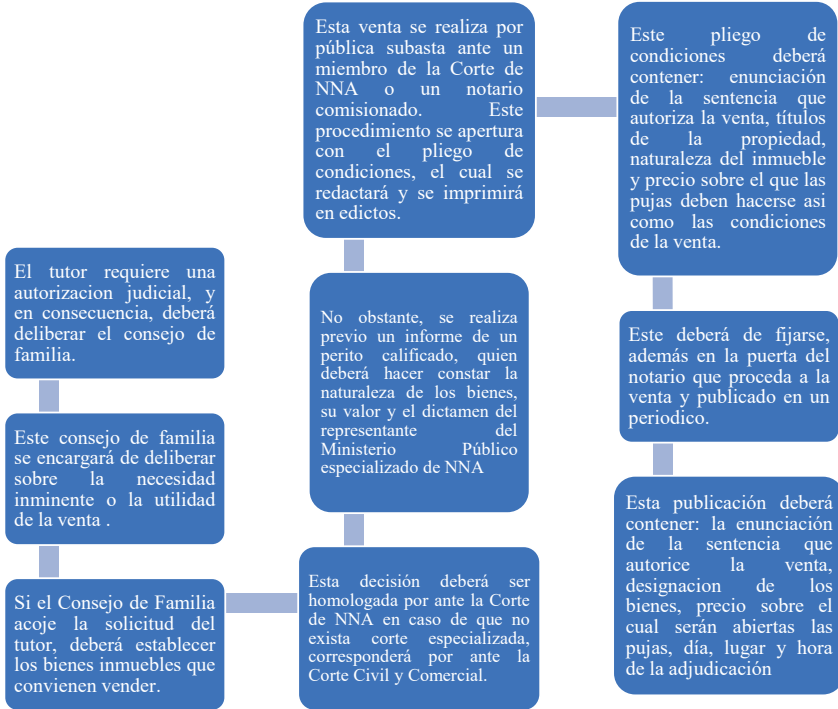
Por otra parte, con relación a la donación entre vivos establecida en el artículo 932 del Código Civil, cuando la misma ha sido en beneficio de una persona menor de edad, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha decidido que:

[...]la primera parte del artículo 932 del Código Civil establece: “la donación entre vivos no obligará al donante, y no producirá efecto alguno sino desde el día en que haya sido aceptada en términos expresos”; que, cuando la donación se ha hecho a favor de un menor de edad el artículo 935 del Código Civil dispone lo siguiente: “La donación hecha a un menor de edad no emancipado, o a una persona en interdicción, deberá aceptarse por su tutor, conforme al art. 463, en el título de la menor de edad, de tutela y de la emancipación”; que en ese sentido el artículo 463 consigna, lo siguiente: “el tutor no podrá aceptar las donaciones hecha al menor, sin estar autorizado por el Consejo de Familia. Producirán respeto del menor; los mismos efectos, que si se hubiesen hecho a una persona mayor de edad”. Considerando, que de la lectura de los referidos textos legales se evidencia, que los efectos del acto de donación se encuentran diferidos hasta tanto se realice la notificación del acta de aceptación que hará el tutor previa autorización por el Consejo de Familia; que, si bien es cierto que se necesita una autorización especial para aceptar la donación, en modo alguno la carencia de dicha aceptación afecta la validez del acto de donación, como erróneamente indicó la alzada⁶⁰³.

⁶⁰² Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (28 de mayo de 2014). Sentencia núm. 22. Citada.

⁶⁰³ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. (28 de septiembre de 2018). Sentencia núm.1635. [Consulta: 5 de abril, 2020]. Disponible

1.5.2 Venta de Bienes Inmuebles correspondiente al Menor de Edad



Flujograma 3. Procedimiento para venta de bienes inmuebles correspondientes al menor

El tutor requiere de la autorizaci3n judicial para la realizaci3n de los actos que conlleven una disposici3n de los bienes inmuebles que correspondan al menor de edad, por tanto, al deliberar el consejo de familia sobre la solicitud, deber3 de comprobarse la necesidad inminente⁶⁰⁴ o la utilidad indiscutible para autorizar la venta de los

en:<https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/752560177>

⁶⁰⁴ Asamblea de la Organizaci3n de las Naciones Unidas. Convenci3n sobre los Derechos del Ni3o, en el art3culo 4 contiene el principio de efectividad de las normas, garant3as, procedimientos y medidas destinadas a la protecci3n de los derechos de la persona menor de edad. Convenci3n sobre los Derechos del

bienes inmuebles perteneciente a una persona menor de edad. Por consiguiente, debe constar que el dinero, muebles y las rentas que generan los bienes de la persona menor de edad no son suficientes para su subsistencia.

Cuando el consejo de familia acoja la solicitud del tutor, establecerá los bienes inmuebles a vender con preferencia a los demás. Estas decisiones tomadas por el consejo de familia deberán de ser homologadas ante la corte de niños, niñas y adolescentes del departamento judicial a que corresponda el lugar de la apertura de la tutela o en su defecto la corte civil y comercial del departamento judicial si no existe en funcionamiento la corte especializada, previo avalúo realizado por perito calificado, en el mismo deberá de enunciarse la naturaleza de los bienes y el valor aproximado y el dictamen del

Niño [en línea]. [Consulta: 10 de abril de 2020]. Disponible en: Disponible: https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf

Debe hacerse una valoración del interés superior del menor de edad. Cillero Bruñol, Miguel. (1999). “*Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”. Buenos Aires: Depalma.

Por otra parte, la Observación General núm. 14, del Comité de los Derechos del Niño, en su párrafo 6, se destaca que el interés superior del niño debe ser tomado en consideración, constituye un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento, y se aplica a los niños como individuos y como grupo. El Comité en el párrafo 39, al establecer que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Y en el párrafo 82, establece que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y el desarrollo holístico de este. Observación General 14 (2013), del Comité de los Derechos del Niño. Interpretación del interés superior del niño [en línea]. [Consulta: 31 de mayo, 2019]. Disponible en internet: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

representante del ministerio público especializado de niños, niñas y adolescentes⁶⁰⁵.

Ahora bien, esta deliberación no será necesaria en el caso en que los bienes pertenezcan al mismo tiempo a mayores de edad que promuevan la venta, en cuyo caso se procederá conforme al título de particiones y licitaciones del Código de Procedimiento Civil dominicano.

De igual modo, el Código Civil en el artículo 459 (modificado por la Ley núm. 3079 del 15 de septiembre de 1951, G. O. 7330), así como el artículo 954 del Código de Procedimiento Civil, prevén

⁶⁰⁵ República Dominicana. Código Civil. Ob. Cit., artículo 457 del Código Civil y 953 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 955 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: *“La sentencia que ordenare la venta determinará el precio estimado de cada uno de los inmuebles que van a venderse, y las condiciones de la venta. El precio estimativo será regulado por la deliberación del consejo de familia, tomando por base los títulos de propiedad o los contratos de arrendamiento, auténticos, o bajo firma privada, que tengan fecha cierta. Sin embargo, el tribunal podrá según las circunstancias, hacer que se proceda a la estimación total o parcial de los inmuebles. Esta estimación tendrá lugar, según la importancia y la naturaleza de los bienes, por uno o tres peritos que el tribunal comisionará al efecto”*.

Artículo 956 del Código Civil, dispone que: *“Si la estimación ha sido ordenada, el o los peritos después de haber prestado juramento, sea ante el presidente del tribunal, sea ante un juez de paz encargado por aquél redactarán su informe, que indicará sumariamente las bases de la estimación, sin entrar en detalles descriptivos de los bienes que se van a vender. La minuta del informe será depositada en la secretaría del tribunal, y no se dará de ella copia alguna”*.

Art. 466 del Código Civil, dispone que: *“Para que la partición produzca respecto del menor todos los efectos que tendría si se refiriese a mayores de edad, deberá practicarse judicialmente y previa tasación hecha por peritos nombrados por el tribunal de primera instancia donde se haya abierto la sucesión. Los peritos, después de prestar ante el presidente del mismo tribunal, u otro juez delegado por éste, el juramento de desempeñar bien y finalmente su encargo, procederán a la formación de lotes, que se sacarán por suerte, a presencia de un miembro del tribunal o un notario designado por éste, y que hará la entrega de los lotes. Cualquiera otra partición se considerará provisional”*.

el procedimiento para la venta de bienes correspondiente a la persona menor de edad, el cual deberá realizarse en pública subasta, presidida por un miembro de la corte de apelación de niños, niñas y adolescentes⁶⁰⁶, o por un notario comisionado al efecto, en presencia del protutor, previo edicto⁶⁰⁷. Si los inmuebles estuvieren situados en diferentes provincias o distritos, la corte podrá comisionar un notario en cada uno de ellos, y también por comisión rogatoria a cada una de las cortes donde se encuentren los bienes.

En consecuencia, el procedimiento para la subasta se apertura mediante pliego de condiciones, que será depositado por el abogado en la secretaria de la corte competente, o elaborado por el notario. El mismo deberá de contener:

- La enunciación de la sentencia que autoriza la venta;
- Los títulos que establecen propiedad;
- Indicación de la naturaleza, así como la situación de los bienes que van a venderse, la indicación de cada heredad, así como sus linderos y confines; y,
- Enunciación del precio sobre el que las pujas han de hacerse; y las condiciones de la venta⁶⁰⁸.

El pliego de condiciones se redactará e imprimirá en varios edictos, que se fijará por ocho días a lo menos y quince a lo más, antes de la adjudicación en los lugares designados para la venta y en la puerta del notario que proceda a la venta y publicado en un periódico. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 958 del referido código, el mismo deberá de contener:

⁶⁰⁶ En caso de no estar en funcionamiento la corte especializada de niños, niñas y adolescentes.

⁶⁰⁷ Código Civil. Ob. Cit. Artículo 459.

⁶⁰⁸ Código de Procedimiento Civil. Artículo 957.

- La enunciación de la sentencia que haya autorizado la venta;
- Los nombres, profesiones y domicilios del menor, de su tutor y del protutor;
- La designación de los bienes, tal cual haya sido inserta en el pliego de condiciones;
- El precio sobre el cual serán abiertas las pujas de cada uno de los bienes que vayan a venderse; y,
- El día, el lugar y la hora de la adjudicación, así como la indicación, sea del notario y de su residencia, sea del tribunal ante el cual la adjudicación tendrá lugar; y en uno u otro caso, del abogado del vendedor⁶⁰⁹.

