

INDICE GENERAL

	pp.
ÍNDICE GENERAL	1
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULOS	
I EL PROBLEMA	8
1.1 Contextualización y Delimitación del Problema	8
1.2 Interrogante de la Investigación	9
1.3 Objetivos de la Investigación	10
1.3.1 Objetivo General	10
1.3.2 Objetivos Específicos	10
1.4 Justificación	10
1.5 Identificación y Definición de las Variables	12
1.5.1 Definición Conceptual	12
1.5.2 Definición Operacional	13
II MARCO TEÓRICO	15
2.1 Antecedentes Relacionados con la Investigación	15
2.2 Definición de Medidas Cautelares y su División dentro del Ordenamiento Jurídico	16
2.3 Análisis del Poder Cautelar en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	18
2.4 Conceptualización de Medida Cautelar en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	20

2.5 Características de las Medidas Cautelares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	21
2.6 Análisis de las Medidas Cautelares Nominadas e Innominadas decretadas en algunos Procedimientos Especiales contemplados en la LOPNA.	23
2.6.1 Las Medidas Cautelares en la Acción de Protección	24
2.6.2 Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales	26
2.6.3 Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda	28
2.6.4 Las Medidas Cautelares en caso de Divorcio, Separación de Cuerpos o Nulidad de Matrimonio	33
2.6.4.1 Naturaleza Jurídica	36
2.6.4.2 Requisitos	37
2.6.4.3 Cuidado y protección de los hijos menores	38
2.6.4.4 Efectos	39
2.6.4.5 Reglamentos de visitas	39
2.6.4.6 Conclusión	40
2.6.4.7 Recursos contra las medidas provisionales	40
2.6.4.8 Recurso de Casación	40
2.6.4.9 Extinción de las Medidas Provisionales	41
III MARCO METODOLÓGICO	42
3.1 Tipo de la Investigación	42
3.2 Procedimiento	44

IV CONCLUSIONES	45
4.1 Conclusiones	45
BIBLIOGRAFÍA	47

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL CIVIL

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CIVILES DE
NIÑOS Y / O ADOLESCENTES PREVISTAS EN LA LEY
ORGÁNICA PARA LA PROTECCION DEL NIÑO Y DEL
ADOLESCENTE.

Proyecto de Trabajo Especial de Grado,
para optar el Grado de Especialista en
Derecho Procesal Civil

Autor: Alonso Barrios
Tutor: Alfredo Maggiolo.

RESUMEN

Con la entrada en vigencia el 1 de abril de 2000 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), se suscita una serie de cambios en los procedimientos utilizables ante los órganos jurisdiccionales aplicables en Derecho de Familia y Menores, modificaciones que responden a la necesidad de adecuar la legislación interna, tanto adjetiva como sustantiva en materia de niños y adolescentes, a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la que presupone e impone, según la lectura de la Exposición de Motivos, un radical cambio de posiciones frente a la concepción de los sujetos a las cuales va dirigida la protección, los niños y los adolescentes como sujetos de derechos, bajo esa nueva perspectiva, surgen cambios significativos en cuanto a los poderes jurisdiccionales del juez en materia de medidas cautelares, con miras a lograr el más efectivo cumplimiento de una obligación; este procedimiento se enmarca dentro de una serie de principios destinados a lograr una efectiva y pronta justicia en los casos en que se aplique. Como soporte teórico tomado como base para la realización del presente estudio se utilizó la LOPNA aplicando los Métodos: Analítico, Inductivo y Deductivo y la principal conclusión es, que se han generado cambios en los aspectos procesales motivados por la necesidad de adaptar la legislación interna a la materia de niños y adolescentes para convertir conceptos básicos propios de la materia de menores, como son el de necesidades, por el de exigibilidad de los derechos y garantías constitucionales, conjuntamente con el cumplimiento absoluto de las obligaciones derivadas de la Convención. Ahora bien, el Estado por su parte deberá poner a disposición de esa nueva competencia los medios y recursos necesarios para el debido y efectivo funcionamiento.

INTRODUCCIÓN

El tema objeto de la presente investigación versa sobre una de las instituciones jurídicas de gran importancia por el fin el cual atiende, denominada por la generalidad de los autores como medidas preventivas o cautelares, y que en el caso concreto se pretende analizarlas como medidas para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones tendientes a proteger de los derechos de los niños y adolescentes previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), ordenamiento jurídico que acogiera los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que entrara en vigencia el primero de abril del año 2000.

La importancia de esta figura, radica en la finalidad que éstas medidas persiguen, cual es, la de garantizar no solo los derechos deducidos en el juicio, sino salvaguardar instituciones y derechos superiores, que van más allá de los procesalmente debatidos, como es, la protección de la comunidad conyugal mientras subsiste un proceso de divorcio o separación de cuerpos y bienes, nulidad de matrimonio, cuando haya hijos niños y adolescentes, la guarda de los hijos, la obligación alimentaria a favor de los niño y/o adolescentes, en general todo lo relacionado con materia de familia, patrimoniales y laborales, así como también en la denominada acción de protección, nuevo recurso establecido en la LOPNA, en resguardo a los derechos colectivos del niño y del adolescente; por cuanto lo que se busca es la tutela Jurisdiccional de los derechos del niño y del adolescente frente a su familia, progenitores, parientes, la sociedad y el propio Estado, por ser débiles jurídicos, cuya protección está garantizada no sólo en el ámbito

internacional por la comunidad universal, sino también por el ordenamiento jurídico interno de cada país.

Ahondando sobre este asunto, se estudiarán resumidamente, los diferentes capítulos dentro de los cuales se explicarán el conjunto de Medidas Cautelares, sus características en materia de protección del niño y de adolescente, siendo la mayor de las novedades, la posibilidad de adelantar el régimen de las medidas, aún sin la existencia de proceso principal, condicionando tal petición a un plazo que otorgue el juez, situación que confirma esa justicia de protección que prevé la ley, donde reina el interés superior del niño, interés protegido que quiso plasmar el legislador en nuestra novísima Ley.

De acuerdo a las características anteriormente descritas, el trabajo se fundamentará en un tipo de investigación bibliográfica documental explicativa, donde se utilizará la técnica del análisis, para discriminar las fuentes relevantes y sustentar la factibilidad del problema en estudio. En la presente investigación se resaltan como principales soportes teóricos seleccionados: La Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA); Convención de los Derechos del Niño; Doctrinas o libros tanto nacionales como extranjeros especiales en la materia a tratar; documentos judiciales, jurisprudencias.

La estructura organizacional del presente estudio estará diseñada en cuatro capítulos: en el primer capítulo se desarrollara el problema, contextualización y delimitación del mismo, interrogantes y objetivos generales y específicos de la investigación, sistemas de variables; el segundo capítulo contendrá, los antecedentes relacionados con la investigación: concepto de Medidas Cautelares, análisis de las medidas en materia de niños y adolescentes, sus características, y novedades en el

nuevo ordenamiento jurídico, el derecho comparado; luego un tercer capítulo contentivo del marco metodológico, tipo y diseño de la investigación, procedimientos; y por último un cuarto capítulo donde se señalará las conclusiones y recomendaciones de la investigación efectuada.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1 Contextualización y Delimitación del Problema.

Desde el momento en que Venezuela ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño y la hace Ley de la República el 29-08-90, el legislador asume el compromiso de dictar un nuevo ordenamiento jurídico para hacer exigibles los derechos y garantías consagradas en la Convención, mediante la creación de instancias administrativas y judiciales que intervengan en caso de que estos derechos fueren amenazados o violados.

