

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE
ALIMENTOS Y GUARDA PREVISTO EN LA LOPNA.**

Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado
de Especialista, en Derecho Procesal

Autora: Abog. María Valentina Lucena Hoyer.
Asesor: Abog. Paolo Longo Falsetta.

Maracaibo, noviembre de 2006

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada María Valentina Lucena Hoyer, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo Título es: **La Tutela Cautelar en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la LOPNA**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los once (11) días del mes de noviembre de 2006.

Paolo Longo Falsetta.
C.I.7.666.665

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE
ALIMENTOS Y GUARDA PREVISTO EN LA LOPNA**

Por: María Valentina Lucena Hoyer.

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado en nombre de la Universidad católica “Andrés Bello”, por el Jurado
abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los _____ días del mes de
_____ de _____.

Nombres y Apellidos
C.I.

Nombres y Apellidos
C.I.

Con amor,
a mi niño Samuel Enrique.

Con especial afecto agradezco,
A mi esposo Ricardo,
por su paciencia e incondicional apoyo.
A mis padres,
por motivarme día a día a culminar las metas trazadas.
A los Doctores José Manuel Guanipa, Olga Ruiz y Beatriz Bastidas,
por haberme facilitado gran parte de la bibliografía empleada.
A Ana Karina y Javier,
por su ayuda técnica.
A Nelly,
por cuidar de mi más grande tesoro en mis horas de trabajo.

INDICE GENERAL

	Página
LISTA DE SIGLAS	ix
RESUMEN	x
INTRODUCCIÓN	01
I. ASPECTOS GENERALES DE LA TUTELA CAUTELAR	07
• Definición.	07
• Distintas Modalidades (medidas cautelares típicas, medidas cautelares atípicas, medidas complementarias de ejecución, medidas provisionales, medidas anticipadas, tutela cautelar constitucional anticipativa y preventiva.)	12
• Caracteres Comunes de la Tutela Cautelar.	19
II. MEDIDAS CAUTELARES	21
• Definición.	21
• Caracteres.	24
• Requisitos de Procedencia (Fumus Boni Iuris y Periculum in Mora).	30
• Finalidad General.	37
• Especificidad de las Medidas Cautelares Típicas.	39
a) El Embargo.	40
b) El secuestro.	44
c) La Prohibición de Enajenar y Gravar.	49
• Las Medidas Cautelares Innominadas.	51

• Procedimiento.	54
III. TUTELA CAUTELAR EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE	57
• Características.	58
• Principios Rectores.	61
a) El interés Superior del Niño.	62
b) La Prioridad Absoluta.	63
c) Ampliación de los Poderes del Juez en la Conducción del Proceso.	64
d) Instancia de Parte para iniciar el Proceso.	64
e) Celeridad.	65
• Antecedentes Legislativos.	65
a) Estatuto de Menores.	66
b) Ley sobre Delito de Violación de los Derechos Alimentarios del Menor.	67
c) Ley Sobre Protección Familiar.	67
d) Ley Tutelar de Menores.	69
• Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales.	73
• Medidas de Protección.	83
• Medidas Cautelares en los Procedimientos Especiales.	88
• Medidas Cautelares en el Sistema Penal de Responsabilidad del Niño y Adolescente.	92

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ALIMENTOS Y GUARDA PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE	
• Aspectos Resaltantes.	103
• Previsión legal.	105
• Caracteres.	119
• Requisitos de Procedencia.	121
• Finalidad	123
CONCLUSIONES	127
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artículo
C.Civ.	Código Civil
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
LOPNA	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente
T.S.J	Tribunal Supremo de Justicia.
C.S.J	Corte Suprema de Justicia.
C.N	Constitución Nacional.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**LA TUTELA CAUTELAR EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y
DEL ADOLESCENTE.**

**Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado
de Especialista, en Derecho Procesal**

Autora: Abog. María Valentina Lucena Hoyer

Asesor: Abog. Paolo Longo Falsetta.

Fecha: Noviembre 2006

RESUMEN

El presente trabajo constituye una investigación monográfica documental de tipo descriptivo, en la cual, tomando como base una amplia revisión bibliográfica constituida por autores especializados en materia procesal y de Protección de Niños y Adolescentes, con la aplicación de técnicas de análisis de contenido para realizar la interpretación y análisis requerido, se analiza el sistema cautelar previsto en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda establecido en la LOPNA, determinándose, que el mismo constituye un sistema Sui Generi de Tutela Preventiva Diferenciada. Para ello, se tomaron en cuenta las normas aplicables contenidas en la propia Ley y en el Código de Procedimiento Civil, además de la doctrina y jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia, realizándose un estudio previo de lo que constituyen los aspectos generales de la Tutela Cautelar y los caracteres de cada una de sus modalidades, así como de los conceptos de Medidas Cautelares, y su clasificación en Típicas e Innominadas, para llegar a analizar la tutela cautelar en el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente y de allí, la Tutela Cautelar en el Procedimiento especial de Alimentos.

Descriptores: Tutela Cautelar, Tutela Diferenciada, Medidas Cautelares Típicas e Innominadas, Medidas Preventivas, Medidas Anticipadas.

INTRODUCCIÓN

El 1º de abril del año 2000, entró en vigencia en Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, lo cual marcó el inicio de la aplicación en el territorio venezolano, de los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, celebrada en el año 1989 y ratificada por el entonces Congreso Nacional de Venezuela en el año 1990.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, significó un cambio radical en la concepción del tratamiento jurídico que se le daba al “menor de edad” en la legislación que sobre esa materia regía en Venezuela. El “menor”, se distingue ahora como “niño”, si tiene menos de doce años, o “adolescente”, si tiene más de doce años, pero menos de dieciocho. El “menor de edad” dejó de ser considerado un “objeto de protección”, para ser tratado como un “niño o adolescente sujeto de derecho”.

Ahora bien, para poder acoger de manera efectiva los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, se hizo necesaria la modernización de todo el sistema referido a niños y adolescentes, creándose en consecuencia el denominado “Sistema de Protección del Niño y del Adolescente”, el cual comprende normas

subjetivas y adjetivas, que desarrollan los postulados de la Doctrina de la Protección Integral, así como los órganos administrativos y judiciales encargados de su ejecución.

Ello trajo como consecuencia que, a través de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se produjeran cambios significativos en el tratamiento que se le venía dando a las instituciones civiles y procesales en materia de menores de edad, ahora, niños o adolescentes.

Al analizar el articulado contenido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, referido al aspecto procesal, se aprecia que la misma prevé una variedad de procedimientos, judiciales y administrativos, a través de los cuales se ventilan los aspectos relacionados con materias en las cuales los niños y adolescentes tengan interés. Dentro de cada uno de esos procedimientos, es notoria la existencia de un Poder de tutela desplegado por los órganos respectivos, por medio del cual, se garantiza la protección de los derechos de los niños y adolescentes que se vean involucrados.

Este Poder de Tutela, materializado a través de la aplicación de un sistema cautelar, se encuentra reflejado en la Ley Orgánica para la

Protección del Niño y del Adolescente sin una clasificación definida de las medidas que puede dictar el Juez de Protección para salvaguardar los derechos e intereses de los niños o adolescentes, lo que trae como consecuencia que se traten indistintamente los requisitos para la procedencia de las mismas, así como los recursos por medio de los cuales puedan impugnarse, y lo más grave, que se apliquen, en la generalidad de los casos, las normas que rigen la materia cautelar en el Código de Procedimiento Civil.

El mejor ejemplo de esta situación lo constituye el tratamiento que se la ha dado al Poder de Tutela en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda contenido en el Capítulo VI, del Título IV de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ya que se observa que, en las disposiciones legales referidas a la tutela cautelar en dicho procedimiento, se concentran diferentes clases de medidas preventivas, lo que ha generado confusiones en cuanto a la categorización del sistema cautelar aplicable.

Esto ha traído como consecuencia que no haya podido establecerse si se trata de un sistema cautelar sui generis, o del mismo sistema cautelar previsto en el Código de Procedimiento Civil, generando incertidumbre en cuanto al trámite que deba darse, desde su solicitud,

hasta su posible impugnación, vulnerándose la seguridad jurídica de los particulares, quienes carecen de los mecanismos legislativos adecuados al Sistema de Protección del Niño y del Adolescente.

Es por lo expuesto que en el presente trabajo se pretenderá analizar la Tutela Cautelar en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Ahora bien, por cuanto la presente investigación estará fundamentada en fuentes documentales, la misma es de tipo documental descriptiva, basada en la implementación de la técnica de análisis de contenido, a través de la cual se recopilará el material teórico, mediante la lectura evaluativa de la legislación venezolana, trabajos de investigación realizados por autores patrios y extranjeros, así como de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, para desglosarlo según las unidades de análisis, y posteriormente, clasificarlo para obtener preguntas específicas y responderlas ordenadamente según los distintos criterios y obtener, de esta forma, las conclusiones correspondientes.

En el Capítulo I de la presente investigación, se analizarán los aspectos generales de la Tutela Preventiva o Cautelar, sus caracteres y modalidades llegando a la noción de Tutela Diferenciada, a partir de la cual surgen dos modalidades de prevención, a saber, la tutela de derechos y la tutela cautelar; cada una de ellas con caracteres.

Acogiendo el criterio de que la Tutela Diferenciada comporta dos modalidades de prevención, a saber, la Tutela de Derechos a través de las Medidas Preventivas propiamente dichas, y la Tutela Cautelar, a través de las Medidas Cautelares, el Capítulo II, se centra en el estudio de estas últimas; partiendo de su definición, se estudiarán sus principales características, así como los requisitos establecidos en la Ley para su procedencia, su procedimiento y efectos. Al tratar lo relativo a su especificidad, se distinguirán las Medidas Cautelares Típicas previstas en el ordenamiento jurídico venezolano de las denominadas Medidas Innominadas, analizando cada una de ellas.

El anterior análisis permitirá obtener las nociones esenciales para distinguir la forma en la cual se manifiesta la Tutela Cautelar en el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, lo cual se desarrollará en el Capítulo III de la presente investigación. Se resaltarán las principales características, antecedentes legislativos y los principios

que rigen el sistema cautelar dentro de los distintos procedimientos contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Finalmente, en el Capítulo IV, se tratarán los aspectos más resaltantes de la Tutela Cautelar en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la LOPNA; sus caracteres específicos, la existencia o no de requisitos para su procedencia así como su finalidad, lo que permitirá establecer un criterio sustentado que permita definir el sistema cautelar previsto en dicho procedimiento, y de esta forma, aportar ideas para tratar de minimizar los problemas que su tratamiento ha venido presentado, ya que la propia ley no define si se trata de un sistema cautelar propio o si se trata de la aplicación del sistema cautelar contenido en el Código de Procedimiento Civil, para los procedimientos ordinarios civiles, los cuales, por la especialidad de la materia relativa a niños y adolescentes, no se corresponden con los principios y propósitos contenidos en la LOPNA.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA TUTELA CAUTELAR

- **Definición**

La Constitución de 1999, establece que la República Bolivariana de Venezuela, se constituye en un Estado social, de derecho y de justicia.

De allí que la noción de justicia y estado de derecho estén íntimamente relacionadas. En la medida que los órganos que integran los poderes públicos adecuen o sitúen sus actuaciones dentro del marco de la Ley, podrá decirse que los derechos de los particulares serán tratados con justicia.

Sin embargo, a pesar que las actuaciones, bien sea administrativas o judiciales, se encuadren en el marco legal vigente, es posible que aún así se produzcan situaciones lesivas o dañosas a los intereses de los particulares.

Es por ello que la Constitución Venezolana va más allá acogiendo en su artículo 26, la noción de la Tutela Judicial Efectiva y la eleva a la categoría

de derecho de rango constitucional. En ese sentido, el mencionado artículo dispone:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Para dar cumplimiento con este mandato constitucional, el Estado debe procurar contar con los medios idóneos y eficaces para tutelar efectivamente los derechos de los ciudadanos.

Surge así la noción de Tutela Preventiva entendida como una labor general de prevención de todos los órganos del Poder Público, y dentro de éstos de los órganos jurisdiccionales, que posibilita la adopción de medidas tendentes a evitar una situación lesiva o dañosa a los derechos de las personas.

Hecha esta definición, se prosigue ahora a señalar que cuando se hace referencia a la Tutela Preventiva desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales, hay que destacar que existe una diferencia conceptual dependiendo del bien jurídico que se pretende tutelar.

Así, la tutela preventiva propiamente dicha, es aquella destinada evitar cualquier situación lesiva a los derechos de las personas; mientras que la función preventiva cautelar, está dirigida a adoptar las medidas necesarias para precaver un daño en los derechos subjetivos de las partes intervinientes en un proceso y garantizar la futura ejecución del fallo que en el mismo se dicte. Esto trae como consecuencia, que este último tipo de medidas, únicamente pueden ser dictadas en sede judicial, ya que son instrumentos para la realización del derecho debatido en el litigio.

De manera pues que, considerando que los órganos jurisdiccionales forman parte integrante de los poderes públicos investidos de potestad cautelar, puede afirmarse que sólo en sede judicial pueden decretarse medidas preventivas y medidas cautelares, por ser estas últimas exclusivas de la función jurisdiccional por estar preordenadas al servicio de un litigio.

Así lo afirma Ortiz, R., (2000, P. 57) cuando señala:

“...las llamadas Medidas cautelares tanto por su estructura como por su naturaleza son propias del campo procesal, y responden a una manifestación de un poder de “prevención” de todos los órganos del poder público y, dentro de éstos, los órganos del Poder Judicial. De modo que no todas las medidas preventivas o de precaución son medidas cautelares, aún cuando todas las medidas cautelares comportan una prevención o una precaución de daño contra el proceso mismo”.

De allí que puede afirmarse que las medidas cautelares guardan respecto de las medidas preventivas, una relación de género a especie.

Continúa señalando el autor citado lo siguiente:

“...una cosa es la función preventiva de los órganos del poder público y la jurisdicción preventiva, dentro de la cual, se inserta la institución de las medidas cautelares. Si bien es cierto que todos los órganos públicos pueden prevenir, sin embargo, sólo a la función jurisdiccional le corresponde decretar y ejecutar medidas cautelares”. (Ortiz, R., 2000, P.42).

Igual criterio sostiene el autor Fábrega, J., (1998, P. 29), quien con relación a esa distinción de la tutela preventiva, opina lo siguiente:

“En primer término, debe distinguirse entre la función cautelar y la función preventiva. La función preventiva tiene como finalidad tutelar el derecho de los ciudadanos ante un peligro determinado, v. gr: separación de los cónyuges en un proceso de divorcio. La función cautelar es instrumental de la pretensión ejercitada en el proceso, para asegurar la ejecución”.

Estas distinciones son el fundamento de la noción de la Tutela Preventiva o Diferenciada, conforme a la cual, en base a la tutela judicial preventiva se dictan las medidas de tutela de derechos (o preventivas propiamente dichas), y en base al Poder Cautelar, se dictan las medidas cautelares.

De este Poder Cautelar de los órganos jurisdiccionales, deriva entonces la facultad exclusiva de éstos de dictar medidas cautelares en orden a la

eficacia de un proceso; medidas éstas que podrán ser típicas o innominadas atendiendo a bien jurídico objeto de tutela y al procedimiento dentro del cual se enmarquen.

Oportuno resulta el comentario realizado por el autor Araujo, J., (2000, P. 86), con relación al vínculo que existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el sistema cautelar:

“... consideramos que el sistema cautelar es la sustancia misma de que los justiciables conservamos el espíritu de confianza en el Poder Judicial, el sentimiento de encontrarnos respaldados por un Estado de Derecho que tiene como finalidad preservar los derechos de tal forma, que cuando se dicte una sentencia ésta pueda tener todavía vigencia y genere una sensación de justicia en sus destinatarios puesto que garantizados los efectos de la sentencia resultante no se podrá alegar que la tutela judicial no ha sido efectiva”.

Como puede observarse, los órganos jurisdiccionales tienen una doble función preventiva, ya que precisamente constituyen los órganos del poder público a los cuales acuden los justiciables en procura de una solución de los conflictos que los aquejan. Es por ello que cuentan con las herramientas legales para lograr a través de su actuación la materialización del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva, comentado ab initio.

- **Distintas Modalidades de la Tutela Cautelar.**

Por la distinción que se ha hecho, se prefiere hacer referencia a las distintas modalidades de la tutela preventiva, entendida ésta, como una labor general de prevención de todos los órganos del Poder Público, que posibilita la adopción de medidas tendentes a evitar una situación lesiva o dañosa a los derechos de las personas.

La distinción entre las modalidades de tutela dependerá de dos aspectos específicos: el bien jurídico a tutelar y el fin que con ella se persigue.

En ese sentido encontramos dentro de la Función Preventiva la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales de dictar Medidas Preventivas no Cautelares y Medidas Preventivas Cautelares.

Dentro de las Medidas Preventivas no Cautelares, pueden encuadrarse las denominadas Medidas Provisionales, las Medidas Anticipadas y la tutela Cautelar constitucional anticipativa y preventiva.

Con relación a las medidas provisionales, éstas constituyen una expresión de la tutela preventiva mediante la cual, los órganos jurisdiccionales están

facultados para adoptar los mecanismos necesarios tendentes a prevenir una situación dañosa a los derechos de las personas o a hacer cesar el daño que haya podido causarse.

Respecto a este tipo de medidas, Chiovenda, G., (1997, P. 115), señaló que las mismas "...responde (sic) a la necesidad efectiva y material de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la decisión definitiva".

Pudiera decirse que se trata de medidas preventivas de tutela de derechos, es decir, de aquellas que persiguen evitar situaciones lesivas a derechos e intereses de una de las partes en el proceso o de un tercero, en las cuales, lo importante es resguardar el derecho del interesado y no garantizar la futura ejecución del fallo.

Por su parte, las Medidas Anticipadas constituyen una modalidad de la tutela diferenciada, por medio de la cual, a través de una cognición excepcional, pueden y deben, los órganos jurisdiccionales adoptar medidas anticipatorias de la sentencia de mérito.

Ortiz, R., (2002, P. 467), señala que la tutela anticipada "consiste en la posibilidad jurídico- constitucional por medio de la cual los órganos

jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, de manera total o parcial, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación sea indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelables”.

Se trata de medidas autosatisfactivas, que anticipan totalmente los efectos de la sentencia de mérito en función de un bien jurídico superior.

Marinoni, L., (2000, P. 32), al disertar sobre la diferencia entre la tutela preventiva anticipatoria y la tutela cautelar, afirma que “la tutela que realiza el derecho material afirmado por el actor (satisfactiva), aún con base en cognición sumaria, no puede ser definida como cautelar”.