Además, el protutor deberá ser notificado cinco días antes del día fijado para la venta, con indicación del día, la hora y el lugar, conforme las previsiones del artículo 459 del Código Civil, con la advertencia de que se procederá a la venta aún sin su presencia.

Si el día fijado para la adjudicación, las pujas no se elevaren sobre el precio fijado, el notario comisionado o el juez comisario deberá ordenar, mediante instancia y en cámara de consejo que los bienes serán adjudicados por un precio menor del establecido en la tasación, y la adjudicación será realizará en una fecha que se indicará en la sentencia, y que no podrá ser menos de ocho días. Esta adjudicación se volverá a comunicar por edictos e inserciones de ellos en los periódicos, cinco días por lo menos antes de la adjudicación⁶¹⁰.

Cualquier persona dentro de los ochos días posterior a la adjudicación podrá presentar una puja ulterior del precio de la venta, bajo

⁶⁰⁹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 958.

⁶¹⁰ *Ibidem*, artículo 963.

las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil, los artículos 708, 709 y 710⁶¹¹.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al decidir:

[...] que la demanda en partición comprende una primera etapa, en la cual el tribunal ordena o rechaza la partición, y una segunda fase que consiste en las operaciones propias de la partición, a cargo del notario y los peritos que deberá designar el juez comisario para resolver todo lo relativo al desarrollo de la partición, cuyas operaciones evalúan y determinan los bienes que le correspondan a cada heredero y si son o no de cómoda división, conforme con los artículos 824, 825 y 828 del Código Civil; que el artículo 822 del mismo Código dispone que “las cuestiones litigiosas que se susciten en el curso de las operaciones, se someterán al tribunal del lugar en que esté abierta la sucesión”; Considerando, que, como se puede apreciar, en el fallo impugnado fue transcrito el dispositivo de la sentencia que ordena la partición de bienes de que se trata, el cual no dispone la exclusión de ninguno de los bienes objeto de la demanda en partición, por lo tanto, tal y como estableció la corte a-qua, lo alegado por la recurrente sobre los bienes que aduce adquirió por herencia de su padre, como bien fue juzgado por dicha corte, es una cuestión que debe ser propuesta ante el juez comisario designado para presidir las operaciones de partición y liquidación de la sucesión, en la fase de homologación del

⁶¹¹ *Ibídem*, artículo 965, dispone que: “Dentro de los ocho días después de la adjudicación, cualquiera persona podrá hacer una puja ulterior de la sexta parte más del precio de ella, ciñéndose a las formalidades y términos reglamentados por los artículos 708, 709 y 710 del presente Código. Cuando tenga lugar una segunda adjudicación, después de la puja ulterior antedicha, no podrá recibirse otra más sobre los mismos bienes”.

*informe pericial, en cuya fase se determinarán los bienes que pueden ser o no objeto de partición*⁶¹².

En síntesis, los actos de disposición de bienes inmuebles requieren de la autorización del consejo de familia y aun cuando al progenitor supérstite (en su calidad de tutor legal) le esté permitida la realización de actos de administración, no puede disponer de los bienes inmuebles que le pertenezcan a un menor de edad.

1.6. De las Cuentas de la Tutela

El tutor conforme dispone la ley debe de manera periódica hacer entrega los estados de cuentas de la situación de los bienes confiados a su gestión, se redactarán y remitirán libre de costos y sin ninguna formalidad judicial, mandato del cual se encuentran exceptuado el padre o la madre con respeto a la tutela de sus hijos.

Cuando se produzca un cambio de tutor, el saliente o sus herederos, deberán de rendir cuenta de la tutela, pero finalizada la tutela por haber adquirido el menor de edad su mayoría de edad o emancipación la cuenta deberá de rendírsele directamente. En caso de fallecimiento del menor de edad la cuenta de la tutela le será dada a sus herederos.

Las demandas en rendición de cuenta de la tutela siguen el procedimiento civil ordinario, por disposición del artículo 473 del Código Civil, el cual establece que: “*Si la cuenta es causa de cuestiones, se discutirán y resolverán éstas como cualquiera otra demanda civil*”.

Además, el artículo 472 del Código Civil prevé que: “*Cualquier pacto que pueda mediar entre el tutor y el pupilo que haya llegado a*

⁶¹² Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 123 de fecha 14 de marzo de 2013. [Consulta 5 de abril de 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/584488766>

la mayor edad, será nulo, si no le precediere la dación de cuenta detallada y la entrega de los documentos justificativos: el todo acreditado por recibo del que tome la cuenta, diez días antes de la celebración del pacto”.

El referido artículo requiere de condiciones para que pueda mediar un convenio entre el tutor y el menor de edad llegado a la mayoría de edad, respecto a este punto Planiol y Ripert⁶¹³, destacan cuatro condiciones:

- Que el convenio celebrado entre el tutor y su antiguo pupilo se realice luego de la rendición de cuenta;
- Que como soporte de la cuenta se hayan entregado las documentaciones que la justifique;
- Que el menor de edad llegado a la mayoría haya expedido un recibo de la cuenta y de los documentos que la justifique; y,
- Que entre la fecha del recibo y la fecha del convenio hayan transcurrido al menos diez días.

Se consagra de esta forma, pues, al no cumplir con los requerimientos establecidos por el legislador para la protección de los bienes de la persona menor de edad, el convenio surgido queda afectado por la nulidad, aun cuando se alegue la buena fe del tutor en la administración de los bienes, a menos que quede cubierta por declaración de aceptación del extutelado.

La acción en nulidad prescribe a los cinco años, contados a partir de la fecha del convenio, conforme prevé el artículo 1304 del Código Civil⁶¹⁴.

⁶¹³ Planiol y Ripert. Ob. Cit. p. 320.

⁶¹⁴ Código Civil. Artículo 1304 del Código Civil (Modificado según Ley 390 del 14 de diciembre de 1940, G. O. 5535, y por la ley 585 del 24 de octubre

De igual modo, por la aplicación del contenido del artículo 472 del Código Civil se tomará en consideración las disposiciones del artículo 907 del mismo código, que prohíbe al menor de edad no obstante haya cumplido 16 años, disponer de sus bienes en beneficio del tutor, y aun cuando llegue a la mayoría de edad le queda prohibido disponer por contrato entre vivos ni por testamento, en favor de aquel que haya sido su tutor, si previamente no se ha dado y finiquitado la cuenta definitiva de la tutela.

Los actos supeditados a las exigencias de la ley son los actos a título gratuito u oneroso que tengan un vínculo directo o indirecto con la cuenta de la tutela; por tanto, todo acto cuyo efecto sea descargar el tutor de la tutela o de dispensarle de la rendición de cuentas de su administración, están sujetos, a las reglas del artículo 472 del Código Civil, a saber: (i) Los descargos; (ii) La liquidación de cuenta; (iii) Las transacciones concernientes a la gestión tutelar; (iv) Las cesiones por las cuales el menor de edad llegada su mayoría de edad abandona en masa al tutor todo o parte de los derechos o bienes sometidos a la administración de este último y le descarga de todo o en parte, de las obligaciones de rendir cuenta de la gestión de esos derechos o esos bienes; (v) aquellos convenios en el que ya mayor de edad, debe de reconocer la validez de un contra escrito cuyo efecto es atribuido a su padre y tutor la propiedad de un inmueble comprendido en la herencia materna⁶¹⁵.

de 1941, G.O. 5661), dispone que: *“En todos los casos en que la acción en nulidad o rescisión de una convención, no está limitada a menos tiempo por una ley particular, la acción dura cinco años. Este tiempo no se cuenta en caso de violencia, sino desde el día en que ha cesado ésta; en caso de error o dolo, desde el día en que han sido estos descubiertos. No se cuenta el tiempo con respecto a los incapacitados por la ley, sino desde el día en que les sea levantada la interdicción, y con relación a los actos hechos por los menores, desde el día de su mayor edad”*.

⁶¹⁵ Read, Alexis. Ob. Cit. p. 247.

Es conveniente recalcar que, no todo convenio está sometido a las exigencias del referido texto, pues no se requieren en las cuentas que se rindan a los herederos del pupilo en caso de su muerte, ya los herederos no necesitan ser protegidos⁶¹⁶.

De igual manera no se aplican a las cuentas rendidas al pupilo luego de su emancipación, ya que la misma se rinde acompañado del curador nombrado por el consejo de familia conforme dispone el artículo 480 del Código Civil, siendo necesario tomar en cuenta las formalidades del artículo 467 del Código Civil en caso de transacción.

Las acciones que tenga el pupilo contra su tutor prescriben a los cinco años a contar desde que haya adquirido la mayoría de edad, por aplicación del artículo 475 (modificado por la Ley núm. 585 del 28 de octubre de 1941, G. O. 5661).

Por tanto, los menores llegados a la mayoría de edad tienen la posibilidad de accionar en responsabilidad civil, en rendición de cuenta de la tutela⁶¹⁷, en restitución de frutos sobre la base de la caducidad del usufructo legal previsto por el artículo 1442⁶¹⁸, y la acción en nulidad.

⁶¹⁶ Planiol y Ripert. Ob. Cit. p. 321.

⁶¹⁷ Por sentencia núm. 802 de fecha de 2018, dictada por la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia se ha decidido: “*que su demanda en rendición de cuentas, liquidación y partición contra el tutor José de los Santos Gómez Méndez, no puede abarcar a los demás herederos a quienes debió previamente emplazar a esos fines; que al no hacerlo admitir la demanda violaría el derecho de defensa de los demás herederos, quienes están protegidos por el régimen de la tutela por tratarse de menores, situación que esta Corte considera de orden público, por lo que la demanda debe ser declarada nula en ese aspecto, no así en lo que respecta a la demanda en rendición de cuentas contra el tutor JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ MÉNDEZ, ya que dicha demanda está avalada por las disposiciones de los artículos 469, 470 y 473 del Código Civil, ya citados*”. [en línea]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-primera-sala-735851461>[Consulta: 2 de abril 2020].

⁶¹⁸ Artículo 1442 del Código Civil, dispone que: “*No da lugar a la continuación de la comunidad, la falta de inventario después de la muerte de cualquiera de los*

2. Conclusión

La tutela como institución del derecho de familia tiene como finalidad la protección de la persona menor de edad y sus bienes, cuando uno de los progenitores o ambos han fallecido, supletoria de la autoridad parental para proveer a la persona menor de edad la representación, protección y asistencia.

