

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

**ALCANCE DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LEY ORGÁNICA
PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN EL ÁMBITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

**Autora: Shyara Esparragoza Velasquez
Asesor: Dr. Alvaro Badell Madrid**

Barquisimeto, Diciembre de 2013

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

**ALCANCE DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LEY ORGÁNICA
PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN EL ÁMBITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

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

**Autora: Shyara Esparragoza Velasquez
Asesor: Dr. Alvaro Badell Madrid**

Barquisimeto, Diciembre de 2013

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
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 Shyara Esparragoza Velasquez, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: Alcance de la Ejecución de Sentencia en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el Ámbito de la Tutela Judicial Efectiva; 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, al 01 días del mes de noviembre de 2013.

Prof. Alvaro Badell Madrid
C.I. V- 4.579.772

ÍNDICE GENERAL

	pp.
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO	
I. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LOPNNA	13
Consideraciones sobre la Ejecución	13
La Remisión Legal en Materia de Ejecución en la LOPNNA a la LOPT, el CPC, el CC, la LOPA y a las demás Normas de Orden Jurídico	19
La Ejecución Ordinaria y la Ejecución Especial en la LOPNNA	31
Ejecución de los Asuntos en Materia Civil	44
Ejecución de los Asuntos en Materia de Instituciones Familiares	59
Bienes sobre los que puede Recaer la Medida Ejecutiva de Embargo	74
Ejecución de los Asuntos en Materia de Protección	85
Ejecución de los Asuntos en Materia Patrimonial y del Trabajo	108
II. EFECTOS PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN LA LOPNNA	121
La Cosa Juzgada y la Actio Judicati en los Asuntos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	121
Consecuencias Procesales del Incumplimiento de las Obligaciones Ordinarias y las Obligaciones Especiales derivadas de los Asuntos de Familia respecto a la Ejecución de Sentencia en la LOPNNA	156

III. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA ETAPA DE EJECUCION DE SENTENCIAS EN LA LOPNNA	179
Criterios Jurisprudenciales que tratan la Ejecución de Sentencias en las materias reguladas en la LOPNNA en relación a la Tutela Judicial Efectiva	200
IV. DOCTRINA EXTRANJERA RELACIONADA CON LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	241
Doctrina de España en relación a la Ejecución de Sentencias en materia de Familia	241
Doctrina de Colombia en relación a la Ejecución de Sentencias en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	252
V. CONCLUSIONES	261
Conclusiones	261
REFERENCIAS	273

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

**ALCANCE DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LEY ORGÁNICA
PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN EL ÁMBITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Autora: Shyara Esparragoza Velasquez

Asesor: Alvaro Badell Madrid.

Fecha: Noviembre, 2013

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el alcance de la ejecución de las sentencias en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito de la Tutela Judicial Efectiva, en la materia objeto de estudio, se puede apreciar que en ciertas ocasiones es difícil la ejecución de la sentencia, e incluso la misma es tardía porque se presentan muchas trabas, en las que los jueces o juezas no utilizan de manera eficiente el amplio poder que la Ley les confiere para ejecutar sus decisiones, afectando incluso el derecho garantizado o protegido en la misma, es decir, la tutela judicial efectiva. El diseño de la investigación es monográfico documental a nivel descriptivo, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica y el uso de técnicas documentales tales como la observación documental, la presentación resumida de un texto y la de análisis de contenido. El instrumento que se utilizó es la matriz de análisis de contenido necesaria para registrar y analizar el contenido de la información suministrada por las fuentes bibliográficas y documentales. La realización de esta investigación constituye un aporte, porque permitirá ampliar el conocimiento sobre la ejecución de sentencia luego de la reforma de la LOPNNA. Se tomaron las bases teóricas que engloban el tema planteado como son: La ejecución de la sentencia en materia de protección, los efectos procesales de ella, el concepto de tutela judicial efectiva, y se consulta doctrina extranjera (España y Colombia), para tener un referente teórico sobre el tema, por ser las leyes de contenidos similares. Se concluye que a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva durante la ejecución se debe utilizar aplicando el sistema de remisión la norma que garantice la mayor efectividad y celeridad e igualmente que la gratuidad debe ser implementada en esta etapa vital.

Descriptores: Ejecución de Sentencias, Tutela Judicial Efectiva.

INTRODUCCIÓN

La ejecución de las sentencias está muy vinculada a la tutela judicial efectiva, sólo si la pretensión puede ser efectivamente ejecutada, logrará el justiciable que se le brinde resguardo al bien jurídico que pretende proteger a través del órgano jurisdiccional. Existen diversas áreas del Derecho como la Penal, Civil, Mercantil, Laboral, Agraria, Familia; y cada una de ellas, a pesar de que en materia de ejecución se rigen por los mismos principios, presentan particularidades específicas en la ejecución de sentencias.

En este trabajo se aborda específicamente la materia de familia contenida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA, 2007), y el alcance que tiene la ejecución de sentencias en esta sede. Siendo una ley garantista de los derechos de la niñez y adolescencia, establece varios mecanismos para hacer efectiva su protección, y entre ellos las normas que regulan la ejecución de sentencias.

De allí que sea muy importante conocer el tratamiento que le otorga la LOPNNA a la ejecución de las sentencias. Ésta abarca una diversidad de materias, de naturaleza distinta, conllevando a que su ejecución también tome matices distintos, en lo que a normas supletorias se refiere, porque la Ley en general no regula la materia de ejecución, sino que remite supletoriamente a la Ley Orgánica Procesal del

Trabajo (LOPT 2002), Código de Procedimiento Civil (CPC 1986) y Código Civil (CC 1982).

Esta especial circunstancia conduce al previo estudio de las normas que regulan la ejecución de manera general en el ordenamiento jurídico venezolano, para después analizar la ejecución en la sede especial LOPNNA, antes y después de su última reforma, con la finalidad de precisar el marco legal que la regula y poder determinar cuáles son las características que diferencian la ejecución de los asuntos regulados por la LOPNNA con la ejecución ordinaria.

Igualmente, se deben analizar los artículos que contemplan las remisiones en materia de LOPNNA, para esclarecer cómo operan las mismas en la práctica. El estudio de estas normas servirá para estudiar cuáles son los problemas que con mayor frecuencia se presentan en la práctica al momento de ejecutar cualquier asunto de los contemplados en la Ley, y las normas que regulan el derecho a la tutela judicial efectiva, para determinar si efectivamente el ordenamiento venezolano lo garantiza de manera eficiente en la etapa de ejecución.

Es de interés para este estudio dividir las materias contenidas en la Ley en cuatro aspectos: I: Materia Civil que comprende: Filiación, bienes, tutela, curatela, rectificación de partidas, divorcio contencioso y voluntario. II: Materia de Instituciones Familiares, que regula: Obligación de manutención, régimen de

convivencia familiar, patria potestad, responsabilidad de crianza, autorizaciones para viajar, colocación familiar y adopción. III: Materia Contencioso Administrativa y de Protección, que comprende: Asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Consejos de Protección, Infracciones a la protección debida, acción de protección y IV: Asuntos patrimoniales y del trabajo.

Hay que destacar del tercer aspecto, la particularidad que se refiere al control jurisdiccional de actuaciones administrativas. Los Jueces de Protección tienen funciones en esta materia de Juez Superior en lo Contencioso Administrativo; cualquier decisión que dicte un Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (órganos administrativos adscritos a las respectivas Alcaldías del país), o Consejo Municipal de Derechos, podrá ser revisada cuando el particular afectado ejerza recurso de reconsideración y se lo nieguen o no emitan pronunciamiento. En esta hipótesis se abre la vía para la acción judicial contra esas decisiones.

En la última reforma de la LOPNNA en el año 2007, se observa que desaparecieron algunas normas que precisamente regulaban la ejecución de la sentencia en esta materia. Es necesario estudiar cómo resolver los problemas que se pueden presentar por la ausencia de normas expresas que regulen dicha ejecución. También desaparecieron varios procedimientos para dejar sólo dos: El procedimiento ordinario y el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Para entender la ejecución de la sentencia en los asuntos de familia hay que tomar en cuenta, por razones de este estudio, cómo se regulaba esta ejecución antes y después de la última reforma de la Ley. En materia de ejecución de los asuntos que se tramitaban por el procedimiento ordinario el artículo 492 de la LOPNA (1998), establecía: “Firme la sentencia, el Tribunal dispondrá lo conducente para su ejecución y, en lo que fuere compatible, aplicará lo dispuesto en los artículos 523 al 584 del Código de Procedimiento Civil”.

Esta norma no aparece actualmente en el procedimiento ordinario, pero dado que el artículo 452 de la Ley vigente remite en todo lo que no esté regulado a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Código de Procedimiento Civil y Código Civil, se debe entender que en materia de ejecución se deben aplicar supletoriamente aquellas normas que al respecto contemplan esta ley y los códigos indicados anteriormente.

En lo relativo a la materia contencioso administrativo y de protección, específicamente a la acción de protección, los artículos 282 y 283 de la LOPNNA (2007), se mantienen igual que en la LOPNA 1998. Estos regulan la ejecución de las decisiones que acuerden la protección, destacando los amplios poderes que tiene el Juez para ello, facultándolo para tomar las medidas que sean necesarias (artículo 282), y así establecen la responsabilidad civil de los particulares y representantes de órganos o instituciones públicas o privadas por los gastos que sea necesario hacer

para garantizar la protección, dejando a salvo la responsabilidad penal por desacato y la administrativa a que haya lugar (artículo 283).

En esta materia el artículo 304 de la LOPPNA (2007), remite a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), en todo lo que no está regulado en ella. Esta Ley quedó derogada con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En lo referente a los asuntos de carácter administrativo en materia de protección que regula la Ley, el artículo 329 de la LOPNA (1998), establecía que la Sala de Juicio “ordenará el efectivo cumplimiento de la sentencia dictada y si se tratare de medidas de protección, delegará su ejecución en el Consejo de Protección competente. En todo caso el juez dictará las providencias de ejecución que fueren necesarias”. Mientras que el artículo 325 de la LOPNNA (2007) vigente, dispone:

En las sentencias que decidan con lugar las acciones referidas a los asuntos previstos en los parágrafos Tercero y Quinto del artículo 177 de esta Ley, se ordenará que sus mandamientos sean acatados por todas las personas y las autoridades públicas, bajo pena de incurrir en desacato a la autoridad, indicando el delito y la sanción aplicable. Cuando la acción se ejerciere contra un acto o conducta omisiva, o falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.