Recuérdese, que las medidas cautelares tienen por finalidad garantizar la futura ejecución del fallo, tienen carácter instrumental, pues sirven como medio, dentro de un proceso de cognición al cual están preordenadas.

Continúa señalando el autor antes citado, que “La tutela anticipatoria, al contrario de la tutela cautelar, fuera de que sea caracterizada por la provisoriedad, no es caracterizada por la instrumentalidad, o mejor, no es un instrumento que se destina a asegurar la utilidad de la tutela final”. (Marinoni, L., 2000, P. 32).

Para Quintero, M., (2000, P. 49), las medidas de tutela anticipada,

“...son aquellas decretadas por el juzgador para la corrección inmediata de daños causados y mantener tal evento hasta el futuro, luego de ser objeto de contención sumaria, confiriéndose a una de las partes el objeto parcial o totalmente de la pretensión debatida, para impedir un daño irreparable que fluiría de la mora en la jurisdicción”.

Para la autora antes citada, las medidas anticipadas constituyen un mecanismo de materialización del derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva.

Respecto a la noción de tutela constitucional preventiva y anticipativa, ésta encuentra su fundamento en el principio de la Tutela Judicial Efectiva, previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, y en el restablecimiento inmediato que ordena el artículo 27 eiusdem.

En este tipo de medida preventiva, el bien jurídico protegido es la salvaguarda de la constitucionalidad y del orden público constitucional, lo que acarrea que las mismas puedan dictarse de oficio.

Se afirma que esta tutela es constitucional por dos razones: la primera, porque la orden de tutela proviene directamente de la Constitución; la segunda, porque el objeto de la tutela está vinculado directamente con derechos constitucionales.

No se trata en modo alguno de una tutela cautelar, en los términos en que ésta ya ha sido expuesta, sino de una tutela preventiva del orden público constitucional. Es decir, como ya se ha señalado y se explicará más adelante, el bien jurídico protegido por las medidas cautelares es la “futura ejecución del fallo”; mientras que el bien jurídico protegido por la tutela constitucional preventiva y anticipativa es la salvaguarda de la constitucionalidad en ejercicio directo de la constitución y del orden público constitucional.

Ortiz, R., (2002, P. 932), respecto a la naturaleza de la tutela constitucional preventiva y anticipativa, comenta la sentencia No.431, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 11 de mayo de 2000, y cita:

“Es “Tutela” por su carácter protector y de salvaguarda; “Constitucional” por cuanto se trata de un mandato y una orden constitucional de restablecer la situación constitucional lesionada; “Preventiva” por cuanto se persigue evitar o corregir el quebrantamiento constitucional de manera preventiva y provisional; y “Anticipativa” por cuanto avanzan algunos efectos del juicio principal”.

De modo pues, que las distintas manifestaciones de la tutela preventiva no cautelar, tienen en común el no estar preordenadas a la realización y ejecución del derecho material debatido, sino a la preservación de la integridad de los derechos subjetivos de las partes involucradas.

Ahora bien, con relación a las medidas preventivas cautelares, una definición de las mismas las concibe como aquéllas medidas dictadas por los órganos jurisdiccionales cuya causa es el peligro en la infructuosidad de la futura ejecución del fallo y cuya finalidad es proteger, precaver, prevenir, ese peligro potencial que se cierne sobre la ejecución del fallo y la efectividad del proceso.

De manera que la posibilidad de decretar medidas cautelares, le es exclusiva a los órganos jurisdiccionales, precisamente por ser ellos quienes ejercitan la función jurisdiccional.

Autores patrios y extranjeros han ofrecido varias clasificaciones de estas medidas, coincidiendo en gran medida en señalar que las cautelares pueden ser típicas, y en contraposición, atípicas, genéricas o innominadas y complementarias de ejecución.

Respecto a las medidas cautelares típicas, más adelante en el desarrollo del capítulo II del presente proyecto, se verá que son aquéllas cuyo contenido se encuentra expresamente previsto en la Ley para situaciones específicas y con vistas a un temor de daño concreto establecido por el legislador.

En la legislación venezolana, están previstas en el primer párrafo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, y son el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar.

Las medidas atípicas, generales o innominadas, constituyen una manifestación del poder cautelar general conferido a todos los jueces, por medio del cual pueden prevenir la materialización de un daño o impedir la continuación del mismo, de manera que se logre no sólo evitar que el fallo quede ilusorio en su ejecución, sino fundamentalmente prevenir el daño o una lesión irreparable que una de las partes pueda causar en los derechos de la otra durante la tramitación de un proceso.

Encuentran previsión legal en el primer párrafo del artículo 588 eiusdem, y para su decreto requieren de la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 585 eiusdem, a saber *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, además de la demostración de un requisito que le es propio, cual es el *periculum in damni*, es decir, el peligro de la materialización de un daño concreto.

Por último, hay que mencionar las llamadas medidas complementarias de ejecución, las cuales están previstas en el primer aparte del artículo 588 del Código Civil, el cual textualmente señala que “Podrá también el Juez

acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”.

Respecto a ellas, Sánchez, A., (1995, P. 81), señala que su finalidad inmediata no es garantizar la eficacia del fallo, sino asegurar la efectividad de las medidas que fueren dictadas. Tienen un carácter accesorio de las medidas cautelares típicas.

De modo pues que a través de la noción de Tutela Diferenciada, es posible distinguir la existencia de los más variados mecanismos de tutela con los cuales cuentan los órganos del Poder Público, y específicamente el Poder Judicial a través de los órganos jurisdiccionales, para garantizar la Tutela Judicial Efectiva de los derechos de los particulares, mediante las diferentes formas de tutela preventiva, la cual estaría dirigida, según el caso, a proteger los derechos subjetivos de los particulares o a garantizar la efectividad de un fallo judicial.

- **Caracteres comunes de la Tutela Cautelar.**

Partiendo de la premisa de que todos los órganos del Poder Público están facultados por la ley para emplear los mecanismos para hacer efectivo el Estado de Derecho y la garantía constitucional a la Tutela Judicial

Efectiva, se distinguen las nociones de Tutela Preventiva de Derechos y de Tutela Cautelar.

La Tutela Preventiva de Derechos tiene como finalidad salvaguardar, proteger, situaciones concretas de lesión o amenaza de daño sobre los derechos subjetivos de las personas.

La Tutela Cautelar está en función asegurativa del proceso, desde el punto de vista material, desde el punto de vista de la garantía de que el fallo que se dicte se ejecute eficazmente.

Tienen en común que ambas, como se dijo al principio, constituyen las formas de manifestación de la función tutelar del Estado a través de los órganos que la integran.

Finalmente, puede afirmarse que la categorización de las medidas preventivas permite ilustrar todos los modos de prevención con los cuales cuentan los órganos jurisdiccionales, como integrantes del Poder Público que conforman el Estado, y que como se verá en el desarrollo del presente proyecto, está presente en el articulado que conforma el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda.

CAPÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES

- **Definición.**

Definir el concepto de Medidas Cautelares ha sido uno de los temas más debatidos en la ciencia del derecho procesal. Los más destacados procesalistas europeos y latinoamericanos, dedicaron obras enteras al análisis de las llamadas Medidas Cautelares. Para el autor Fábrega, J., (1998, P. 24), “El estudio de las medidas cautelares y su sistematización es más bien de este siglo. Con anterioridad eran consideradas como meras medidas preparatorias, y examinadas con un criterio casuístico”.

Según indica el autor Henríquez, R., (2000, P. 48):

“en la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación. Unos limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan en función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva que cumplan”.

Para este segundo grupo, es decir, aquéllos que engloban todas las providencias dentro de la noción de Medidas Cautelares, el término “medidas preventivas” es sinónimo de “medidas cautelares”, e igualmente de “medidas

anticipadas”, cuando en realidad aluden a diferentes clasificaciones.

Las Medidas Cautelares, constituyen una categoría de la Tutela Jurisdiccional cuyo objeto es asegurar la existencia de los medios que tornen posible la ejecución de un futuro fallo, por supuesto, dentro de un proceso judicial. Ortiz, R., (2002, P. 252), señala que las Medidas Cautelares constituyen “el conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso y, mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo...”.

Las Medidas Cautelares guardan respecto de las Medidas Preventivas, una relación de género a especie, es decir, todas las Medidas Cautelares son Medidas Preventivas, más no todas las Medidas Preventivas son Cautelares, porque ambas aluden a fines de protección distintos.

Las Medidas Preventivas, constituyen una manifestación de la Tutela Preventiva, es decir, de la función que tienen todos los órganos del poder público, de adoptar las medidas necesarias que tiendan a evitar cualquier situación lesiva a los derechos de las personas.

Como se ha señalado, las Medidas Cautelares están destinadas a la garantía de la futura ejecución de un fallo, por lo tanto son de estricto ámbito judicial. Sólo pueden ser dictadas por un Órgano Jurisdiccional.

El autor Longo, P., (2003, P. 473) ha señalado que "...las providencias o resoluciones cautelares representan un tipo específico de tutela judicial, por lo cual, acertadamente puede decirse que se trata de una expresión típica de la potestad jurisdiccional". Esta afirmación se fundamenta en que los Tribunales, como miembros integrantes de ese todo que representa el Estado, están en la obligación de ofrecer a los justiciables tutela a sus derechos y garantías, y la manifestación exclusiva de esta potestad jurisdiccional, la constituyen las medidas cautelares, las cuales sólo pueden ser dictadas en sede judicial, precisamente porque su finalidad atiende a la garantía de la ejecución de un futuro fallo.

Podría entonces afirmarse que las Medidas Cautelares son una Modalidad de las Medidas Preventivas, cuya finalidad es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes de un litigio, y garantizar la futura y efectiva ejecución del fallo.

- **Caracteres.**

Según el autor Henríquez, R., (2000, P. 38), las Medidas Cautelares tienen una característica procesal muy importante, cual es su instrumentalidad, entendida ésta en el sentido de que estas medidas "...no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad también en el sentido de ayuda o auxilio a la providencia principal...".

Respecto a la instrumentalidad, clásicamente se ha considerado que la misma consiste en la relación de dependencia o subordinación respecto de la decisión definitiva a la cual sirve la medida cautelar.

Según el autor Sánchez, A., (1995, P. 23) "esta instrumentalidad significa entonces que el procedimiento cautelar no tiene un fin en sí mismo, sino que constituye un accesorio de otro principal del cual depende y a la vez asegura el cumplimiento de la sentencia que en éste se dicte".

Según el precitado autor, esta instrumentalidad que reviste las medidas cautelares, entendida en los términos antes expuestos, conlleva a que de ella se deriven otras características como lo son la judicialidad, la temporalidad, la mutabilidad, entre otras.

Así quedó establecido en sentencia No. 699 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha de 27 de julio de 2004, en la cual se señala,

“En este orden de ideas, estima la Sala oportuno resaltar que, si bien es cierto que las medidas preventivas tienen carácter de instrumentalidad que conlleva a su vez, el carácter de provisionalidad de las mismas, porque en un primer momento éstas tienen un efecto de cautela o garantía; no es menos cierto que aquélla se transforma y continúa a fin de garantizar la eficacia de la resolución principal, vale decir, evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo, garantizando, de esta manera, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses del litigio”.

Así tenemos que además de instrumentales, las Medidas Cautelares son provisionales, es decir, tienen una duración limitada en el tiempo, que está supeditada a que sobrevenga la sentencia definitiva que se pronuncie en el proceso principal dentro del cual fueron dictadas, o a que la misma sea suspendida, bien a solicitud de la parte a favor de la cual se decretó, o bien por haber prosperado en derecho la oposición de la parte contra quien obró dicha medida.

Sin embargo, el autor Fábrega, J., (1998, P. 41) sostiene que ésta no es una característica específica, ya que existen otras medidas procesales, que sin ser cautelares, tienen un carácter provisional, como por ejemplo, las expensas de la litis.

Ahora bien, tratando la provisionalidad, como característica de las medidas cautelares, el autor Henríquez, R., (2000, P. 40), afirma que en virtud de esta característica, éstas “suple (sic) un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente”.

Es decir, que las medidas cautelares constituyen una decisión dictada por el órgano jurisdiccional de efecto temporal, que surte sus efectos mientras se produce la decisión definitiva que resuelva al fondo la controversia, independientemente de que ésta resulte favorable o no a la parte que se sirvió de dicha cautela.

De manera que el aspecto más importante que hay que resaltar es que por ser temporales, las medidas cautelares no pueden subsistir indefinidamente en el tiempo; su duración está limitada al servicio del proceso principal dentro del cual se encuentren y a la espera de que se produzca la sentencia definitiva que resuelva al fondo la controversia planteada.

Otra de las características de las medidas cautelares, es su mutabilidad. En virtud de ésta, las medidas cautelares son susceptibles de modificación, ampliación, reducción o sustitución luego de que se acuerden en un

proceso. Así lo afirma el autor Henríquez, R., (2000, P. 41), para quien las medidas cautelares se encuentran comprendidas “dentro del grupo de las providencias con la cláusula rebus sic stantibus, según la cual, aún estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron”.

Ese carácter de mutabilidad origina que el decreto de la Medida no produce cosa juzgada formal, ya que la misma puede ser revisada y consecuentemente modificada cuando los supuestos de hecho que la originaron hayan cesado o se hayan modificado.

Las Medidas Cautelares son también de carácter urgente; bajo la premisa de que una justicia que llega tarde, es como si no hubiera llegado, las medidas cautelares surgen ante la necesidad de un medio efectivo que garantice la futura ejecución del fallo que habrá de dictarse en la causa a la que se contraen. Henríquez, R., (2000, P. 44) señala que “la causa impulsiva de las medidas cautelares viene a ser el peligro en el retardo de administración de justicia, originado (ese retardo) en la inobjetable ecuanimidad que deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte”.

Y es que la urgencia de las medidas cautelares está íntimamente relacionada con su efectividad, ya que, como lo señala el autor Peyrano, W.,

(2000, P. 16), “hoy en día se habla con razón de la “Jurisdicción oportuna” que debe procurar no sólo <dar a cada uno lo suyo> sino hacerlo <cuando corresponde>, es decir, en tiempo útil, como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables”. Así se ha afirmado que la razón de ser de las cautelas es tutelar oportunamente, es decir, en el momento en que sea requerido y a la brevedad posible el derecho que se reclama.

Ese carácter urgente de las medidas cautelares para algunos autores, se trata más bien de un requisito para la procedencia de dichas medidas; sin embargo, pareciera que, como característica, la urgencia de las medidas cautelares está ligada íntimamente a otra, cual es la sumariedad. Las Medidas Cautelares son sumarias, es decir, son el resultado de un juicio de valor que ha emitido el juez ante quien se solicita, sin el contradictorio, es decir, en un proceso de cognición superficial, en el que no se emite un juicio de certeza, que es el que correspondería en la sentencia de fondo, sino en un juicio de verosimilitud de los medios probatorios aportados para demostrar la procedibilidad de la medida decretada. De allí que para el Juez, el decreto de dichas medidas es de carácter discrecional.

Las medidas cautelares son también de carácter judicial; es decir, se dictan dentro y para un procedo judicial. Necesariamente están referidas a un

juicio, en garantía del cual fueron dictadas. Tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia.

Pudiera incluso afirmarse que ésta es su característica más distintiva, ya que como se ha mencionado precedentemente, las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas en sede jurisdiccional, a diferencia de otras medidas de tipo preventivo, las cuales pueden ser dictadas incluso en sede administrativa. Esto es así, precisamente porque las medidas cautelares tienen por fin la garantía de la ejecución de un eventual fallo, de una decisión que ponga fin a un proceso judicial.

Por último, pudiera afirmarse que las medidas cautelares son de derecho estricto; las normas que las regulan son de interpretación restrictiva ya que, por lo general, afectan derechos o garantías personales. En este sentido la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada en fecha 27 de junio de 1985, señaló que “las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida y su aplicación no puede alcanzar, por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona”.

Esta situación, sin embargo, no obsta para que el Juez pueda, haciendo uso de su poder discrecional, decretar las medidas que juzgue más

convenientes para cada caso en concreto, dependiendo de la naturaleza de la pretensión y del bien jurídico a tutelar.

- **Requisitos de Procedencia.**

El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, expresamente señala:

Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

De la anterior disposición legal se desprenden dos requisitos que debe cumplir la parte que pretenda servirse de una medida cautelar, a saber, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Sabido es, que el trámite procesal que debe seguirse para la resolución judicial de los conflictos puede hacerse largo y prolongado. Las razones pueden ser varias: lapsos procesales muy largos, retardo procesal, suspensión de la causa, tácticas dilatorias empleadas por las partes, entre otras.

Partiendo de esa noción, algunos autores afirman que ese prolongado lapso de tiempo, constituye un perjuicio para la parte, quien debe esperar

por el dictamen de la sentencia de mérito. Sin embargo, para otros, lo perjudicial no es el transcurso del tiempo en sí, sino mas bien la actividad que la parte contraria pueda desplegar con la intención de ocasionar una disminución de su patrimonio o de los bienes objeto de litigio.

Para Ortiz, R., (2002, P. 284), el *periculum in mora*,

“es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que de una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico”.

Continúa señalando el precitado autor, que el *periculum in mora*, no se presume, es necesaria su comprobación. Debe existir, al menos, una presunción grave del peligro del daño causado por la demora, o más bien, por el transcurrir del tiempo dentro del proceso. Señala además que la razón de ser de esta exigencia, radica en el hecho de que la buena fe, siempre se presume; y por lo tanto, si el peligro lo constituye la actitud dolosa o incorrecta de la contraparte, pues, sin duda alguna, no bastará alegarla, sino que es imperativo probarla.

La autora Rondón, H., (1997, P. 320), al comentar los requisitos para el otorgamiento de las medidas cautelares, señaló lo siguiente:

“El periculum in mora traduce y alude a lo siguiente: al riesgo de que pueda hacerse nugatorio el contenido decisorio del fallo; a la urgencia de asumir determinada providencia; y, al imperativo de conservar el estado actual de las cosas”.

Continúa planteando que el periculum in mora puede presentarse a través de dos modalidades:

1. Como peligro de que sea imposible la ejecución de la sentencia definitiva por carecer el deudor para esa fecha de los bienes necesarios para atender a su condenatoria.
2. Como temor de que el paso del tiempo haga ineficaz la sentencia definitiva, no por el mantenimiento de los bienes del deudor, sino por el daño actual que la insatisfacción de sus derechos acarrea al acreedor.

Martínez, R. (1990, P. 52), define el periculum in mora como “el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a dictarse en el proceso principal no puede, en los hechos hacerse efectiva”.