Existen varios tipos de tutela, a saber: legal, testamentaria y dativa. El padre o la madre superviviente, en su condición de progenitor y administrador legal de la persona menor de edad, representará por sí mismo a sus hijos en la gestión de sus derechos, a excepción de los actos de disposición, para las que necesita de la autorización del consejo de familia conforme las previsiones los artículos 450 al 468 del Código Civil y 199, párrafo de la Ley núm.136-03.

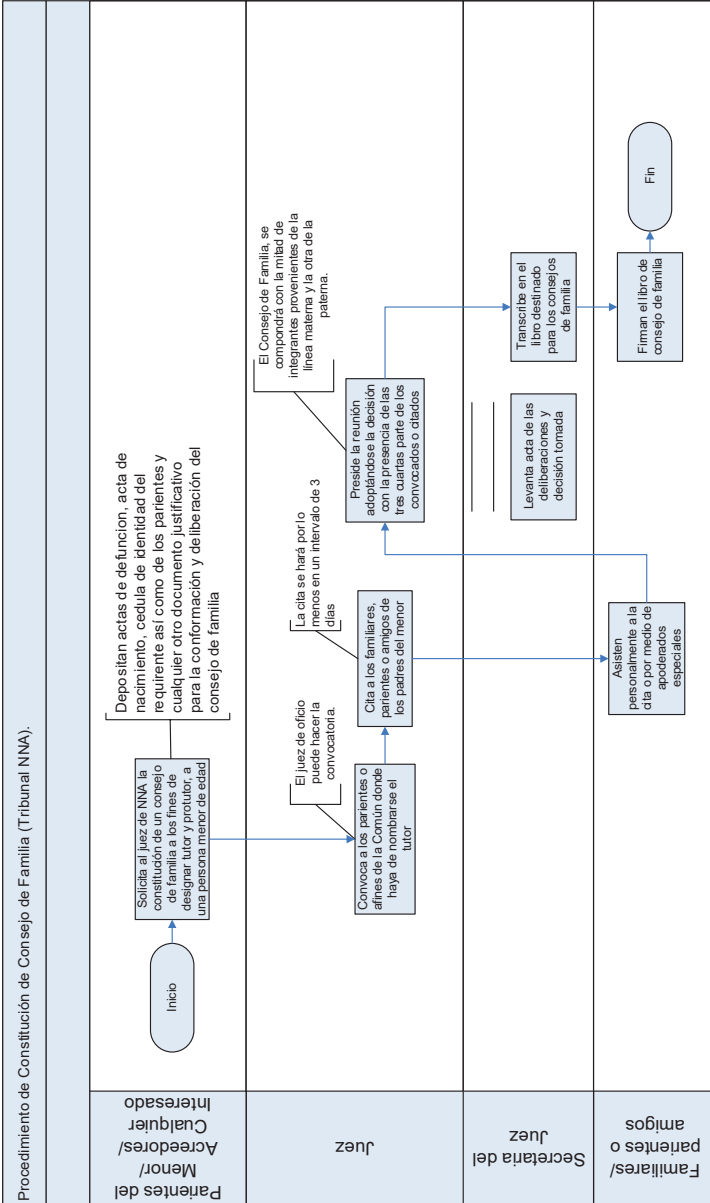
El consejo de familia constituye una asamblea deliberativa, convocado a requerimiento y diligencia de los parientes de la persona menor de edad, de sus acreedores y las partes interesadas, de oficio cuando se juzgue pertinente ante el tribunal de niños, niñas y adolescentes del domicilio de la persona del menor de edad. Para su conformación se requiere convocar seis parientes o afines vecinos de la común donde haya de nombrarse el tutor.

Al final de la tutela el tutor deberá de rendir cuenta a su tutelado, por tanto, todo acto cuyo efecto sea descargar el tutor de la tutela o de dispensarle de la rendición de cuentas de su administración, están sujetos, a las reglas del artículo 472 del Código Civil. En cuanto a las acciones que tenga el tutelado contra su tutor, prescribirán en un plazo de cinco años a contar desde que haya adquirido la mayoría de edad.

esposos, salvo las reclamaciones que puedan entablar las partes interesadas, respecto a la consistencia de los bienes y efectos comunes, cuya prueba podrá hacerse tanto por título, como por la notoriedad común. Habiendo hijos menores, la falta de inventario hace perder además al cónyuge superviviente el goce de sus rentas; y el protutor, si no le ha obligado a que haga inventario, es responsable solidariamente con él en todas las condenaciones que se pronuncien en favor de los menores”.

ANEXO FLUJOGRAMA

- *Procedimiento de Constitución de Consejo de Familia (Tribunal NNA).*

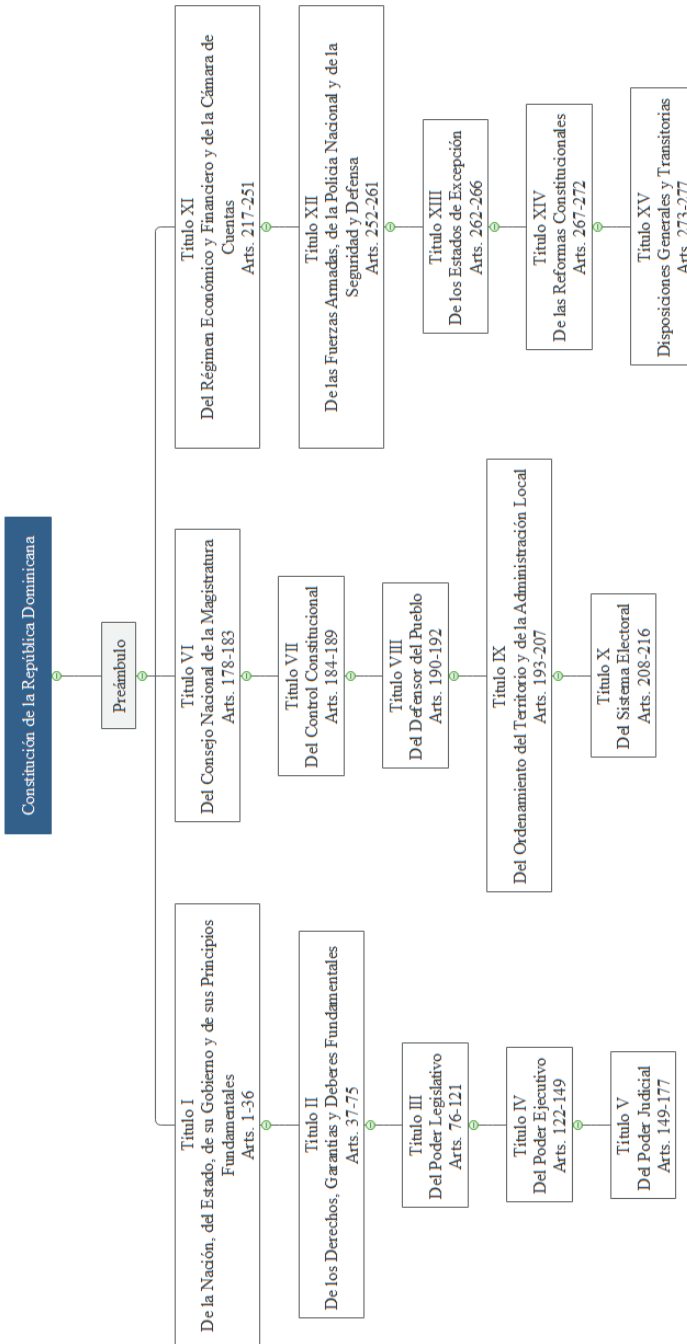


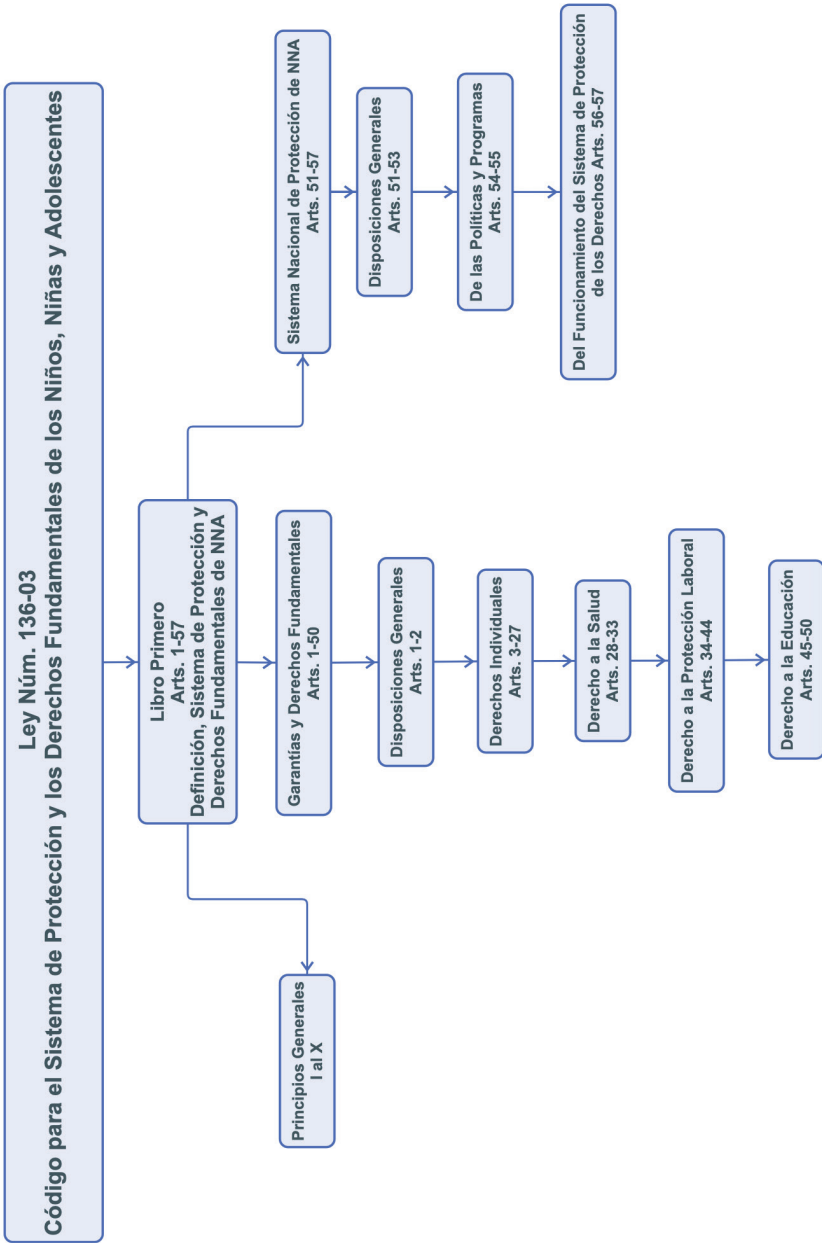
- Nota:
- Cualquier persona está autorizada a denunciar al Juez de NNA, el hecho que él motivo al nombramiento un tutor.
- Cuando el Juez de NNA, el Consejo de familia se compone de 6 parientes o afines vecinos de la Común donde haya que nombrar al tutor o que residan a afín del mismo grado y entre parientes al de cada uno.
- Si el número de parientes o afines es insuficiente, el juez de paz llamará a los parientes o afines domiciliados a mayores distancias o dentro de la Común a personas con vínculos de amistad conocida con los padres.
- El plazo para la convocatoria aumenta en razón a la distancia.
- El convocado que no asista sin excusa legítima estará sujeto a multa.
- Si la excusa es admitida, conviene esperar al ausente o remplazarlo según el interés del menor, el juez puede aplazar o prorrogar la reunión.
- Esta reunión ha de celebrarse en Tribunal de NNA o en el lugar que determine el juez de NNA.
- El Juez de NNA tiene voz deliberativa y preponderante en caso de empate.
- El tutor asume sus funciones desde el día de su nombramiento, si se ha hecho en su presencia, si no desde el día de su notificación.