Como se aprecia el nuevo derecho, tanto sustantivo como adjetivo, fundamentado en la doctrina de la Protección Integral debe respetar una serie de principios rectores fundamentales, entre ellos tenemos el niño como sujeto de derechos; el interés superior del niño, la prioridad absoluta y el rol fundamental de la familia en esos derechos. Existen numerosas normas novedosas dentro de éste nuevo ordenamiento jurídico, sin embargo, la presente investigación se limitará al estudio de las Medidas Cautelares donde se podrá observar que existen cambios y novedades, encontrándose diferencias con el régimen de la cautela ordinaria y por supuesto con lo establecido en la Ley Tutelar de Menores, que si bien es cierto que los órganos jurisdiccionales con competencia minoril los venían aplicando, ahora los consagra, como es el caso, que en algunos supuestos pueden ser decretadas a petición de parte, como lo establece el poder cautelar ordinario, pero en otras quedan al absoluto criterio del órgano jurisdiccional tomando

en consideración la premisa fundamental de la doctrina de la Protección Integral, la cual es el Principio del Interés Superior de Niño. Tal como se desglosa de la misma LOPNA, el ordenamiento procesal ordinario que se encuentra previsto en el Código de Procedimiento Civil resulta supletorio del especial en todo aquello no consagrado en él, por lo que, dentro del desarrollo del presente estudio se observará, el análisis de las novedades previstas en materia de medidas cautelares, la demostración que, en cuanto a los supuestos para declararlas procedentes; continúa sustentándose el sistema del poder cautelar tradicional, esto es, la presunción de buen derecho (*fomus bonis iuris*) y el peligro en la demora, (*periculum in mora*) añadiendo el supuesto que en las medidas innominadas, existe la necesidad de evidenciar el temor de que puedan producirse lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra parte, (*periculum in damni*) de modo que las medidas cautelares previstas en la LOPNA con sus características particulares pueden ser decretadas con vistas a la defensa y protección de los derechos de los niños y adolescentes dirigidas a obtener una tutela jurídica efectiva.

1.2 Interrogante de la Investigación.

¿Cuáles son las diferentes Medidas Cautelares que pueden decretarse en los Procesos Civiles previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente?

1.3 Objetivo de la Investigación.

1.3.1 Objetivo General

Determinar las Medidas Cautelares en los Procesos Civiles previstos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y de Adolescente.

1.3.2 Objetivo Específico

- Definir las Medidas Cautelares, sus características en materia de protección del niño y del adolescente.
- Analizar las Medidas Cautelares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño del Adolescente.
- Destacar las novedades en materia de Medidas Cautelares dentro de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.
- Explicar las medidas cautelares que pueden ser decretadas dentro de los diferentes procedimientos previstos en La Ley Orgánica para la Protección del Niño y las Medidas Preventivas o Cautelares en el Derecho comparado relativas a la materia objeto del presente estudio.

1.4 Justificación.

Con la elaboración del presente estudio se pretende determinar las modificaciones habidas en materia de Medidas Cautelares en los procesos de niños y adolescentes, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), que si bien como lo señala Baumeister Toledo (2000) no hubo cambios drásticos, si puede apreciarse que se delinear toda una serie de nuevos principios que regulan a

nivel mundial la concepción de la ahora Potestad Cautelar del órgano judicial y que se incorporan a la nueva normativa de protección del niño y de adolescente. Es importante destacar los rasgos relevantes de este procedimiento: oralidad, brevedad de los lapsos; la ampliación de los poderes del juez para conducir el proceso, la celeridad procesal, y la posibilidad de adelantar el régimen de medidas con miras a lograr una efectiva protección de los derechos que se pretenden proteger, como es, el derecho de los niños y adolescentes, destinados a lograr una eficaz y pronta justicia, a través de un procedimiento esencialmente dinámico que obliga al juez como rector del debate a observar en las incidencias de medidas una conducta bajo los principios de dinamismo, igualdad e inmediatez, aplicables al juicio principal. La importancia del presente estudio, es conocer el trámite y desarrollo que deberán ser efectuado con respecto a las medidas en lo que resulte aplicable en materia de niños y adolescentes según la aplicación de la nueva Ley Especial, beneficiándose los usuarios y operadores de éste novedoso ordenamiento jurídico que pocos conocen, al haber entrado en vigencia la ley en abril del presente año 2000.

1.5 Identificación y definición de las variables.

1.5.1 Definición conceptual.

Objetivo Específico	Variables	Definición Conceptual
Definir las Medidas Cautelares, sus características en materia de protección del niño y del adolescente.	Medidas Cautelares.	Instituciones de derecho adjetivo que comprenden una doble finalidad: impedir la violación de un derecho y facilitar el ejercicio del mismo, disipando la incertidumbre respecto a su existencia o efectos.
Analizar las Medidas Cautelares en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente.	Medidas Cautelares en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente.	Razón o fundamento de las Medidas Cautelares en procesos de niños y adolescentes decretadas por los órganos judiciales competentes.
Destacar las novedades en materia de Medidas Cautelares dentro de la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente.	Novedades en materia de Medidas Cautelares dentro de la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente.	Novedades: Cambios introducidos o surgidos en materia de Medidas Cautelares en procesos de niños y adolescentes.
Explicar las Medidas Cautelares que pueden ser decretadas en los diferentes procedimientos previstos en la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente, y las Medidas preventivas en el derecho comparado.	Medidas Cautelares que pueden ser decretadas en los diferentes procedimientos previstos en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescentes y las Medidas Preventivas en el derecho comparado.	Las Medidas Cautelares en procesos de niños y adolescentes se decretan por la obligación indeclinable del Estado de adoptar las medidas, de cualquier naturaleza que sean conducentes o idóneas para lograr el goce efectivo y pleno de los derechos de los menores.

1.5.2 Definición Operacional

Variable	Dimensión	Indicador	Subindicador
Medidas Cautelares	Jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Convención de los Derechos del Niño. • Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente. • Código Civil. • Código de Procedimiento Civil. 	
Medidas Cautelares en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente.	Jurídica y Social	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. • Convención de los derechos del niño. • Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente. • Instrumento jurídico internacionales : Convención Internacional de los Derechos del Niño. • Código Civil. • Código de Procedimiento Civil. 	
Novedades en materia de Medidas Cautelares dentro de la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente.	Jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. • Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente. • Código Civil. 	

		<ul style="list-style-type: none"> • Código de Procedimiento Civil. 	
<p>Medidas Cautelares que pueden ser decretadas en los diferentes procedimientos previstos en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente. Y las Medidas Preventivas en el derecho comparado.</p>	Jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. • Convención de los Derechos del Niño. • Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. • Código de Procedimiento Civil. • Código Civil. 	

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes Relacionados con la Investigación

Por ser el presente trabajo de investigación de reciente data no se encontró ninguna otra tesis que se haya desarrollado, la fuente principal del estudio efectuado fue la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del adolescente y; la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, sirvió de gran ayuda dos libros publicados en este año 2000 cuyos títulos son Introducción a la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente, redactado por diferentes autores, entre ellos: María G. Moráis de Guerrero, Yury Emilio Buaiz Valera, Carla Serrano, Paolo Longo F., Lilian Montero Rodríguez, Marcos Rubén Carrillo Perera, Belkis Vethencourt de Escobar, María Faustina Medori, Georgina Morales, Miguel Ángel Sandoval, Maria del Carmen Montero y Alberto Baumeister Toledo; con el objeto de contribuir con la mejor interpretación y aplicación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente. Dichos escritos introducen al lector en el conocimiento de los principios, conceptos y procedimientos utilizables ante el Tribunal de Protección e Instancias Administrativas.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), instrumento que contiene normas de contenido sustantivo y adjetivo aplicable a los niños y adolescentes, entró en vigencia el día 01 de abril de 2000, y fue elaborada con motivo del proceso de adecuación de la legislación venezolana a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de

noviembre de 1989, ratificada por Venezuela como Ley de la República el 29 de agosto de 1990, a partir de ese momento, asume el compromiso de brindarles protección integral, a los niños y adolescentes del país, referida a dos aspectos: protección social propiciando las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad y garantizar los derechos fundamentales de la niñez y juventud; y la protección jurídica, la cual implica legislar para establecer normas, y así poder exigir los derechos consagrados en la Convención, a través de instancias administrativas y judiciales que fueron creadas para intervenir en caso de que sean vulnerados esos derechos.