En este punto la LOPNNA (2007), regula la ejecución en otros dos artículos a saber: En el último aparte del artículo 326, que establece: “ En estos casos, el juez o

jueza podrá ordenar su ejecución al Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o al Consejo de Protección de Niños, Niñas y adolescentes, según el caso”. Como se observa, los artículos 325 y 326 regulan las disposiciones procesales preferentes en materia contencioso-administrativa y de protección.

En lo referente al aspecto de las instituciones familiares, la ejecución de la obligación de manutención estaba regulada en el literal c, del artículo 521 de la LOPNA (1998), de la siguiente manera:

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 conveniente, 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.

Mientras que la LOPNNA (2007), en su artículo 384 establece:

Con excepción de la conciliación, todo lo relativo a la fijación, ofrecimiento para la fijación y revisión del monto de la obligación de manutención debe ser decidido por vía judicial, siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo VI del título IV de esta Ley. Las sentencias de estos procedimientos se ejecutan conforme a las normas de ejecución de sentencia contempladas en el ordenamiento jurídico.

De las normas antes citadas se observa, que esta remisión en materia de ejecución de manutención pareciera muy amplia, ya que se refiere a “todas las normas del ordenamiento jurídico”, pero de acuerdo al artículo 452 (2007), que estipula aplicación de normas supletorias, se debe entender que las normas preferentemente aplicables del ordenamiento jurídico son las contenidas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el Código de Procedimiento Civil y Código Civil; en cuanto no se opongan a las contenidas en la LOPNNA.

En las instituciones familiares, se aprecia que en cuanto a las decisiones relativas a régimen de convivencia familiar, la Ley a los fines de su ejecución ordena sanciones que permiten el cumplimiento efectivo de la sentencia. Antes de la reforma el artículo 389 sólo preveía una sanción consistente en la no concesión del régimen de visitas pero por incumplimiento de la obligación de manutención y no propiamente por el incumplimiento del régimen de visitas.

En la actualidad, se observa que el primer aparte del artículo 389 establece a diferencia del reformado una limitación por tiempo determinado al régimen de convivencia, cuando se dé el mismo supuesto de incumplimiento de la obligación de manutención. Lo limita por tiempo que debe ser fijado por el Juez o Jueza de Protección, más no lo elimina como hacía la norma modificada, que hablaba de la “no concesión del régimen”, hasta la rehabilitación judicial del progenitor que estuviese incumpliendo.

Aunado a lo anterior, se aprecia que en la reforma si se contempla una sanción propiamente por el incumplimiento del régimen de convivencia, consistente en la privación de la custodia del padre o madre que obstaculice el contacto con el otro. En efecto el artículo 389-A (2007), establece que el padre o la madre que detenten la custodia y que obstaculice el contacto directo del niño, niña o adolescente con su otro progenitor, será privado de la custodia. Mientras que el artículo 390 (2007), se mantiene igual que en la LOPNA 1998, contemplando una sanción pecuniaria para aquel progenitor que no detente la custodia y retenga indebidamente al hijo, debiendo responder por los daños y perjuicios que su conducta haya podido ocasionar al hijo, debiendo reintegrar todos los gastos que se hayan hecho para hacer efectiva la restitución. Como se observa, la Ley, dada esta materia especialísima, dispone de medios no convencionales para hacer efectiva las sentencias que ordenen o acuerden regímenes de convivencia familiar, entendiéndose que es un derecho fundamental de los hijos compartir con ambos padres.

En lo referente a la adopción, los artículos 432 y 433 de la LOPNA de 1998, regulaban la inscripción del decreto de adopción y la invalidación de la partida original, respectivamente. Los mismos fueron ampliados en la LOPNNA del 2007 en los artículos 504 y 505, disposiciones éstas con las que se hace efectiva la ejecución de la sentencia que acuerda la adopción.

Mención aparte merece el artículo 518 (LOPNNA, 2007), que concede a los acuerdos de obligación de manutención y al régimen de convivencia familiar, liquidación y partición de la comunidad conyugal; efectos de sentencia firme ejecutoriada, con lo que se evita la instauración de un juicio para demandar el cumplimiento.

Igualmente, el artículo 482 (LOPNNA, 2007), trae una innovación interesante que se puede aplicar en la etapa de ejecución, referente a que el Juez puede extraer conclusiones en relación a la conducta que asuman las partes en el proceso, lo que se denomina en la Ley “indicios por conducta procesal”, especialmente cuando esta conducta se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas de obstrucción, siendo que estas últimas perfectamente se pueden presentar en esta etapa del procedimiento.

Cabe destacar, que para poder solicitar la ejecución, ésta debe cumplir con ciertos principios y requisitos legales, como son: (a) la sentencia debe estar firme; (b) la ejecución de la sentencia debe ser realizada por el órgano jurisdiccional competente; (c) en la ejecución de la sentencia deben aplicarse las reglas sobre legitimación activa y pasiva, utilizadas en el procedimiento. La ejecución debe instarla quien esté legitimado activamente, quien haya resultado victorioso en el proceso o la parte a la cual la sentencia sea favorable. La legitimación pasiva la tiene la parte a la cual se le ordena una determinada actividad o prestación a favor del

ganancioso, quien no insta la ejecución, sino que cumple con el mandato de la sentencia, en forma voluntaria o forzosa; y (d) la ejecución debe ser posible.

De lo expuesto anteriormente, se observa que la problemática principal en cuanto a la ejecución de sentencias en la LOPNNA, está relacionada con la regulación de materias de distinta naturaleza que implica para su ejecución, así como la aplicación de diversas normas. El sistema de remisiones que en esta materia establece la Ley, aunado a la diversidad de asuntos que regula, trae como consecuencia que exista diversidad de criterios, siendo algunos no muy acertados. Por ejemplo, a los fines de la ejecución de un convenio o sentencia de régimen de convivencia familiar, algunos jueces optan por citar a la persona que está incumpliendo con el mismo, a los fines de persuadirla al cumplimiento voluntario, ya que consideran que la ejecución forzosa, es decir, el traslado del Tribunal, si es preciso con la fuerza pública para dar cumplimiento al mismo, es violatorio de los derechos de los hijos, ya que afectaría su integridad psicológica, mientras que, otros Jueces conceden un lapso para la ejecución voluntaria y vencido el mismo acuerdan el traslado a los fines de la ejecución forzosa del acuerdo o sentencia.

Hay que acotar que la ejecución de los acuerdos y sentencias dictados en materia de obligación de manutención, ya que la ley a los acuerdos referidos a obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, liquidación y partición de la comunidad conyugal les da efectos de sentencia firme ejecutoriada, lo que

implica frente al incumplimiento de un acuerdo o sentencia de manutención, que el Juez pueda decretar de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, el embargo ejecutivo que es la medida más eficaz para dar cumplimiento al acuerdo. Sin embargo, en la práctica, cuando generalmente las madres acuden al Tribunal informando que el obligado no ha cumplido con varias mensualidades fijadas en un acuerdo o sentencia, muchos Jueces no acuerdan la ejecución directamente, sino que abren un procedimiento nuevo, basados en lo establecido en el artículo 384 de la LOPNNA, que estipula la tramitación de todo lo relativo a la fijación, ofrecimiento y revisión de la obligación de manutención, se hará conforme al procedimiento previsto en el capítulo VI del Título IV de la Ley, norma ésta que en ningún momento se refiere al cumplimiento de la obligación ya fijada.

Esta ejecución trae como consecuencia la exigencia de cumplimiento de determinada acción, y no por ello se debe omitir el decreto de ejecución y sustituirlo por un procedimiento nuevo. Por eso, el hecho que el legislador no haya incluido la palabra “cumplimiento” en el artículo 384 dentro de los supuestos que se tramitarán por el procedimiento antes indicado, y más adelante en la misma norma, al establecer que las sentencias dictadas en los procedimientos relativos a obligación de manutención, se ejecutarán conforme a las normas de ejecución de sentencias contempladas en el ordenamiento jurídico, no deja lugar a dudas que en caso de incumplimiento procede la ejecución directamente y no la instauración de un nuevo procedimiento para lograr el mismo.

Esta diversidad de criterios en cuanto a la ejecución de sentencias de los asuntos regulados por la LOPNNA, afecta directamente a la tutela judicial efectiva en esta etapa vital del procedimiento, porque si bien la Ley establece la remisión a otras leyes en materia de ejecución, los asuntos que regulan estas últimas son de distinta naturaleza, ya que se refieren mayoritariamente a las materias de contratos o bienes que presentan notables diferencias con los asuntos de familia que regula la LOPNNA.

De allí la importancia de analizar la doctrina extranjera a los fines de buscar soluciones que permitan unificar criterios en búsqueda de la efectiva ejecución de las sentencias. El sistema de remisiones que contempla la Ley en una materia tan especial, abre el camino para que los operadores de justicia apliquen ese sistema de acuerdo al criterio que mejor consideren y al no existir normativa expresa al respecto se perjudica la ejecución efectiva y eficaz de las sentencias.

Este trabajo se presenta de la siguiente manera, el Capítulo I se refiere al tratamiento jurídico de las ejecuciones de sentencias en la LOPNNA. El Capítulo II, expone los efectos procesales de la ejecución de sentencias, en el Capítulo III, se explica lo referente a la tutela judicial efectiva en la etapa de ejecución de sentencias en la LOPNNA, el Capítulo IV, contiene todo lo referente a la doctrina extranjera relacionada con la ejecución de sentencias en materia de protección a niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la tutela judicial efectiva. Seguidamente en el Capítulo V, están las conclusiones y recomendaciones a las que llegó la autora.