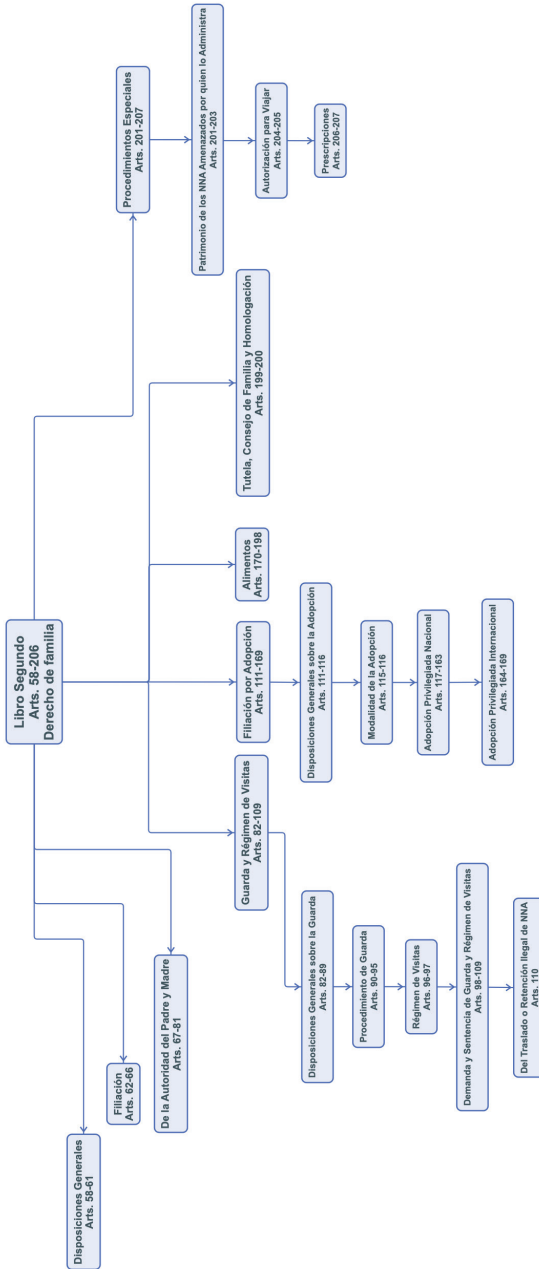
ANEXOS

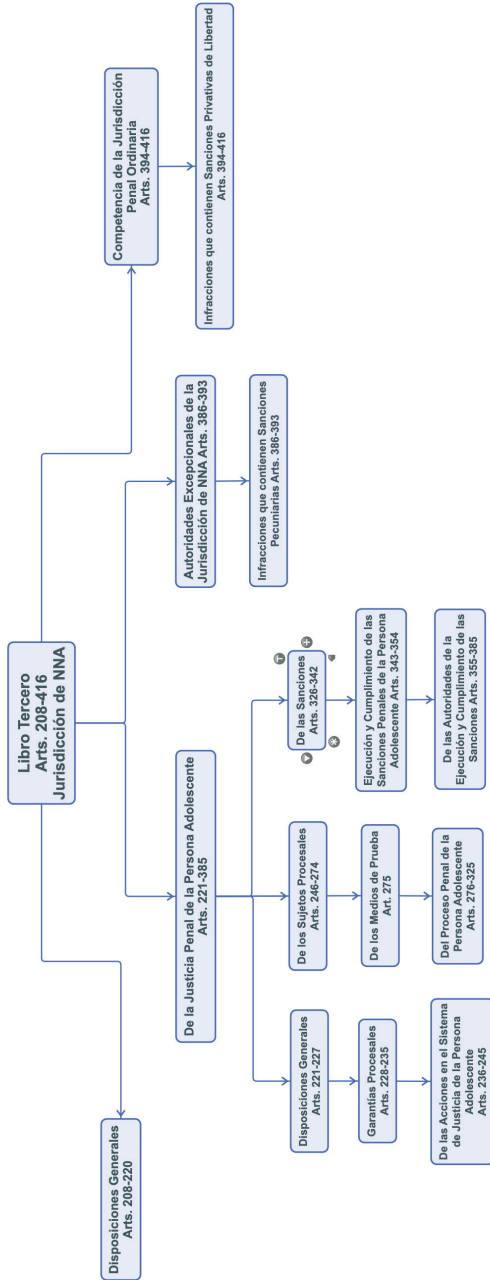
OTROS FLUJOGRAMAS

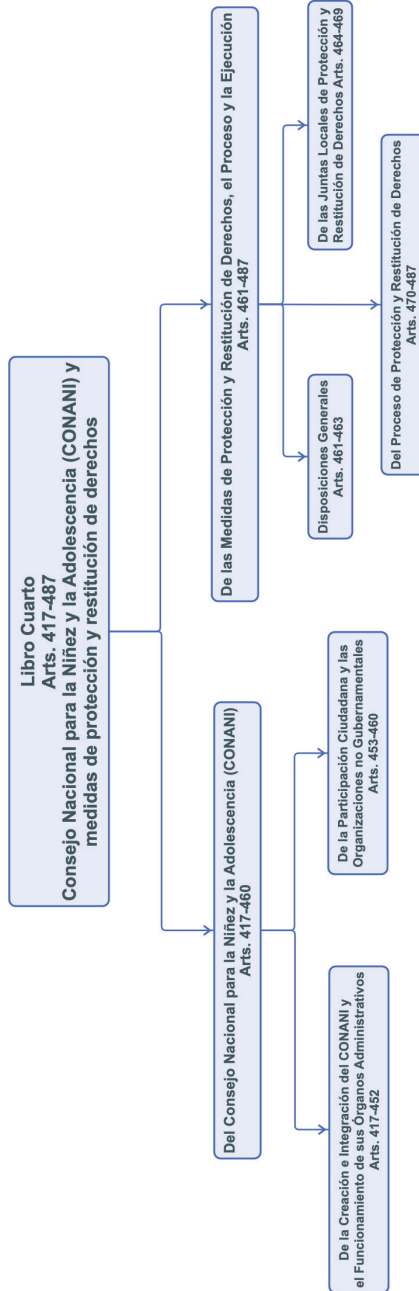
- *Constitución de la República Dominicana.*
- *Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes.*
- *Código Civil dominicano.*