Ese peligro probable a que alude el autor, consiste en el peligro de la configuración de un daño a un derecho cuya protección se pretende, que impida que el derecho reconocido en la sentencia definitiva se materialice.

De manera pues, que el peligro en la demora está referido al riesgo que corre la parte, de que durante el transcurso del tiempo que tome el trámite del proceso, se materialice algún daño, bien por actuaciones desplegadas por las partes para impedir la materialización del derecho debatido reconocido en la sentencia de mérito, o bien por el deterioro natural de las cosas.

El *fumus boni iuris*, está referido a que el solicitante de la medida aporte una prueba sumaria, por lo menos indiciaria, del derecho que se espera obtener mediante la tutela cautelar. Es una apariencia de derecho.

Para algunos autores, este requisito guarda estrecha relación con la característica de instrumentalidad que revisten las medidas cautelares. Por ejemplo, para Calamandrei, citado por Ortiz, R., (2002, P. 295), “La instrumentalidad de las providencia cautelares determina que su emanación presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal”.

Según Calamandrei, no se trata de un acreditamiento pleno, ya que eso constituye objeto del juicio principal, del debate probatorio, al efecto,

“Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda

prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar”. (Ortiz, R., 2002, P. 296).

Cuando se habla de la acreditación del derecho reclamado, se trata de la presentación de cuán probable es la existencia del derecho reclamado. En este caso, el Juez debe realizar un juicio de verosimilitud y no de certeza del derecho, ya que esto constituiría el objeto del juicio principal. Debe, al menos, analizar qué tan probable es el derecho que el peticionante de la medida, pretende se proteja.

El autor Martínez, R., (1990, P. 45), ha señalado respecto al *fumus boni iuris*, como requisito de procedencia del decreto de las medidas cautelares, lo siguiente:

“Para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente una pretensión cautelar,, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (tradicionalmente denominado *fumus boni iuris*), de modo tal que, según el cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que el proceso principal se declarará la certeza del derecho”.

Este juicio de valor no implica un pronunciamiento adelantado sobre el fondo de la controversia; se trata sólo de una hipótesis que puede ser perfectamente desvirtuable en el transcurso del proceso. En este sentido se pronunció la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha veinticinco (25) de mayo de 2000, señalando:

“...es cuestión superada hace ya mucho tiempo, la objeción respecto a que el juez que dicta la medida preventiva por considerar existente el *fumus boni iuris*, se pronuncia sobre el fondo del pleito. De la misma manera, lo es en cuanto a que al decidirse la oposición que se hubiera planteado, se incurre *per se* en este tipo de pronunciamiento.

Admitir tal argumentación sería tanto como eliminar la posibilidad de que pueda dictarse alguna medida preventiva, ya que las mismas podrán ser decretadas sólo cuando el juez considere que existe presunción grave del derecho que se reclama, para lo cual, obviamente, tiene que analizar y apreciar de alguna manera, los fundamentos y recaudos en que se apoya la acción.

El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un pronunciamiento sobre el fondo, sino sólo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso en concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado, de las resultas del pleito”.

Es importante recalcar, que cuando se habla del análisis de la verosimilitud del derecho invocado, no se trata en modo alguno de un examen riguroso y exhaustivo del mismo, sino que se refiere sólo a la consideración de la existencia de ese derecho, a la posibilidad de que el derecho invocado por el peticionante exista, y que por lo tanto, no se está en presencia de una pretensión infundada o temeraria.

Pareciera que una frase esbozada por el autor Martínez, R., (1990, P. 46), aclarara este punto, cuando señala que “Las medidas cautelares, más que a hacer justicia, están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra”. De esa afirmación concluye que es por eso que no

pueda exigirse una “prueba acabada” del derecho debatido en lo principal del pleito, ya que eso sólo debe ser resuelto en la sentencia de mérito.

Ahora bien, aclarado el punto relacionado con el contenido del *fumus boni iuris*, vale la pena precisar entonces cómo se da cumplimiento con ese requisito; de qué manera se demuestra la verosimilitud del derecho invocado por quien solicita una medida cautelar. Pues bien, todo dependerá de la fundamentación que haga el peticionante; éste “...deberá arrimar los elementos idóneos para producir convicción en el ánimo del tribunal sobre la apariencia de certeza o credibilidad”. (Martínez, R.,1990, P. 48). La prueba de la verosimilitud del derecho, se obtiene analizando los hechos alegados por el solicitante y la documentación que acompañe.

Señala Ortiz, R., (2002, P. 301), que este requisito está imbuido de una alta carga apreciativa del juez, “quien deberá obrar racional y equitativamente al analizar los medios de prueba que se le hubieren consignado en el expediente”; y señala que incluso, de ser procedente, puede el Juez utilizar las máximas de experiencia, para determinar que la posición sostenida por el solicitante es jurídicamente tutelable.

Sin embargo, debe recordarse, que como estas medidas tienen la finalidad de garantizar la futura ejecución de un eventual fallo, están imbuidas

de un contenido patrimonial indiscutible, y por lo tanto debe garantizarse la esfera de los derechos de los particulares que puedan verse afectados con su decreto; por ello, el que el Juez sea discrecional, no significa que pueda actuar arbitrariamente.

- **Finalidad General.**

Establecida ya la definición de las medidas cautelares, como aquéllas decisiones dictadas en sede judicial, tendentes a garantizar las resultas y efectividad de un futuro y eventual fallo, puede distinguirse entonces su finalidad.

Ahora bien, de la definición dada puede hablarse de una finalidad específica de este tipo de tutela cual es la de garantizar las resultas de un eventual fallo. Finalidad ésta que, como ya se ha dicho, distingue a este grupo de medidas del resto de las medidas de tutela preventiva.

Al referirse a la finalidad de las medidas cautelares, Ortiz, R., (2002, P. 55), señala:

“...podemos visualizar la finalidad de este tipo de medidas: a) la seguridad de que el contenido de las sentencias será eficaz en tanto que resolverá en definitiva la controversia o el interés y, además, será efectiva, esto es, la concreción real en la satisfacción de los intereses tutelados y b) el aseguramiento, en base a los señalado anteriormente, de que el bien –objeto de la

controversia- no sufrirá disminución en su valor económico, y que los derechos o intereses discutidos serán adecuadamente tutelados”.

Pero más allá de prestar ese auxilio a la pretensión del pleito principal, las medidas cautelares constituyen instrumentos para la realización de la justicia en la medida de que los derechos e intereses de los justiciables se vean satisfechos por la actuación oportuna del Estado, a través de sus órganos, específicamente de la Jurisdicción.

Sobre este particular, el autor Ortiz, R., ya citado, habla de una finalidad inmediata y mediata de las tutelas cautelares, y señala que “Desde otra perspectiva, todo el sistema cautelar, tanto el tipificado en el texto procesal como el de las innominadas tiene como fin inmediato la justicia particular del caso concreto y el bien privado de los particulares; y, mediatamente, la seguridad jurídica y la paz social”. (2002, P. 56).

Oportuno resulta citar al autor Araujo, J., (2000, P. 86) quien tratando sobre el tema de la Seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar, realiza una afirmación, que define claramente la función de las medidas cautelares como sistema, y al efecto señala:

“...consideramos que el sistema cautelar es la sustancia misma de que los justiciables conservamos el espíritu de confianza en el Poder Judicial, el sentimiento de encontrarnos respaldados por

un Estado de Derecho que tiene como finalidad preservar los derechos de tal forma, que cuando se dicte una sentencia ésta pueda tener todavía una vigencia que genere una sensación de justicia en sus destinatarios, puesto que garantizados los efectos de la sentencia resultante no se podrá alegar que la tutela judicial no ha sido efectiva”.

En la actualidad, cuando los entes públicos están tan cuestionados, cuando muchas veces los particulares prefieren aplicar la justicia por mano propia, en vez de optar por una vía judicial para resolver sus conflictos, por temor a quedarse atrapados en un proceso que puede prolongarse exageradamente en el tiempo, lo que precisamente desvanecería la posibilidad de materializar sus derechos, se hace necesaria la actuación de una justicia que sea efectiva, que brinde, como lo postula el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, una Tutela Judicial Efectiva, y para ello precisamente la justicia se sirve, entre otros medios, de las medidas preventivas, y dentro de ellas, de las medidas cautelares.

- **Especificidad de las Medidas Cautelares.**

Según apunta el autor Ortiz, R., la tutela cautelar tiene “diversas maneras de manifestarse y regularse en el contexto procesal”. (2002, P. 313). Una de estas formas de manifestación lo constituyen las medidas cautelares típicas, denominadas así por cuanto su contenido se encuentra expresamente

previsto en la Ley para situaciones específicas y con vistas a un temor de daño concreto establecido por el legislador.

En nuestro ordenamiento procesal civil, el primer aparte del artículo 588 del Código Adjetivo, establece que las medidas cautelares son tres: el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar.

a) El Embargo.

Para Chiovenda, el embargo es una medida provisional que corresponde a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico. Alsina, citado por Sánchez, A., (1995, P. 130), sostiene que se trata de una medida procesal de garantía, cuyo objeto es la individualización y la indisponibilidad del bien afectado, mediante la cual se asegura que el importe obtenido para la realización judicial de aquél será aplicado a satisfacer el interés del acreedor.

Devis, H., (1984, P. 513), define el embargo como “un acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa a ordenes de la autoridad que lo ha decretado”.

Para el autor Sánchez, A., (1995, P. 131), el embargo constituye la medida cautelar típica por excelencia que “consiste en la afectación de

bienes a un proceso determinado proporcionándole al juez los medios necesarios para asegurar la ejecución de la sentencia”.

La doctrina y las legislaciones han clasificado el embargo, dependiendo de sus efectos, en dos categorías: preventivo y ejecutivo.

El autor Henríquez, R., (2000, P. 118), define el embargo preventivo como “el acto judicial a requerimiento de parte, en virtud del cual se sustrae en un depositario cualquier bien mueble del poseedor contra quien obra, con el objeto de suspender provisionalmente los atributos de su derecho de propiedad – ius abutendi, fruendi et utendi- , y atenerlos a las resultas del juicio”.

Ortiz, R., (2002, P. 319), lo define como “una medida preventiva de carácter cautelar que, a solicitud de parte y en el curso de un proceso, puede decretar el juez previa la comprobación de los requisitos de ley, sobre bienes muebles propiedad de aquél contra quien se dirija, impidiendo el uso, goce y disfrute y disposición por el tiempo que dure el proceso principal, y los cuales quedarán afectos a responder del contenido del dispositivo sentencial de condena expresado en la definitiva”.

En la legislación venezolana, el embargo preventivo está previsto en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como una de las medidas típicas que pueden decretarse de conformidad con el artículo 585 eiusdem, al igual que el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar, las cuales serán analizadas más adelante.

Por su parte, el embargo ejecutivo está regulado a partir del artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, el cual textualmente dispone lo siguiente:

“El embargo se practicará sobre los bienes del ejecutado que indique el ejecutante. En cualquier momento en que el ejecutado ponga a disposición del Tribunal bienes suficientes para llevar a cabo la ejecución, el Tribunal decretará el levantamiento del embargo que se haya practicado sobre el inmueble que le sirve de morada”.

La parte afectada por el decreto de una medida de embargo, tiene como recurso la oposición prevista en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, si con el decreto de una medida de embargo se afectan los derechos e intereses de un tercero ajeno a la litis, ésta podrá oponerse a esta medida, de conformidad con el contenido del artículo 546 eiusdem.

Partiendo de las anteriores definiciones, pueden señalarse las principales diferencias que existen entre el embargo preventivo y el ejecutivo.

En primer lugar, el embargo preventivo tiene por finalidad garantizar los resultados del juicio, mientras que el embargo ejecutivo procura materializar el derecho reconocido en la sentencia.

En segundo lugar, el embargo preventivo recae siempre sobre bienes muebles propiedad de la contraparte del solicitante de las mismas; mientras que el embargo ejecutivo recae siempre sobre bienes muebles o inmuebles, propiedad de la parte que resulte perdedora en la sentencia definitiva.

En tercer lugar, contra el embargo preventivo procede la oposición de parte, fundamentando la misma en el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil; el embargo ejecutivo no es susceptible de oposición, salvo que se trate de bienes excluidos de ejecución.

Por último, puede señalarse que el embargo preventivo procede por vía de causalidad o por caucionamiento; mientras que el embargo ejecutivo procede únicamente al decretarse la ejecución forzosa de la sentencia.

Esta medida cautelar, tiene por finalidad, limitar las facultades de disposición del titular de la totalidad o parte de un patrimonio, o simplemente

la de determinados bienes, para así, evitar que se frustre el resultado de un proceso de cognición o ejecución.

b) El Secuestro.

Tal como lo dispone el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, entre las medidas cautelares típicas se señala en el ordinal 2º eiusdem, el secuestro de bienes determinados.

Quintero, citada por Ortiz, R., (2002, P. 341), ha definido el secuestro como “ el depósito de una cosa hecho a merced de un juicio”.

Para Borjas, A., (1984, P. 14), el secuestro es “el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio que, en manos de tercero y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el Tribunal”. De esta definición puede colegirse que el secuestro puede ser convencional o judicial. A los efectos de la presente investigación se analizará únicamente el secuestro como medida cautelar dictada en sede judicial.

De manera que esta medida cautelar típica, prevista en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, consiste en el depósito de bienes, muebles o

inmuebles, expresamente determinados por la Ley, en manos de una tercera persona, con la finalidad de conservarlos, evitando su destrucción, dilapidación u ocultamiento, ya que los mismos constituyen el objeto del litigio dentro del cual es dictada dicha medida.

Según Henríquez, R., (1998, P. 451), “el secuestro de una cosa se concede siempre con fundamento al derecho principal de la relación jurídico-material (y no una pretensión incidental u ocasional en el juicio) que sobre ella pretenda tener el demandante o demandado, según el caso”.

El artículo 599 eiusdem, enumera taxativamente los bienes susceptibles de secuestro, a saber:

1º De la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore.

2º De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión.

3º De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficientes para cubrir aquéllos, cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad.

4º De bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado, cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan bienes hereditarios.

5º De la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio.

6º De la cosa litigiosa, cuando dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

7º De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el Contrato. También se decretará el secuestro de la cosa arrendada, por vencimiento del término del arrendamiento, siempre que el vencimiento de dicho término conste del documento público o privado que contenga el contrato.

En este caso el propietario, así como el vendedor en el caso del ordinal 5º, podrán exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la cosa para responder respectivamente al arrendatario o al comprador, si hubiere lugar a ello.

Se ha dicho que la peculiaridad del secuestro reside en que siempre versa sobre la cosa litigiosa.

Obsérvese de la enumeración realizada en el artículo antes transcrito que, a excepción de la contenida en el ordinal 3º, las causales están referidas a situaciones que puedan presentarse sobre bienes muebles o inmuebles, sobre los cuales se está discutiendo. Están en procura de mantener el estado en el que esos bienes se encuentren para el momento en que la medida es solicitada.

Ahora bien, respecto al ordinal 3º, éste merece una opinión aparte; el secuestro de los bienes que conforman la comunidad conyugal, puede decretarse dentro del juicio de divorcio por el cual se pretende disolver el vínculo conyugal que dio origen a dicha comunidad de gananciales; como se

ve, el objeto de ese juicio, no son los bienes, sino el vínculo matrimonial; sin embargo, a los fines de garantizar el estado de los bienes que conforman el patrimonio conyugal para un futuro juicio de partición, el legislador ha dispuesto la medida de secuestro, que en este caso tiene una instrumentalidad eventual por las razones que acaban de exponerse.

Sánchez, A., (1995, P. 174) ha señalado que “la enumeración que contiene el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil, para establecer la procedencia de la medida preventiva de secuestro, es taxativa; por ello, no podrá el tribunal decretar tal medida bajo ningún otro supuesto distinto a los allí establecidos, a menos que así lo permita alguna disposición legal”. Tal es el caso del secuestro a que hace referencia el artículo 22 de la Ley Sobre Ventas con Reserva de Dominio, o el señalado en el artículo 74 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión o los artículos 111 y siguientes de la Ley Sobre Derechos de Autor, por citar sólo algunos ejemplos.

En base a lo antes expuesto y retomando las ideas esbozadas sobre la medida de embargo, pueden señalarse de seguidas, las diferencias que existen entre éste y el secuestro.

En primer lugar, el secuestro se decreta sobre bienes determinados, señalados en la oportunidad en la que se solicite la medida. Por su parte, el embargo recae sobre bienes muebles indeterminados, los cuales se señalarán al momento de la ejecución de la medida.

En segundo lugar, el secuestro puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles, mientras que el embargo preventivo recae siempre sobre bienes muebles.

En tercer lugar, el objeto sobre el que recae el secuestro constituye siempre la cosa litigiosa; por su parte, el embargo preventivo, recae sobre cualquier bien mueble propiedad de la parte contra quien obra la medida.

El secuestro no puede decretarse por la vía de la caución, sino únicamente si está demostrada alguna de las causales previstas en el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, es perfectamente viable, el decreto de la medida de embargo preventivo por la vía del caucionamiento.

Estas son algunas de las diferencias mas significativas entre estas dos medidas, y las cuales, como puede apreciarse surgen de la peculiaridad de

que el secuestro versa siempre sobre la cosa objeto del litigio; de allí muchas de sus limitantes y exigencias.

c) La Prohibición de Enajenar y Gravar.

Constituye la medida cautelar contenida en el ordinal 3º del encabezado del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Ortiz, R., (2002, P. 352), la define como aquella medida cautelar “a través de la cual el tribunal, a solicitud de parte y cumpliéndose los requisitos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil vigente, impide que el afectado por la medida pueda de alguna forma vender o traspasar la propiedad de un bien inmueble, (litigioso o no) o de alguna manera gravarlo en perjuicio de su contraparte”.

Para Henríquez, R., (1995, P. 511), la prohibición de enajenar y gravar viene a ser una versión suavizada del embargo ejecutivo sobre bienes inmuebles, ya que el decreto de la medida de prohibición de enajenar y gravar en nada afecta el uso y el disfrute de la cosa, manteniendo intacta inclusive la posesión, bien sea legítima o precaria de dicho bien.

Respecto a la manera de proceder para la ejecución de esta medida, el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil, establece que:

“Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde estén situados el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición”.

Continúa señalando el precitado artículo, los efectos que produce el decreto de este tipo de cautela, y en sentido dispone la sanción de nulidad para aquellas enajenaciones o gravámenes que se hubieren protocolizado después de que la medida de prohibición de enajenar y gravar hubiese sido decretada y comunicada al Registrador respectivo mediante oficio.