2.2. Definición de Medidas Cautelares y su División dentro del Ordenamiento Jurídico

Las Medidas Cautelares consisten en instituciones de derecho adjetivo que comprenden una doble finalidad: impedir la violación de un derecho y facilitar el ejercicio del mismo, disipando la incertidumbre respecto a su existencia o efectos. La tutela cautelar, por tanto, responde a una necesidad de seguridad, prescindiendo de la declaración de certeza definitiva o concreta del derecho respecto del cual alguno se afirma, o puede afirmarse, titular a través del proceso civil, tutela que se vincula a un estado de hecho que adquiere un relieve jurídico, porque precisamente el legislador se ha dado cuenta de que, en muchos casos, el proceso ordinario llegaría demasiado tarde y, por consiguiente, en definitiva la certeza misma sufriría con ello, de manera que ha parecido oportuno, entonces, prever una tutela provisoria e instrumental respecto a aquella que será la tutela definitiva, tutela provisoria que se ha vinculado, a la verosimilitud de que una

determinada posición jurídica tendrá derecho a obtener después eventualmente una tutela definitiva.

Así, las medidas cautelares dentro de nuestro ordenamiento jurídico venezolano podemos clasificarla, en:

- Medidas Cautelares Típicas o Nominadas: contenidas en la primera parte del Artículo N° 588 del Código de Procedimiento Civil (CPC), y que están señaladas expresamente en la ley.
- Medidas o Disposiciones Complementarias: contempladas en el único aparte del Artículo N° 588 del C.P.C. y sirven para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.
- Medidas Innominadas: observadas en los tres párrafos del Artículo N° 588 del C.P.C. no previstas en la ley, que puede dictar el juez cuando hubiere fundado temor de que una de las partes puede causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En el caso objeto del presente estudio de las medidas cautelares en los procedimientos de niños y adolescentes, se observa una diferencia en el régimen de la cautela ordinaria, que si bien al órgano jurisdiccional se le otorgaba cierta discrecionalidad, ahora la consagra específicamente para determinados casos, estableciéndose que el juez será quien resuelva y decida cuáles son las más convenientes o necesarias para garantizar la protección y seguridad del niño o del adolescente, y no la que impone la ley, como resulta ser en los casos ordinarios del poder cautelar civil, donde el juez solo debe limitarse a las medidas establecidas allí; así también procede de acuerdo a lo dispuesto en la novísima ley, que en algunos supuestos serán dictadas a petición de parte, pero en otras, quedan al absoluto criterio del juez; situación que se corresponde tanto con las medidas nominadas

como con las innominadas por ser el ordenamiento procesal ordinario supletorio del especial, tal como se desprende del estudio de la LOPNA.

2.3. Análisis del Poder Cautelar en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En el marco de las medidas cautelares en materia del niño y del adolescente, se tiene que las mismas gozan de un carácter meta procesal, es decir, lo que se protege no son meramente las resultas del juicio, sino la permanencia de un derecho fundamental de carácter subjetivo en el cual tiene interés el orden social, cuyos efectos van más allá del iter procedimental que pueda desarrollarse con el objeto de dirimir el conflicto planteado, por cuanto independientemente, de los intereses debatidos, hay situaciones jurídicas tuteladas por el ordenamiento jurídico que pudieran resultar afectadas si no se toman medidas previas con carácter de prevención al inicio del proceso, sin tener que esperar a la resolución definitiva de la controversia, la cual después de agotarse las instancias, pudiera conllevar al resultado de que si bien se solucionó teóricamente - la litis, se hizo nugatorio el derecho por no habersele protegido tempestivamente, lo cual precisamente constituye el fin del Estado, en el cual tiene injerencia directa, a los fines de su consecución.

Baumeister (2000) indica que:

En cuanto a los supuestos para declararlas procedentes, continúa sustentándose el sistema en los pilares clásicos del poder cautelar tradicional, esto es, **el periculum in mora y el fomes bonis iuris,(la presunción de buen derecho)**, a lo cual, obviamente deben añadirse los demás elementos tradicionales e indiscutidos de procedencia (legitimación y capacidad de quien las solicita,

etc.) El órgano judicial en todo caso queda facultado para exigir y evaluar la prueba de dichos supuestos, y ahora, como novedad que vale la pena destacar, precisa la LOPNA, el juez, al decretarlas, fijará el lapso o plazo dentro de cual deban permanecer vigentes o con efectos (p.60)

Se observa de lo anteriormente transcrito y del estudio de la LOPNA, que a pesar de que existen una serie de principios devenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe dar cumplimiento, a los requisitos procedimentales de las medidas cautelares habituales, esto es, el peligro en la demora y la presunción del buen derecho, y común a cualquiera de los casos, queda el Tribunal facultado para mandar a ampliar la prueba, si a su juicio las promovidas son insuficientes.

Se destaca de igual manera, que por esa justicia preventiva asegurada por el Estado, el órgano judicial tiene la obligación indeclinable de adoptar todas las medidas, de cualquier naturaleza, que sean conducentes e idóneas para lograr el goce efectivo y pleno de los derechos consagrados y reconocidos en la Ley; en tal sentido el juez de Protección, a motu proprio, podrá adelantar trámites necesarios para decretar dichas medidas, y será quién resuelva y decida cuales son las más convenientes y apropiadas para lograr el efecto perseguido; tomando en consideración cuando se habla de medidas, que las mismas se corresponden tanto a las nominadas como a las innominadas, de acuerdo a la supletoriedad prevista en el Artículo N ° 451 de la LOPNA. En ese sentido, Ortiz Ortiz (1997) piensa que la discrecionalidad está dirigida en cuanto al tipo de medidas que sean pertinentes y adecuadas, que ahí está la discrecionalidad del juez, criterio, que comparte el autor de la presente investigación, ya que el Estado es el

garante a través de los órganos jurisdiccionales competentes de proteger los derechos de los niños y adolescentes decretando medidas oportunas.

2.4. Conceptualización de Medida Cautelar en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Una vez efectuado el análisis de las medidas cautelares en la LOPNA y que se ha definido que son las medidas cautelares y su división dentro del ordenamiento judicial el autor de la presente investigación las conceptualiza plegándose al criterio sostenido por el autor venezolano Ortiz Ortiz, en tanto en cuanto, que se trata de medidas decretadas con la finalidad de satisfacer necesidades de niños y adolescentes. Explica Ortiz Ortiz (1997) lo siguiente:

Se trata en realidad de medidas de tutela de derechos y particularmente medidas de tutela de derechos con respecto de los menores; por ello mismo la disposición que comentaremos de seguidas no puede conceptuarse como un poder cautelar general sino, como un poder genérico de prevención o en todo caso un poder tutelar general, esto es:

Un poder o facultad otorgada al órgano jurisdiccional que puede ser ejercido incluso de oficio, con la finalidad no de garantizar su propio fallo sino de tutelar un supremo derecho y un interés superior a las partes que actúen en el proceso: el de los menores. (p.251.)