CAPÍTULO I
TRATAMIENTO JURIDICO DE LA EJECUCION
DE LAS SENTENCIAS EN LA LOPNNA

No sé si pedirle piedad o rigor para ese libro. Lo primero se justificaría porque esas páginas son la ilusión de toda mi vida, el fruto de todos mis esfuerzos hasta el día de hoy. Una desilusión a su respecto sería fatal para ánimo futuro; pero como usted comprende, una empresa científica no necesita de palabras complacientes. El progreso está hecho de dolor y las observaciones críticas son indispensables porque de ellas parten las necesarias rectificaciones. Va, pues, ese libro llevándole lo mejor de mi alma”. Dedicatoria de Eduardo Juan Couture al profesor Luis Loreto cuando le envió su obra Fundamentos de Derecho Procesal Civil (1942).

Consideraciones sobre la Ejecución

La ejecución de la sentencia tiene como antecedente constitucional y legal la jurisdicción, que permite a los órganos competentes del Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela dictarlas válidamente y luego de que queden definitivamente firmes, ejecutarlas en las condiciones previstas en la ley. Parafraseando el célebre postulado aristotélico¹, se puede decir que la jurisdicción es

¹ "La semilla es semilla per sé y árbol en potencia". La potencia (dynamis) es un no-ser relativo, pues indica una privación de algo por parte de una substancia pero que, no obstante, puede volver a poseerse. La dynamis o potencia significa capacidad, cualificación, posibilidad. Es la posibilidad de llegar a ser algo que todavía no se es de hecho. Una semilla no es todavía un árbol, pero tiene la potencia, la posibilidad de llegar a serlo. Por lo tanto, una semilla es un árbol en potencia. (FÍSICA, II, 193B 3-7)

tal per se y sentencia en potencia, como la sentencia es tal per se y ejecución en potencia.

La doctrina está acorde en que la jurisdicción (del latín iuris, decir o declarar el derecho) tiene sus orígenes con el nacimiento del Estado y de la civilización. En épocas anteriores las controversias surgidas entre personas particulares eran dirimidas a través del uso de la fuerza bruta, es decir, mediante el ejercicio de la autodefensa, en cuyo caso, la razón la va a tener quien posea la fuerza y la utilice contra su adversario y cada cual perseguía su derecho haciendo uso de sus propios medios e incluso con la ayuda de amigos o parientes.

El inconveniente de dejar a la autodefensa el ejercicio del Derecho implica necesariamente un criterio de valor, puesto que la voluntad y el derecho del más fuerte se impondrían sobre la justicia, siendo éste siempre quien tendría la razón. Por esta razón, a medida que la sociedad se iba organizando, se fue confiando a un tercero o árbitro, en este caso la autoridad pública, la aplicación de la justicia, limitando gradualmente el uso de la autodefensa, para atribuir la administración de la justicia a la autoridad pública.

En atención a esto, la prohibición de autodefensa tiene como piedra angular la acción y la jurisdicción, ya que los derechos individuales se hallan protegidos por el poder y la autoridad del Estado. Así que, si el Estado, por una parte, tiene la función

exclusiva de administrar justicia mediante la jurisdicción, de otro lado, los particulares tienen la facultad de pedirle al Estado la protección y amparo de sus derechos, a través del ejercicio de la acción.

Ciertamente, el camino recorrido hasta el surgimiento de la jurisdicción ha sido lento. En un principio la autoridad estatal confió a un tercero (árbitro) la tarea de dirimir las controversias entre los particulares, debiendo éstos someterse a sus decisiones mediante un contrato o por la fuerza del Estado, con la finalidad de limitar el uso de la fuerza privada, pero luego se pasa al arbitraje obligatorio en virtud de la autoridad del Estado quien los obliga a someterse a dicho arbitraje, donde la obligatoriedad de acatar las decisiones también la va a imponer él. De tal manera que, la jurisdicción nace propiamente en el momento en que el Estado deja de recurrir a árbitros privados y asume él, mediante jueces y tribunales públicos la función de administrar justicia.

Hay que aclarar, que la gran mayoría de los expositores procesalistas coinciden que existe una estrecha relación entre la jurisdicción y la sentencia, partiendo del criterio de función que caracteriza a la jurisdicción, por ser ésta una función y la sentencia un acto derivado de la función jurisdiccional, ya que sin la tutela jurídica que el Estado presta a los particulares a través de la jurisdicción, sería imposible que se diera la sentencia, por ser ésta el acto final de toda esa serie de actos derivados de la tutela jurídica que brinda la actividad jurisdiccional.

No obstante la relación existente entre la jurisdicción y la sentencia, el concepto de aquella no puede quedar reducido a un mero acto del proceso, como lo es la sentencia. Al respecto, Rengel-Romberg (2004, 104-105), expone que:

Puede definirse la jurisdicción en el sistema de la legalidad imperante en los Estados civilizados contemporáneos, como la función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada.

Completa esta definición Rangel (2010, 5) quien asienta que:

Partiendo de diferentes posiciones doctrinarias patrias y extranjeras, en términos generales se define la jurisdicción como una función pública o función potestad de administrar justicia, que se ejerce, como expresión de soberanía popular o soberanía de Estado, exclusiva y monopólica a través de órganos competentes, vale decir, Tribunales independientes, predeterminados legalmente y *adscritos al Poder Judicial*, con el objetivo de dirimir o solucionar conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones que reconocen, realizan, declaran y/o tutelan derechos en casos concretos, tienen autoridad de cosa juzgada y pueden hacerse cumplir ejecutivamente mediante la coacción de la autoridad en un proceso judicial; todo con el fin de lograr la justicia, la armonía y la paz social. La jurisdicción pertenece al campo del derecho constitucional y al campo del derecho procesal y es el primer presupuesto procesal para que pueda ser examinada en el fondo una demanda judicial.

Del anterior concepto se desprende que la jurisdicción es ante todo, una función. Pero además, es una potestad o conjunto de deberes y facultades que tiene el Juez. Otra interpretación que se puede extraer del anterior concepto consiste en que, de una parte se presenta la potestad del Juez, pero de otro lado está el deber de

administrar e impartir justicia a quien la requiera, tal como lo exige el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1987).

Además, constituye una función propia del Estado la cual debe ser administrada conforme a lo establecido por el artículo 242 del CPC (ob. cit.) “en nombre de la República y por autoridad de la Ley”. De allí que, el fin último de la función jurisdiccional consiste en crear, en producir una norma individualizada y concreta, haciéndolo en la sentencia interpretando en la norma que es de carácter general y abstracto, la valoración y el significado jurídico de las conductas particulares.

Ello se fundamenta en el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 2009) conforme al cual, “toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

Es así, que el orden constitucional atribuye la administración de justicia al Poder Nacional, el cual a su vez, dentro de la concepción tripartita del Poder Público, se halla dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La Jurisdicción es ejercida por el Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales Ordinarios y Especiales que establezca la Ley, lo cual determina que la jurisdicción es adjunta al poder del Estado; es la soberanía vinculada a función de justicia. Las Constituciones de 1961 y

1999 hacen referencia expresa a jurisdicciones especiales cómo la “jurisdicción contenciosa administrativa” (art. 259, 1999), y jurisdicciones especiales: militar, indígena², acuática, contenciosa administrativa, constitucional, disciplinaria judicial, contenciosa electoral, laboral (1999), ésta última en sus artículos 49.4, 259, 260, 261, 286, 287, 297 y la disposición transitoria cuarta.

Cuando el justiciable acude a los órganos jurisdiccionales, lo hace en búsqueda de la satisfacción de una pretensión. Se inicia un procedimiento que puede terminar de forma típica, a través de la sentencia, o de forma atípica mediante actos equivalentes (transacción, conciliación, convenio o desistimiento). Pero la simple declaratoria del derecho reclamado en la pretensión, o la aceptación total o en

² En sentencia N° 2 dictada el 3/02/12, por la Sala Constitucional, con ponencia de la Magistrada Dra. Carmen Zuleta de Merchán, conociendo de una acción de amparo formalizada el 8 de diciembre de 2009, por la abogada Marisela Castro Gilly, en su condición de Defensora Pública ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la RBV, intentada por el abogado Clarens Daniel Rusian Pérez, (...), en su carácter de Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro, a favor de un niño Warao, de doce años de edad, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se le condenó a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*” de un adulto indígena; y la dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial; anuló sin reposición dichas sentencias y reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas, y establece, con carácter vinculante que el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, aunque advirtió que el mismo no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Exp N° 09-1440: 09 -1440).

parte del demandado en el convenio o la transacción, no bastan al justiciable para satisfacer la misma. Como bien lo señala Borjas (1964, 303, 436.I):

El objeto que en los juicios persigue el litigante no solamente hacer que se reconozca y declare en la sentencia el derecho que reclama, sino obtener, por medio de la autoridad judicial, auxiliada por la fuerza pública si fuere necesario, el cumplimiento por parte de su contendor de la obligación declarada. No sería práctico ni humano, confiar a la buena fe y a la honradez del deudor vencido el cumplimiento de lo juzgado y sentenciado. Tampoco sería prudente autorizar al acreedor victorioso para obligarlo a ello a propia autoridad y según su entender y sus fuerzas. La ejecución judicial resulta ser, por consiguiente, el medio racional, eficaz y necesario que la sentencia firme acuerda al acreedor para que se haga pagar, venciendo la resistencia o la inercia de su deudor.

En síntesis, la jurisdicción antecede constitucionalmente a la sentencia y a la ejecución, y por lo tanto están relacionadas estrechamente, ya que la función jurisdiccional que otorga la Constitución a los Jueces los legitima para dictar sentencias que en la mayoría de los casos requieren ser ejecutadas para que el justiciable consiga la tutela judicial efectiva que busca al interponer la acción.

La Remisión Legal en materia de Ejecución en la LOPNNA

a la LOPT, el CPC, el CC, la LOPA y a las demás

Normas del Ordenamiento Jurídico

En la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) vigente el legislador decidió utilizar la remisión legal para la ejecución de sentencias. Toda la regulación de las sentencias en esta materia deberá regirse

principalmente por lo que establezcan las tres leyes (CC, CPC y LOPT) que señala en su artículo 452, siempre y cuando no se opongan a alguna disposición establecida en esta Ley.