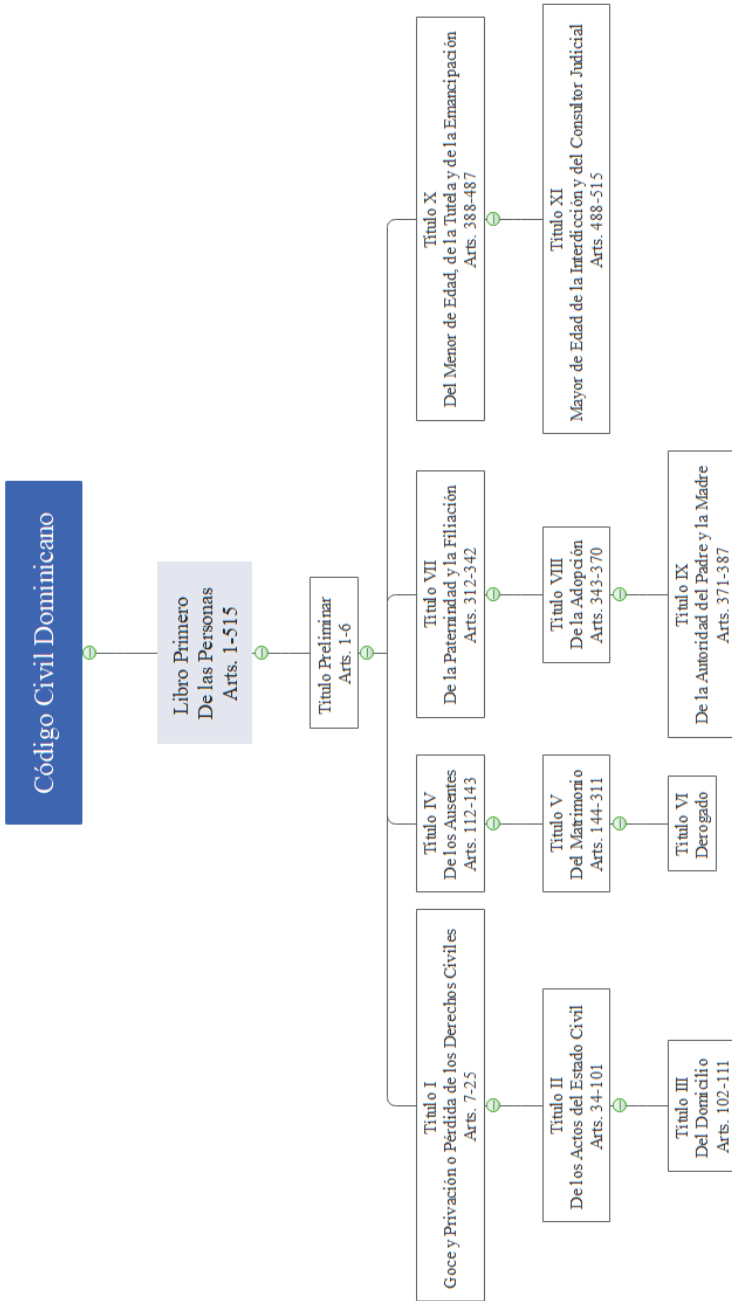


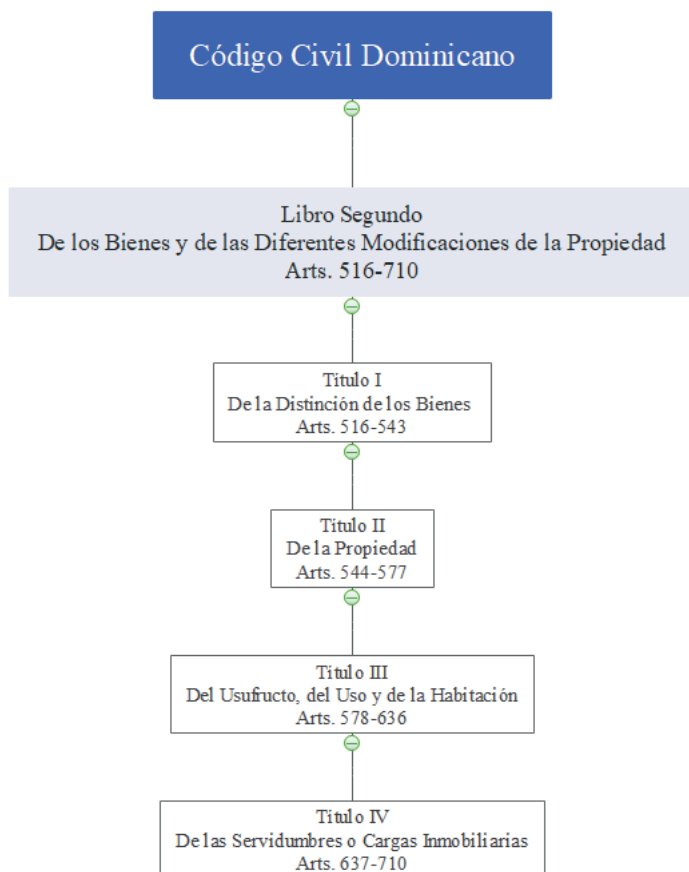


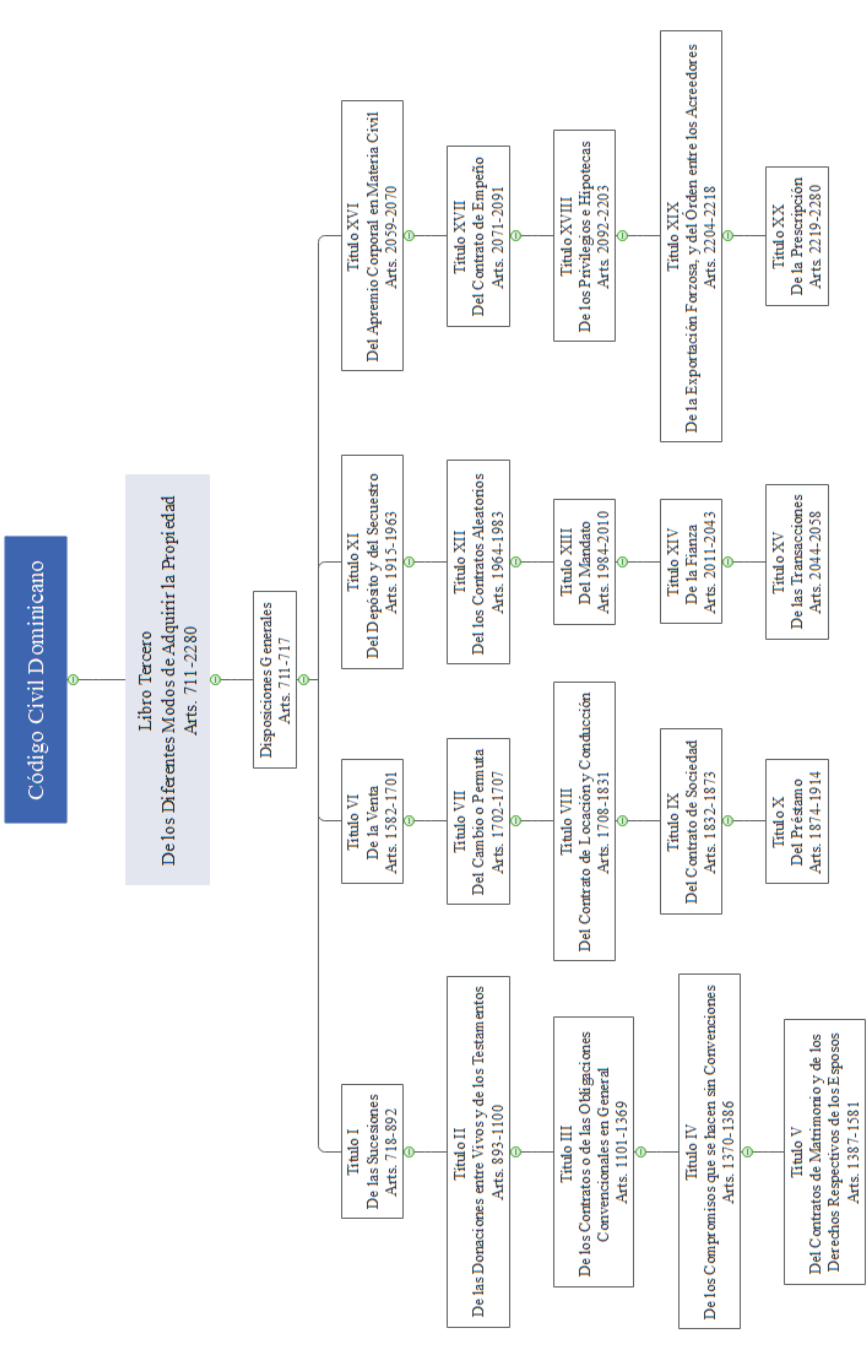












BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

- Aguilar Llanos, Benjamín. Consejo de Familia. En: *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*. Facultad de Derecho Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Perú [en línea]. [Consulta: 10 de abril 2020]. Disponible en: <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/416>
- Albornoz, María Mercedes. *Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores* [en línea]. [Consulta: 18 de abril de 2020]. Disponible en: <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>
- Albornoz, María Mercedes. La Convergencia de la Cooperación Internacional en materia de Adopción, Sustracción y Tráfico de Menores. En: *Seminario de Derecho Internacional de Cooperación Jurídica en Materia de Derecho de Familia y Niñez* [en línea]. [Consulta: 18 de febrero de 2020]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf

- Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. (1997). Barcelona:Gedisa.
- Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua J.J. (Dirs.) y González Bou, E. y González Viada N. (Coords.) (2010). *La Protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Marcial Pons.
- Alma, Zelided, Castellanos, Víctor José, y Pérez Lora, Francisco. (2005). *Derecho de Familia en el Siglo XXI: Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*. República Dominicana: Suprema Corte de Justicia.
- Aranda Rodríguez, Remedios, et al. (2005). *Practicum Familia*. España: Thompson Reuter.
- Aybar Betances, María Elena y Duluc Rijo, Rafael Barón. (2012). *La Prueba Civil en un Estado Social y Democrático de Derecho. Mitos y Realidades*. República Dominicana: Centenario.
- Azcárraga Monzonís, Carmen y Quinzá Redondo, Pablo. *Sustracción Internacional de Menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio [en línea]. [Consulta: 23 de febrero 2020]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4401>*.
- Ballarin, Silvana. (2014). *El Proceso de Familia y el Tiempo*. Costa Rica: Editorial Juritexto.

- Baratta, Alexandro. (1998). “Infancia y Democracia”, en García Méndez, Emilio y Bellof, Mary (editores). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis Desalma, Santa Fe de Bogotá. p.85.
- Barbero, María y Bilbao, María. (2008). *El Síndrome de Salomón, el Niño Partido en Dos*. España: Desclee de Brouwer.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. *Custodia compartida de los hijos* [en línea]. (2008). En: Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012, pp. 441-474 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Madrid. [Consulta: 12 de junio de 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art16.pdf>
- Barros figuereido, Luiz Carlos. (1998). *Adopción Internacional: Convenciones Internacionales*. En: Revista da ESMERC (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), 4to año, 5to volumen. Brasil: Artecrol.
- Benavides Santos, Diego. (2017). *Código de Familia. Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación*. Edición 5. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto.
- Benavides Santos, Diego. (2010). *Derecho Familiar*. 1er tomo. Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- Brea Franco, Julio. (2019). *El Sistema Constitucional Dominicano*. República Dominicana: Tribunal Constitucional Dominicano.
- Brenes, Alberto. (1984). *Tratado de las Personas*. Volumen II. San José, Costa Rica. Editorial Juriscentro.

- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. 6ta edición. Argentina: Astrea.
- Cabrera Velez, Juan Pablo. (2010). *Interés Superior del Niño*. Ecuador: Edit. Ceballos.
- Caetano De Carvalho, Pedro. (1998). *Antes da Adocao. En: Cadernos de Directos da Crianza e do Adolescente*. Brasil: Editorial Rubens Feijo.
- Calvo-Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa-González Javier. (2013). *Protección de menores*, en *Derecho internacional privado*. volumen II. capítulo VII. 387-477, 455 (14ª ed., Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs.: Editorial Comares, Granada.
- Castellanos Estrella, Víctor José. (2009). *Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Personas Menores de Edad. (Legal Kidnapping, Abduction o Envelement)*. Santo Domingo: Editora Corripio, C. por A.
- Castellanos, Víctor Joaquín. La Responsabilidad Civil por el Hecho Ajeno. (1ero. Noviembre de 2003). FJI-IV Módulo. *El Proceso en la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes*. Santo Domingo. Escuela Nacional de la Judicatura.
- Castellanos, Víctor José. (2012). *Biblioteca Básica para el Oficial del Estado Civil*. 2do tomo. República Dominicana: EFEC.
- Cedeño, Margarita. (2006). *Influencia de la Situación Económica en la Adopción de Niños, Niñas y Adolescentes*. Colección República Dominicana: Depridam.
- Cedeño, Margarita. (2008). *Seminarios Internacionales por un Código de Familia Inclusivo, hacia un Sistema*

Nacional de Atención Integral a Familias. República Dominicana: Depridam Y Carmj.