En la Exposición de Motivos de la Ley en comento, el Estado está obligado a adoptar todas las medidas, para lograr el goce efectivo y pleno de los derechos consagrados y reconocidos en la Ley, a favor de los niños y

adolescentes, en consecuencia, el espíritu del legislador fue; que se logrará mediante el decreto de éstas medidas, una tutela judicial efectiva, donde al juez se le incrementarán sus potestades en beneficio de los altos intereses protegidos, como es, el interés superior del niño y adolescente previsto en el Artículo N° 8 de la LOPNA, y que en Venezuela, tiene rango e imperatividad constitucional, consagrado en el Artículo N° 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Interpretando a Ortíz Ortiz, cabe decir que, se trata entonces de medidas de tutela de derechos derivados del poder genérico de prevención que ejerce la función jurisdiccional, sometidas a la discrecionalidad del juez en algunos casos, al principio dispositivo en otros, pero siempre con vistas a una finalidad que está mas allá del proceso.

2.5. Características de las Medidas Cautelares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En cuanto a las características de las medidas, se encuentra que existen ciertas novedades con respecto a las medidas de cautela ordinaria, así como también en el proceso minoril. Entre las características más resaltantes se tienen las siguientes:

- 1) Son de eminente interés público, por cuanto van más allá del interés de las partes, su función básica es tutelar el interés superior del niño y adolescente.
- 2) Por efecto de la tutela judicial efectiva, como algo novedoso, fue establecido en la novísima Ley, la posibilidad de adelantar el régimen de medidas aún sin la existencia de proceso principal, condicionando tal posibilidad, a que se interponga la acción correspondiente en el plazo que

fije el juez, so pena que las mismas decaigan; poniéndose así en evidencia, el sistema de protección de los derechos y garantías de los niños y adolescentes establecidos en la Ley.

3) La autoridad judicial a solicitud de parte, o por ese mismo poder que le otorga la Ley al órgano jurisdiccional para ejercer el control del proceso y hacer efectiva la defensa de los niños y los adolescentes, podrá actuar de oficio en aquellos casos de urgencia y gravedad comprobada.

4) En cuanto a los supuestos o requisitos para declararla, continúan los establecidos en el poder cautelar ordinario, el peligro en la demora y la presunción del buen derecho, como también la legitimación y capacidad de quien la solicita; existiendo la posibilidad que el juez pueda ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar dichos supuestos.

5) El juez, al decretar las medidas, fijará el lapso o plazo dentro del cual deban permanecer vigentes, otra característica novedosa que esta prevista en la Ley.

6) Son medidas provisionales, por su forma temporal que puedan afectarlos bienes sometidos a la ejecución, el juez siempre podrá revisar, modificar o revocar sus decisiones sobre medidas cautelares decretadas.

7) Las incidencias de medidas en caso de oposición serán tramitadas de conformidad con lo establecido en los Artículo N° 601 y siguientes de Código de Procedimiento Civil, y en caso de que hubiere la intervención voluntaria de terceras, siguiendo a Baumeister (2000):

... su trámite y desarrollo deberá ser efectuado, en lo que resulte aplicable, por los mismos del juicio ordinario de niños y adolescentes de que se trate, con la correspondiente abreviación de lapsos, facilitamiento de llamados a juicio, control de medios probatorios, etc., y con la ampliación de poderes que en tales

materias a atribuido la Ley especial a los jueces en esa competencia... (p.67)

8) Por último en cuanto a la apelabilidad, la resolución que acuerda o niega una medida cautelar será apelable en un solo efecto, atribuyendo a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de los Recursos de Casación contra los fallos dictados por la Corte de Apelaciones de esta competencia, cuando fueren procedentes, tomando en consideración la supletoriedad prevista en la Ley, lo que a criterio del autor de la investigación se aplicaría lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

2.6. Análisis de las Medidas Cautelares Nominadas e Innominadas decretadas en algunos Procedimientos Especiales contemplados en la LOPNA.

El Sistema de Protección estaría incompleto y sería del todo inoperante, si el proyecto no contemplase los mecanismos procesales, para exigir, ante las instancias anteriormente mencionadas, el cumplimiento de los derechos consagrados en esta Ley. Por ello, ha previsto un conjunto de acciones y procedimientos, tanto administrativos como judiciales. Entre las acciones se destaca, como uno de los institutos más novedosos de este proyecto la Acción de Protección contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas y privadas que amenace o violen derechos colectivos o difusos del niño y del adolescente. El ordenamiento jurídico ha dotado a los particulares y al mismo órgano jurisdiccional de herramientas y mecanismos jurídicos para hacer efectivo el

estado de derecho, es decir, a garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico y evitar arbitrariedades, es en el Derecho de Menores en el cual se concreta con mayor claridad esa función del estado, pues en orden a la defensa de los niños y adolescentes, la Constitución ha dispuesto la obligación irrenunciable para el estado de defender a los menores, su protección y su desarrollo físico e intelectual, por ello la LOPNA estableció que, el juez de protección pudiese dictar medidas, bien sea nominadas o innominadas a fin de brindar una mayor protección a niños y adolescentes; por el razonamiento anterior, es preciso estudiar las diferentes medidas que se pueden acordar en los procedimientos previstos en la LOPNA.

2.6.1. Las Medidas Cautelares en la Acción de Protección

Al respecto sería conveniente hacer la siguiente transcripción de lo señalado por el Dr. Longo (2000):

“Probablemente el legislador ha debido ser más específico y ordenar al juez tomar las medidas que fueren necesarias para precaver lesiones o menoscabo de derechos, de las partes o de terceros, y enervar situaciones dañosas cuyos efectos pueden resultar irreparables. También el juez debe estar facultado para asumir aquellas medidas tendientes a evitar la disipación probatoria aquellas que se dirijan a mantener la integridad de las garantías de los sujetos directamente implicados en el juicio.

En todas estas situaciones, claro está, el órgano jurisdiccional debe dictar medidas, cuyo alcance y extensión, objetivo y subjetivo, espacial y temporal, puede y debe ser controlado de oficio o a instancia de parte; más, sin embargo, hacer de un juicio cuyo trámite abreviado es su distintiva virtud una suerte de escenario para el dictamen de resoluciones interlocutorias, a la manera de decisiones que no versan sobre el fondo, pero que

afectan la relación jurídica procesal, puede constituir una inconveniente ventana por la que pueda dispersarse la idea central que sostiene el procedimiento bajo estudio.” (P. 148).

La acción de protección por ser un recurso judicial tal como lo define la Ley, contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas y privadas que amenacen o violen derechos colectivos, sector particular del gravamen o grupo determinado, o difusos, sujetos de un grupo indeterminado, de niños y de adolescentes; y que tiene como finalidad que el Tribunal haga cesar la amenaza u ordene la restitución del derecho, mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer decretando medidas innominadas, garantizando con ello la tutela efectiva a los derechos colectivos o difusos de los niños y de los adolescentes; el juez de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección, puede tomar toda clase de medidas que no son necesariamente cautelares; como por ejemplo, requerir información para preservar las pruebas que estén disponibles, se estaría hablando de una tutela anticipada para evitar que mientras se desarrolle el procedimiento, se generen algunos daños colaterales; asimismo el legislador establece que el juez tomará las medidas necesarias para la ejecución de la decisión. Si se lee detenidamente la ley, se observa, que indica el legislador, que el juez debe tomar las medidas necesarias, pues se estaría hablando que las medidas son amplias, son atípicas, son de las denominadas Medidas Cautelares Innominadas, donde debe existir en el juez de Protección una discrecionalidad para medir la adecuación y la pertinencia de la providencia para evitar el daño o la lesión denunciada. Ahora bien, ¿qué recurso tendría el afectado que debe cumplir esa medida cautelar innominada? El recurso de impugnación ante el mismo

juez que la dictó, quién podrá revocarla se lo considera pertinente. Es decir, le dieron característica de revocatoria por contrario imperio, situación que prevé el Artículo N° 310 de Código de Procedimiento Civil, entonces, se pregunta ¿será un acto o providencia de mera sustanciación o de mero trámite o una resolución interlocutoria, tal como lo dispone el Artículo N° 326 de la LOPNA? y si es una medida que causa un daño irreparable al afectado, y el juez no la revoca, se debe recordar que, solo son apelables las sentencias que resuelven definitivamente el asunto y las resoluciones que pongan fin al procedimiento según lo dispone el Artículo N° 327 LOPNA, solo la jurisprudencia podrá ir resolviendo las dudas que surgen del presente estudio.