Para algunos autores, la medida de prohibición de enajenar y gravar, es una medida anticipatoria del embargo, ya que mediante el impedimento de vender o gravar bienes inmuebles determinados, se asegura un patrimonio que pueda garantizar las resultas de la ejecución del juicio.

- **Las Medidas Cautelares Innominadas.**

Como ya se ha señalado, dentro del Poder de Tutela del cual están investidos los órganos judiciales, como parte integrante del Estado Venezolano, se encuentra la Tutela Preventiva, la cual se manifiesta a través del decreto de medidas preventivas de tipo cautelar y no cautelar, encontrándose dentro de las primeras, las medidas cautelares típicas y las generales o innominadas.

Ortiz, R., (2002, P. 502), define las medidas innominadas como:

“aquellas medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no se encuentra establecido en la ley, producto del poder cautelar general del juez, quien – a solicitud de parte- puede decretar y ejecutar siempre que las considere necesarias (adecuación) para evitar una lesión inminente, actual y concreta, o para evitar su continuación, todo ello con la finalidad no sólo de evitar que el fallo quede ilusorio en su ejecución, sino fundamentalmente para prevenir el daño o una lesión irreparable que una de las partes pueda causar en los derechos de la otra durante la tramitación de un proceso (pertinencia)”.

De la anterior definición se infiere que las medidas cautelares innominadas constituyen una manifestación del Poder Cautelar General, es decir, de la facultad conferida al Juez para que ante una situación de peligro o de daño, que ponga en peligro la ejecución del fallo o que haga posible que una de las partes pueda causar una lesión en los derechos de la otra, éste

pueda acordar una medida cuyo contenido determinará según la situación concreta planteada.

Este fue el criterio acogido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 83 de fecha nueve (09) de marzo de 2000, en la que se señaló lo siguiente:

“...la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los Jueces de la República, y se dirige al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes, tanto si se solicitan en la fase de cognición como en la de ejecución”.

Las medidas innominadas tienen como finalidad inmediata, evitar un daño o hacer cesar la continuidad de la lesión causada, a través de un mandato judicial; y como toda medida preventiva, tienen como finalidad mediata garantizar el ejercicio de la jurisdicción, procurando la efectividad de las decisiones judiciales.

En la legislación venezolana, las medidas innominadas están contempladas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente señala:

“Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una

de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

De la anterior norma se desprende la exigencia del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, a saber, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Adicionalmente, este tipo de medidas requieren la comprobación del denominado “*periculum in damni*”, es decir, la prueba de la materialización de un daño actual, inminente, continuo o no, que sea individualizable en tiempo y espacio.

Para diferenciarlas de las medidas cautelares típicas, la autora Rondón, H., (1997, P. 326), señala que las medidas cautelares típicas previstas en el encabezamiento del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, a saber, embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, inciden directamente sobre el patrimonio del deudor. Mientras que las medidas cautelares innominadas están constituidas por decisiones que pueden ser autorizatorias, prohibitivas o impeditivas. No recaen sobre bienes, sino sobre conductas; esta es la razón por la cual no pueden estar previamente establecidas en la Ley, ya que si algo puede considerarse variable, es precisamente la conducta humana, y dependerá de cada caso concreto la medida cautelar innominada que deba aplicarse.

- **Procedimiento de las Medidas Cautelares**

El procedimiento cautelar se inicia a solicitud de parte, salvo aquéllos casos en los cuales el juez puede actuar de oficio, como por ejemplo en el caso de la tutela constitucional preventiva y anticipativa.

Dicha solicitud debe cumplir con el señalamiento de los requisitos establecidos en el legislador para el decreto de las cautelas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, a saber, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*; en el caso de que se solicite una medida cautelar innominada, deberá demostrarse además el *periculum in damni*.

Ante esa solicitud, y con vista a los elementos probatorios acompañados por el solicitante, el Juez deberá analizar detenidamente el caso planteado y apreciar la verosimilitud del derecho invocado por el peticionante, para luego, mediante decisión motivada, decretar o negar la medida solicitada.

En torno a la motivación del decreto cautelar mucho se ha debatido; sin embargo en la actualidad es criterio sostenido por las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia, que la motivación es requisito esencial a la validez del decreto cautelar. Esta motivación debe limitarse a la constatación

del cumplimiento de los requisitos de ley para el decreto, sin que en modo alguno comporte un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

La importancia de la motivación de la decisión estriba en la posibilidad que tiene la parte contra quien obre la medida, en uso de su derecho a la defensa, de ejercer los correspondientes recursos de impugnación; de allí que el no señalamiento de las razones de hecho y de derecho por parte del juez en su decreto, menoscaba el efectivo ejercicio de sus recursos.

Estos medios de impugnación a que se hace referencia, varían dependiendo del contenido de la decisión sobre la medida cautelar; es decir, si se acuerda la medida solicitada, la parte contra quien obre la misma podrá oponerse al decreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil; mientras que si la decisión niega el decreto de la medida, la parte afectada, podrá hacer uso del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, ya que dicha decisión constituye una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva capaz de causar gravamen irreparable.

Si el decreto de las medidas afecta los derechos de terceros ajenos al proceso, éstos cuentan, como mecanismo de impugnación, con la oposición

de tercero prevista en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, y con la vía de la tercería, prevista en el ordinal 1^a del artículo 370 eiusdem.

De manera que las Medidas Cautelares constituyen una modalidad de Tutela Preventiva, exclusivas de la función jurisdiccional, pues tienen como finalidad garantizar la ejecución de un futuro y eventual fallo. Se caracterizan por ser instrumentales, provisionales, mutables o variables, urgentes, de derecho estricto y judiciales. Para su decreto, la ley exige el cumplimiento de dos requisitos, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En la legislación venezolana, las Medidas Cautelares pueden ser típicas, las cuales son establecidas expresamente por el legislador y son el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar; o Generales (innominadas), las cuales serán establecidas por el juez según mejor convenga al caso concreto.

CAPÍTULO III

TUTELA CAUTELAR EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, vigente desde el 1° de abril del año 2000, significó la aplicación en el territorio venezolano, de los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, celebrada en el año 1989, ratificada por el entonces Congreso Nacional de Venezuela en el año 1990, la cual representó un cambio radical en la concepción del tratamiento jurídico que debe darse al niño o adolescente, llevándolo de la categoría de “objeto de protección” a “sujeto de derecho”.

Para poder acoger de una manera efectiva los principios contenidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño, se hizo necesaria la modernización de todo el sistema referido a niños y adolescentes creándose en consecuencia el llamado “Sistema de Protección del Niño y del Adolescente”, que comprende normas subjetivas y adjetivas, que desarrollan los postulados de la Doctrina de la Protección Integral y los órganos administrativos y judiciales que las aplican.

El presente capítulo desarrolla la tutela cautelar en el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente. Partiendo del análisis de sus características más resaltantes, los principios que la rigen y de sus antecedentes legislativos, se estudia su manifestación en cada uno de los procedimientos contenidos en la precitada Ley, tanto judiciales como administrativos, ya que como se ha mencionado, la función preventiva del Estado, compete a todos los órganos que lo conforman.

- **Características.**

Como podrá verse en el desarrollo del presente capítulo, el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, constituye para muchos, la manifestación más clara de la Potestad de Tutela de la cual están investidos los órganos de la administración pública del Estado Venezolano. Este poder-deber que tienen los órganos del Estado, administrativos o judiciales, se traduce en la facultad de dictar medidas, resoluciones o providencias tendentes a prevenir o hacer cesar una situación dañosa o potencialmente dañosa a la esfera de los derechos de cualquier ciudadano, y específicamente, haciendo referencia al tema del presente trabajo, a todo niño y adolescente.

En el caso específico de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la misma está repleta de mecanismos de tutela preventiva

propriadamente dicha, así como también de tutela preventiva cautelar. Las características de la Tutela Preventiva prevista en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, dependerá del tipo de tutela a que se haga referencia, es decir, trátase de medidas preventivas de aseguramiento personal, de medidas cautelares, de medidas de protección, etc.

Según el autor Buaz, Y., (2004, P. 271), refiriéndose a las Medidas de Protección, señala que las mismas,

“...constituyen así, en el sentido pedagógico del asunto, la anteposición a la protección colectiva o difusa, por cuanto ésta última está dirigida a la garantía del disfrute pleno de los derechos de supervivencia, desarrollo y participación para todos los niños, niñas y adolescentes, especialmente a través de la activación de los mecanismos de política y gestión pública, de manera permanente y continuada en la prestación de servicios y bienes para la satisfacción de esos derechos, mientras que la protección especial, que se expresa en medidas especiales, opera como mecanismo restitutorio e incluso como mecanismo con efectos de prevención inicial o de control social activo, pero sólo en casos individuales o de pequeños grupos de niños fácilmente individualizables y determinables”.

Partiendo de la anterior definición, podría decirse que las medidas de protección son de carácter preventivo, urgente, provisional, temporal y variables. Es decir, que tienden a asegurar o restituir, de forma urgente, los derechos de un niño o adolescente o de un grupo de niños o adolescentes, individualmente considerados, sobre los cuales se haya materializado un

daño o algún tipo de amenaza. Estas medidas, tienen una duración que variará dependiendo de cada caso en concreto, pudiendo incluso, llegar a modificarse en atención a las circunstancias particulares conforme a las cuales fueron dictadas.

En el caso específico de la tutela cautelar prevista en el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales, se observa que la misma comprende medidas de tipo cautelar propiamente dicho, es decir, tendentes a asegurar la futura ejecución de un fallo, las cuales pueden dictarse incluso en forma anticipada; así como medidas provisionales de tutela de derechos.

Para el autor Longo, P., (2003, P. 478), las medidas cautelares, constituyen sólo una de tantas modalidades de la función de tutela. Las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se caracterizan por estar fundadas en el principio de que las mismas se decretan a petición de parte, y sólo en casos excepcionales pudiera el Juez decretarlas de oficio; son instrumentales, en el sentido de que son un medio para alcanzar un fin determinado, que no es más que el aseguramiento de la futura ejecución del fallo. También deben ser proporcionales, es decir, los efectos de la cautela no pueden ser más duros que los que se producirían con el fallo definitivo. Sin embargo, las medidas cautelares deben ser homogéneas en el sentido de que las mismas implican

una realización inmediata de algunos de los posibles efectos de la sentencia, sin caer en igualdad o identidad con el contenido, so pena de que su decreto constituya un pronunciamiento anticipado del mérito de la causa. Por último, sostiene el autor, que las medidas cautelares son provisionales, es decir, subsisten durante el proceso, hasta que se inicie la fase de ejecución de la sentencia.

En el caso del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, se está ante la posibilidad del decreto de medidas de tipo cautelar, las cuales a su vez se clasifican en patrimoniales y personales; en su mayoría giran en torno al aseguramiento de que el adolescente involucrado no evada el juicio y a garantizarle su integridad física y mental. Son de carácter temporal y provisional, es decir, revisables hasta el punto de ser modificadas o revocadas.

- **Principios Rectores.**

Por tratarse de una materia especial, el contenido de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, está regido por un conjunto de principios propios y específicos de la materia, cuya observancia es obligatoria

dentro de cualquier procedimiento que se trate, bien sea en sede administrativa o en sede judicial.

Entre estos principios se encuentran:

a) El Interés Superior del Niño.

Contenido en el artículo 8 de la ley, el cual dispone:

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

Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar:

- a) la opinión de los niños y adolescentes;
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niño y adolescentes y sus deberes;
- c) Necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño y adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente.
- e) La condición específica de los niños y adolescentes como persona en desarrollo.

Parágrafo Segundo: en aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

A través de este principio, se pretende asegurar que todas las decisiones del Estado, la familia y la sociedad, que conciernan a los niños y adolescentes tengan por norte sus derechos e intereses.

b) La Prioridad Absoluta.

Desarrollado en el artículo 7 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, consiste en que:

El Estado, la familia y la sociedad deben asegurar, con Prioridad Absoluta, todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes. La prioridad absoluta es imperativa para todos y comprende:

- a) especial preferencia y atención de los niños y adolescentes en la formulación y ejecución de todas las políticas públicas;
- b) asignación privilegiada y preferente, en el presupuesto, de los recursos públicos para las áreas relacionadas con los derechos y garantías de los niños y adolescentes y para las políticas y programas de protección integral al niño y adolescente;
- c) precedencia de los niños y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos;
- d) primacía de los niños y adolescentes en la protección y socorro en cualquier circunstancia.

Interesa específicamente el contenido del literal d) del precitado artículo. Esta norma es de imperativo cumplimiento por parte del Estado, la familia y la sociedad, quienes deben privilegiar la protección de los derechos y garantías de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos y tutelables.

Según el autor Cornieles, C., (2000, P. 57), el contenido de este principio consiste en un imperativo general de privilegiar la protección de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos.

Pretende asegurar la efectividad de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, teniendo como objetivo hacer realidad que “los niños están primero”.

c) Ampliación de los poderes de juez en la conducción del proceso.

El juez de protección se convirtió en un funcionario activo en pro de la defensa de los derechos de los niños y adolescentes que se ven obligados a acudir a la jurisdicción para tratar algún asunto en el cual tengan interés. El juez rígido y atado de brazos que caracteriza el proceso civil ordinario no está presente en la materia especial de niños y adolescentes, ya que tiene la facultad de tomar las decisiones que considere conducentes para el debido desarrollo del proceso. En el caso de la Potestad Cautelar de la cual está investido el Juez de Protección, está facultado igualmente para obrar según su prudente arbitrio, y tal como se desarrollará más adelante, puede inclusive dictar cualquier medida que considere idónea para la protección del niño y/o adolescente de que se trate, y modificarla o revocarla si considerase que las situaciones conforme a las cuales fue dictada, han variado o se han extinguido.

d) Instancia de parte para iniciar el proceso.

En materia de niños y adolescentes, el principio dispositivo es la regla, y

como tal, tiene su excepción. Concatenando este principio con el que inmediatamente acaba de analizarse, el Juez de Protección está facultado en muchos casos, para actuar de oficio, es decir, sin que medie petición de parte, para tomar cualesquiera medidas que sean necesarias para garantizar los derechos de los niños y adolescentes.

e) Celeridad.

Este es un principio procesal de imperativo cumplimiento cuando se trata de medidas de tutela preventiva; éstas, como ya se mencionó están caracterizadas por ser urgentes y por lo tanto su trámite debe ser expedito, de manera que la tutela demandada sea proveída en tiempo oportuno, evitándose de esa manera la materialización de un daño o la continuación de alguno que ya se haya producido.

- **Antecedentes Legislativos.**

Señala Medina, M., (1993, P. 15), que la legislación minoril en Venezuela, “comienza con el Código de Menores, promulgado el 1° de enero de 1939, derogado por el Estatuto de Menores promulgado por la Junta Militar de Gobierno de los Estado Unidos de Venezuela, el día 30 de diciembre de

1949, que rigió hasta la promulgación de la Ley Tutelar de Menores el 30 de diciembre de 1980”.

De seguidas se analizarán las disposiciones cautelares contenidas en los mencionados instrumentos legislativos, y los cuales, como se mencionó, constituyeron la antesala a la actual Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

a) Estatuto de Menores.

Promulgado por la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, en decreto 390 del 30 de diciembre de 1949.

Con relación a las medidas aplicables a los menores en situación irregular, el artículo 113 del Estatuto enumeraba las siguientes:

1° Libertad vigilada.

2° Internamiento en un Instituto curativo.

3° Colocación en familia.

4° Internamiento en una Institución reeducativa.

5° Nombramiento de tutor interino.

Respecto a estas medidas, la autora GARCÍA, I., (1979, P. 72), ha comentado que "...las medidas que pueden ser tomadas por el Juez de Menores carecen de toda penalidad. Se caracterizan fundamentalmente, en que van dirigidas a reeducar y proteger al menor". Continúa señalando que "estas medidas se diferencian fundamentalmente en que unas se desarrollan en el medio familiar, y otras, en las Instituciones reeducativas".

b) Ley Sobre Delito de Violación de los Derechos Alimentarios del Menor.

Publicada en la gaceta Oficial de la República de Venezuela, el 20 de agosto de 1959.

Según comenta la autora GARCÍA, I., (1979, P. 98), esta ley "Fue promulgada con la finalidad de establecer una sanción penal corporal a aquellos que, sin causa justificada, dejaran de suministrar alimentos a un menor por un término superior a los treinta días".

c) Ley Sobre Protección Familiar.

Promulgada por el Congreso de la República de Venezuela, el 22 de diciembre de 1961.

Dicha Ley, establece en su artículo 12 las medidas que podía el Juez dictar para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria, y señalaba:

1. Ordenar al deudor de sueldos, salarios, pensiones u otras rentas del obligado que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona indicada.
2. Señalar otros bienes del obligado, dictar respecto de ellos las medidas preventivas que considere convenientes, someterlas a administración especial o fiscalizar su administración por parte del obligado resolviendo en todo caso acerca de la forma como se ha de entregar la cantidad que se obtenga. Podrá, también, constituir un fideicomiso sobre determinado bien del obligado a favor de los beneficiarios, al cual se aplicarán en cuanto correspondan los artículos 2°, 5°, 6°, 14°, 15°, 16°, 18°, 20°, 26° y 27 de la Ley de Fideicomiso; no obstante, el fideicomiso no será necesariamente remunerado y el Juez podrá nombrar fiduciario a toda persona capaz de contratar en cuyo caso el Artículo 31 de la Ley de Fideicomiso se aplicará también a los fiduciarios que sean personas naturales y a los administradores de personas jurídicas que no sean Bancos o Compañías de Seguros.
3. Tomar sobre el patrimonio del obligado, a su prudente arbitrio, las medidas preventivas o ejecutivas que juzgue convenientes hasta por una suma que cubra las pensiones atrasadas más dos años de pensiones por vencerse.
El juez podrá disponer que la cantidad que se obtenga sea depositada en un Banco para su entrega periódica al beneficiario o tomar las medidas que crea convenientes acerca de la inversión, administración y entrega de dicha cantidad.

El aparte único del artículo 14, facultaba al juez para acordar, a título de medida preventiva, las providencias que juzgare necesarias para asegurar los derechos alimentarios de los beneficiarios.

Para la autora García, I., (1979, P. 113) “estas previsiones que puede tomar el Juez son preventivas, ya que se toman antes de la contestación de la demanda, siempre que la relación de filiación esté demostrada, pero al mismo tiempo ejecutivas, ya que se ordenan entregar a la persona necesitada”.