La remisión legal está definida en la Enciclopedia Jurídica Opus (2000, 223), así:

Referencia que juzgadores y letrados hacen a uno o más artículos de un código o ley, para apoyo de sus alegatos o decisiones, sin reproducirlos textualmente. Indicación que en un texto normativo se hace, para entregar la regulación de una materia o el complemento de la misma al cuerpo especial existente o que se ha de dictar.

En la Exposición de Motivos de la LOPNNA (2007), nada se comenta respecto a los cambios efectuados en materia de ejecución de sentencias y al sistema de remisiones que utilizó de manera más específica el legislador en la reforma. En la LOPNA de 1998, se utilizó el sistema de remisiones por supletoriedad al CPC, al CC, LOT y LOTPT (art. 452), y en la materia objeto de estudio en el artículo 492 se indicaba que en lo que fuera compatible se aplicaría lo dispuesto en los artículos 523 al 584 pero sólo del CPC sin hacer mención a otras leyes, ni siquiera cuando en la Exposición de Motivos se analizan los principios incorporados. Era pertinente hacer esa referencia porque la ejecución de las sentencias, constitucional y legalmente, es la materialización de la tutela judicial efectiva. En dicha Exposición se afirma:

El artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998 se reforma estableciendo una nueva lista, de carácter

enunciativa, de los principios que rigen los nuevos procedimientos. En ella se indica y se explica el contenido de los principios procesales más relevantes desde la perspectiva de la reforma, muchos de los cuales ya se encontraban contemplados en la Ley pero sin delimitar su contenido y alcance. Así, se prevé como principios rectores: la oralidad; la intermediación; la concentración; la uniformidad; la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos; la publicidad; la simplificación; la iniciativa y límites de decisión del juez o jueza; la dirección e impulso del proceso por el juez o jueza; la primacía de la realidad; la libertad probatoria; la lealtad y probidad procesal; la notificación única; y, la defensa técnica gratuita. De estos principios, merecen una especial consideración los de uniformidad, publicidad y la notificación única.

El principio de la uniformidad indica que los asuntos contenciosos, no contenciosos y de adopción en materia de niños, niñas y adolescentes se tramitarán y decidirán conforme a los procedimientos contemplados en Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En consecuencia, los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes deben circunscribirse única y exclusivamente a los tres procedimientos previstos en esta reforma, debiendo abstenerse de aplicar otros procedimientos para conocer los casos referidos a niños, niñas y adolescentes, particularmente si en una ley sustantiva o adjetiva se prevé un procedimiento especial y distinto para ello, tal y como ocurre en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, que no obedecen al principio de la uniformidad.

Según esto, se estima que en esta última parte era pertinente indicar que, como excepción a lo anterior en materia de ejecución de sentencias por el sistema de remisión legal elegido, sí se debían aplicar las disposiciones contenidas en la LOPT, CPC y CC; especialmente que se hubiese elucidado la motivación que tuvo el legislador para modificar el contenido del artículo 492 LOPNA (1998) y ampliar el campo de aplicación supletoria en el artículo 384 LOPNNA (2007), en esta importantísima etapa de los procedimientos.

Se observa que en el artículo 451 de la LOPNA (ob. cit.), que regulaba la supletoriedad, se establecía:

Se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas.
Cuando se trate de asuntos laborales se aplicará supletoriamente la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo.

En materia de ejecución establecía el artículo 492 LOPNA (ob. cit.): “Firme la sentencia, el Tribunal dispondrá lo conducente para su ejecución y, en lo que fuere compatible, aplicará lo dispuesto en los artículos 523 al 584 del Código de Procedimiento Civil”.

Mientras que en la LOPNNA (ob. cit.) en el Capítulo IV, Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y, Patrimoniales Sección Primera, Disposiciones Generales, el artículo 452, referido a materias y normas supletorias aplicables, en los supuestos no regulados por ella, hace referencia a las mismas leyes, ya que establece:

El procedimiento ordinario al que se refiere este Capítulo se observará para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de esta Ley, salvo las excepciones previstas expresamente en esta Ley.
Se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas.

Esta norma contiene el sistema de remisiones que ratificó el legislador en la LOPNNA (ob. cit.); al señalar la Ley y Códigos que suplen cualquier punto que no

desarrolle la ley, entre los que está precisamente la ejecución de sentencias, y preceptúa que debe aplicarse para todo el trámite de ejecución lo dispuesto en las tres leyes a que hace referencia este artículo.

Más específicamente, consagra en la Sección Tercera, Obligación de Manutención, el artículo 384 LOPNNA (ob. cit.), que:

Con excepción de la conciliación, todo lo relativo a la fijación, ofrecimiento para la fijación y revisión del monto de la Obligación de Manutención debe ser decidido por vía judicial, siguiéndose el procedimiento previsto en el Capítulo VI, del Título IV de esta Ley. Las sentencias de estos procedimientos se ejecutan conforme a las normas de ejecución de sentencias contempladas en el ordenamiento jurídico.

De esta norma se evidencia que el legislador en materia de ejecución de sentencias de obligación de manutención, escogió el mismo sistema de remisiones a otras leyes, y eliminó las normas que en la LOPNA de 1998, la regulaban expresamente (arts. 492 y 521). Incluso, la remisión que hace en estos artículos es más general que la contenida en el 452, ejusdem, ya que remite a las normas de ejecución de sentencias contempladas en “todo el ordenamiento jurídico”. En materia de ejecución pareciese que la intención del legislador fuese ampliar las posibilidades de materializar efectivamente la ejecución de la sentencia, por cuanto el Juez en sede LOPNNA, dispondrá de todas las normas que en las diferentes leyes o códigos regulan esta materia, siempre y cuando se puedan aplicar al caso que pretende ejecutar y no colidan con esta Ley especial.

Por tanto, se considera que la remisión más específica que hace el artículo 452 de la LOPNNA (ob. cit.) a la LOPT, CPC y CC, permiten concluir que son estas las que se deben aplicar con preferencia, incluso la LOPT, por ser una ley más novedosa y que acoge los principios constitucionales consagrados en la CRBV (ob. cit.), debe ser la primera referencia a aplicar en materia de ejecución. Lo que no impide que se pueda hacer uso de cualquier norma que regule la ejecución en otra Ley de nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente ocurre en los asuntos de carácter administrativo que regulaba la LOPNA (ob. cit.), por cuanto en la Sección Segunda, que establece el Procedimiento Administrativo, específicamente en su artículo 304, sobre la aplicación supletoria, dispone: “En todo lo no previsto en este capítulo se aplica supletoriamente lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. Norma que se mantuvo igual que en la LOPNA (1998).

En sede administrativa se observa cómo también opera el sistema de remisiones que escogió tácitamente el legislador para regular la ejecución, porque al no establecer normas expresas sobre ésta, la misma se debe tramitar de acuerdo a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA, 1981) a que hace referencia este artículo 304.

En base a este sistema de remisión legal establecido en la LOPNNA (ob. cit.) se deben analizar los artículos que regulan la ejecución en las leyes a que ella remite. En la LOPT (2002), Título VII, Procedimiento ante los Tribunales del Trabajo, Capítulo VIII, Procedimiento de Ejecución, hay que destacar los siguientes artículos:

Artículo 180.- Cuando la sentencia o un acto equivalente a ella, haya quedado definitivamente firme, la ejecución forzosa se llevará a cabo al cuarto (4º) día hábil siguiente, sí dentro de los tres (3) días hábiles que la preceden no ha habido cumplimiento voluntario. Si la ejecución forzosa no se llevara a cabo en la oportunidad señalada, el Tribunal fijará, por auto expreso, una nueva oportunidad para su ejecución.

Artículo 181.- Los Tribunales del Trabajo competentes de primera instancia, harán ejecutar las sentencias definitivamente firmes y ejecutorias o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, que hubieren dictado, así como los que dicten los Tribunales Superiores del Trabajo o el Tribunal Supremo de Justicia, según sea el caso.

Artículo 182.- Para la ejecución de las sentencias y demás decisiones que legalmente se dictaren, los Tribunales del Trabajo podrán solicitar el auxilio de la fuerza pública.”

Artículo 183.- En la ejecución de la sentencia, se observará lo dispuesto en el Título IV, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la presente Ley; pero se anunciará el remate con la publicación de un solo cartel y el justiprecio de los bienes a rematar los hará un solo perito designado por el Tribunal.

En ningún caso la aplicación supletoria prevista en el presente artículo puede contrariar los principios de brevedad, oralidad, intermediación y concentración establecidos en esta Ley.

Dentro de la remisión general que hace la LOPNNA (ob. cit.) en el artículo 452, puede considerarse que cuando se busca aplicar supletoriamente en materia de ejecución, algunas de las normas contenidas en las tres leyes a que hace referencia el mismo, se deben analizar prioritariamente los artículos que regulan la ejecución en la LOPT, específicamente los artículos 180 al 183, por ser esta una Ley más novedosa

que el CPC y CC y recoger ampliamente los principios constitucionales establecidos en la CRBV (ob. cit.).

Estos cuatro artículos recogen el principio constitucional de celeridad, de manera más efectiva que el CC y el CPC. El artículo 180 (LOPT), establece un lapso más breve para la ejecución voluntaria que éste último. Los artículos 181 y 182 (LOPT) consagran la facultad que tienen los jueces de ejecutar sus decisiones, incluso solicitando el auxilio de la fuerza pública si es necesario. Interesante resulta la remisión consagrada en el artículo 183, a las normas que sobre ejecución contempla el CPC, pero a los fines de garantizar la celeridad que consagra la Constitución el remate se anunciará con la publicación de un solo cartel y el justiprecio de los bienes a rematar lo hará un solo perito, a diferencia de lo establecido en el referido CPC, que señala la publicación de varios carteles y la designación de tres peritos.

También, con respecto a la aplicación supletoria, esta última norma aclara que en ningún caso la supletoriedad puede contrariar los principios de oralidad, brevedad, inmediación y concentración, lo que sirve de guía a los operadores de justicia a quienes les corresponda aplicar la remisión.