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

Dispone el Artículo N° 452 de la LOPNA que el procedimiento contencioso establecido en los Artículo N° 454 y siguientes de la referida ley, se observará para tramitar todas las materias relativas a los asuntos de familia y patrimoniales, señalados en los párrafos primero y segundo del Artículo N° 177 de esta ley, excepto adopción, guarda y obligación alimentaria.

En materia de niños y adolescentes, pueden ser decretadas por el juez de protección, tanto medidas nominadas como las innominadas, por aquello de lo establecido en el Artículo N° 451 de la LOPNA, el cual dispone que el ordenamiento procesal ordinario resulta supletorio del especial, en cuanto no se opongan a las normas previstas en la ley.

Se advierte que para declararlas procedentes, deben verificarse los supuestos o requisitos establecidos en el Artículo N° 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es, el Peligro en la demora y la Presunción del buen derecho en caso de las medidas nominadas, y en el supuesto que se decreten medidas innominadas, debe entonces suponerse la materialización de un peligro o una lesión o la expectativa de un daño inminente o de carácter continuo, el cual ha denominado Ortiz Ortiz Periculum in Damni (peligro en el daño), debiéndose destacar que en el ordenamiento procesal ordinario debe existir un juicio en trámite, a diferencia y como algo novedoso previsto en la LOPNA, las medidas cautelares pueden ser solicitadas en forma previa al proceso, y de ser concedidas, es obligatorio para la parte solicitante, plantear la demanda respectiva dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida, estableciendo de igual manera el legislador que para esos efectos no se exigirá garantía, sin embargo, si la demanda no se presentare o el juez considerara infundada la solicitud, de ser procedente, condenara al pago de daños y perjuicios causados.

Del Artículo N° 466 de la LOPNA se desprende que:

“.. 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 decretara 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 podrá ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados...”

Se señala igualmente que, con base a la supletoriedad prevista en el Artículo N° 451 de la LOPNA, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las previstas en la Ley, se puede afirmar que, en los casos de los procedimientos de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio, cuando haya hijos niños o adolescentes o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes, el juez puede decretar y ejecutar las medidas cautelares, tanto patrimoniales como no patrimoniales, de conformidad con el Artículo N° 191 del Código Civil, salvo el ordinal 2° del precitado Artículo, el cual fue derogado por mandato expreso de la Ley. Estas medidas no se suspenden después de declarado el divorcio o la separación, salvo pacto en contrario, por expresa determinación del Artículo N° 761 del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, procede el recurso de apelación, el cual debe ser oído en un solo efecto, al igual que, la resolución que decreta o deniega una medida cautelar, de conformidad con el último aparte de Artículo N° 466 de la LOPNA.

2.6.3. Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Especial de Alimentos y Guarda.

En el Procedimiento Especial de Alimentos y de Guarda, con base al mandato establecido en el Artículo N° 512 de la LOPNA, el juez de protección 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, de conformidad con el Artículo N° 521 de la misma ley.

Carlucci (1997) ha señalado que los alimentos provisorios son el ejemplo paradigmático de medidas de anticipación de la tutela judicial. Es típicamente una tutela autónoma, genuina, inmediata, eficaz y de resultados efectivos; donde el juez, tal como lo dispone la norma, debe apreciar en cada caso, con prudente razonabilidad, las circunstancias concurrentes que tornen necesario y conveniente la fijación de una pensión provisional o aquellas medidas que conduzcan a garantizar la fijación definitiva.

El Artículo N° 521 de la LOPNA establece cuales son las medidas que puede el juez en orden de garantizar la obligación alimentaria, se observa que no existe nada novedoso en cuanto a medidas cautelares se refiere, por lo que se entiende y afirma, que las medidas cautelares a que se refiere el ordinal b) del precitado Artículo, son las medidas establecidas en el Artículo N° 588 del Código de Procedimiento Civil, es decir: Las medidas típicas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar; las medidas complementarias y las medidas innominadas, entendiéndose que; al señalar el legislador la facultad que tiene el juez para someter el patrimonio a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas, se debe percibir que se trata de decretar, la medida innominada de nombramiento de administrador ad-hoc; administrador especial, vinculada esta medida con la ejecución y efectividad del cumplimiento de la obligación alimentaria; y como medida complementaria su fiscalización, para asegurar la eficacia de la medida decretada. En consecuencia, en los casos de que se dicte una medida de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, deben verificarse los supuestos o requisitos de procedencia para dictar o decretar las llamadas providencias cautelares, es decir, el peligro en la demora, y la presunción del buen derecho y en caso de las medidas innominadas que exista el peligro inminente de daño. Para la

ejecución de las medidas basta con notificar por oficio a quién corresponda, sin embargo, se debe destacar como algo novedoso dentro de la estructura de la ley en comento, Artículo N° 179, que el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, contará con servicios auxiliares, destacando en cuanto al presente trabajo en estudio, que el Tribunal dispondrá de funcionarios ejecutores de medidas cautelares o definitivas; por lo que, será a estos funcionarios a quienes corresponderá ejecutar las medidas decretadas por el órgano jurisdiccional competente en materia de niños y adolescentes.

Particular importancia reviste el análisis del Artículo N° 381 de la LOPNA, el cual sustituye el procedimiento de Incumplimiento a la Obligación Alimentaria Previsto en la Ley Tutelar de Menores.

En efecto la mencionada disposición establece:

Artículo 381- “Medidas Cautelares. 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 la cantidad 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 atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas”.

Se está en presencia de un procedimiento novedoso, en el cual, puesto en conocimiento el obligado alimentario de la decisión dictada por el Juez de Protección, presunción del buen derecho, y probado como haya sido por la parte accionante el atraso o la falta de pago de dos cuotas consecutivas, debe el juez considerar demostrado el peligro en la demora y, en

consecuencia, proceder a sustanciar este procedimiento especial de cumplimiento de la obligación alimentaria como un proceso cautelar autónomo.

Morales, ha señalado, que de estar cumplidos los requisitos y condiciones allí establecidos, el buen derecho invocado, providencia judicial que establezca la obligación alimentaria y el peligro en la demora, cuando quede demostrado que exista atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas, el juez puede acordar cualquier medida cautelar, sin embargo, Morales (2000) expresa que:

“En resguardo del derecho a la defensa, el juez que conozca de la solicitud debe citar al obligado alimentario fijándole una oportunidad para oírlo, y abrir una incidencia innominada conforme al Artículo N° 607 del Código de Procedimiento Civil, y en caso de que haya alguna alegación probática, deberá dar apertura a la articulación respectiva” (p.83).