- Córdoba, Marcos M. (2004). *Derecho de Familia*. Argentina: La Ley.
- Cillero Bruñol, Miguel. (1998). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires: Temis/Desalma.
- Cruceta Almánzar, José Alberto. (2011). *Los Principios Constitucionales y Generales del Proceso Civil (en el Anteproyecto Código Procesal Civil) Neoconstitucionalismo, Argumentación y Especificidad de la Interpretación Constitucional. Test de Proporcionalidad (Ponderación)*. República Dominicana: sin edit.
- Cury, Jottín. (1976). *Los Recursos*. República Dominicana; Taller.
- D’ Antonio, Daniel Hugo. (1999). *Práctica del Derecho de Menores*. Argentina: Astrea.
- D’ Antonio, Daniel Hugo; Ferrer, Francisco y Mendez Costa, María Josefa. (2008). *Derecho de Familia*. 4to tomo. Argentina: RubinzalCulzoni.
- De Hostos, Eugenio María. (2015). *Lecciones de Derecho Constitucional*. República Dominicana: Tribunal Constitucional Dominicano.
- Díez-Picazo, Luís. *Familia y Derecho*. (1984). Madrid: Editorial Civitas, S.A.

- Díez/Picazo Giménez, Ignacio. “Comentarios a la Constitución Española de 1978 -*Comentarios a la Constitución Española. Tomo III - Artículos 24 a 38 de la Constitución Española de 1978 (2006)*”. Disponible en Internet: <http://vlex.com/vid/articulo-24-garantias-procesales-331146>. [Consulta 2018, 12 de febrero].
- Directrices de APA, Asociación Americana de Psicología [en línea]. [Consulta: 12 de junio de 2019]. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evaluacion-guarda-custodia-43966633>.
- Dromi, Roberto. (1992). *Los Jueces ¿Es la Justicia un tercio del Poder?* Argentina: Ciudad Argentina.
- Echevarria Guevara, Karen Lissette. (2007). *Guarda y custodia compartida de los hijos*. Tesis doctoral. España: Universidad de Granada. [en línea]. [Consulta 2 de agosto, 2019] Disponible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>
- Estellé Peralta, Pilar María. (2014). Problemas actuales en torno a la Patria Potestad. Guarda y custodia, educación religiosa de los hijos en las crisis familiares. Valencia: Ponencia en el Encuentro Iglesia y Estado.
- Escamez, Juan, et al. (2009). *La Educación Ética en la Familia*. España: Desclee.
- Eusebio Gautreaux. (2009). Dora. *Derechos de Familia y la Personalidad*. República Dominicana: Editora Centenario.
- Fernández-Luna Abellan, Emilia. (2015). *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. [en línea].

- [Consulta: 20 de enero de 2020]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41057/1/T38334.pdf>
- Felicitas Elias, María. (2004). *La Adopción de Niños, como cuestión Social*. Argentina: Paidos.
 - Flores Gacharna, Jorge. (2005). *La Eficacia de la Conciliación*. Colombia: Ediciones del Profesional LTDA.
 - Frias Javier, Lidia. (2016). *Guarda Compartida: Análisis del Marco regulatorio en la República Dominicana*. [Tesis]. Maestría Derecho Civil y Procedimiento Civil]. Santo Domingo: Universidad Autónoma de Santo Domingo.
 - Galán Juárez, Mercedes. *La Interpretación De Los Derechos Fundamentales Por Parte Del Tribunal Constitucional Español*. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2309677> [Consulta 2018, 4 de enero].
 - García-Cano, Sandra. (2003). *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Editorial Colex, Madrid. p.40.
 - García Santamaría, Martha Olga. (2012). *Aproximación a los Derechos Fundamentales con Transversalización de Género y Edad*. República Dominicana: Suprema Corte de Justicia.
 - Giberti, Eva, et al. (2006). *Adoptar Hoy*. Argentina: Paidós.
 - Gil Rivera, Angélica. (2011). Acciones del Sistema Nacional DIF para Prevenir la Alienación Parental: Crianza Humanizada y ParentabilidadBientratante. En: *Alienación Parental*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. México. [en línea]. [Consulta: 23 de junio 2019].

Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf>

- Golombok, Susan. (2006). *Modelos de Familia, ¿Qué es lo que de Verdad Cuenta?* España: GRAO.
- Gómez Diago, Eva. *Instrumentos de Evaluación de la Guarda y Custodia de Menores. Máster Universitario en Psicología del Trabajo y las Organizaciones, Psicología Jurídico-Forense y de la Intervención Social.* Universidad de Santiago de Compostela[en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/277588538_INSTRUMENTOS_DE_EVALUACION_DE_LA_GUARDA_Y_CUSTODIA_DE_MENORES_UNA_REVISION
- González, Aurora. (2000). La Adopción. En: Eduardo Serrano Alonso, coord. *Manual de Derecho de Familia.* España: Edisofer, S.L.
- González Vicente, Pilar. (2017). Guarda y custodia de los Hijos. En: *El informe psicosocial en el régimen de visitas y estancias* (Cuaderno Jurídico de Familia y Sucesiones, nº 119, año 2017). España:EditorialSepin-Servicio de Propiedad.
- Guilarte Martín Calero C. (2005). Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil en Guilarte Gutiérrez V. (Dir.) *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/ 2005, de 8 de julio).* Valladolid: Edit. Lex Nova.
- Gutiérrez Sarmiento, Carlos Enrique. (2007). *Manual de Procesos de Familia.* Colombia: Universidad Externado, 2007.

- Headrick, William C. (2003). *Tendencias Actuales del Derecho Francés*. Editora UNIBE. República Dominicana: Unibe.
- Headrick, William. (2006). *La Familia en Derecho Dominicano y Francés*. República Dominicana: Unibe.
- Hernández, Javier Martin. (2009). *Protección de Menores, una Institución en Crisis*. España: Pirámide.
- Hernández, Pedro Pablo. (2015). *La Personalidad y Derecho Familiar*. 2do tomo. República Dominicana: Imp. Soto Castillo.
- Hernández Perera, Yoaldo. (2015). *Las Demandas: Materia Civil, Comercial y de los Referimientos*. República Dominicana: Poder Judicial.
- Huerta Guerrero, Luís Alberto. *La Interpretación De Los Derechos Fundamentales en La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Peruano* [en línea]. [Consulta: 2 de mayo de 2019]. Disponible en: http://www.udesarrollo.cl/biblioteca/ccp/2006/agosto/FD_002.pdf.
- Instrumentos de Evaluación de la Guarda y Custodia. [en línea]. [Consulta: 12 de junio de 2019]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/277588538_INSTRUMENTOS_DE_EVALUACION_DE_LA_GUARDA_Y_CUSTODIA_DE_MENORES_UNA_REVISION
- Jiménez Peralta, Gustavo. (2010). *Fundamentos de Derecho de Familia*. 2da edición. Colombia: Unisinu.
- Joaquín María, Andrés. *Patria Potestad y Custodia. Contenidos y Facultades de ambas instituciones, La posición jurisprudencial*. Madrid: Consejo del Poder Judicial [en línea]. [Consulta: 2 de julio de 2019]. Disponible en: <https://>

www.casosreales.es/BDI/legislacion/legislaciongeneral/emergentelegislacion.php?id=150399 .

- Jorge Mera, Dilia Leticia. (ISSN2076-619X Año 5, núm. 106. de mayo de 2001). La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En: *Gaceta Judicial*. Editora Judicial, S.R.L. Santo Domingo.
- Jorge Mera, Dilia Leticia. (ISSN2076-619X Año 22, núm. 379, de octubre 2018). Sustracción Internacional de Menores. En: *Gaceta Judicial*. Editora Judicial, S.R.L. Santo Domingo.
- Kolb, Deborah et al. (1996). *Mediación, cuando Hablar da Resultados, Perfiles de Mediadores*. Argentina: Paidós.
- Lacalle Noriega, María. (2013). *La Persona como Sujeto del Derecho*. España: Dykinson.
- León González, Francia. (2011). *Derecho de Filiación de la Persona Concebida*. En: CAMACHO VARGAS, Eva, et al, coord. *Reflexiones sobre el Derecho de Familia Costarricense*. Costa Rica: Edit. Jurídica Continental.
- Lizcaino Amézquita. Pedro Luís. *El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños*. [en línea]. Disponible en: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4523/4243/.
- Llobet Rodríguez. Javier. (2008). El derecho del Niño y Adolescente a ser oído y a que se considere su opinión en los procesos judiciales. En: *Derecho Procesal de Familia*. BENAVIDES SANTOS, Diego et al. 1era edición. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

- Magistri, Gabriela. *Responsabilidad Parental, Concepción del Niño como sujeto de Derecho. Tensiones* [en línea]. [Consulta: 2 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/9.pdf>
- Manrique Gamarra, Karina. (2015). *Derecho de Familia. Alimentos, Filiación y Reconocimiento del Concubinato*. Perú: Fecaat.
- Marín Velarde, Asunción y Moreno Mozo, Fernando. *El Interés Superior del Menor y su relevancia en la Sustracción Internacional de Menores* [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/*/sustraccion+internacional+de+menores+de+edad/p6/WW/vid/773665161
- Martínez Calvo, Javier. *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*. [en línea] Tesis Doctoral. Consejo Económico y Social de Aragón. [en línea]. [Consulta: 2 de agosto de 2019]. Disponible en: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/Tesis_doctoral_guarda_custodia.pdf/44cfb07a-90dd-04d2-2f76-e7b1e28e90eb.
- Mazeaud, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. 1ra parte, 3er volumen. Trad. Luis Alcalá Zamora. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.
- Mazeaud, Henri et Leon, Tunc, André. (1976). *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle y Contractuelle*, tomo I.
- Medina, Graciela. (1997). *La Adopción Prenatal*. En: Quinta Jornada Interdisciplinaria de Derecho de Familia y Sucesiones. Morón, Argentina.

- Meléndez, Florentín. (2006). *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*. Estudio Constitucional Comparado. República Dominicana: Dirección Comunicaciones del Poder Judicial, 2006.
- Midón, Marcelo Sebastián (Editor). (2008). *Tratado de la Prueba*. Argentina: Librería de la Paz.
- Miranda, Carlos Reinaldo. Síndrome de Alienación Parental. En: *Alienación Parental*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: México. 2011. [en línea]. [Consulta: 23 de junio 2019] Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf>
- Mizrahi, Mauricio Luis. (2006). *Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas*. Argentina: Edit. Astrea.
- Moratalla, Agustín Domingo. (2006). *Ética de la Vida Familiar, Claves para una Ciudadanía Comunitaria*. España: Desclee.
- Morera Guerrero, Gabriela. (2010). *Responsabilidad Civil ante la Negativa del Reconocimiento*. En: Alvarado Morilla, José Daniel et al. *Derecho de Familia Centroamericano*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “*El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*”. [en línea] [Consulta: 24 de mayo 2019]. Disponible en Internet: <http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-94.pdf>
- Nolasco, Daniel. (2002). *Instituciones de Derecho de Familia*. Tomo I. República Dominicana: Edic. Jurídicas Trajano Potentini.