Igualmente se deben analizar las normas sobre Ejecución que contiene el CPC (ob. cit.) en su Título IV, De la Ejecución de la Sentencia, Capítulo I, Disposiciones Generales:

Artículo 524. Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el Tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. En dicho decreto el Tribunal fijará un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez, para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia.

Artículo 526. Transcurrido el lapso establecido en el artículo 524, sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia, se procederá a la ejecución forzada.

Artículo 527. Si la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución. No estando líquida la deuda, el Juez dispondrá lo conveniente para que se practique la liquidación con arreglo a lo establecido en el artículo 249. Verificada la liquidación, se procederá al embargo de que se trata en este artículo.

El Tribunal podrá comisionar para los actos de ejecución, librando al efecto un mandamiento de ejecución en términos generales a cualquier juez competente de cualquier lugar donde se encuentren bienes del deudor.

El mandamiento de ejecución ordenará:

1. Que se embarguen bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga la ejecución.
2. Que se depositen los bienes embargados siguiendo lo dispuesto en los artículos 539 y siguientes de este Código.
3. Que a falta de otros bienes del deudor, se embargue cualquier sueldo, salario o remuneración de que disfrute, siguiendo la escala indicada en el artículo 598.

Artículo 528. Si en la sentencia se hubiere mandado a entregar alguna cosa mueble o inmueble, se llevará a efecto la entrega, haciéndose uso de la fuerza pública, si fuere necesario.

Si no pudiere ser habida la cosa mueble, podrá estimarse su valor a petición del solicitante, procediéndose entonces como si se tratara del pago de cantidad de dinero.

Artículo 529. Si en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el Juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer a costa del deudor.

En caso de que el acreedor no formule tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la

hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527.

Estas normas del CPC son relevantes en esta investigación porque constituyen las normas básicas en materia de ejecución de sentencias. Hay que observar que el artículo 524 establece un lapso mayor para la ejecución voluntaria que la LOPT, por lo que aquella será de aplicación preferente es ese aspecto; también, regulan la ejecución según fuere la naturaleza jurídica del bien sobre el cual recaiga. Si es cantidad líquida, el artículo 527 regula como será la ejecución. Si la sentencia ordena entregar alguna cosa mueble o inmueble, el artículo 528 establece la forma en que deberá realizarse la entrega, y si se hubiese ordenado el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el artículo 529 establece cómo se ejecutará la misma. Estas normas sirven de guía para hacer efectiva la sentencia de acuerdo a lo que hubiese ordenado. Aunque veremos más adelante que salvo en materia de ejecución de sentencias de obligación de manutención, en los demás asuntos que implican una obligación de hacer resulta difícil aplicar el artículo 529 en los asuntos de familia.

También se deben examinar el CC (1982), en el Título XXIII, De las Ejecuciones de la Cesión de Bienes y del Beneficio de Competencia, Capítulo I, De las Ejecuciones:

Artículo 1.929. Las sentencias que hayan de ejecutarse por los Tribunales de la República, se llevarán a efecto sobre los bienes muebles o inmuebles del deudor y sobre sus derechos y acciones que puedan enajenarse o cederse.

No están sujetos a la ejecución:

1º. El lecho del deudor, de su cónyuge y de sus hijos.

2º. La ropa de uso de las mismas personas y los muebles y enseres de que estrictamente necesiten el deudor y su familia.

3º. Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del deudor.

4º. Los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor.

5º. El hogar constituido legalmente.

6º. Los terrenos o panteones y sus accesorios, en los cementerios.

Artículo 1.930. Los bienes, derechos y acciones, sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente, y que se haya determinado el crédito, cualquiera que sea su naturaleza, en una cantidad de dinero; ni podrá decretarse el embargo preventivo antes de haberse propuesto la demanda sin que haya a lo menos presunción grave de la obligación.

Artículo 1.932. Para proceder a la ejecución sobre los inmuebles del deudor, el acreedor no está obligado a hacer previa excusión de los bienes muebles de aquél.

Artículo 1.933. Los bienes, derechos o acciones sobre los cuales haya de llevarse a efecto la ejecución, no podrán rematarse sino con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

Estas normas del CC, regulan aspectos fundamentales de la ejecución. El artículo 1.929, señala los bienes que no pueden ser objeto de ejecución, sobre este aspecto es importante destacar que la LOPNNA (ob. cit.) consagra en su artículo 466-b una excepción a la inembargabilidad del salario.

El artículo 1.930 regula la oportunidad cuando debe efectuarse el remate de los bienes embargados ejecutivamente. Mientras que el artículo 1.932, señala respecto a la ejecución que recaiga sobre bienes inmuebles, que el acreedor no está obligado a hacer la excusión de los muebles que se encuentren dentro de aquel. El artículo 1.933, asegura que el remate no se lleve a cabo sino hasta que se cumplan con todos los

requisitos que establece el CPC para el remate de bienes muebles e inmuebles. Todas estas normas deben ser tomadas en cuenta por el Juez al momento de efectuar la ejecución de sus sentencias.

En materia de ejecución de asuntos de carácter administrativo es necesario analizar la LOPA (ob. cit.), en el Capítulo V, La Ejecución de los Actos Administrativos:

Artículo 79. La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.

Artículo 80. La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que éste designe, a costa del obligado.
2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs.10.000, 00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará esta.

Estas normas son fundamentales para el procedimiento administrativo que regula la LOPNNA, ya que ésta remite a la LOPA. Se observa cómo establecen medios de presión indirecta a través de las multas.

En resumen la LOPNNA a pesar que tiene algunas normas referidas a la ejecución, entregó la regulación de ésta básicamente a tres leyes CC, CPC y LOPT. Sin embargo lo estipulado en su artículo 384 en materia de ejecución de obligación de manutención, abre la vía para que esta materia se apliquen las normas de ejecución que se encuentran en otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo en cuanto a la ejecución de los asuntos de carácter administrativo remitió a lo estipulado en la LOPA (1981), observándose que esta amplitud en la ejecución tiene por finalidad garantizar efectivamente la misma.

La Ejecución Ordinaria y la Ejecución Especial en la LOPNNA

La Ejecución Ordinaria

La ejecución de la sentencia es la etapa primordial para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho o pretensión reclamada en la demanda, y las normas que la regulan y sirven de base a los procedimientos de ejecución contenidos en las demás leyes se encuentran establecidas en los artículos 523 y siguientes del CPC.

De estas disposiciones del CPC, y de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) para su interpretación, relativas a la ejecución de sentencia, se pueden deducir los aspectos básicos para que proceda la ejecución ordinaria en sede civil:

1. Existencia de una sentencia definitivamente firme y ejecutoriada³. En la legislación procesal venezolana, únicamente causan ejecutoria las sentencias o los actos judiciales que equivalgan a ellas. El legislador patrio se ha apartado de las normas de otras legislaciones, que como la de Italia y la de Francia, atribuyen iguales efectos a todo título ejecutivo, sea sentencia, orden o auto, y a los actos contractuales extendidos por ante notarios u otro funcionario público autorizado para ello.

Señala el tratadista patrio Borjas (ob. cit., 306), que los documentos públicos o auténticos tienen en Venezuela fuerza ejecutiva, y con ellos, puede proceder el acreedor por la vía ejecutiva contra su deudor. Pero los bienes, derechos y acciones sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente, y que se haya determinado el crédito, cualquiera que sea su naturaleza, en una cantidad de dinero.

La LOPNNA (ob. cit.), en su artículo 518, trae una excepción al principio general señalado por Borjas, porque establece que los acuerdos de responsabilidad de crianza, obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, liquidación y

³ Se habla de sentencia ejecutoriada cuando la sentencia que ha sido pronunciada en un juicio no admite ninguno de los recursos judiciales que la ley procesal otorga y concede a las partes, para recurrirla en razón de no estar conformes con su contenido y que pueda traer como consecuencia su revocación, modificación o confirmación. Tal estado procesal y de hecho hace posible que se esté en condiciones de exigir el cumplimiento incidental –si se trata de sentencia interlocutoria- o bien de iniciar con la ejecución de la sentencia. En la práctica forense se dice que la causa está "ejecutoriada", en aquellos casos en los que han finalizado todos los trámites legales y produce el efecto jurídico de cosa juzgada.

partición de la comunidad conyugal; tienen efecto de sentencia firme ejecutoriada, con lo cual se acerca a lo preceptuado en la doctrina extranjera señalada por este autor.

Es de mucha importancia recalcar que en la última reforma LOPNNA, en aras de la celeridad, se procuró mantener la estabilidad de las sentencias para que pasen a ejecución a la brevedad, y que en los artículos 485 y 488 se limitaron las causas para el recurso de casación en el procedimiento ordinario y así lo tiene confirmado en numerosas sentencias.

2. Petición de una parte solicitando la ejecución (art. 524 CPC). No es de oficio, aunque el principio general es que el Juez que conoció de la causa en primera instancia es al que corresponderá la ejecución de la sentencia. El legislador patrio limitó tal ejecución a que sea solicitada por la parte.

Este principio presenta atenuantes en la LOPNNA (ob. cit.) dadas algunas de las materias que regula, tal y como se evidencia del artículo 319: “Los asuntos previstos en los Parágrafos Tercero y Quinto del artículo 177 de esta Ley son de eminente orden público, en consecuencia, una vez iniciado el proceso el juez o jueza debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión.” Lo que lleva a inferir que en los asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Consejos de Protección (Parágrafo Tercero) y en la acción

judicial de protección (Parágrafo Quinto) el Juez de oficio puede instar la ejecución de la sentencia dictada. Igualmente ocurre en materia civil en cuanto a las sentencias dictadas en procedimientos de rectificación de partida y acciones de estado.