De la lectura de la doctrina se observa que el Dr. Baumeister Toledo(2000) comenta en cuanto a las incidencias en materia de medidas cautelares, que las mismas deberían ser tramitadas con base a lo dispuesto en los Artículo N° 601 y SS del Código de Procedimiento Civil, y todo bajo los principios de celeridad, igualdad, inmediatez, etc., pues de lo contrario resultaría en exceso más compleja y demorada.

El criterio en este sentido del autor de la presente investigación es el siguiente: el Artículo N° 381 de la LOPNA establece que el juez puede acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria debiendo la parte accionante probar el buen derecho consignando la decisión judicial en la cual se fijó la pensión de

alimentos y, el peligro en la demora, cuando exista atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas, como se observa deben verificarse los requisitos procedimentales de las medidas cautelares. Ahora bien, una de las características más resaltantes en las medidas preventivas, son: que las mismas tienen un carácter de inaudita alteran parte – posibilidad de dictarse sin presencia del afectado – y, la urgencia, por el hecho de tratarse de niños y adolescentes y su imposibilidad para suministrarse sus alimentos por sí mismo.

Por eso, el juez que conozca de la solicitud de cumplimiento de la obligación alimentaria puede decretar la medida al momento de admitirla y citar al deudor a fin de garantizar el derecho a la defensa, quién podrá oponerse a ella exponiendo las razones y el juez procederá a tramitar la incidencia de conformidad con lo establecido en los Artículos N° 601 y SS del Código de Procedimiento Civil, ahora, si el obligado no llegase a comparecer en el lapso previsto, el órgano judicial procederá a ejecutar la medida.

Se observa que el legislador a través de una medida independiente, quiso que el Estado garantizará inmediatamente un derecho que por lo general está respaldado por un interés público y por el orden público, porque lo que se está protegiendo allí; no son las resultas de un proceso, sino evitar un daño inminente y probable por el incumplimiento del padre obligado a suministrar la pensión alimentaria a su propio hijo niño o adolescente, o que padezca deficiencias físicas o mentales que lo incapaciten para proveer su propio sustento, por lo que es deber del juez establecer un remedio rápido a la situación planteada.

2.6.4 Las Medidas Cautelares en caso de Divorcio, Separación de Cuerpos o Nulidad de Matrimonio.

El Artículo N° 351 de la LOPNA establece:

Artículo 351.- Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio.

En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad del matrimonio, el juez de la Sala de Juicio debe dictar las medidas provisionales que se aplicarán hasta que concluya el juicio correspondiente, en lo referente a la patria potestad y a su contenido, así como en lo que concierne al régimen de visitas y de alimentos que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos que tengan menos de dieciocho años y a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren incapacitados, de manera total y permanente, por causa de impedimento físico o perturbaciones psiquiátricas graves. En todo aquello que proceda, el juez debe tener en cuenta lo acordado por las partes.

Parágrafo Primero: Cuando el divorcio se solicita de conformidad con la causal prevista en el Artículo N° 185-A del Código Civil, los cónyuges deben señalar cual de ellos ha ejercido la guarda de los hijos durante el tiempo que los padres han permanecido separados de hecho, así como la forma en que se viene ejecutando el régimen de visitas y la prestación de la obligación alimentaria, todo lo cual deber ser tomado en cuenta por el juez a los fines consiguientes.

Parágrafo Segundo: Si el divorcio o la separación de cuerpos se declara con lugar, con fundamento en alguna de las causales prevista en los ordinales 4° y 6° del Artículo 185 del Código Civil, se declarará privado de

la patria potestad al cónyuge que haya incurrido en ellas, en cuyo caso la patria potestad la ejercerá exclusivamente el otro padre. Si este se encuentra impedido para ejercerla o está afectado por privación o extinción de la misma, el juez abrirá la tutela y, de ser el caso dispondrá la colocación familiar.

Se observa con base en la anterior consagración legal, que el legislador consideró importante incorporar en esta norma, que el juez de la Sala de Juicio dicte medidas provisionales que se aplicarán hasta que concluya el juicio correspondiente; dichas medidas se refieren en cuanto a la Patria Potestad, guarda, visitas y obligación alimentaria para lograr el fin perseguido; de esta manera se agregan las previsiones contenidas en los Artículos N° 191 Ord. 2° y 192 del Código Civil, disposiciones que quedaron derogadas con la entrada en vigencia de la LOPNA.

De igual manera reviste particular importancia la obligación del padre y la madre con respecto a los hijos, que teniendo más de dieciocho años, se encuentren incapacitados, de manera total y permanente, por causa de impedimento físico o perturbaciones psiquiátricas graves, pareciera que aquí el legislador quiso poner en práctica lo dispuesto en el Artículo N° 5 de la LOPNA que establece las obligaciones generales de la familia, en donde el padre y la madre tienen responsabilidades comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Por último parafraseando a Morales (2000) se puede señalar que el legislador privilegió los acuerdos de las partes, debiendo el juez tomar en cuenta lo acordado por ellas, se consagra de esta manera, que cuando el divorcio se solicita con base a la causal contenida en el Artículo N° 185-A, se debe preferir el convenio entre los cónyuges en materia de guarda, visitas y alimentos.

En cuanto a las medidas sobre guarda en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio, o cuando los padres tengan residencias separadas, el Artículo N° 360 de la LOPNA establece diferentes supuestos: en primer lugar, se destaca nuevamente el acuerdo entre las partes, y de no existir, el juez de la Sala de Juicio acordará a cual de ellos corresponde, observándose de esta manera, una de las características propias de ésta materia especial cual es, la discrecionalidad del juez. Por otro lado dispone la Ley, que los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, y en caso de estar ella imposibilitada, por no ser titular de la patria potestad o por razones de salud o de seguridad o si ella misma lo solicita, el juez haciendo uso nuevamente de su discrecionalidad, ordenará al equipo multidisciplinario del Tribunal, la elaboración de un informe social, psicológico o psiquiátrico del niño o adolescente, de sus padres y del grupo familiar, y una vez obtenidas debe decidir si la guarda será ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar; siguiendo el criterio sostenido por Morales (2000), se entiende que el legislador no ha querido servirse de la figura de delegación a terceros, pareciera que la guarda sólo podrá ser ejercida por el padre o la madre, y fuera de ellas, lo que procede es la colocación familiar.

También en materia de Guarda se destaca, a criterio del autor de la presente investigación, la facultad que se le otorga al juez en el Artículo N° 359 de la LOPNA, quien previo intento de conciliación, después de oír a ambas partes y al hijo, decidirá el punto controvertido, sin perjuicio de que la parte no satisfecha pueda intentar el juicio de guarda; tal como sostiene Baumeister (2000) pareciera que se lo confieren anticipadamente potestades al juez para que por vía cautelar, urgente, resuelva en forma breve y expedita el derecho objeto del debate. La providencia cautelar consiste

precisamente en una decisión anticipada y provisoria al mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter definitivo, en caso de que la parte interesada intente el juicio de guarda, sin embargo, siguiendo a Baumeister, quién señala, que se trata de un reconocimiento de facultades especiales al juez para que resuelva sobre el fondo, y no propiamente puede hablarse de una cautela anticipada, criterio del cual difiere el autor del presente estudio, por cuanto esa providencia acordada por el juez, se trataría de una cautela anticipada y provisoria concedida en vista del peligro en la demora, peligro que puede subsistir tomando en consideración que, para que el juez dicte la decisión judicial definitiva debe contar con los distintos informes que el equipo multidisciplinario del Tribunal debe aportar al proceso, criterio que de igual manera comparte el autor en el supuesto del Derecho de Visitas, en tanto en cuanto en la vigente Ley especial, se tuvo presente la importancia de conservar y favorecer los nexos del niño y del adolescente con su familia de origen, entonces pareciera que esas facultades que la ley le otorga al juez de Protección de imponer el régimen de visitas más adecuado, de no lograrse acuerdo entre las partes o si el mismo fuese incumplido reiteradamente afectándose los intereses del niño o adolescente, entonces igualmente se estaría hablando que efectivamente, las determinaciones que el juez tome, son típicas manifestaciones de los llamados procesos de urgencia, de cautela anticipativa.