- Nolasco, Daniel. (2005). *Instituciones del Derecho de Familia*. Tomo II. Santo Domingo: Ediciones Jurídicas Trajano Potentini.
- O'donnell ,Daniel. *La Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido* [en línea]. [Consulta: 11 de junio 2019].
- Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf
- Ortega Velez, Ruth. (2000). *Síntesis: Jurisprudencia Derecho de Familia (1900-2000)*. Puerto Rico: Scisco.
- Padilla, Yudelka. (2014). *Las Personas Jurídicas Naturales y el Derecho Familiar*. República Dominicana: Universidad Abierta para Adultos.
- Pérez Contreras, María Monserrat. *Derecho de las Familias*[en línea]. Comité par a la Commemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. [Consulta: 11 de abril 2020]. Disponible en: https://inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1293/Familias_pdf_electronico.pdf
- Pérez Contreras, María Monserrat. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones* [en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México, Unam. [Consulta: 11 de abril 2020]. Disponible en: <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3993/1/-Derecho-de-Familia-y-Sucesiones-Mari-a-de-Montserrat-Pe-rez-Contreras-pdf-1-1.pdf>
- Pérez Duarte, Alicia. (2007). *Derecho de Familia*. 2da edición. México: Fondo de Cultura Económica.

- Pérez Méndez, Artagnan. (2010). *Procedimiento Civil. Los Incidentes del Procedimiento*. 2do tomo, 1er vol. 7ma edición. República Dominicana: Edit. Taller.
- Pérez Vallejo, Ana María. (2009). Régimen de Visitas del Progenitor no custodio. Su incidencia en la Relación de Abuelos-Nietos, En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *La Protección del Menor en la Ruptura de Parejas*. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Pérez-Vera, Elisa. *Informe explicativo de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores de edad*[en línea]. [Consulta: 21 de diciembre 2019]. Disponible en: http://www.menores.gob.ar/user-files/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf
- Perdomo Cordero, Nassef. (2015). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Dominicano 2012-2014*. República Dominicana: Ángel Potentini.
- Petit, Eugene. (1990). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Trad. José Fernández González. República Dominicana; Tiempo, S.A.
- Planiol, Marcel y Ripert, George. (1998). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. 2do tomo. Trad. José Cajica. México: Cárdenas.
- Planiol, Marcel y Ripert, George. (1997). *Traité Élémentaire de Droit Civil. Derecho Civil*. Volumen 8. Traducción Leonel Pereznieto Castro. México: Editorial Pedagógico Iberoamericana, S.A. de C.V.
- Pinto Andrade, Cristóbal. (2009). *La Custodia Compartida*. 1era. Edición. Barcelona: Editorial Bosch.

- Ramírez Acuña, Sergio. (2013). *Derecho de Familia*. Costa Rica: El Roble.
- Ramírez Fuertes, Roberto. (2005). *Generales de Derecho, Personas y Familia*. Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Ramírez Malavon, Rosa María. *Patria Potestad y Educación Religiosa de los Hijos Menores*. Parental Authority and Child's Religious Education. Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 142-163 [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: [https://Dialnet-PatriaPotestadYEducacionReligiosaEnLosHijos-Menores-4904981%20\(1\).pdf](https://Dialnet-PatriaPotestadYEducacionReligiosaEnLosHijos-Menores-4904981%20(1).pdf).
- Ramos Cabanellas, Beatriz y RIVERO, Mabel. (2014). *Derecho de Familia (Personal)*. 4ta edición. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Read, Alexis. (2011). *Las Incapacidades en el Derecho Civil Dominicano*. Tomo I. Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional.
- ReaD, Alexis. (2011). *Las Incapacidades en el Derecho Civil Dominicano*. Tomo II. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española [en línea]. [Consulta: 12 de julio de 2019]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>
- Reyes Vásquez, Raúl. (2015). *El Registro de Estado Civil. Historia y Evolución*. República Dominicana: Gaceta Judicial.
- Rivero Hernández, Francisco. (1997). *El Derecho de Visita*. Barcelona: Bosh casa editorial.

- Rizik-Mulet, Lucía. (2016). *Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos*, 29 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 193-234 [en línea]. Disponible en: [http:// dx.doi.org/10.11144/ Javeriana.il 14-29.simj](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.simj)
- Ruiz Sutil, Carmen. *El Enfoque de Género en la Sustracción Internacional de Menores* [en línea]. [Consulta: 17 de abril 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/*/sustraccion+internacional+de+menores+de+edad/p8/WW/vid/744308153
- Ruz Lártiga, Gonzalo. La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio. En: *Revista de Derecho Valdivia*.vol.30 no.2 Valdivia dic. 2017 [en línea]. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en:https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200006&script=sci_arttext#n42.
- Salvador Gutiérrez, Susana. (1998). Derechos Registrales del Menor. En: RODRIGUEZ, TORRENTE, Jesús (Editor).*El Menor y la Familia: Conflictos e Implicaciones*. España: Universidad Pontificia Comillas.
- Santos I Arnau, Lidia. *Impacto de la Sustracción de Menores en la Familia* [en línea] [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://saludyfamilia.es/sites/default/files/INFORME%20%20Impacto%20sustraccion%20menores%20en%20familias.pdf>
- Saravia González, Ana María. (2007). Guarda y custodia compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones sustantivas), en *La jurisdicción de familia:*

Especialización. Ejecución de las Resoluciones y Custodia Compartida. España: Consejo General del Poder Judicial.

- Subero Isa, Jorge A. (2010). *Tratado Práctico de Responsabilidad Civil Dominicana.* Sexta edición. Santo Domingo: Editora Corripio.
- Suriel, Altagracia. (2006). *Los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Orden Internacional.* República Dominicana: Depridam.
- Tavares Hijo, Froilán. (2010). *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano.* 1er volumen, 7ma edición, República Dominicana: Edit. Centenario.
- Tavares HIJO, Froilán. (2010). *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. Los Recursos.* 3er volumen, 4ta edición. República Dominicana: Edit. Centenario, 2010.
- Tod, Ruth. (2005). *Paternidad Responsable para un Mundo en Paz.* Reino Unido: Octopus.
- Tomaello, Flavia y Rossonamando, Marisa. (2011). *Adopción, la Construcción Feliz de la Paternidad.* Argentina: Paidós.
- Trejos, Gerardo, Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. (2010). *Derecho de Familia.* 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Valdez, Jacinto Bdo. (1999). *Las Vías de Recursos.* República Dominicana: Serrallos.
- Vásquez, Domingo Rafael. *Responsabilidad civil de los padres por el hecho de sus hijos menores* [en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/responsabilidad-hecho-hijos-menores-360765346>

- Vega B., Wenceslao. (2010). *Historia del Derecho Colonial Dominicano*. República Dominicana: Edit. Taller.
- Vicente Salazar, Rodolfo. *Análisis Socio-histórico de construcción de la niñez y adolescencia*[en línea]. [Consulta: 22 de junio de 2019]. Disponible en:http://guiagenero.mzc.org.es/GuiaGeneroCache%5CPagina_La_Ni%C3%B1a_000019.html.
- Vidal Potentini, Trajano. (2001). *Legislaciones Antiguas Comentadas*. República Dominicana: Ediciones Jurídicas Potentini.
- Vilalta, Aura Esther. (2017). *La mediación en sustracción internacional de menores. Conferencia en el marco del Día Europeo de la Mediación*. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. Nº 24, págs. 96-98. UOC.
- Villar, Ariel H. (2003). *Impedimento de Contacto de Hijos Menores y la Comunicación Paterno-Filiar*. Argentina: Editorial Nemesys. S.R.L.
- Villazon Delgadillo, Martha. (2000). *Familia, Niñez y Sucesiones*. Bolivia: Edit. Judicial.
- Weinberg, Inés (Directora). (2002). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Argentina: Rubinzal- Culzoni.
- Wills Rivera, Lourdes. (2014). *Patria Potestad en la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente. Patria Potestad, Guarda y Custodia*. Congreso IDADFE 2011. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.
- Zannoni, Eduardo A. (2012). *Derecho de Familia*. Tomo II. Argentina. Editorial Astrea.

- Zenòn Masdeu, Luís. (1996). *Guarda y custodia de los hijos*. Barcelona: Bosh casa editorial.

CONVENIOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y OPINIONES CONSULTIVAS

- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. adoptada el 22 de noviembre de 1969. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos [en línea]. [Consulta: 21 de mayo de 2019] https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Protocolo de San Salvador, [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Restitución internacional de menores [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, [en línea]. [Consulta: 21 de mayo de 2019] disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión

- por la Asamblea General en su Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966 [en línea]. Consulta: 21 de mayo 2019. Disponible en: <https://indotel.gob.do/media/6206/declaracio-de-los-derechos-civiles-y-polticos.pdf>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. (Gaceta Oficial No. 9455 del 17 de diciembre de 1977) [en línea]. [Consulta: 6 noviembre 2018]. Disponible en: https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/normativas/NOR_pacto_internacional_derechos_eco.pdf
 - Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf
 - Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Derechos del Niño de 1959. Proclamada por Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. [en línea]. [Consulta: 21 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>.
 - Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio del Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores [en línea]. [Consulta: 21 de mayo de 2019]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_de_la_Haya_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustraccion_Internacional_de_Menores.pdf

- Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio de La Haya, del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños. G. O. No. 10534 del 31 de agosto de 2009 [en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Convenio%20de%20la%20Haya%20relativo%20a%20la%20Competencia,%20la%20ley%20aplicable,%20el%20reconocimiento,%20la%20Ejecuci%C3%B3n%20y%20la%20Cooperaci%C3%B3n%20en%20materia%20de%20responsabilidad%20Parental%20y%20de%20medidas%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20ni%C3%B1os%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part VI Article 13(1)(b). Aprobada el 3 de marzo de 2020 [en línea]. [Consulta: 18 de abril 2020]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>
- Comité de los Derechos del niño. Observación núm. 12 (2009). EL derecho de ser escuchado [en línea]. [Consulta: 12 de agosto 2019]. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General 13 (2009)[en línea]. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