En este punto también hay que destacar que en materia de ejecución LOPNNA, el asunto lo conocen dos Jueces, primero el Juez de Mediación, Sustanciación y Ejecución, quien promoverá la conciliación entre las partes en la fase de mediación, y de no lograrla la causa pasará a la fase de Sustanciación en la que se incorporarán y admitirán las pruebas por este Juez, quien vencida esta fase pasará el expediente al Juez de Juicio quien dictará la sentencia definitiva, la cual si no se cumple tendrá que ejecutar el primer juez. Aquí llama la atención que concurra en una misma persona la función de mediar y ejecutar. Se considera que resulta difícil tanto para el Juez como para el demandado perdidoso, que proceda a la ejecución el mismo Juez con el que se sentaron a tratar de solucionar el conflicto, razón por la cual se considera que esta función ha debido ser encomendada al Juez de Juicio.

3. Auto del Tribunal decretando la ejecución. Primero se decretará la ejecución voluntaria, con la cual se permite a la parte perdidosa dar cumplimiento voluntario a la sentencia sin afectación directa por parte del Tribunal de sus bienes, en un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez. No podrá comenzarse la ejecución forzosa sin que haya transcurrido íntegramente el lapso concedido por el Juez para el cumplimiento voluntario. En la LOPNNA (ob. cit.), por el sistema de remisión se

aplica preferentemente el lapso para el cumplimiento voluntario de la LOPT (art. 180), por cuanto es menor que el concedido por el CPC (3 días hábiles).

4. Vencido ese lapso sin que la parte perdidosa dé cumplimiento, se procederá a la ejecución forzada, que dependerá de la naturaleza de la pretensión: Según Guasp (1968, 195) se podría hablar de cuatro tipos fundamentales de procesos de ejecución: la ejecución expropiatoria: que consiste en la entrega de una cantidad de dinero que lleva siempre consigo la expropiación de los bienes del deudor; la ejecución satisfactiva: que consiste en la entrega de una cosa y que lleva consigo la satisfacción específica del acreedor; la ejecución transformativa: que consiste en un hacer y deshacer forzosos, transforma la realidad física tal como existía anteriormente y la ejecución distributiva: que es el reparto de un patrimonio y supone la distribución, en sentido técnico, de ese patrimonio entre varios sujetos.

Sobre estos cuatro procesos de ejecución, muy acertadamente señala Guasp (ob. cit., 195-196) que el de ejecución por dación (expropiativa) en el que se persigue la entrega de una cantidad de dinero, no es un proceso de ejecución cualquiera, sino que es lo que puede llamarse la forma general de las ejecuciones procesales, dado que las restantes se convierten en ella cuando, por cualquier razón no es posible el desarrollo de las medidas que son peculiares a cada una de las mismas. Por lo que considera que al lado de esa ejecución expropiativa, como figura ordinaria de la

ejecución, las restantes aparecen como ejecuciones extraordinarias, es decir, apartadas del modelo anterior.

Hay que acotar, que siguiendo este criterio, excepto la ejecución en materia de obligación de manutención, que por su naturaleza es expropiativa, las demás ejecuciones de las materias que regula la LOPNNA encuadran dentro del tipo de ejecuciones extraordinarias. Y más aún por su naturaleza no se transforman en expropiativa al no cumplirse, como pasa ordinariamente. Un ejemplo sencillo es la madre que no da cumplimiento al régimen de convivencia familiar establecido al padre para con su hijo, no podría establecerse en dinero el daño causado para ejecutar bienes de la madre por su incumplimiento.

5. Si la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará a embargar bienes propiedad del deudor, que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se sigue la ejecución (art. 527 CPC) (ejecución expropiativa). Cuando no está líquida la deuda, el Juez deberá ordenar la práctica de experticia complementaria del fallo (art. 249, CPC), y una vez que esté verificada la liquidación, se procederá al embargo de bienes del perdedor.

En este punto, resulta conveniente hacer referencia al criterio jurisprudencial plasmado con ocasión a la función que ejercen los expertos y a la cancelación de sus honorarios en la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Superior del Trabajo de la

Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha doce (12) de julio de 2011 en el ASUNTO: AP22-R-2011-000028:

Ahora bien, el ejercicio de la administración de justicia, en principio debe realizarse a través de órganos jurisdiccionales, solo que estos no pueden actuar por sí mismo, por lo que necesitan de una persona física que obre en nombre del tribunal; gran parte de la doctrina, equipara al órgano jurisdiccional, con los jueces por excelencia, esto por supuesto desde la óptica subjetiva, sin embargo muchas veces, necesitan de auxilio o ayuda de una persona con mayor pericia, bien porque no posee los elementos de prueba necesarios para la determinación de algún hecho o bien porque carece de conocimientos técnicos para la realización de una terminada actividad.

El legislador patrio establece la posibilidad dentro del ordenamiento jurídico, para que el juez cuando dicta una sentencia condenatoria a pagar sumas dinerarias, y que necesiten determinar cantidades líquidas, dispondrá de la estimación realizada por perito experto, mediante lo que la doctrina ha llamado “experticia complementaria del fallo” y así está consagrado en el Código de Procedimiento Civil en el artículo 249, lo contempla también Ley Orgánica Procesal del Trabajo en sus artículos 92 al 97.

La naturaleza de la experticia complementaria del fallo, es sui generis. El Profesor Leoncio Cuenca la define como un dictamen de funcionarios ocasionales y auxiliares de la administración de justicia, que se produce dentro del proceso de ejecución de la sentencia, con el propósito de hacer líquida la condena expresada en el dispositivo del fallo que se ejecuta.

Respecto al procedimiento, la experticia complementaria del fallo, no tiene regulación propia, por lo que tendrá que acudir a las normas de justiprecio establecidas en el Código Civil. Aunque las mismas no son aplicables para todas las sentencias, se puede definir la labor del experto y en qué debe limitarse. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que cuando se trate de un experto que reclame los emolumentos o derechos devengados por su obligación de auxiliar de justicia, se aplicará el Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Aranceles Judiciales publicado en Gaceta Oficial No. 5.391, extraordinario, del 22 de octubre de 1999, donde establece en el artículo 66 que los derechos o emolumentos de los expertos, percibirán una vez el Juez ordene su pago cuando estos cumplan sus funciones. Las funciones de los expertos contables, como sujeto auxiliar de justicia, son obligaciones de hacer, estando supeditados a la orden del Juez en la sentencia y a los parámetros que se establezcan para

realizar la experticia, después de cumplir con los requisitos formales, para actuar en el proceso como sujetos auxiliares de justicia.

A diferencia de la disposiciones que en materia ordinaria se establecen para los expertos que realizarán la experticia complementaria del fallo, la LOPNNA (ob. cit.), en su artículo 485 establece que la sentencia contendrá entre otros requisitos, la determinación del objeto o la cosa sobre la cual recaiga la decisión, pudiendo ordenar, si fuere necesario, experticia complementaria del objeto, con único perito, el cual será designado por el juez o jueza; y que los niños, niñas y adolescentes no serán condenados en costas. De lo anterior se deduce, que estos gastos deberán ser cancelados por la otra parte y no podrán ser atribuidos al niño, niña o adolescente en el caso muy poco usual que pierda la demanda. También a los fines de garantizar la celeridad procesal el Juez debe nombrar un único perito, con lo que se evitan pérdidas de tiempo en la designación de los peritos de la forma en que se hace en la ejecución ordinaria.

6. En caso de que los bienes no se encuentren en la jurisdicción del Juez con competencia para ejecutar, éste podrá librar mandamiento de ejecución, que ordenará el embargo y el depósito de los bienes (art. 527, CPC).

7. Si la sentencia ordena la entrega de una cosa mueble o inmueble, el Tribunal llevará a cabo la entrega, haciéndose uso de la fuerza pública, en caso de ser necesario (art. 528, CPC, ejecución satisfactiva).

8. Si la sentencia condena al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el Juez podrá autorizar al acreedor, previa su solicitud, para que ejecute él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa del deudor (art. 529, CPC, ejecución transformativa). En estos casos, si la naturaleza de la obligación no permitiere la ejecución en especie o la hiciera demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá al embargo de bienes por el doble de la misma, más las costas.

9. Si la sentencia hubiese condenado alternativamente a la entrega de una de varias cosas y el deudor a quien corresponda la elección no diere cumplimiento a la sentencia en el lapso otorgado para el cumplimiento voluntario, el acreedor podrá pedir la entrega de una cualquiera de ellas a su elección, ordenando el Tribunal la entrega material (art. 530, CPC).

10. Si la sentencia condena a una parte a concluir con la obligación que pactó en un contrato y ésta no cumple, siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Cuando se trate de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad, por ejemplo: el de compraventa, o la constitución o transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, siempre y cuando exista constancia auténtica de tal cumplimiento en los autos (art. 531, CPC).

11. la ejecución sólo se interrumpirá una vez comenzada por:

a) Acuerdo entre las partes.

b) Cuando el ejecutado alegue la prescripción de la ejecutoria y así se evidencie de las actas del proceso.

c) Cuando el ejecutado alegue el pago íntegro de la cantidad ordenada en la sentencia y consigne en el mismo acto de la oposición, documento auténtico que lo demuestre (art. 532, CPC).

Al respecto indica Borjas (ob. cit., 309), que es de doctrina ratificada por la jurisprudencia universal, que son oportunas y eficaces para impedir la ejecución, las excepciones de pago y de compensación, así como las análogas a ellas, es decir, la transacción o convenio de las partes para modificar o anular las disposiciones del fallo ejecutoriado, y todas aquellas que tiendan a demostrar la inexistencia o invalidez de la sentencia como tal, es decir, como título ejecutivo, y no como verdad legítimamente declarada.

12. Cualquier otra incidencia que surja durante la ejecución, se tramitará y resolverá mediante el procedimiento establecido en el artículo 607 del CPC (art. 533, CPC).