2.6.4.1 Naturaleza Jurídica

La separación provisoria de los cónyuges constituye el proceso cautelar personal único de los procesos matrimoniales, la separación al igual

que la interdicción provisoria y la suspensión de actos como procesos cautelares sólo están destinados a producir temporalmente los efectos que habrá de ocasionar la sentencia en forma definitiva.

La pretensión principal en los procesos de separación de cuerpos la constituye precisamente la suspensión definitiva de las obligaciones de tipo conyugal, con algunas salvedades, pero en los procesos de nulidad o divorcio, es la destrucción del vínculo matrimonial pero que igualmente conlleva también a dicha suspensión de obligaciones.

La separación provisional funciona como proceso cautelar, toda vez que le concurren todas las notas que así lo identifican, tales como la instrumentalidad, provisionalidad y mutanilidad.

Suspender provisionalmente las obligaciones conyugales. Este proceso cautelar está encaminado no a anticipar los efectos de la sentencia, sino a suspender las obligaciones entre los cónyuges que habrá de convertirse en definitiva a partir de la sentencia. Esta cautela es eminentemente personal toda vez que recae sobre el cuerpo de los cónyuges.

2.6.4.2. Requisitos

A) Subjetivos. Podrán ser decretado por el juez que conoce del proceso principal sea este el juez de Menores o el juez Civil Municipal según se trate de menores o mayores de edad.

B) Objetivos. Tiene importancia el requisito en el sentido de aportar una prueba aunque sumaria en la que se establezca la capacidad económica del obligado o demandado a fin de efectuar su señalamiento.

2.6.4.3. Cuidado y protección de los hijos menores.

En los procesos de divorcio, separación de cuerpos, se produce un deterioro en la unidad familiar y los primeros afectados por tal situación son los hijos menores de edad, que deben pasar a manos de uno de los cónyuges o repartirlos o en su defecto entregarlos a un tercero que por lo general será un pariente próximo. Si bien es cierto, al Estado no le preocupa con categoría de alarma social, la situación de los menores frutos del matrimonio es por ello que el juez debe estar atento a asegurar el bienestar de los menores frutos del matrimonio es por ello que el juez debe estar atento a asegurar el bienestar de los menores (está tutelando un derecho que tienen los menores) y desde el inicio del proceso puede entregarlos a cualquiera de los cónyuges o distribuirlos de acuerdo con la situación de hecho presentada o cuando ninguno de estos sea apto moral, social o económicamente para su control a un tercero a quien los menores respeten.

En los procesos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio la pretensión principal está encaminada a disolver el vínculo matrimonial o suspender la vida en común de los cónyuges; las decisiones sobre la patria potestad, guarda, alimentos sobre los hijos será una decisión accesoria autorizada y ordenada por las Leyes, por ello que, cuando esas decisiones secundarias se anticipan a la sentencia, también constituyen medidas cautelares; y estarán esperando la decisión que ha de resolver definitivamente el procedimiento, pero la razón de esta forma de cautela no es simple hecho de la demora del proceso, sino el peligro de daño inminente que amenaza a los menores y que hay que contrarrestar inmediatamente, con las medidas cautelares de protección y aseguramiento, nótese que no es

tanto asegurar las resultas del juicio, los efectos de la sentencia, sino la de proteger una situación fáctica.

2.6.4.4. Efectos

Los efectos que producirá esta medida cautelar consistirán en que el cónyuge al que se han dejado los menores a su cuidado podrá decidir sobre la educación, fijación de hogar, que según su criterio sean lo más aconsejable para ello. Sin embargo, esta medida no conlleva la suspensión ni pérdida de la Patria Potestad del otro cónyuge.

2.6.4.5. Reglamento de visitas

En el proceso de separación de cuerpos, divorcio o nulidad de matrimonio civil, podrá el juez desde el inicio del proceso regular las visitas que el cónyuge podrá efectuar a sus hijos, cuando el otro tenga en su poder a los menores y no permita tales visitas, existe un trámite de regulación de visitas ante los jueces de familia y este proceso tiene prelación en la decisión sobre lo que se resuelve en aquellos procesos ya que en el proceso especial de regulación de visitas se tomarán en cuenta las circunstancias del menor (se tutela y se protegen los derechos del menor) mientras que lo decidido en el proceso principal tiene en cuenta la circunstancia del conflicto entre cónyuges, pero se cree que no hay obstáculos para que tome decisiones al respecto debido a las amplias facultades discrecionales que tiene el juez en los procesos de familia.

2.6.4.6. Conclusión

El juego de las instituciones formales de objetivo cautelar no producen nunca injusticia real pero tampoco justicia, de por sí, su fruto es una seguridad siempre supeditada a condenas subjetivas de justicia - dado que exige buena fe - y si bien potencia la faceta social de lo justo frente a lo puramente individual, en cualquier caso y aspecto, sólo prepara la realización de la justicia, acción que no compete a sus esquemas, sino a los del Poder Jurisdiccional del Estado.

2.4.6.7. Recursos contra las medidas provisionales.

Se sustanciará por los trámites de las incidencias, resultado equiparable por su naturaleza a una especie de recurso revisorio ante el Juzgado Superior, con posibilidad de recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, en ambos trámites se oirá en un solo efecto el devolutivo sin que en ningún momento pueda paralizarse la ejecución y con imposición de costas al litigante vencido, ahora si el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos, el recurso de apelación interpuesto por terceros se oirá en un solo efecto.

2.6.4.8. Recurso de Casación

Jurisprudencia reiterada ha interpretado que el recurso de Casación es inadmisibile si la sentencia no es definitiva, si no resuelve de modo inalterable y ejecutorio. Sin embargo es viable la Casación por

quebrantamiento de forma, difícilmente por infracción de Ley ya que materia de Medidas Provisionales no tiene carácter definitivo y son susceptibles de controversia.

2.4.6.9. Extinción de las Medidas Provisionales

Su mismo carácter de provisionalidad lleva en sí que subsistan durante la sustanciación del proceso principal y mientras este perdure, Artículo 1886 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencia de fecha 03-05-58 Repertorio Judicial Aranzadi 1958, 1708. “Por otro lado el juez ha tenido en cuenta el interés familiar más urgente necesitado de protección para atribuir el uso de la vivienda conyugal, a la madre (cónyuge) y su hija, continuando así esta en el mismo hogar familiar. Esta es la única alternativa justa y moral en el presente caso, pues otra decisión equivaldría a lanzar a una mujer casada y a su hija a la desesperada y rápida búsqueda de alojamiento apropiado, lo que en las presentes circunstancias, sin duda no ha querido el legislador.

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de la Investigación.

El tipo de la investigación aplicada a este trabajo, será la denominada documental bibliográfica. Se entiende por investigación documental el estudio de un problema con el propósito de analizar y profundizar el conocimiento, con el apoyo principalmente de fuentes bibliográficas y documentales. En tal sentido Ramírez Méndez y Bravo (1987) opinan:

Puede definirse a la investigación bibliográfica o documental como una variante de la investigación científica, cuyo objetivo fundamental es el análisis de diferentes fenómenos (de orden histórico, psicológico, sociológico, etc.) de la realidad a través de la indagación exhaustiva, sistemática y rigurosa, utilizando técnicas muy precisas; de la documentación existente, que directa o indirectamente, aporte la información atinente al fenómeno que estudiamos.