El anterior comentario, como se verá en el desarrollo del capítulo IV del presente trabajo, no se adecúa a las nuevas tendencias doctrinales en materia de tutela cautelar. En el caso específico de los alimentos, al ser decretada una medida preventiva que ordene retener del sueldo del obligado alimentario, una cantidad determinada de dinero y que ésta sea entregada directamente y en forma periódica al beneficiario de la misma, en modo alguno puede conllevar a que dicha medida sea considerada como ejecutiva; se trata de medidas de tutela anticipada, es decir, de aquéllas dictadas en ejercicio de la función preventiva de los órganos judiciales que implican una resolución en forma breve y expedita que adelanta el fondo del litigio.

d) Ley Tutelar de Menores.

Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 2.710, el 30 de diciembre de 1980. Derogó completamente el Estatuto de Menores y la Ley sobre el Delito de Violación de los Derechos Alimentarios del Menor, promulgada el

14 de agosto de 1959. Igualmente derogó los Capítulos II y III de la Ley sobre Protección Familiar del 22 de diciembre de 1961.

Esta Ley rigió el derecho alimentario de los menores de edad, protegiendo al menor, incluso durante su gestación. Trazó principios singulares sobre el derecho de los menores a recibir alimentos.

El autor Ortiz, R., (2002, P.248), al comentar esta Ley como el antecedente legislativo inmediato de la actual Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señala:

“Con respecto a las medidas de tutela de derechos, la legislación previgente se le habían conferido muchas facultades al juez quien, actuando a solicitud de parte o de oficio, podía disponer, según su prudente arbitrio y en aras del interés del menor, lo que fuera más conveniente para su protección; entre otras, la facultad de acordar la forma y periodicidad de las visitas (artículo 58 del Estatuto de Menores y el derogado artículo 42 de la Ley Tutelar de Menores); nombramiento de curadores especiales, ordenar de oficio o a solicitud de parte la elaboración de informe social, psiquiátrico o psicológico (art.63 de la Ley Tutelar); la aplicación de las sanciones pecuniarias y de arresto previstas en el artículo 80 de la misma ley, entre otras. Además, existían muchas medidas con carácter preventivo que podía tomar el juez dirigidas a la guarda y custodia de los menores, el régimen alimentario, etc”.

Respecto a la Potestad Cautelar en el procedimiento de Alimentos, el artículo 58 de esta Ley preveía que:

El juez al admitir cualquiera de las solicitudes relativas a guarda o alimentos podrá disponer de las medidas provisionales que juzgue pertinentes, previa apreciación y urgencia de la situación, podrá asimismo decretar medida de prohibición de salida del país; esta medida será suspendida cuando el afectado presente caución o fianza, que a juicio del Tribunal sea suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Las medidas a que se refiere el artículo antes transcrito, son las enumeradas en el artículo 48 eiusdem, a saber:

1. Dictar respecto del patrimonio del obligado medidas preventivas que considere convenientes, someterlas a administración especial y fiscalizar la misma;
2. Ordenar al empleador que de los sueldos, salarios, pensiones o prestaciones del obligado retenga la cantidad fijada para entregar a las personas que se indique;
3. Tomar sobre el patrimonio del obligado a su prudente arbitrio las medidas preventivas que juzgue conveniente, hasta por una suma equivalente a veinticuatro (24) mensualidades por vencer, número que podrá ser anulado a juicio del Juez. También podrá dictar las medidas ejecutivas aprobadas para garantizar el cumplimiento de las pensiones alimentarias vencidas.
4. Podrá igualmente ordenar la celebración de un contrato de fideicomiso sobre determinado bien del obligado que haya sido afectado por la medida a favor de los beneficiarios y al que se aplicará en cuanto corresponda lo establecido en la Ley de la materia, no obstante el fideicomiso no será necesariamente remunerado y el Juez podrá nombrar fiduciario a toda persona capaz de contratar. La Ley de la materia se aplicará también a los fiduciarios que sean personas naturales y a los administradores de personas jurídicas que sean bancos o compañías de seguros.

Para la ejecución de las medidas acordadas en los Numerales 1, 2 y 3 bastará con notificar por oficio a quien corresponda.

De la norma antes transcrita y que constituye el antecedente legislativo más inmediato de la actual Ley Orgánica para la Protección del Niño y del

Adolescente, se desprende la facultad conferida al antiguamente denominado “Juez de Menores”, de asegurar por una parte, la integridad física del menor que requería alimentos, y por otra la ejecución del fallo que se dictare con relación a la obligación alimentaria.

Así, se ha afirmado que el numeral 1° del precitado artículo, facultaba al Juez Minoril, a decretar, además de las medidas típicas, cualquier otra medida tendente a evitar la evasión del pago establecido. Igualmente se ha señalado que las medidas a que se contrae el ordinal 2° , constituyen medidas de tipo preventivo, no cautelar, ya que lo que se buscaba con ella era salvaguardar la subsistencia del niño urgido de alimentos; Respecto de los restantes ordinales, la autora Silva, V., (1995, P.73), sostiene lo siguiente:

“En cuanto a los restantes ordinales del artículo citado éstos preveen medidas de aseguramiento supeditadas a las necesidades futuras de la ejecución ya actualizada, vinculando los bienes del obligado al cumplimiento sucesivo de la deuda alimentaria, de modo que se recaban bienes para pensiones a vencerse, asegurándose en esta forma su entrega periódica al beneficiario, medidas que son de naturaleza cautelar, porque no implican en ninguna forma una satisfacción patrimonial definitiva del derecho alimentario, pues su carácter, su instrumentalidad, no consiste en la incertidumbre del derecho reclamado”.

Por su parte, la autora Tortolero, F., (1995, P.59), al referirse a las Medidas preventivas o precautelativas previstas en la Ley Tutelar de Menores, señala que en el juicio de alimentos se han implementado dos tipos

de medidas: las que tienden a asegurar el cumplimiento alimentario, resolviendo de inmediato la situación planteada, ordenándose la retención de una suma determinada para ser entregada al reclamante; y un segundo grupo, destinado a evitar el incumplimiento, la evasión futura del pago.

Como se verá en el desarrollo del capítulo IV del presente trabajo, éstas fueron las disposiciones legislativas que sirvieron de base para el actual sistema cautelar previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en la cual, se adecuaron las mismas a las nuevas exigencias reales y jurídicas de estos tiempos. Pero lo que sí puede afirmarse es que el Juez concebido a la luz de la ya derogada Ley Tutelar de Menores, estaba facultado ampliamente para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria, valiéndose para ello de las medidas que, según su prudente arbitrio, resultaren más efectivas.

- **Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales.**

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, prevé a partir del artículo 450, el denominado Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales, por el cual se tramitan todas las materias relativas a los asuntos señalados en los párrafos primero y segundo del

artículo 177 de la Ley, con excepción de la guarda, adopción y obligación alimentaria, los cuales tienen su procedimiento propio, como más adelante se señalará.

Dentro de dicho procedimiento, el artículo 466 regula la posibilidad del decreto de medidas cautelares, y al efecto señala:

Las medidas cautelares podrán decretarse a solicitud de parte y su plazo será establecido por el juzgador en la resolución que las decreta. La parte que solicite una medida cautelar debe señalar el derecho reclamado y la legitimación del sujeto que la solicita. En juicio de privación de patria potestad, si se presenta un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por el demandante, el juez decretará las medidas que considere necesarias para garantizar la protección y seguridad del niño o adolescente, mientras dure el juicio. En todo caso y siempre que se estime indispensable, el juez puede ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados.

La resolución que decreta o deniega una medida cautelar será apelable en un solo efecto.

La redacción del precitado artículo requiere de un especial análisis. Señala la norma que las medidas cautelares se decretarán a solicitud de parte, previo señalamiento del derecho reclamado y de la legitimación del sujeto que la solicita. Ahora bien, tratándose de Medidas Cautelares, es decir, de contenido patrimonial, debe entenderse que este requisito no es más que la acreditación del *fumus boni iuris*, en los términos en los que éste ha quedado expuesto en el capítulo que antecede, es decir, la demostración

del buen derecho reclamado; la presunción de la titularidad del derecho que se reclama, lo cual indiscutiblemente conlleva a la legitimación del sujeto que se afirma como tal, para solicitar la protección jurisdiccional mediante una medida cautelar.

Curioso resulta que el legislador haya hecho mención expresa de este requisito, más no del *periculum in mora*, el cual, tal y como también se señaló en el desarrollo del Capítulo II del presente trabajo, constituye requisito de impretermitible cumplimiento para el decreto de las medidas cautelares. Y es que si el legislador ha contemplado la posibilidad de que dentro de este procedimiento puedan, a solicitud de parte, decretarse medidas cautelares, es decir, aquéllas que tienden a asegurar la futura ejecución del fallo y que como ya se mencionó, pueden ser de las típicas o medidas innominadas, no queda muy claro el por qué no señaló simplemente que para el decreto de las mismas debía cumplirse con la acreditación del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, como sí lo establece el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Mención expresa hace el legislador con relación a los juicios de privación de patria potestad, en los cuales, según indica la norma, si se presenta un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal que invoca el demandante, el juez decretará las medidas que considere más convenientes

en aras de garantizar la protección del niño y del adolescente. Nótese que el legislador se refiere simplemente a “medidas”, no a “medidas cautelares”, de lo que se infiere que por tratarse de mecanismos tendentes a proteger al niño y adolescente, se trata entonces de medidas preventivas y no cautelares; en ese sentido, no se trata de las medidas típicas o innominadas previstas en el Código de Procedimiento Civil, sino de cualquier manifestación del Poder de Tutela del cual están revestidos los Jueces, para velar por la protección de los derechos de los niños y adolescentes involucrados en este tipo de procedimientos.

Y es que al analizar las causales de privación de patria potestad previstas en la Ley, (maltrato físico, mental o moral; exposición situaciones de riesgo o amenaza de derechos fundamentales del niño y/o adolescente, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el intento de corromperlos o prostituirlos o la connivencia en tales hechos, el abuso sexual o la exposición a tales abusos, la fármaco o narco dependencia, el que hayan sido condenados por hechos punibles, que sean declarados entredichos, que se nieguen a prestarles alimentos, que inciten o permitan que el niño y/o adolescente atente contra su integridad física y mental), se concluye que todas aluden a situaciones de peligro para la integridad física, psicológica y afectiva del niño y/o adolescente involucrado.

Ortiz, R., (2002, P. 265), opina que la "... "finalidad", "causa", "objeto" y razón de ser no es la futura ejecución del fallo, sino garantizar la protección y seguridad del niño, y siendo ello así, entonces se trata de una manifestación de tutela preventiva y no "cautelar"". Por lo tanto, en estos juicios, no puede hablarse de medidas cautelares, ya que no se busca asegurar la futura ejecución del fallo en términos patrimoniales, sino de salvaguardar al niño y/o adolescente del daño que pudiera estarle causando del progenitor a quien se pretende privar del ejercicio de la patria potestad.

Continúa señalando la norma que en todo caso, el Juez podrá ordenar la prueba tendente a acreditar los presupuestos ordenados. Esta mención pareciera estar de más; si ya se ha hablado del cumplimiento de requisitos para la obtención de las cautelas o medidas preventivas, y de que en el caso de las primeras, es decir, de las medidas cautelares, por ser éstas las previstas en el Código de Procedimiento Civil, a saber, embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, no parece lógico que se haga mención de que el juez está facultado para ordenar la prueba que acredite tales presupuestos, pues es carga del solicitante de dicha medida crear, por lo menos, la convicción en el juez, que el derecho que reclama es bueno y por lo tanto susceptible y urgido de protección, so pena de no poder ser ejecutado o so pena de ser lesionado, según sea el caso y la tutela que se pretenda.

Para finalizar, la norma in comento señala que “La resolución que decreta o niega una medida cautelar será apelable en un solo efecto”. Ahora bien, si la norma habla de medidas de tipo cautelar, y como ya se ha mencionado, las mismas se refieren a las medidas cautelares típicas e innominadas del Código de Procedimiento Civil, éstas tienen como mecanismo de impugnación de su decreto la oposición prevista en el artículo 602 del mismo Código, el cual por expresa disposición del artículo 451 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tiene aplicación supletoria en este procedimiento. Por lo que la apelación sería el mecanismo de impugnación para el solicitante de la cautela, contra la resolución que niegue el decreto de la misma, por tratarse de una decisión interlocutoria que causa gravamen irreparable.

La apelación contra el decreto, procedería sólo en el caso de medidas preventivas, que como ya se dijo, por su propia naturaleza y la naturaleza del bien que pretende tutelar, no ameritan la demostración de los extremos exigidos para las cautelas.

El autor Baumeister, A., (2000, P. 59), al comentar los rasgos relevantes de la nueva potestad cautelar en la protección del niño y del adolescente, señala:

“La potestad cautelar en materia de protección del niño y del adolescentes continúa desarrollándose a nuestro modo de ver bajo los principios tradicionales de la cautela ordinaria, habiendo quedado el legislador un poco atrás respecto a las tendencias doctrinarias y de Derecho Comparado que hoy se observan en materia Cautelar (tutelas anticipadas), y en tanto que a pesar de la todavía reciente reforma de la Legislación General Adjetiva Civil, en ésta aún la potestad cautelar venezolana, sigue enmarcada por los principios de accesoriedad, temporalidad e instrumentalidad”.

El anterior comentario sirve como conclusión del análisis antes esbozado y como introducción al contenido del artículo 467 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que viene a constituir un ingrediente novedoso dentro del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales que se comenta. Así, el mencionado artículo señala:

“Las medidas cautelares pueden ser solicitadas en forma previa al proceso y, en este caso, es obligación de la parte plantear la demanda respectiva dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida. Para estos efectos no se exigirá garantía, pero si la demanda no se presentare o el juez determine infundada la solicitud, de ser procedente, condenará al pago de daños y perjuicios causados. Dentro del proceso las partes pueden solicitar medidas cautelares en cualquier estado del mismo.”

Este artículo trata, en principio, sobre la oportunidad para la solicitud y decreto de las medidas en el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales. La novedad viene dada por la posibilidad de solicitar y obtener el decreto de las medidas de forma previa al proceso, es decir, antes

de la presentación del libelo de demanda. El legislador se refiere únicamente a medidas de tipo cautelar; sin embargo, debe entenderse que tratándose de bienes tutelables, que ameriten una protección urgente e inminente, como por ejemplo la integridad física del niño o adolescente, la posibilidad del decreto anticipado al juicio, es más que justificable, por lo tanto esta norma también aplica para esta categoría de medidas.

El autor Baumeister, A., (2000, P. 60) tratando este punto señala:

“...debe reconocerse que se amplían y se consolidan ciertos aspectos que otrora fueran discutidos y entre aquéllas, la mayor de esas novedades resulta ser la entronización de la posibilidad de adelantar el régimen de medidas, aún sin la existencia de proceso principal, condicionado a que se interponga la acción correspondiente en el plazo que fije el juez, so pena de que las mismas decaigan, con lo cual se le está reconociendo cierta autonomía al proceso cautelar y se permite su anticipación con miras a lograr efectivamente la protección de los derechos que se pretenden proteger”.

Pareciera que la posibilidad del decreto anticipado de medidas fuera en contra de la instrumentalidad que caracteriza las medidas cautelares, en el sentido de que éstas son un medio para alcanzar un fin determinado, cual es el aseguramiento de la futura ejecución del fallo que habrá de dictarse en el proceso al cual están referidas. Longo, P., (2003, P. 475) señala al respecto que “..la instrumentalidad como requisito esencial se mantiene, ya que, en

estos casos, la medida que se hubiere dictado con anticipación decae o se extingue si, vencido el plazo que legalmente se señale, no se ha instaurado efectivamente el proceso”.

Ciertamente, la posibilidad del decreto anticipado de las medidas, bien preventivas, bien cautelares, comporta una manifestación de la posibilidad de obtener tutela judicial efectiva en aquéllos casos en que, por ejemplo, la ejecución del fallo se vislumbra ilusoria si la medida que la garantiza no es decretada y ejecutada, como también para aquéllos casos en los que el bienestar de los derechos de un niño y/o adolescente, o por ejemplo de uno de los cónyuges en un juicio de divorcio, esté en riesgo inminente de ser lesionado y se haga necesaria su protección.

Nótese que el legislador en forma expresa estableció para el solicitante la “obligación” de presentar la demanda dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida; se habla de “obligación”, no de carga. Por lo tanto su incumplimiento genera una sanción. En ese sentido el legislador estableció que en caso de que la demanda no sea presentada en el plazo concedido (un mes) o que el juez encontrare infundada la solicitud, éste podrá condenar al solicitante por los daños y perjuicios causados por el decreto.

Respecto a la no presentación de la demanda en el tiempo estipulado, no hay observación que formular, pero con relación a la mención que hace el legislador sobre lo “infundado de la solicitud”, pareciera que el pronunciamiento que se emita en ese sentido, lo será luego de discurrido el debate procesal, porque no pareciera lógico pensar que “in audita parte” pudiera determinarse si la solicitud era o no fundada.

El autor Longo, P, (2003., P. 478), al analizar las normas antes comentadas, señala:

“Pues bien, los artículos 466 y 467 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente están referidos de manera especial a la facultad cautelar que ha sido conferida a los jueces de protección de los derechos del niño y del adolescente, regulando este mecanismo de tutela con parámetros que diferencian sustancialmente este régimen cautelar de la Ley especial con el sistema general dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”.

Continúa señalando dicho autor,

“Como se observa, la función cautelar atribuida a los Jueces de Protección, según lo dispone el artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, puede ser vista como una modalidad ex nova de sistema cautelar, distinto o autónomo del régimen cautelar previsto en el Código de Procedimiento Civil, sustentado en principios especiales vinculados a la protección integral de los derechos del niño y del adolescente, que no excluye la aplicación de otras formas de prevención y mucho menos del sistema cautelar típico y atípico que rige para el proceso civil”.

En conclusión, dentro del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, existe la posibilidad, bien en forma previa o bien, dentro de un proceso instaurado, de la solicitud y obtención de medidas de tipo preventivo y de tipo cautelar, cumpliendo para ello, en el caso de las medidas cautelares, con los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, y en el caso de medidas preventivas, las mismas quedan a criterio del juez quien dispondrá aquella que considere más conveniente según sea el caso, cumpliendo siempre con los principios especiales vinculados a la protección integral del niño y/o adolescente involucrado; asimismo, que las disposiciones previstas en el mencionado código adjetivo son de aplicación supletoria en este procedimiento por disposición expresa de la Ley.