En síntesis, para que proceda la ejecución ordinaria de acuerdo a lo estipulado en las normas base de la ejecución contenidas en los artículos 523 y siguientes del CPC y a la interpretación que de estas normas ha hecho el Tribunal Supremo de Justicia, se deben dar los siguientes supuestos: 1) Existencia de una sentencia definitivamente firme y ejecutoriada. 2) Solicitud de una parte pidiendo la ejecución. 3) Auto del Tribunal ordenando primeramente la ejecución voluntaria. 4) Decreto del Tribunal ordenando la ejecución forzosa, vencido el lapso otorgado para el cumplimiento voluntario y 5) El Juez procederá a realizar todas las diligencias tendentes a materializar efectivamente la ejecución, las cuales variarán de acuerdo al tipo de condena que haya ordenado en la sentencia, la más común cuando se trata de pago de cantidades líquidas de dinero es librar el mandamiento de ejecución. Se observa que si bien los principios de la ejecución ordinaria sirven de fundamento a la ejecución de los asuntos especiales que tramita la LOPNNA, muchos de estos se ven atenuados o modificados por esta Ley especial como veremos mas adelante.

Ejecución Especial en la LOPNNA

El tratamiento que le otorga la LOPNNA a la ejecución de las sentencias, abarca una diversidad de materias, de naturaleza distinta, que causa que su ejecución también tome matices diferentes, en lo que a normas supletorias se refiere, dado que la Ley no regula totalmente la materia de ejecución, sino que remite supletoriamente a la LOPT (ob. cit.), CPC (ob. cit.) y CC (ob. cit.).

Es de interés para este estudio dividir las materias contenidas en la Ley en cuatro aspectos, siguiendo la distribución que hace el artículo 177 de la LOPNNA (ob. cit.): I: Materia Civil que comprende: Filiación, bienes, interdictos, amparos, tutela, curatela, rectificación de partidas, divorcio contencioso y voluntario. II: Materia de Instituciones Familiares, que regula: Obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, patria potestad, responsabilidad de crianza, autorizaciones para viajar, colocación familiar y adopción. III: Materia Contencioso Administrativa y de Protección, que comprende: Asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Consejos de Protección, Infracciones a la protección debida, acción de protección.

Y la IV: Asuntos patrimoniales y del trabajo, que comprende: Demandas y solicitudes patrimoniales y no patrimoniales en las cuales los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento, demandas laborales en las cuales éstos sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento, demandas y solicitudes en las cuales personas jurídicas constituidas exclusivamente por niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el procedimiento y cualquier otro de naturaleza afín que deba resolverse judicialmente, en el cual los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso. Cabe destacar que al final de todos los párrafos que contiene el artículo 177 el legislador estipula que también deberá conocer el Juez de cualquier otro asunto de naturaleza afín al señalado en cada uno de los párrafos que deba resolverse

judicialmente en el que los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso, con lo que deja clara la competencia del Juez en cualquier otro asunto que no esté especificado en dicha norma pero en el que tengan interés los sujetos protegidos por la Ley.

En la última reforma de la LOPNNA en el año 2007, se observa que desaparecieron algunas normas que precisamente regulaban la ejecución de la sentencia en algunas de estas materias. También desaparecieron varios procedimientos para dejar sólo tres: El procedimiento ordinario, el procedimiento de jurisdicción voluntaria y el procedimiento de adopción.

En materia de ejecución de los asuntos que se tramitaban por el procedimiento ordinario el artículo 492 de la LOPNA (ob. cit.), establecía: “Firme la sentencia, el Tribunal dispondrá lo conducente para su ejecución y, en lo que fuere compatible, aplicará lo dispuesto en los artículos 523 al 584 del Código de Procedimiento Civil”.

Esta norma no aparece actualmente en el procedimiento ordinario, pero dado que el artículo 452 de la Ley vigente remite en todo lo que no esté regulado a la LOPT, CPC y CC, como se señaló anteriormente se debe entender que en materia de ejecución se aplican supletoriamente aquellas normas que al respecto contemplan la Ley laboral y los códigos indicados anteriormente, así como las demás normas de ordenamiento jurídico siempre y cuando no coliden con la LOPNNA (ob. cit.).

Ejecución de los Asuntos en Materia Civil

Como se señaló anteriormente comprende las siguientes materias: Filiación, bienes, amparo, interdictos, tutela, curatela, rectificación de partidas, divorcio contencioso y voluntario. En relación a las sentencias que deciden una rectificación de partida, interesa a los fines de este estudio señalar que el artículo 772 del CPC, regula dos supuestos: El primero, que haya habido oposición a la rectificación solicitada. En este supuesto la sentencia será apelable y recurrible en casación, conforme a las reglas generales. Entonces, debe esperarse que la sentencia quede definitivamente firme para proceder a ejecutarla.

El segundo, que no haya habido oposición. En este caso el Juez dictará su sentencia declarando con o sin lugar la rectificación o el cambio solicitado, debiendo cumplirse esta sentencia sin lugar a apelación. En este segundo supuesto, la ejecución de la sentencia es inmediata. Es otro de los casos de excepción a la regla en materia de ejecución: que la misma procede sólo a solicitud de parte contenida en el artículo 524 del CPC.

En cuanto a demandas o solicitudes relacionadas con bienes entre las que se podrían mencionar: liquidación y partición de la comunidad hereditaria, conyugal o de uniones estables de hecho, en estas dos últimas cuando haya niños y adolescentes comunes; o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes, se rigen en cuanto a su

ejecución, por las particularidades específicas contenidas en los artículos 777 al 788 del CPC, por ser la partición un procedimiento especial. Conviene en cuanto a la materia de análisis realizar varias consideraciones sobre los procedimientos de partición en sede LOPNNA.

El procedimiento de partición, haya o no oposición, pasará a su segunda fase, que es la fase ejecutiva del mismo y que comienza con el nombramiento del partidor. En esta etapa del procedimiento, que va íntimamente ligada con la ejecución y en la que se deben realizar diligencias para la determinación, valoración y distribución de los bienes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 778 del CPC. Tales diligencias implican la participación en el procedimiento de peritos evaluadores, topográficos entre otros dependiendo de la naturaleza de los bienes que se vayan a partir.

En opinión de Sánchez (2008, 502), “los interesados están obligados a suministrar los títulos y demás documentos que el partidor juzgue necesarios para llevarla a cabo, tales como levantamientos topográficos, peritajes y otros semejantes, a costa de los interesados”. En el caso de una demanda de partición de herencia intentada por la madre de unos niños contra los otros coherederos mayores de edad, en la cual aquélla carezca de recursos para el pago de los profesionales auxiliares, la tutela judicial efectiva a los derechos de sus hijos pudiese verse afectada, si no existe la disposición de los otros coherederos para el pago de los honorarios profesionales.

Se considera que siendo la LOPNNA una ley garantista debería preverse que en los procedimientos de partición se contara con auxiliares de justicia gratuitos para estos casos; o por el sistema de remisión que utiliza la LOPNNA debiera aplicarse el artículo 94 de la LOPT que establece en su segundo aparte lo siguiente:

También podrá el Juez ordenar que la experticia sea practicada por funcionarios públicos cuando la parte o las partes no dispongan de medios económicos.

Igualmente, podrá el juez hacer el nombramiento de expertos corporativos o institucionales para la realización de la experticia solicitada.

Estos expertos están obligados a aceptar el nombramiento de conformidad con el artículo 95 ejusdem y cumplir las funciones establecidas en el artículo 96 aunque no se sufraguen honorarios de conformidad con el artículo 97 de la misma Ley.

En lo que respecta a la entrega de los títulos a los adjudicatarios, establece el artículo 1.080 del CC (ob. cit.), que aprobada la partición en forma definitiva, se entregarán a cada uno de los adjudicatarios los documentos relativos a los bienes y derechos que se les haya adjudicado, pero si un mismo bien ha sido adjudicado a varios comuneros o a todos los integrantes de la comunidad, tales documentos quedarán en poder del comunero que elija la mayoría formada con arreglo a lo establecido en el artículo 1076 (CC) y si tal mayoría no se logra, se archivarán en la Oficina de Registro Principal correspondiente a la jurisdicción del Tribunal en el que se inició el procedimiento de partición. En caso de que ha alguno de los coherederos

se le impida acceder al bien que le fue adjudicado, el Tribunal deberá proceder de acuerdo a las normas de la ejecución forzosa establecidas en el CPC.

Es importante resaltar que en esta materia el partidor designado cuando entre los bienes a partir se encuentren bienes de producción, es decir bienes que por su naturaleza producen una ganancia (por ejemplo: camiones de carga) puede calcular el monto que produjeron por la actividad que se realiza con ellos y dividirlo entre los herederos, con esto se evitan juicios posteriores de rendición de cuentas y se logra mayor celeridad y efectividad en la partición en beneficio de los niños y adolescentes miembros de la sucesión.

En cuanto a las acciones de estado, conviene realizar algunas observaciones particulares en lo referente a su ejecución. Siguiendo para ello a López (2009, 113-114), quien al tratar el asunto previamente realiza consideraciones respecto a la autoridad de la cosa juzgada en materia de sentencias recaídas sobre acciones de estado, señala que “el orden social requiere que todo juicio tenga un fin y que no sea posible reabrirlo posteriormente: de no ser así, todos los derechos subjetivos estarían en permanente suspenso”. De allí que, la ley ha tenido que otorgar fuerza de presunción *juris et de jure*, a las sentencias definitivamente firmes, en las que lo decidido debe tenerse por verdadero y cierto, aunque de hecho no sea así. Esta presunción es la que se denomina autoridad de cosa juzgada y está consagrada en el ordinal 3 del artículo 1.395 del CC (ob. cit.).

Adicionalmente, el legislador en el artículo 346, ordinal 9º, del CPC, la establece como una excepción de inadmisibilidad de la demanda. También indica el autor antes citado que la relatividad de la cosa juzgada se explica en función de dos ideas:

Resulta injusto que los terceros sufran o gocen de las consecuencias de un proceso al cual fueron extraños; por otra parte, como todo juicio ha de ser resuelto en base a las pruebas evacuadas en el mismo, bien puede suceder que las probanzas presentadas por las partes no sean las únicas o las correctas y, de ser así, es lógico que ellas sufran las consecuencias de su desacierto, pero no es equitativo ni razonable extenderlas a quien no es culpable.

Advierte que en lo que se refiere a las sentencias definitivas que recaen sobre acciones de estado, el principio de la relatividad de la cosa juzgada crea situaciones absurdas, chocantes y contrarias a las reglas y principios más elementales.