En la investigación documental, se emplearon una diversidad de técnicas e instrumentos de recolección de la información que contiene principios sistemáticos y normas de carácter práctico, muy rigurosas e indispensables para ser aplicados a los materiales bibliográficos que se consolidarán a través de todo el proceso de investigación. Según Duverger (1986): “Las técnicas de investigación documental equivalen a

la memoria de la humanidad, registrada en cada uno de los objetos sobre los que ha dejado huella el ser humano”. (p.115)

Se obedece a este tipo de investigación, ya que las fuentes de información encontradas son de tipo primario y secundario, y en el desarrollo del trabajo convergen diversos conceptos que relacionados entre sí detallan el proceso de exportación de comedores rústicos. Según M. Alfonso (1991):

Una fuente primaria es el documento escrito que ofrece información original, es decir, sin elaboración de ninguna clase. Es llamada también información de primera mano porque los datos que ofrece proceden de una experiencia directa de su autor. Las fuentes secundarias son aquellos documentos escritos que proporcionan información que ha sufrido un proceso de elaboración por parte de otra(s) distinta(s) de aquella que escribió el documento original. (p.52).

Se entiende que las fuentes bibliográficas son todos aquellos documentos que nos proporcionen información sobre un tema en específico: Constitución, libros, revistas, periódicos, documentos judiciales, jurisprudencias, códigos, leyes, etc. Aún cuando la investigación documental es del tipo bibliográfico, y está basada en material escrito por otros autores, la originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterio, conceptualización, conclusiones y recomendaciones que el investigador pueda aportar a un determinado tema.

3.2 Procedimiento

El estudio debido a su carácter bibliográfico y a la inexistencia de un camino preestablecido para el manejo de este tipo de información (Sabino, 1997), se presentan las etapas que se utilizaron para realizar la investigación:

- Etapa 1: conocimientos y exploración de un gran conjunto de fuentes primarias tales como: Constitución, textos, diccionarios, artículos de revistas, códigos, leyes, documentos judiciales jurisprudencias.

- Etapa 2: revisión y lecturas de todas las fuentes disponibles, con un criterio discriminador para obtener aspectos esenciales y ordenar los elementos del esquema de la Monografía.

- Etapa 3: extracción de las fuentes documentales de los aspectos concretos relevantes para el estudio.

- Etapa 4: elaboración del Esquema de Trabajo para el manejo de los contenidos.

- Etapa 5: análisis, cotejo y comparación de los aspectos contenidos en las fuentes, comprobando la confiabilidad de cada información, realizando la síntesis y análisis correspondientes.

- Etapa 6: en esta última fase se determinaron las conclusiones correspondientes y se elaboran los puntos de vista de la investigadora respecto a cada parte del estudio, teniendo especial atención en esclarecer la problemática planteada en la fase inicial de la investigación.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

En este capítulo se dan a conocer las conclusiones desprendidas de los objetivos enunciados en el capítulo I, incluyendo las recomendaciones pertinentes a la investigación.

4.1 Conclusiones

Con motivo de la ratificación, por parte de Venezuela, de la Convención de los Derechos del Niño que la hace Ley de la República el 29-08-90, el legislador venezolano asumió el compromiso de dictar un nuevo ordenamiento jurídico para hacer exigibles los derechos y garantías consagradas en la Convención, mediante la creación de instancias administrativas y judiciales que intervengan en caso de que esos derechos fueren amenazados o violados.

El nuevo derecho, tanto sustantivo como adjetivo contenido en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente, fundamentado en la doctrina de Protección Integral debe de respetar una serie de principios rectores fundamentales: el niño como sujeto de derechos, el interés superior del niño, la prioridad absoluta, y el rol fundamental de la familia en esos derechos.

Con la entrada en vigencia de la LOPNA surgieron cambios y novedades en materia de medidas cautelares, encontrándose diferencias con el régimen de cautela ordinaria y con lo establecido en la extinta Ley Tutelar de Menores, alguna de ellas: posibilidad de ser decretadas a petición de partes como lo establece el poder cautelar ordinario, pero en

otros quedan al absoluto criterio del Juez, tomando en consideración el principio del Interés Superior del Niño.

Continúan sustentándose, en cuanto a los supuestos para declarar procedentes las medidas, el sistema del poder cautelar tradicional, esto es, la presunción del buen derecho y el peligro en la demora, añadiendo el supuesto que, en las medidas innominadas existe la necesidad de evidenciar el temor de que puedan producirse lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra parte; las decisiones son revisables por la Instancia Superior y en su caso por la Casación, cuando haya lugar a dicho Supremo Recurso.

Posibilidad de adelantar el régimen de medidas con miras a lograr una efectiva protección de los derechos que se pretenden proteger; el Juez como rector del debate se obliga a observar en las incidencias de medidas una conducta bajo los principios de dinamismo, igualdad e inmediatez, aplicables al juicio principal.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, se concluye que de la Ley especial en estudio, se beneficiarán los usuarios y operadores de este novedoso ordenamiento jurídico que contiene normas destinadas a lograr una eficaz y pronta justicia, a través de un procedimiento esencialmente dinámico.

BIBLIOGRAFIA

- CALAMANDREI, P. (1945). **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- CALAMANDREI, P. (1997). **Derecho Procesal Civil**. (vol. 2). Mexico: Harla, S.A. de C.V.
- CARNELUTTI, F. (1959). **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: EJEA.
- COUTURE, E. (1981). **Fundamento del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- HENRIQUEZ L., R. (1988). **Medidas Cautelares (según el nuevo Código de Procedimiento Civil)**. Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- HERNANDEZ S., FERNADEZ C. y BAPTISTA L. (1996). **Metodología de la Investigación**. México: McGraw-Hill.
- MICHELI, G. (1970). **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- MORAIS, M. (2000). **Introducción a la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas: UCAB.
- ORTIZ O., R. (1997). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano**. Caracas: Paredes Editores.
- ORTIZ O., R. (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas. Estudio analítico y temático de la Jurisprudencia Nacional**. (vol. I y II). Caracas: Paredes Editores.

PERRET G., C. (2000). **Procedimientos en la Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas - Valencia: Vadell Hermanos Editores.

QUINTERO T., M. **EL Poder Cautelar General en Venezuela**. Caracas: Editorial La Torre.

RAMIREZ, J. (1979). **Medidas Cautelares (Códigos procesales de la nación y de la provincia de Buenos Aires)**. Buenos aires: Ediciones Depalma.

SERRA D., M y RAMOS M., F. (1974). **Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil**. Barcelona: Editorial Gráficas Pareja.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, (Extraordinaria).

Ley Aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. **Gaceta Oficial**, 34.451, Agosto 1990.

Ley Orgánica Para La Protección del Niño y del Adolescente. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 5.266, Octubre 2, 1998.

Código Civil.

Código Procesal Civil.

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOSESTUDIOS DE POSTGRADO AREA
DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL CIVIL.**

ACEPTACION DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado Alonso Enrique Barrios Avendaño, para optar el Grado de Especialista en Derecho Procesal Civil, cuyo título tentativo es: Medidas Cautelares en los Procesos Civiles de Niños y /o Adolescentes previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; y que acepto asesorar al Estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la ciudad de Barinas a los Cuatro días del mes de Abril del 2002

Alfredo Maggiolo
C.I. V-8.523.731

**MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CIVILES DE NIÑOS
Y/O ADOLESCENTES PREVISTAS EN LA
LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL
ADOLESCENTE
(LOPNA)**

**Autor: Alonso Barrios
C.I. N° 10.105.222**

Barinas, Septiembre, 2000.