- **Medidas de Protección.**

Para poder realizar un análisis sobre la naturaleza de las llamadas “Medidas de Protección”, previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, es imperativo partir de la definición del Sistema de Protección, creado en la mencionada Ley Especial, y el cual, según el artículo 117 eiusdem,

... es el conjunto de órganos, entidades y servicios que formulan, coordinan, integran, orientan, supervisan, evalúan y controlan las políticas, programas y acciones de interés público a nivel nacional, estatal y municipal, destinadas a la protección y atención de todos los niños y adolescentes, y establecen los medios a través de los cuales se asegura el goce efectivo de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley.

Este sistema funciona a través de un conjunto articulado de acciones intersectoriales de interés público desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o descentralizado, y por entes del sector privado.

Este sistema está integrado por órganos de carácter administrativo, como lo son los Consejos Nacional, Estadales y Municipales de Derecho del Niño y del Adolescente, así como los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente.

También lo integran órganos de carácter judicial, como los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, constituidos por las Salas de Juicio, Cortes de Apelaciones y la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia.

A ellos se suman el Ministerio Público, las Entidades de Atención y las Defensorías del Niño y del Adolescente.

Estos órganos están obligados, por disposición expresa de la Ley, a asegurar el goce efectivo de los derechos y garantías que le asisten a todo

niño o adolescente, así como también, velar por el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley especial.

Según dispone el artículo 118 eiusdem, para el logro de los objetivos para los cuales se creó, el Sistema de Protección cuenta con una serie de medios, entre los cuales se encuentran las llamadas “Medidas de Protección”.

El artículo 125 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, las define señalando que:

Las medidas de protección son aquéllas que impone la autoridad competente cuando se produce en perjuicio de uno o varios niños o adolescentes individualmente considerados, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, representantes, responsables o de la propia conducta del niño o del adolescente.

Estas medidas tienen la finalidad de prevenir que cualquier amenaza de daño que se cierna sobre un niño o adolescente, o sobre un grupo de niños o adolescentes individualmente considerados, se materialice; o que si este daño ya se ha producido, pueda restablecerse la situación jurídica infringida, colocando al niño o adolescente agraviado, en la condición en la que se encontraba antes de producirse la violación o en la que más se asemeje a ella.

Para ello, el legislador enumeró las medidas de protección que puede dictar la autoridad competente, cuando se haya comprobado una amenaza o violación a los derechos de un niño y/o adolescente:

Artículo 126: Una vez comprobada la amenaza o violación a que se refiere el artículo anterior, la autoridad competente puede aplicar las siguientes medidas de protección:

- a) inclusión del niño o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios de los programas a que se refiere el artículo 124 de esta Ley;
- b) orden de matrícula obligatoria o permanencia, según sea el caso, en escuelas, planteles o institutos de educación;
- c) cuidado en el propio hogar del niño o adolescente, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño o adolescente, a través de un programa;
- d) declaración de los padres, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo responsabilidad en relación al niño o adolescente;
- e) orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, ambulatorio o en régimen de internación en centro de salud, al niño o al adolescente que así lo requiera o a sus padres o representantes, en forma individual o conjunta, según sea el caso;
- f) intimación a los padres, representantes, responsables o funcionarios de identificación a objeto de que procesen y regularicen, con estipulación de un plazo para ello, la falta de presentación e inscripción ante el Registro del Estado Civil o las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad de niños y adolescentes, según sea el caso;
- g) separación de la persona que maltrate a un niño o adolescente de su entorno;
- h) abrigo;
- i) colocación familiar o en entidad de atención;
- j) adopción.

Se podrá aplicar otras medidas de protección si la particular naturaleza de la situación la hace idónea a la preservación o

restitución del derecho, dentro de los límites de competencia del Consejo de Protección que las imponga hasta aquí.

La competencia para dictar estas medidas corresponde a los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente, a excepción de las medidas de colocación familiar o en entidad de atención y de adopción, las cuales sólo pueden ser dictadas en sede jurisdiccional a tenor de lo dispuesto en el artículo 129 eiusdem.

Al analizar la naturaleza jurídica de las medidas de protección, el autor Ortiz, R., (2002, P. 254) señala: "...no pueden ser de carácter "cautelar" por cuanto no se dirigen a garantizar la futura ejecución de un fallo; de hecho no existe proceso alguno que proteger, y la medida en muchos casos ni siquiera es adoptada por órganos jurisdiccionales". Aunque no tienen carácter cautelar, no puede negársele el carácter preventivo que comportan, habida cuenta que las mismas buscan garantizar la atención de los derechos de los niños y adolescentes.

A excepción de las medidas contenidas en los literales i) y j), del artículo 126 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el decreto de las medidas de protección por parte de los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente, constituyen actos administrativos, impugnables a través del procedimiento establecido en el artículo 177 de la

Ley, párrafo tercero, en concordancia con el contenido del artículo 318 eiusdem.

Son temporales, y en consecuencia, variables y revisables por la autoridad que las impuso, quien podrá sustituirlas, modificarlas o revocarlas si han variado las circunstancias que dieron origen a su decreto.

De lo expuesto puede concluirse afirmando que las medidas de protección constituyen una manifestación de la tutela preventiva no cautelar, por cuanto las mismas no pretenden garantizar la futura ejecución de un fallo, sino prevenir daños a los derechos e intereses de los niños y adolescentes.

- **Medidas Cautelares en los Procedimientos Especiales.**

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, prevé un único procedimiento para aquéllos asuntos enunciados en el artículo 452 eiusdem, es decir, a todos los asuntos de familia y patrimoniales contemplados en los párrafos primero y segundo del artículo 177 de dicha ley, a excepción de los procedimientos relativos a adopción, guarda y obligación alimentaria, los cuales tienen su procedimiento específico y particular.

Para la regulación de los aspectos relativos al ejercicio de la Guarda, la Ley previó un procedimiento que es aplicable también a la materia de alimentos y que denominó Procedimiento Especial en Materia de Alimentos y Guarda. Está previsto a partir del artículo 511 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En este punto se hará referencia exclusivamente a dicho procedimiento, pero tratándose sólo de asuntos relacionados con la guarda de un niño o adolescente, ya que la materia de alimentos tiene reservado un capítulo aparte por tratarse del tema central del presente proyecto.

Hay que partir de la noción de Guarda, según la define el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el cual establece que:

La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y, por tanto, faculta para decidir acerca del lugar de residencia o habitación de éstos.

El cumplimiento del contenido de esta norma, es decir, del ejercicio de la Guarda como atributo de la Patria Potestad sobre los hijos menores de edad,

pareciera no tener problemas en el caso de que los hijos cohabiten con ambos padres. El problema surge en aquellos casos en los que se está en presencia de un padre guardador y de un padre no guardador.

Estas situaciones requieren de una especial regulación por parte del juez que conozca de ellas, ya que por las atribuciones que la propia Ley confiere al ejercicio de la Guarda, puede decirse que entra en juego la estabilidad psíquica y afectiva del niño y/o adolescente involucrado.

Es así como el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ha regulado el ejercicio de la Guarda en aquellos casos en los que la misma no puede ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores, y al efecto señala:

En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos de más de siete años. Los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella. De no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la guarda de los hijos, el juez competente determinará a cual de ellos corresponde. En el caso de los hijos de siete años o menos cuya guarda no pueda ser ejercida por la madre conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o a solicitud expresa de la misma, el juez debe decidir si la guarda debe ser

ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar.

Comentando esta norma, la autora Morales, G., (2000, P. 272) señaló que “en esta materia se mantiene el juez con las mismas potestades discrecionales que ha tenido con la Ley Tutelar de Menores, ello tiene que ser así, se trata de asuntos donde cada caso debe ser estudiado individualmente de acuerdo al interés superior de cada niño”.

La norma antes comentada puede aplicarse concatenando el contenido del artículo 351 iusdem que faculta al Juez que conozca de aquéllos juicios de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio en los que se encuentren involucrados hijos niños o adolescentes, para dictar las medidas provisionales en lo que respecta a la patria potestad y su contenido (guarda, representación y administración de los bienes de los hijos), así como en lo que se refiere al régimen de visitas y de alimentos.

Se trata de medidas preventivas no cautelares, ya que lo que se pretende es proteger el derecho que tiene todo niño y/o adolescente a ser criado por sus padres y a tener contacto directo con ellos, consagrados en los artículos 26 y 27 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y 75 y 76 de la Constitución Nacional.

Para el autor Baumeister, A., (2000, P.122), en el caso del derecho de Guarda, estima que “ello no comporta el reconocimiento de la potestad cautelar anticipatorio propiamente dicha al Juez Minoril, pues,, siempre será menester escuchar a la otra parte y tal decisión en todo caso, queda sometida a revisión y atendida a lo que en definitiva sea resuelto”.

Respecto a las visitas, aunque en la Ley no está previsto un procedimiento especial como tal, por tratarse de un derecho, tanto del niño y /o adolescente como del padre o madre no guardador, resulta perfectamente viable que el Juez de Protección dicte las medidas preventivas tendentes a garantizar el ejercicio de este derecho en aquéllos casos en los cuales no exista acuerdo entre los padres y se pretenda violentar el mismo.

- **Medidas Cautelares en el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente.**

Según se define en el artículo 526 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente,

...es el conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes.

La Ley, señala igualmente, que para la determinación de la responsabilidad de un adolescente en un hecho punible y la aplicación de la sanción que corresponda, debe seguirse el procedimiento en ella previsto y el cual discurre en cuatro etapas distintas, preclusivas y diferenciadas; una primera etapa, denominada de investigación; una etapa de acusación y audiencia preliminar; una tercera etapa en la cual se desarrolla el juicio oral, y una última etapa denominada de ejecución. Se establecen una serie de garantías que deben ser guardadas a lo largo del desarrollo de dicho procedimiento, entre las que pueden señalarse, la libertad, la dignidad, la proporcionalidad, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, la confidencialidad, la separación de adultos, entre otras.

De esta manera, tal como lo señala Mata, N., (2004, P. 375),

“El proceso se erige en el mecanismo del cual se vale el Estado para la consecución del orden social, sólo alcanzable con la obtención de la verdad y la justicia, en aras de cuya búsqueda, se le faculta para que sólo de manera excepcional, mediante el empleo de estrategias jurídicamente válidas y la justa aplicación del derecho, limite derechos de las personas, entre ellos el derecho a la libertad”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza el derecho ciudadano a la libertad personal, al señalar:

Artículo 44, numeral 1º: la libertad personal es inviolable, en consecuencia: Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

Igualmente, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, garantiza el derecho a la libertad personal al establecer:

Artículo 37: Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad personal, sin más límites que los establecidos en la Ley. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

De acuerdo con la normativa antes transcrita, dentro del proceso penal, el derecho a la libertad personal es la regla, y por lo tanto, su privación deberá darse sólo en casos excepcionales y en los términos previstos en la Ley.

Así, mientras se lleva a cabo la primera etapa, es decir, la fase de investigación, la cual tiene por objeto confirmar o descartar la sospecha fundada de la existencia de un hecho punible y determinar, en primer caso, si un adolescente concurrió en su perpetración, el Juez de Control podrá acordar medidas de tipo preventivo, por disposición expresa de la Ley, a saber:

Artículo 58: En el curso de una investigación, el Juez de Control, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público y, en su caso, del querellante, podrá acordar la detención preventiva del adolescente, hasta por noventa y seis horas, cuando éste no se encuentre civilmente identificado o se haga necesaria la confrontación de la identidad aportada, habiendo duda fundada. Esta medida sólo será acordada si no hay otra forma de asegurar que no se evadirá. Si se lograre antes la identificación plena se hará cesar la detención.

Señala el artículo 559 eiusdem que,

Identificado el adolescente, el Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar su detención para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar. A tal efecto, lo conducirá ante el Juez de Control dentro de las veinticuatro horas siguientes a su ubicación y aprehensión. El Juez oír a las partes y resolverá inmediatamente. Sólo acordará la detención si no hay otra forma posible de asegurar su comparecencia.

Al respecto, señala la precitada autora Mata, N., (2004, P. 382),

“Es así como se ha previsto, que en el marco del proceso aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal, sea procedente legalmente, la toma de decisiones que pueden implicar la privación de la libertad o la limitación del ejercicio de otros derechos. En tal sentido, durante la fase de investigación se pueden acordar las siguientes medidas: a) Detención preventiva para la identificación del adolescente; b) Detención judicial preventiva para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar y c) La Prisión Preventiva como medida cautelar en caso de convocarse directamente a juicio oral. “

De manera que dentro de la fase preliminar, el literal f) del artículo 570 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, dispone que la acusación que se formule deberá contener la solicitud de la medida

cautelar para asegurar la comparecencia a juicio del imputado y que finalizada la audiencia preliminar, el Juez de Control deberá resolver si la medida decretada se ratifica, se revoca, se sustituye o si se impondrá alguna medida, en el caso que no se haya hecho previamente, tal como lo dispone el literal e) del artículo 578 eiusdem.

Continúa señalando el artículo 579 eiusdem que:

La decisión por la cual el Juez de Control admite la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena el enjuiciamiento del imputado, contendrá:

...g) la procedencia o rechazo de las medidas cautelares o sus sustitución, disponiendo, en su caso, la libertad del imputado.

Estas detenciones judiciales, dictadas en la fase preliminar del proceso, constituyen medidas cautelares, que tienen como finalidad asegurar el resultado del proceso, evitando que el mismo sea objeto de frustración. “Por ello, a través de su implementación, se procura garantizar la presencia del imputado en los actos para los cuales se le requiera y en los que deba estar”. (Mata, N., 2004, P. 384).

Respecto a la clasificación de las medidas cautelares aplicables en el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, la autora antes citada las ha distinguido en dos grupos; en primer lugar, las medidas cautelares de carácter personal, las cuales a su vez se clasifican en coercitivas y

cautelares propiamente dichas; y en segundo lugar, las medidas cautelares de carácter real.

Con relación a las medidas cautelares de carácter personal, señala que éstas comprenden aquéllas que afectan la libertad o el libre tránsito de las personas. A su vez, las clasifica en: a) medidas cautelares de carácter personal coercitivas, las cuales no implican cautela o aseguramiento, sino que son empleadas con carácter perentorio con la finalidad de lograr que se materialice algún acto del proceso; y b) medidas cautelares de carácter personal cautelares, las cuales a su vez se clasifican en privativas de libertad y no privativas de libertad. Las primeras, aluden a aquéllas medidas que afectan la libertad y el libre tránsito o disposición corporal de la persona y que se imponen con la finalidad de evitar la evasión del adolescente imputado o para asegurar su presencia a ciertos actos del proceso. Las segundas, por el contrario, son medidas de aseguramiento que no afectan el derecho a la libertad y se aplican en sustitución de las medidas privativas de libertad.

Con relación a las medidas cautelares de carácter real, puede decirse que las mismas afectan bienes y hasta el patrimonio de las personas involucradas en el hecho punible que se investiga.

Luego del análisis de la anterior clasificación, la autora Mata, N., (2004, P. 386), concluye señalando que “toda medida de coerción personal es una medida cautelar, pero no toda medida cautelar es de coerción personal”.

Dicha afirmación realza el principio de la libertad individual como fundamento del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el cual sólo en casos excepcionales y ante una inminente necesidad del proceso en aras de garantizar una sana y efectiva aplicación de la justicia, puede verse disminuido o restringido, por disposición expresa de la Ley, en la medida y bajo los parámetros por ella establecidos.

Así el artículo 581 de la Ley especial, dispone:

En el auto de enjuiciamiento el Juez de Control podrá decretar la prisión preventiva del imputado, cuando exista:

- a) riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso;
- b) temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas;
- c) peligro grave para la víctima, el denunciante o el testigo.

Parágrafo Primero: Esta medida no procederá sino en los casos en que, conforme a la calificación dada por el juez, sería admisible la privación de la libertad como sanción, de acuerdo a lo dispuesto en la letra a) del Parágrafo Segundo del artículo 628. Se ejecutará en centros de internamiento especializados, donde los adolescentes procesados deben estar separados de los ya sentenciados.

Parágrafo Segundo: La prisión preventiva no podrá exceder de tres meses. Si cumplido este término el juicio no ha concluido por sentencia condenatoria, el juez que conozca del mismo la hará cesar, sustituyéndola por otra medida cautelar.

El autor Ortiz, R., (2002, P. 267), al comentar dicho artículo, concluye señalando que se trata de medidas de aseguramiento personal en orden a la ejecución del fallo, cuyo periculum in mora consiste “en el riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso”.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, al emplear el legislador el término “medidas”, no hace referencia únicamente a aquéllas restrictivas de la libertad; así, el artículo 582 de la ley especial, enumera como alternativas a la detención preventiva, otras medidas cautelares, las cuales son:

- a) detención en su propio domicilio o en custodia de otra persona, o con la vigilancia que el tribunal disponga;
- b) obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal
- c) obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que éste designe;
- d) prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
- e) prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;
- f) prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;

g) prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento, mediante depósito de dinero, valores o fianza de dos o más personas idóneas o caución real.

Este grupo de medidas pueden ser acordadas en sustitución de alguna medida restrictiva de la libertad personal, o en forma autónoma por el Juez en la fase de investigación del proceso, al igual que en la fase preliminar, sin que medie una medida de detención preventiva a la cual sustituir y, como puede verse, algunas de ellas están destinadas a asegurar la integridad física y psicológica del adolescente involucrado, al prohibirle el contacto con determinadas personas y en determinados lugares; otras, como por ejemplo la señalada en los literales c) o d) de dicha norma, buscan, sin someter a prisión al adolescente, garantizar que no evadirá el proceso al cual está sometido.

Por último, es importante resaltar que las medidas cautelares dentro del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, se caracterizan por ser temporales y provisionales; características éstas que ocasionan que las mismas puedan ser revisadas, modificadas e inclusive, revocadas, cuando hayan cambiado los supuestos por los cuales se dictaron, y que están presentes en cada una de las fases del procedimiento.

Así, el artículo 548 eiusdem, establece que la privación de libertad es excepcional, y por lo tanto es revisable en cualquier tiempo a solicitud del adolescente. Por su parte, el artículo 578 eiusdem, establece que finalizada la audiencia preliminar, el juez debe resolver todas las cuestiones planteadas y ratificará, revocará, sustituirá o impondrá medidas cautelares; el artículo 579 eiusdem señala que la decisión por la cual el Juez de Control admite la acusación del Ministerio Público, deberá contener, entre otros señalamientos, la procedencia o rechazo de las medidas cautelares o su sustitución.

Analizado todo lo antes expuesto, puede concluirse que dentro del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, están presentes una serie de medidas cautelares, unas de carácter personal, otras de carácter real, que tienen como finalidad lograr la materialización del proceso penal que se origina con la comisión de un hecho punible o antijurídico por parte de un adolescente. Sirven mediatamente, para garantizar la ejecución de un fallo, a través del aseguramiento de la realización de determinados actos del proceso, o de una determinada conducta por parte del adolescente involucrado.