- Comité de los Derechos del Niño. Observación General 14 (2013). Interpretación del interés superior del niño. [en línea]. [Consulta: 31 de mayo 2019]. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.
- Consejo de Europa. Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 [en línea]. [Consulta: 2 de agosto de 2019] Disponible en: <https://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>
- Convención Sobre los Derechos del Niño. UNICEF. República Dominicana: Edit. Taller. 1998.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17-2002, 28 de agosto del 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños . [en línea]. [Consulta: 6 noviembre 2018]. Disponible en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/corteidh_jurisprudencia_sobre_el_derecho_de_los_ninos_0.pdf.
- Derechos del Niño. ONU, Conferencia de la Haya, Derecho Internacional Humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de Estados Americanos, y Organización para la Unidad Africana, Ed. Isabel Álvarez Vélez y Elena Calvo Blanco. Mcgraw Hill, España. 1998.
- Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 [en línea][Consulta: 17 de abril 2020]. Disponible: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

CONSTITUCIÓN, LEYES Y RESOLUCIONES

- República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. Votada y proclamada por la Asamblea Nacional, de 26 de enero de 2010. Gaceta Oficial núm. 10561.
- República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. Votada y proclamada por la Asamblea Nacional, de 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial núm. 10805.
- Reino de España. Ley 01-2000, de 07 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Código Civil. Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd). Editora Corripio, C. por A. Santo Domingo. 2007.
- Código de Procedimiento Civil Dominicano. Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd). Editora Corripio, C. por A. Santo Domingo. 2007.
- Ley núm. 716, sobre Funciones Públicas de los Cónsules dominicanos. G.O No. 6160 de fecha 19 de octubre de 1944.
- Disponible en internet: <http://ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Leyes/Ley%20No.%20716%20sobre%20las%20Funciones%20Publicas%20de%20los%20Consules%20Dominicanos.pdf>. [Consulta: 6 de noviembre de 2018].
- Ley núm. 834, de 15 de julio de 1978, modifica varios artículos del Código de Procedimiento Civil.
- Ley núm. 855 de 1978, que modifica varias disposiciones del Código Civil de la República Dominicana.

- Ley núm. 14-94, de 22 de abril, Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- Ley núm. 24-97, sobre Violencia Intrafamiliar. G.O. 9945.
- Ley núm. 136-03, de 7 de agosto de 2003, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial núm. 10234.
- Ley núm. 3726 sobre Procedimiento de Casación (modificada por la Ley 491 de fecha 20 de febrero de 2009. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/dom/sp_dom-int-text-pc.pdf
- Ley núm. 29-11, 24 de enero, Ley Orgánica del Tribunal Superior Electoral. Gaceta Oficial núm. 10604.
- Ley núm. 544-14, 15 de octubre de 2014, sobre Derecho Internacional Privado. [en línea]. [Consulta: 20 de abril 2020]. Disponible en: <https://ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Leyes/Ley%20544-14%20de%20Derecho%20Internacional%20Privado%20de%20R.D..pdf>
- Junta Central Electoral. Reglamento sobre Corrección de Datos en las Actas del Estado Civil por Vía Administrativa.
- Resolución núm. 1841-2005, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Que establece el procedimiento para los procesos de familia ante los tribunales y cortes de niños, niñas y adolescentes [en línea]. Disponible en: <http://www.ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Reglamentos/Resolucion%20No.1841-2005.pdf> [Consulta: 17 de julio 2019]

- Suprema Corte de Justicia. Resolución núm. 886-2006, de 20 de abril, Reglamento para el Centro de Medición Familiar del Poder Judicial.
- Suprema Corte de Justicia. Resolución núm. 480-2008, del 6 de marzo de 2008, que Establece el Procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad trasladada de manera ilícita a la República Dominicana
- Tribunal Superior Electoral. Reglamento Contencioso Electoral y de Rectificación del Estado Civil, de 17 de febrero de 2016.

JURISPRUDENCIA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Forneron e hija vs Argentina, de 27 de abril de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. R. O. [Caso Atala Rifo vs, Chile]. Sentencia de 24 de febrero de 2012 [en línea]. [Consulta: 12 de junio 2019]. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Reino de España. Tribunal Constitucional. STC 141/2000, de 29 de mayo (rec.4233/1996) (LA LEY 8805/2000) (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000) [en línea]. [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4125>
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia [en línea]. [Consulta: 2 de agosto 2019]. Sentencia núm. C-1003/07. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm>

- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia [en línea]. [Consulta: 7 de agosto 2019]. Sentencia núm. C-044/04, de fecha 27 de enero de 2004. Disponible en Internet: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/c-044.PDF>.
- República de Costa Rica. Sentencia núm. 2006-012019, de fecha 16 de agosto de 2006, la Sala Constitucional de Costa Rica [Consulta: 9 de agosto 2019]. Disponible en internet: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjExNA>
- Corte de Apelación del Distrito Nacional [en línea]. Sentencia núm. 122-2013, de fecha 18 de diciembre [Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en: <file:///C:/Users/Mirta%20Duarte/Documents/DATOSM~1.MIR/DOCUME~1/MIRTAD~1/ENJ/ENJ201~3/BIBLIO~1/SUSTRAS~1/SUSTRAS~1/Anexos%20Sutracci%C3%B3n%20Internacional%20de%20Menores%20de%20Edad/Corte%20Apelaci%C3%B3n%20NNA%20Distrito%20Nacional.pdf>
- Suprema Corte de Justicia (Civil), Sentencia de 22 de junio 1992, B.J. 979, pp. 670-676.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia del 25 de febrero del 2004; B.J. 1119, págs. 272-278. <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/publicaciones/memorias/2004/Capitulo%20VI.PDF>
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. [Consulta: 2 de abril 2020]. Disponible en:<http://vlex.com/vid/sentencia-no-125-primera-584488846>.

- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 21 de fecha 21 de abril de 2004. [Consulta: 5 de abril 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/segunda-camara-suprema-corte-justicia-b-360683834>
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en sus decisiones núms. 438 de fecha 21/9/2011, 1091 de fecha 11/11/2015, 185 de fecha 24/5/2013, 161 de fecha 7/3/2007
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 102, de fecha 30 de noviembre de 2011. [Consulta: 3 de junio 2019]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sentencia-primera-ca-mara-suprema-corte-b-j-450224342>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 438, de fecha 21 de diciembre del 2011. [Consulta: 30 de mayo de 2019]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-76-salas-668960321>
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia de fecha 6 de marzo de 2013, citada por la Sentencia núm. 125 del 25 de septiembre de 2013. [Consulta: 2 de abril 2020]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sentencia-no-125-primera-584488846>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 123 de fecha 14 de marzo de 2013. [Consulta: 5 de abril 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/584488766>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 185, de fecha 24 de mayo de 2013. [Consulta: 4 de junio de 2019]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion>

+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/584490626

- Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 22 de fecha de 28 mayo de 2014. [Consulta: 2 de abril 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-22-tercera-644889289>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia núm. 1091-2015.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 2, de fecha 5 de mayo de 2015. [Consulta 2019, 12 de junio]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/727428253>
- Las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia. Sentencia núm. 2 de fecha 10 de mayo de 2015.
- Las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia núm. 76 en fecha 10 de junio de 2015.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm. 1054 de fecha 4 de noviembre de 2015. [Disponible en:<https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p2/WW/vid/668954057>]. [Consulta: 4 de abril 2020].
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia núm. 642 de fecha 27 de julio de 2016.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 708, de fecha 29 de marzo de 2017. [Consulta: 4 de junio de 2019]. Disponible en:<https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/regulacion>

+del+derecho+de+visitas+del+menor+de+edad/p2/WW/vid/689053933

- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia núm. 710, de fecha 29 de marzo de 2017. <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-710-primera-689053945>
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 1365 de fecha 28 de junio del año 2017. [Consulta: 2 de abril 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/733963145>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 802 del 30 de mayo de 2018. [Consulta: 2 de abril 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-primera-sala-735851461>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia núm.1635 de fecha 28 de septiembre. 2018. [Consulta: 5 de abril 2020]. Disponible en:<https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/WW/vid/752560177>.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia 700, 29 de marzo de 2019,[Consulta: 19 de abril 2020]. Disponible en:https://webapp-st.pucmm.edu.do:2177/#search/jurisdiction:DO/sustracci%C3%B2n+internacional+de+menores/WW/vid/689130521/graphical_version
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [en línea]. Sentencia de fecha 31 de julio de 2019. [Consulta 5 de abril 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu>.

do:2177/#search/jurisdiction:DO/consejo+de+familia/p3/
WW/vid/812896045.

- Suprema Corte de Justicia (Civil), Sentencia núm. 1, de 19 de diciembre 2003.
- Suprema Corte de Justicia (Civil), Sentencia núm. 7, de 18 de agosto de 2004.
- Suprema Corte de Justicia (Civil), Sentencia núm. 6, de 13 de octubre 2004.
- Suprema Corte de Justicia, Sala Civil. Sentencia 13, de 23 de agosto de 2006.
- Suprema Corte de Justicia (Civil) de 15 de mayo de 2012, Zorrilla vs Rodríguez.
- Suprema Corte de Justicia, Sala Civil. Sentencia 938, 16 de septiembre 2015.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0009/13, de 11 de febrero.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0035/13, de 15 de marzo.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0058/13, de 15 de abril.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/119/13, de 04 de julio.
- Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia núm. 0017/2014, de 16 de enero. [Consulta: 20 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc001714/>

- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 0029-2014 [Consulta: 20 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc002914/>
- Tribunal Constitucional. Sentencia 0079/14, de 01 de mayo.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/101/14, de 10 de junio.
- Tribunal Constitucional. Sentencia 0265/14, de 06 de noviembre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0309/14, de 22 de diciembre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0339/14, de 22 de diciembre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0071/15, de 23 de abril.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/072/15, de 23 de abril. Voto disidente del Mag. Milton Ray Guevarra.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0211/15, de 13 de agosto.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0273/15, de 18 de septiembre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0276/15, de 18 de septiembre.
- Tribunal Constitucional Dominicano, en ocasión del recurso de inconstitucionalidad del artículo 1384 del Código Civil [en línea]. [Consulta: 20 de agosto 2019]. Sentencia

núm. 0223 de fecha 19 de julio del año 2018. Disponible en internet: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc022318/>

- Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0310/18, de 31 de agosto.

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 2020
en los talleres gráficos de
Imprenta La Unión, S. R. L.
Santo Domingo, Rep. Dom.