Con vista a lo antes expuesto, se concluye que en virtud de los principios que rigen la materia, especialmente del principio del Interés Superior de Niño,

los órganos que integran el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, tienen el deber irrenunciable de velar porque a los niños y adolescentes se les brinde efectiva protección de sus derechos y garantías. Para ello cuentan con un amplio poder de tutela, que incluso, en ocasiones, los faculta para actuar de oficio en defensa de dichos intereses.

Al analizar los diferentes tipos de tutela previstos en la Ley, puede afirmarse que en la LOPNA, está presente un Sistema de Tutela Diferenciada, a través de cual, puede brindarse protección a los derechos subjetivos de los niño o adolescentes, así como también garantizarse las resultados de los procesos judiciales.

Se distinguen claramente las medidas de tipo preventivo propiamente dicho, que tutelan intereses subjetivos o derechos personales, de aquéllas con contenido netamente cautelar en función de las resultados de un proceso en sede judicial.

Todo forma parte del Poder de Tutela del cual, como ya se ha señalado, están investidos los Poderes Públicos, para garantizar la justicia y el Estado de Derecho.

CAPITULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ALIMENTOS Y GUARDA PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

El procedimiento judicial para la reclamación alimentaria a favor de un niño y/o adolescente, está previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, a partir del artículo 511 y siguientes, y constituye el mecanismo por el cual cualquier niño o adolescente pueda reclamar judicialmente los alimentos a la persona o personas obligadas por Ley a proveérselos.

Debe partirse de la definición de “alimentos” prevista en el artículo 365 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la cual establece que la obligación alimentaria, “comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño y el adolescente”.

Continúa señalando la ley, que la obligación alimentaria es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida, que corresponde al padre y a la

madre respecto a sus hijos que no hayan alcanzado la mayoría.

Esta reclamación debe interponerse mediante solicitud presentada por el propio hijo, a partir de los doce años de edad, por su padre o su madre, por su representante, sus ascendientes, parientes colaterales hasta el 4° grado, por su guardador, por el Ministerio Público y por el Consejo de Protección.

Ahora bien, por la naturaleza propia de la materia alimenticia, al Juez de Protección se le ha dotado de una serie de facultades que procuran garantizar este derecho; por una parte, está facultado para decretar medidas provisionales de protección de derechos; y por otra, está facultado para el decreto de medidas preventivas de carácter cautelar.

Es así como dentro del articulado que regula la obligación alimentaria en la LOPNA, tanto en su aspecto sustantivo como en su aspecto procesal, se encuentran disposiciones que prevén estas formas de Tutela preventiva que antes se mencionaron.

Esta manifestación de tutela preventiva, en el caso especial de la materia alimentaria está más que justificada. Recuérdesse que la materia de fondo lo constituye el derecho humano y constitucional que tiene toda persona a percibir los alimentos necesarios para su subsistencia. Derecho éste que

cobra aún mayor importancia cuando está referido a niños y adolescentes, quienes, por encontrarse impedidos de proveérselos ellos mismos, deben recurrir a terceras personas. Es por ello, que la autora Barrios, H., (2004, P.141), ha señalado que,

“El derecho a alimentos es uno de los más importantes que tienen los seres humanos y especialmente los niños y adolescentes, por lo que su cumplimiento hace posible que se satisfagan las necesidades primarias como son la comida, la salud y la educación, todo lo cual forma parte de un derecho más amplio como es el derecho de todo niño y adolescente a un nivel de vida adecuado, y de acuerdo a la gravedad de su incumplimiento, puede verse afectado no sólo este nivel de vida, sino La vida misma de estas personas”.

De allí que valga la pena analizar las disposiciones que contiene la precitada ley, con vistas a garantizar el derecho alimentario de todo niño o adolescente y determinar cuál es la naturaleza jurídica de todo ese sistema cautelar en el marco del Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda contenido en la LOPNA.

- **Previsión Legal.**

Como ya se mencionó, el procedimiento especial de alimentos y guarda está previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del

Adolescente, a partir del artículo 511 eiusdem, por así disponerlo el artículo 384 eiusdem que textualmente señala:

“Con excepción de la conciliación, todo lo relativo a la obligación alimentaria debe ser decidido por vía judicial, siguiéndose para ello el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título”.

A los efectos de la presente investigación, en este punto se hará referencia a dicho procedimiento únicamente desde el punto de vista de la reclamación alimentaria, ya que la materia cautelar en guarda fue tratada en el capítulo que antecede. Hecha esta aclaratoria, el artículo 511 eiusdem señala que el procedimiento de alimentos se inicia mediante solicitud, oral o escrita, la cual debe cumplir con una serie de requisitos que allí mismo se señalan.

Seguidamente, el artículo 512 señala:

“El juez, al admitir la solicitud correspondiente, puede disponer las medidas provisionales que juzgue más convenientes al interés del niño o del adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación. Puede asimismo, decretar medida de prohibición de salida del país, la cual se suspenderá cuando el afectado presente caución o fianza que, a juicio del juez, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación”.

Esta norma representa una manifestación explícita del amplio poder de tutela conferido al Juez de Protección y constituye la aplicación dentro de este procedimiento de las llamadas “Medidas Anticipadas”, entendidas éstas según lo expone Kelmelmajer, citado por Avila, Y., (2002, P. 90), como “aquéllos pronunciamientos que se producen antes de la finalización de un proceso, sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva, mediante los cuales se da satisfacción provisoria, total o parcial al objeto de la pretensión”.

La anterior norma trata explícitamente de medidas de tipo provisional, dictadas in limine litis, ya que pueden proveerse en el mismo momento de la admisión de la solicitud. El artículo 512 in comento, deja un margen de actuación amplio al Juez, de carácter discrecional en cuanto al tipo o clase de medida a adoptar, ya que esta norma “...no enumera las medidas que pueden ser decretadas al inicio del proceso, refiriéndose sólo en particular a la prohibición de salida del país”. (Avila, Y., 2002, P. 89.

A través de esta norma, se logra fijar alimentos provisoriamente, es decir, destinar de inmediato, desde el mismo inicio del proceso, una parte del patrimonio del obligado, a la satisfacción de las necesidades alimentarias del niño o adolescente que las requiera.

Nótese que la parte in fine del primer párrafo del artículo in comento, hace mención a que debe apreciarse previamente la gravedad y urgencia de la situación. No parece que pudiera haber algo más urgente que las necesidades alimentarias de un niño o adolescente; la estrecha relación entre éstas y la subsistencia de los mismos, implica per se, una “urgencia” apreciable por cualquier ser humano.

Es así como, una vez demostrada la filiación entre el reclamante y la persona señalada por éste como obligado alimentario, se procede en forma inmediata, in limine litis, al decreto de dichas medidas.

La redacción de la precitada norma parece acertada; el juez de Protección que conozca de este tipo de procedimiento debe estar facultado, desde el mismo momento en que se reciba y admita la solicitud, para proveer de manera provisional, los alimentos que requiere el niño o adolescente que los reclama. Tratándose de bienes necesarios para la subsistencia, no puede esperarse la conclusión del proceso para concedérselos.

En este tipo de procedimiento, es la vida misma del niño o adolescente la que está en riesgo; no se trata de un bien patrimonial que asegurar para garantizar las resultas del juicio; sino que se trata de proteger un bien jurídico superior, inherente a todo ser humano.

Por esta misma razón lucen ineficaces las medidas cautelares típicas en este estado del procedimiento. En primer lugar, por su propio carácter cautelar, es decir, porque a través de ellas se busca garantizar la futura ejecución del fallo. Y en segundo lugar, porque con ellas no se logra saciar de manera inmediata las necesidades alimentarias del menor reclamante.

Piénsese por un momento en que una vez iniciado un procedimiento de reclamación alimentaria, el Juez dicte una medida de prohibición de enajenar y gravar sobre un bien inmueble propiedad del reclamado en alimentos. Una vez ejecutada la medida, dicho bien está en disposición de garantizar la futura ejecución del fallo que se dicte, pero la vida y la salud del niño reclamante sigue en peligro toda vez que no cuenta efectivamente con los alimentos necesarios para su subsistencia.

La distinción del carácter no cautelar de las medidas provisionales dictadas con fundamento en el artículo 512 de la LOPNA cobra importancia para determinar cuál es el medio con el que cuenta el afectado por el decreto de este tipo de medidas, para impugnarlas.

En ese sentido, partiendo del hecho de que por las razones ya expuestas, las mismas no tienen carácter cautelar, sino preventivo, debe forzosamente concluirse que contra ellas no procede la oposición prevista en el artículo 602

del Código de Procedimiento Civil, puesto que dicho recurso está concebido para atacar el decreto de las medidas dictadas con fundamento en el artículo 585 eiusdem, por considerar el afectado por la medida, que los extremos allí exigidos no fueron cumplidos por el solicitante, a saber el Periculum in mora y el Fumus Boni iuris, que como igualmente se mencionó, no se consideran como requisitos exigidos para decretar medidas de conformidad con el artículo 512 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

De modo pues, que contra dicho decreto procede la apelación, por tratarse de una decisión interlocutoria que causa gravamen irreparable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil.

De lo anterior se concluye señalando que a tenor de lo dispuesto en el artículo 512 in comento, el Juez de Protección, en materia alimentaria, puede anticipar, in limine litis, los efectos de la sentencia de mérito, fijando provisionalmente, la pensión alimenticia requerida por el niño o adolescente y disponer que la misma le sea entregada.

Conviene señalar de seguidas que, a partir del artículo 514 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se regulan los

aspectos relacionados con la citación de reclamado, su comparecencia (artículo 516, eiusdem), el inicio y duración del lapso probatorio (artículo 517, eiusdem), para llegar al dictado del fallo, tal como lo prevé el artículo 520 eiusdem.

Ahora bien, seguidamente, el artículo 521 de la Ley, señala que:

El juez, para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, podrá tomar, entre otras, las medidas siguientes:

- a) ordenar al deudor de sueldos, salarios, pensiones, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos del demandado, que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona que se indique;
- b) dictar las medidas cautelares que considere convenientes sobre el patrimonio del obligado, someterlo a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas.
- c) Adoptar las medidas preventivas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado, por una suma equivalente a treinta y seis mensualidades adelantadas o más, a criterio del juez. También puede dictar las medidas ejecutivas aprobadas para garantizar el pago de las cantidades adeudadas para la fecha de la decisión”.

Para Baumeister, A., (1999, P. 62), en dicha norma se presenta una confusión de términos, ya que, “...entendiendo que el legislador se refiere en tales supuestos a modos de cumplimiento de la sentencia.... nuevamente hace referencia a medidas preventivas.... cuando obviamente se trata de mecanismos.... que garanticen el adecuado cumplimiento de lo resuelto”.

Ciertamente, como lo apunta el precitado autor, la redacción de la norma a simple vista pareciera confusa. Sin embargo, al analizarla detalladamente puede precisarse lo siguiente:

En el campo del derecho, existe un principio en virtud del cual las normas no pueden interpretarse aisladamente, sino dentro del contexto normativo en el cual están incluidas, trátase de leyes, de reglamentos, ordenanzas, etc.

De modo pues que para ello, la técnica de redacción legislativa juega un papel muy importante, ya que, de incluir en un cuerpo legal, normas sin concatenación alguna o sin relación entre sus contenidos, conllevaría a erradas o falsas interpretaciones de las mismas.

Es por ello que, si el artículo 520 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, regula, como ya se señaló anteriormente, el dictado del fallo en el procedimiento especial de alimentos y guarda, no puede interpretarse que, si inmediatamente después, en el artículo 521 se hace mención de medidas para asegurar el cumplimiento de la pensión alimentaria, éstas puedan tener un carácter preventivo, ya que de por medio existe un fallo en el cual se fijó ya la obligación alimentaria.

Por ello se disiente de la opinión emitida por Ortiz, R., (2002., P.261), cuando señala que “lo que es cierto es que las medidas decretadas por el Juez de Protección del Niño y del Adolescente, ex artículos 381 y 521 de la LOPNA, son medidas que se decretan sin citación previa y en cualquier estado y grado de la causa, por su naturaleza de sumariedad y gravedad”.

Se trata de medidas no ya de carácter preventivo anticipado, sino de aseguramiento del cumplimiento de la pensión alimentaria que ya fue establecida.

Es por ello que se considera desacertada la mención que se hace en el literal b) del precitado artículo de “medidas cautelares”, ya que como se dijo, éstas tienen un carácter provisional e instrumental con miras a garantizar la futura ejecución del fallo. Se dictan antes de la sentencia, porque precisamente le sirven a ella.

Semejante situación ocurre respecto al literal c) eiusdem; el cual hace referencia a “medidas preventivas” sobre el patrimonio del obligado.

Como ya quedó establecido, las medidas preventivas no aluden a bienes patrimoniales; sino que aluden a derechos de tipo personal, como por ejemplo, la vida, la salud, la alimentación.

Respecto a esta norma la autora Avila, Y., (2002, P. 94) comenta que “se insiste en el carácter ejecutivo que a juicio de la autora, poseen las medidas que pueden acordarse con fundamento en este literal c) del artículo 521 de la ley vigente”. Criterio éste que no es compartido en el presente trabajo, ya que las medidas ejecutivas proceden cuando el condenado en la sentencia no ha cumplido voluntariamente lo ordenado en el fallo; es decir, se dictan en fase de ejecución forzosa.

Ese no es el caso previsto en el artículo 521 in comento. Allí lo que se busca es asegurar el cumplimiento del fallo, cuyo contenido es el de una obligación de tracto sucesivo, es decir, que no se agota en una sola oportunidad, sino en una serie de actos a través del tiempo. De modo que puede afirmarse que se trata de modos de cumplimiento de la sentencia.

De esta manera se encuentra regulada la Tutela Preventiva dentro del procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Sin embargo, los artículos 512 y 521 que han sido analizados, no constituyen las únicas normas sobre tutela preventiva en materia alimentaria, ya que existe una norma que si bien no fue incluida dentro del procedimiento especial al cual se hace referencia, tiene un inminente carácter adjetivo

aunque se encuentre dispuesta dentro de las normas que regulan sustantivamente la obligación alimentaria. Dicha norma, es la contenida en el artículo 381 eiusdem, que textualmente establece:

El juez puede acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, cuando exista riesgo manifiesto de que el obligado deje de pagar las cantidades que por tal concepto, corresponda a un niño o a un adolescente. Se considera probado el riesgo cuando, habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento de la obligación alimentaria, exista un atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas.

Según la autora Avila, Y., (2002, P. 92), la ubicación de dicho artículo en la parte que regula sustantivamente la obligación alimentaria, indica que esta norma “no queda duda que se refiere a medidas garantistas mas no provisionales, sino definitivas”. Esta opinión no es compartida por Ortiz, R., (2002, P. 259), para quien estas medidas son verdaderas cautelares, ya que se dictan con fundamento al temor de que el obligado deje de pagar las cantidades a las que está obligado por la sentencia, por lo tanto aseguran el cumplimiento del contenido del fallo.

Para Morales, M., (2002, P. 205), esta norma constituye un aporte importantísimo de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, “dirigido a obtener una tutela judicial efectiva en materia de alimentos, el cual consiste en la posibilidad de lograr el cumplimiento de la

obligación fijada judicialmente por una vía autónoma, asunto que no era posible con la legislación anterior”.

Respecto a los anteriores comentarios, hay que precisar en primer lugar, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No.936, del 15 de mayo de 2002, estableció lo siguiente:

“Al respecto, la Sala observa que el artículo 384 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente expresamente dispone que:

“Con excepción de la conciliación, **todo** lo relativo a la obligación alimentaria, debe ser decidido por vía judicial, siguiéndose para ello el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título (Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda)”. (Destacado de la Sala).

Dicha disposición expresamente ordena la tramitación de los juicios de fijación, cumplimiento, revisión y extinción de la Obligación Alimentaria a través de un único procedimiento”.

De manera que, según el fallo antes transcrito, debe abandonarse el criterio según el cual el artículo 381 representa una forma de reclamar, por vía autónoma, el cumplimiento de una pensión alimentaria judicialmente establecida, porque para ello debe seguirse el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda al que ya se ha hecho referencia.

De ser así, es decir, de aplicarse dicho procedimiento, debe entenderse que el artículo 381 contiene un tipo de medidas exclusivas para el caso de que se demande el cumplimiento de la pensión alimentaria que ya haya sido

judicialmente establecida, ya que el mismo artículo señala los requisitos de procedencia para tales cautelas, a saber:

- a) que exista una pensión alimentaria judicialmente establecida;
- b) que haya habido un atraso en el pago de dos cuotas consecutivas;
- c) que este atraso haya sido injustificado.

Según la autora Barrios, H., (2004, P. 161), esta norma tiene por finalidad reservar el dictado de las medidas cautelares para los casos en los que verdaderamente se justifica por haberse probado ya el incumplimiento:

“Esto quiere decir que, si se solicita la revisión del monto de la obligación alimentaria a cargo de un progenitor que viene cumpliendo correctamente con el pago de la misma, la cual fue convenida por ejemplo, en un escrito de separación de cuerpos, el juez no debe acordar ninguna medida cautelar en su contra.... ya que en tal caso no se cumplen los requisitos establecidos por el artículo 381 de la LOPNA”.

Sin embargo, si se analiza el precitado artículo con estricto apego al concepto de medidas cautelares que se ha esbozado en el presente trabajo, es decir, como aquéllas que tienden a asegurar la ejecución de un futuro fallo, debe llegarse a la conclusión de que para el caso que se demande el cumplimiento de una pensión alimentaria judicialmente fijada por cuanto el obligado ha incumplido con el pago de, al menos, dos cuotas, debe el Juez

proteger la situación de ese niño o adolescente que no ha recibido alimentos por ese lapso de tiempo; de modo pues, que además de garantizar el futuro fallo, debe, con fundamento en el artículo 512 eiusdem, ya analizado, dictarse una medida preventiva tendente a proteger el derecho de ese niño o adolescente que ha sido vulnerado por ese obligado irresponsable.

Oportuno es el comentario formulado por la autora Tortolero, F., (1995, P. 59). Quien señala que “En el caso de la reclamación de alimentos, no sólo es necesario que se asegure el cumplimiento para un futuro, sino que es preciso remediar de inmediato la situación del beneficiario- reclamante. Nadie puede esperar mucho tiempo para obtener alimentación y asistencia; para recibir lo necesario para su subsistencia”.

Como puede verse, el problema que presenta la materia cautelar o preventiva en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, pareciera ser más un problema de técnica legislativa que de fondo propiamente dicho. El legislador patrio, tratando de cumplir con los postulados de la doctrina de la Protección Integral, no quiso descuidar la protección al derecho alimentario de los niños y adolescente, pero al parecer, en su afán, redactó normas de contenido confuso, las cuales incluso, quedaron dispersas en la Ley, situando por ejemplo, normas de carácter adjetivo en el capítulo en el cual se

desarrolla el contenido sustantivo de la obligación alimentaria; igualmente, empleó términos que no se corresponden con el propósito de la norma, cuando por ejemplo habla de medidas cautelares dentro de los modos de cumplimiento de la sentencia, ya que las cautelas se dictan “antes del fallo” porque precisamente son instrumentales de él.

Todo lo anterior se traduce en la incertidumbre sobre el tratamiento adjetivo que debe dársele a las medidas preventivas que se dictan en el marco de los juicios alimentarios, desde el punto de vista de los requisitos para su decreto, así como también desde el punto de vista de los recursos que pudieran ejercerse contra ellas.

- **Caracteres de la Tutela Cautelar en el Procedimiento de Alimentos y Guarda Previsto en La LOPNA.**

Hecho el análisis que precede este punto, pueden señalarse las características más resaltantes de la manifestación del Poder de Tutela del Juez de Protección en el marco del Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En primer lugar, puede afirmarse que las medidas previstas en este procedimiento son, en su mayoría, de carácter eminentemente preventivo. Es decir, que salvo las excepciones que ya se señalaron (artículo 381 eiusdem), no se trata de medidas cautelares, sino de medidas preventivas, de medidas de tutela de derechos, a través de las cuales se busca asegurar los derechos alimentarios del niño o adolescente que los reclama, anticipándole inclusive, los efectos de la sentencia de mérito, a través de un proveimiento provisional de los alimentos necesarios para su subsistencia. No se trata de medidas que tienden a asegurar la futura ejecución de un fallo a través de la conservación de bienes suficientes del deudor, sino de aquéllas que protegen el derecho a la vida misma del niño o adolescente que se encuentra en estado de necesidad.

En segundo lugar, son medidas que se dictan *in a audita alteram pars*; es decir, pueden ser decretadas sin la presencia del afectado; se dictan prácticamente en forma inmediata una vez se admite la respectiva solicitud de alimentos, aunque por su propia naturaleza pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa, siempre que la situación de niño o adolescente que las requiera amerite ser protegida.

En tercer lugar, se trata de medidas sumarias y urgentes, característica ésta que está estrechamente relacionada con la posibilidad de que las

medidas puedan ser decretadas in audita alteram pars; la urgencia le viene dada por el objeto mismo que tutelan, es decir, por el bien de la vida y de la salud del niño o adolescente carente de alimentos, lo cual amerita una protección rápida y expedita; la gravedad de esa situación conlleva a que el Juez debe, al tener conocimiento de esa situación, proveer las medidas necesarias para hacer cesar la lesión producida en el derecho alimentario del menor de que se trate.

Por último, puede decirse que se trata de medidas provisionales, por cuanto su duración está limitada en el tiempo, es decir, están diseñadas para garantizar el derecho alimentario del niño o adolescente, mientras dure el juicio en el cual se proceda a fijar judicialmente, por ser procedente, la respectiva pensión alimentaria. Luego, puede decirse que son mutables o variables, ya que una vez dictada la sentencia de mérito, el Juez puede disponer cualquier medio tendente a asegurar el cumplimiento del monto fijado. Además, en cualquier estado y grado de la causa, las medidas pueden ser revocadas o modificadas, si alguno de los supuestos conforme a los cuales se dictaron varía de alguna manera.

- **Requisitos de Procedencia.**

Como se señaló, en materia alimentaria la presencia de la Tutela Diferenciada es inminente. No puede negarse la existencia de medidas de

contenido claramente variable.

Como se señaló *ut supra*, el artículo 512 *eiusdem*, está referido a medidas de tipo preventivo, que tienden a asegurar el derecho a la alimentación de aquél niño o adolescente que se ve obligado a acudir a la vía judicial para reclamar los alimentos necesarios para su subsistencia. En consecuencia, no se trata de medidas cautelares, por lo que para su decreto, mal podría exigirse el cumplimiento de los requisitos referidos al *periculum in mora* y al *fumus boni iuris*, previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Se ha dicho que en materia alimentaria, basta que el niño alegue su estado de necesidad y demuestre la condición de obligado alimentario de aquél a quien le reclama, para que el Juez de Protección proceda a dictar las medidas necesarias para asegurar su derecho y hacer cesar la lesión que se le esté causando, en cumplimiento del principio del interés superior del niño y de la prioridad absoluta, ya analizados. Al respecto, la autora Avila, Y., (2002, P.91) señala que “entre el daño que pueda sufrir el obligado alimentario pro la retención injustificada que se realice sobre su salario, por ejemplo, y el que sufriría el niño si no son satisfechas de inmediato sus necesidades, este último se presenta como de mucha mayor consideración”.

Ahora bien, respecto del contenido del Artículo 381, se señaló las medidas que el mismo se señalan pueden considerarse como una categoría especial para los procedimientos en los cuales se demande el cumplimiento de la pensión alimentaria; de esta forma, la propia norma establece los requisitos para el decreto de las medidas que sean necesarias para asegurar que al niño o adolescente perciba alimentos, así como también que perciba aquéllas cuotas, cuyo monto ya ha sido judicialmente fijado, que por el incumplimiento del obligado, haya dejado de percibir.

De lo antes expuesto puede concluirse que el Juez de Protección, en materia alimentaria, tiene amplias facultades para garantizar el derecho alimentario del menor, el cual, como ya se dijo, debe anteponerse ante cualquier otro derecho igualmente legítimo; en ese sentido, pareciera que la urgencia que reviste el reclamo de los medios necesarios para la subsistencia, constituya el elemento que determina el decreto de las medidas preventivas o cautelares que se consideren más convenientes para garantizar el derecho alimentario de todo niño o adolescente.

- **Finalidad.**

Para analizar la finalidad de las medidas decretadas en el marco del Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda previsto en la Ley Orgánica

para la Protección del Niño y del Adolescente, hasy que partir desde dos puntos de vistas: el de una finalidad inmediata y el de una finalidad mediata.

Las medidas preventivas que se dictan en materia alimentaria, tienen como finalidad inmediata principal, garantizar la subsistencia, la vida, la salud del niño que reclama, ya que las mismas están destinadas a proveer al niño o adolescente de los recursos necesarios para ello, haciendo cesar con ello el daño que se les haya podido causar. Igualmente, pueden decretarse “otras providencias cautelares tales como prohibiciones de enajenar y gravar, embargos sobre bienes muebles y cualquiera otra que pueda, en un momento determinado, garantizar la satisfacción de las dichas necesidades alimentarias”. (Avila, Y., 2002, P.91).

Tienen también una finalidad mediata, cual es la de garantizar el derecho a la tutela Judicial efectiva de los niños o adolescentes que se sirven de la jurisdicción para lograr que se les proteja ante la violación de sus derechos, y con ello, garantizar la aplicación de los postulados de la Doctrina de la Protección Integral contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y en la propia Constitución Nacional.

En virtud de lo antes expuesto, puede afirmarse que para poder definir el sistema Cautelar previsto en el Procedimiento Especial de Alimentos y

Guarda contenido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debe tenerse muy en cuenta que el bien a tutelar lo es el derecho inviolable que tiene todo niño y adolescente, como ser humano, a recibir los alimentos necesarios para su subsistencia, de aquéllas personas obligadas por Ley a proveérselos, ante la imposibilidad de autosatisfacer dicha necesidad.

De allí que en el procedimiento contenido en la Ley para que un niño o adolescente pueda reclamar judicialmente la obligación alimentaria que para con él tengan las personas señaladas por la Ley, el Juez de Protección cuenta con un poder amplísimo para garantizar, de forma inmediata, que ese niño que reclama reciba los alimentos que le son necesarios.

Sin embargo, es una lástima que el legislador patrio, en su afán por no dejar desprotegido al niño o adolescente carente de alimentos, haya creado normas con una redacción confusa, que se encuentran dispersas en la Ley, y en la que se emplean indistintamente los términos que aluden a una tutela preventiva de derechos y a un tutela cautelar, cuando ya quedó claro que tratan de modalidades distintas del Poder de Tutela.

Puede notarse que, en el caso de la obligación alimentaria, en la mayoría de los casos, se estará en presencia de medidas de tipo preventivo, por la

naturaleza misma del bien jurídico a tutelar, cual es, como se dijo, la subsistencia del niño o adolescente; sin embargo, ello no obsta para que, en aras de asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, la cual es de tracto sucesivo, pueda decretarse alguna medida cautelar, en aras de asegurar la ejecución del fallo, garantizando bienes suficientes del deudor para cumplir con la obligación que le ha sido impuesta.

De modo pues, que puede afirmarse que el Sistema Cautelar previsto en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda contenido en la LOPNA, tiene un carácter sui géneri en virtud de la especialidad de la materia y del bien jurídico a tutelar, que en ocasiones puede servirse del auxilio que puedan brindar el Sistema Cautelar previsto en el Código de Procedimiento Civil, pero sin que ello implique, que se ha desnaturalizado un sistema cautelar que le es propio, con manifestaciones claras de la Tutela Diferenciada y con un predominante rasgo preventivo antes que cautelar.

CONCLUSIONES

Una vez elaborado el presente trabajo, el cual tiene por objeto de estudio el Sistema Cautelar en el Procedimiento especial de Alimentos y Guarda previsto en la LOPNA, para lo cual se siguió el método de análisis de contenido, por tratarse de una investigación de tipo documental, y basándose en el análisis y síntesis del material bibliográfico, conformado por legislación, estudios realizados por diversos autores patrios y extranjeros, así como también por sentencias dictadas por el Máximo Tribunal del País, puede decirse que se han obtenido las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que por mandato constitucional, los Poderes Públicos, tienen una labor general de prevención que posibilita la adopción de medidas tendentes a evitar situaciones lesivas o dañosas a los derechos de las personas. Dicha labor se define como Tutela Preventiva; ahora bien, partiendo de la noción de la Tutela Diferenciada, se observa que existe toda una categorización de las medidas preventivas con las cuales cuentan los órganos del Poder Público, y específicamente los órganos jurisdiccionales para cumplir con la mencionada función de tutela.

Es así como se distinguen por una parte, las medidas de tipo netamente preventivo, las cuales pueden ser adoptadas por cualquier órgano, y dentro

de las cuales se distinguen las medidas anticipadas, las preventivas propiamente dichas, las medidas de tutela constitucional anticipativa y preventiva, las medidas provisionales, por citar algunos ejemplos; y por otra parte, las denominadas medidas cautelares, las cuales se dictan sólo en sede jurisdiccional, por cuanto tienen por finalidad garantizar la futura ejecución del fallo; éstas se clasifican en típicas y generales o innominadas.

En segundo lugar, en el caso específico de las medidas cautelares, como ya se dijo, las mismas son exclusivas de la función jurisdiccional, pues están preordenadas a un proceso, cuya ejecución garantizan a través de la preservación del patrimonio del deudor. Están expresamente previstas en el Código de Procedimiento Civil, y son el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar. Tienen un contenido eminentemente patrimonial, lo que traduce que incluso, algunas de ellas recaigan sólo sobre el bien objeto de litigio, v. gr. la medida de secuestro. Su procedimiento está regulado en el Código Adjetivo antes mencionado. Dentro de las Medidas Cautelares, se encuentran las denominadas Medidas Generales o Innominadas, como manifestación del Poder General Cautelar.

En tercer lugar, analizados los principios rectores del Sistema de Protección, así como las previsiones de tutela preventiva contenidas en los instrumentos legislativos que antecedieron a la vigente Ley Orgánica para la

Protección del Niño y del Adolescente, se concluye que dentro de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se evidencia una clara manifestación del Poder de Tutela, a través de la previsión de una Tutela Preventiva Diferenciada que permite la adopción por parte de los órganos que integran el Sistema de Protección, de todas aquellas medidas tendentes a salvaguardar la esfera de derechos de los niños y adolescentes, distinguiéndose claramente las medidas de tipo preventivo, que tutelan intereses subjetivos, de aquellas con contenido netamente cautelar, en función de los resultados de un proceso judicial.

Por último, en el caso específico del Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda contenido en la LOPNA, el Juez de Protección, como integrante del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, está facultado con los más amplios poderes de tutela, para prevenir o hacer cesar cualquier lesión a los derechos alimentarios de todo niño o adolescente, en aplicación de los principios de Interés Superior del Niño y Prioridad Absoluta, que rigen la materia, por cuanto la obligación alimentaria que por Ley le es impuesta a los padres respecto de sus hijos menores de edad, constituye materia de orden público, por ser un derecho humano de rango constitucional establecido en el artículo 76 de la Constitución, lo que obliga al Estado a garantizar el disfrute pleno de los derechos y garantías de todo niño o adolescente.

Las disposiciones legales previstas en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda constituyen una demostración de la existencia de una Tutela Preventiva Diferenciada, en virtud de la cual, se encuentran disposiciones de carácter netamente preventivo, las cuales tienen por finalidad salvaguardar derechos inherentes a los niños y adolescente como seres humanos que son, sujetos de derechos, tal como lo dispone el artículo 10 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; y por otra parte, y en forma muy específica, una modalidad de tutela cautelar, dirigida a asegurar el cumplimiento efectivo de las prestaciones alimentaria a favor de cualquier niño o adolescente beneficiario.

De modo pues, que puede afirmarse que el Sistema Cautelar previsto en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda contenido en la LOPNA, tiene un carácter sui géneris en virtud de la especialidad de la materia y del bien jurídico a tutelar, que en ocasiones puede servirse del auxilio que puedan brindar el Sistema Cautelar previsto en el Código de Procedimiento Civil, pero sin que ello implique, que se ha desnaturalizado un sistema cautelar que le es propio, con manifestaciones claras de la Tutela Diferenciada y con un predominante rasgo preventivo antes que cautelar.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Avila, Y. (20029). **La obligación Alimentaría en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Valencia. Vadell Hermanos Editores.
- Barrios, H. (2004). **Interpretación y Alcance de la Obligación Alimentaría en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: UCAB. Cornieles (Coordinador).
- Baumeister, A. (2000). **Anotaciones al Régimen de las Potestades Cautelares del Organo Judicial en los nuevos procedimientos en materia del niños y adolescentes**. Caracas: Instituto Venezolano de Derecho Procesal (INVEDEPRO). Cornieles (Coordinador).
- Borjas, A. (1984). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil**. Tomo IV. Caracas.
- Buaiz, Y. (2004). **Importancia Social de las Medidas de Protección a Niños y Adolescentes**. Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: UCAB. Cornieles (Coordinador).
- Código de Procedimiento Civil. (1986). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. Diciembre 05 de 1985.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999).
- Chivenda, G. (1997). **Curso de Derecho Procesal Civil**. (Trad., E. Figueroa). México: Editorial Mexicana (Colección Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 6).
- Devis, H. (1984). **Compendio de Derecho Procesal**. Tomo III. Bogotá: Editorial ABC.
- Estatutos de Menores. (1949). Decreto 390 del 30 de diciembre de 1949.

- Fábrega, J. (1998). **Medidas Cautelares**. Bogotá. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez.
- García, I. (1979). **El Derecho de Menores en Venezuela**. Publicaciones del Colegio de Abogados del Estado Zulia. No. 3.
- Henríquez, R. (1998). **Código de Procedimiento Civil**. Tomo IV. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Henríquez, R. (2000). **Medidas Cautelares según el Código de Procedimiento Civil**. Caracas. Ediciones Liber.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (1999). Gaceta Oficial No. 5.266. Extraordinaria del 2 de octubre de 1998.
- Ley Sobre Delito de Violación de los Derechos Alimentarios del Menor. (1959). Gaceta Oficial s/n del 20 de agosto de 1959.
- Ley Tutelar de Menores. (1980). Gaceta Oficial Extraordinaria N°. 2710 del 30 de diciembre de 1980.
- Longo, P. (2000). **El procedimiento Judicial de Protección del Niño y del Adolescente**. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: UCAB. Morais (Coordinadora).
- Longo, P. (2000). **Seis propuestas para la mejor aplicación del Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales**. Tercer Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: UCAB. Morais (Coordinador).
- Martínez, R. (1990). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires. Editorial Universidad.
- Mata, N. (2004). **Medidas de Coerción Personal en el Proceso Aplicable a los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal**. Cuarto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: UCAB. Cornieles (Coordinador).

- Medina, M. (1993). **Situación Irregular del Menor**. Caracas: Editorial LIVROSCA, C.A.
- Morais, M. (2000). **El Sistema de Protección Previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas. UCAB.
- Morais, M. (2001). **La Ejecución de las Medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Primer Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas: UCAB. Cornieles (Coordinador).
- Morales, Georgina. (2002). **Instituciones Familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Ortiz, R. (2000). **Las Medidas Cautelares Innominadas y su Función en el futuro del Derecho Procesal**. Caracas: Instituto Venezolano de Derecho Procesal (INVEDEPRO).
- Ortiz, R. (2001). **La Tutela Constitucional Preventiva y Anticipada**. Caracas: Editorial Frónesis.
- Ortiz, R. (2002). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas..** Caracas: Editorial Frónesis.
- Peyrano, W. (2000). **Soluciones Urgentes No Cautelares**. Revista Venezolana de Derecho Procesal No. 3. Caracas: LIVROSCA, C.A.
- Quintero, M. (2000). **Las Medidas Cautelares frente a los retos del nuevo milenio**. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal No. 3. Caracas: LIVROSCA, C.A.
- Rondón, H. (1997). **Medidas Cautelares Innominadas**. Derecho Procesal Civil. El C.P.C. Diez años después. Barquisimeto.
- Sánchez, N. (1995). **Del Procedimiento Cautelar y de otras incidencias**. Caracas: Paredes Editores.

Sentencia No. 699 de fecha 27 de julio de 2004, Sala de Casación Civil de Tribunal Supremo de Justicia. Disponible: <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia No. De fecha 25 de mayo de 2000. Sala de Casación Civil de Tribunal Supremo de Justicia. Disponible: <http://www.tsj.gob.ve>.

Silva, V. (1995). **Los derechos alimentarios del menor**. Caracas: Paredes Editores.

Sojo, R y Hernández, M. (2002). **El derecho de alimentos en la Legislación Venezolana**. Caracas: Mobilibros.

Tortolero, F. (1995). **El derecho alimentario del menor**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.