En efecto, siendo el estado familiar materia de orden público y de carácter indivisible, resulta difícil concebir que una sentencia referente a él, únicamente pueda producir efectos respecto de quienes fueron las partes litigantes, pero no frente a los terceros extraños al proceso.

El autor cita varios ejemplos como el de la sentencia que declara con lugar la demanda de divorcio y en consecuencia disuelto el vínculo, si sólo produjera efectos respecto a los excónyuges, ellos estarían recíprocamente divorciados, pero frente a los terceros que fueron extraños al procedimiento de divorcio seguirían casados.

Agrega López (ob. cit., 114), que en la generalidad de los sistemas jurídicos, la situación planteada carece de solución legal y por ello la doctrina ha ideado diversas teorías con el fin de justificar que las sentencias recaídas en juicios de estado deben considerarse valederas *erga omnes* y, por consiguiente, que escapan al principio de la relatividad de la cosa juzgada. Sin embargo, dada la complejidad del asunto, aun no se ha logrado una solución aceptada universalmente y acogen alguna de las tres teorías que sobre el punto se han originado:

1. Teoría del legítimo contradictor. En síntesis, la explica así: “Cuando se intenta una acción de estado, suele existir una serie de personas con interés en contradecirla, pero siempre habrá un “legítimo contradictor”, es decir, una persona con “el más próximo y primitivo interés en hacerlo” (López, ob. cit., 115). Dependiendo la relatividad de la persona contra la que se proponga, si se intenta contra quien no es su legítimo contradictor, la sentencia que sobre ella recaiga sólo podrá tener autoridad relativa: surte efectos entre las partes pero no respecto de terceros. En cambio, si se intenta contra su legítimo contradictor, la decisión definitiva tiene autoridad absoluta y produce efectos en relación con todo el mundo, es decir, *erga omnes*. Sin embargo, determinar quién es el legítimo contradictor no siempre es fácil y se va dificultando a medida que el parentesco se va alejando, por lo que esta teoría se fue abandonando.

2. Teoría Tradicional. Se fundamenta en la regla según la cual la cosa juzgada únicamente tiene valor relativo, tiene fuerza de principio general sólo derogable por norma expresa en contrario, que según López (ob. cit., 115), no existe en buena parte de las legislaciones extranjeras; además, agrega que admite varias excepciones.

3. Teoría de Colin & Capitant. Señala López (ob. cit., 118), que según estos autores, las sentencias declarativas de filiación deben tener una fuerza y un valor equivalentes a los de un acta de nacimiento, que surte en principio efectos *erga omnes*, pero no por ello es inatacable. Es decir, produce dicho efecto, mientras no se decida lo contrario en juicio ulterior. El autor citado considera que esta teoría no resuelve el problema porque “siempre subsiste el absurdo de la relatividad de la cosa juzgada”.

4. Teoría de la indivisibilidad del estado. Indica el prenombrado tratadista que esta fue ideada como complemento de la teoría tradicional y sólo se refiere a las sentencias declarativas de filiación. Esta teoría reconoce un carácter absoluto a las sentencias que decidan juicios de filiación, pero evitando perjudicar los derechos e intereses de terceros extraños al proceso. Por ello, les otorga la facultad de impugnar la sentencia declarativa de filiación, pero la decisión que recaiga en el segundo juicio debe considerarse definitiva e irreversible, con valor *erga omnes*, sustituyendo el segundo fallo totalmente y de manera irrevocable al primero.

Indica López (ob. cit., 120), que la solución legal venezolana ha adoptado un sistema peculiar en virtud del cual se reconocen efectos absolutos a la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias recaídas en juicios de estado, pero consagra en el artículo 507 del CC (ob. cit.) una excepción al principio de la relatividad de la cosa juzgada, contenido en el artículo 1.395 ordinal 3° ejusdem. En aquélla norma se establece lo siguiente:

1. Cuando las sentencias se dictan en acciones constitutivas de estado como el divorcio contencioso y la separación contenciosa de cuerpos e igualmente las que declaran la nulidad del matrimonio, producen de inmediato efectos absolutos para las partes y también para los terceros ajenos al proceso. (art. 507, ordinal 1).
2. Las sentencias que recaen sobre las restantes acciones declarativas de estado (reclamación de estado, inquisición de maternidad o de paternidad extramatrimonial, impugnación del carácter matrimonial de la filiación, impugnación de estado, desconocimiento de hijo matrimonial, nulidad de reconocimiento, impugnación del reconocimiento y nulidad de la adopción), así como la que declara sin lugar la acción de nulidad del matrimonio, también producen efectos inmediatos absolutos para las partes y para los terceros extraños al proceso. Sin embargo, la norma prevé que un extracto de tales sentencias debe ser publicado en un periódico de la localidad sede del tribunal que la dictó (o en algún otro medio idóneo, a juicio de la autoridad, si no hubiere periódico en dicha sede) y a partir de la fecha de esa publicación, comienza a correr el lapso de caducidad de un año, dentro del cual los interesados que no hayan intervenido en el proceso, pueden demandar a todos los que fueron parte en él, sin excepción alguna, a fin de que se dicte otra decisión nueva y contraria. La sentencia que decida el segundo juicio tiene plena y absoluta autoridad de cosa juzgada respecto de todo el mundo y no es susceptible de nueva revisión. El recurso indicado no corresponde a los herederos o causahabientes de las partes del primer proceso, ni tampoco a quienes no hayan intervenido en él a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de su instauración.

Como se observa, el sistema venezolano acoge el criterio doctrinario universal de que las sentencias constitutivas de estado tienen fuerza absoluta de cosa juzgada, pero igualmente garantiza la protección a los derechos de terceros, al establecer el lapso de un (1) año, vencido el cual la acción caduca, por lo cual corre contra todo el mundo y no se puede interrumpir y dentro del cual pueden ejercer el recurso de impugnación o revisión de la sentencia definitivamente firme recaída en un juicio de declaración de estado, entendido éste no como una alzada sino como un juicio nuevo que debe proponer el tercero interesado.

Interesa en este punto analizar el requisito de la inscripción de las sentencias de estado en el Registro del estado civil. Así se tiene que el artículo 506 del CC (ob. cit.), establece que las sentencias dictadas en procedimientos de inserción de partidas, en los juicios de reclamación o negación de estado, reconocimiento o declaración de filiación, desconocimiento de hijos, nulidad y disolución del matrimonio y, en general las que modifiquen el estado o capacidad de las personas o las rehabiliten y los decretos de adopción simple, se insertarán en los libros correspondientes del estado civil, para lo cual el juez competente enviará copia certificada de dichas sentencias y decretos al funcionario encargado de estos registros.

Sobre esta disposición hay que hacer la salvedad de que respecto a la inserción del decreto de adopción simple, que esta figura desapareció a tenor de lo establecido en el artículo 411 de la LOPNNA (ob. cit.), que establece que toda adopción debe ser

plena. Todo lo relacionado con la adopción está regulado en la LOPNNA y prevalece su aplicación sobre las normas del CC. Esto se analiza en la oportunidad de estudiar la ejecución en materia de instituciones familiares, en donde encuadra la adopción de acuerdo al orden establecido en el presente trabajo.

Sobre el artículo 506 CC (ob. cit.), se observa que se evidencia otra excepción a la regla, dado que el Juez de oficio debe ordenar la inserción. Señala López (ob. cit., 127) que el artículo 507 CC (ob. cit.), al reconocer efectos inmediatos y absolutos a las decisiones judiciales que recaen en los juicios de estado, indica que esa autoridad absoluta de la cosa juzgada surge una vez que hayan sido insertadas en el Registro del estado civil tales sentencias. No se hacen distinciones ni diferencias entre sentencias constitutivas y sentencias declarativas de estado.

El autor antes citado se pregunta válidamente, con base en lo dispuesto en esta norma, si los efectos de las sentencias de estado únicamente operan, en relación con las partes y con los terceros, una vez cumplido ese requisito de publicidad; ¿si tales decisiones carecen de valor mientras no hayan sido inscritas en el Registro Civil? El se responde indicando que aparentemente a esa conclusión obliga el texto del artículo 507 CC (ob. cit.), pero resulta contrario a la majestad de la cosa juzgada condicionarla a una especie de homologación administrativa, a cargo del Poder Ejecutivo.

Al respecto Loreto (1956, 177), al interpretar el artículo 507 CC (ob. cit.),

señala:

En estos casos los efectos jurídicos de la sentencia no se producen en el momento en que ha quedado firme, como es el principio generalmente reconocido por la doctrina, sino desde aquél en que la sentencia quedó insertada en los respectivos registros del estado civil. Aun en estos casos, según nuestra manera de pensar, los efectos constitutivos primarios y secundarios de la sentencia surgen del acto mismo jurisdiccional que se inserta, de la sentencia, funcionando sólo el acto de inserción de ella en los registros, como un presupuesto de eficacia.

Se puede considerar que esta posición es la más idónea y la que apoya López

(ob. cit., 130), porque señala:

Estimamos que la interpretación literal del primer párrafo del artículo 507 CC, es no solo inaceptable y repugnante – como decía Bastidas- sino además contraria a los más elementales principios del Derecho y al espíritu, propósito y razón de la norma”. Considero que esta confusión resulta simplemente de la inapropiada redacción del primer párrafo del artículo 507 CC, ya que el verdadero sentido de la norma es que las aludidas sentencias sí producen de inmediato plenos efectos entre las partes, pero que a fin de hacerlas valer frente a terceras personas se exige -en principio- la inscripción de ellas en el Registro Civil. La LOPNNA, en materia de adopción, por ser una Ley más novedosa, no incurrió en ambigüedades como sí lo hizo -en mi criterio- el legislador en el artículo 507 CC, tanto respecto al decreto de adopción como al de nulidad de la misma, porque señaló que estos surten efectos desde la fecha en que quedan firmes, no siendo oponibles a terceros sino una vez efectuada su inscripción. El legislador LOPNNA evitó los inconvenientes de interpretación en que incurrió el artículo 507 CC. No caben dudas respecto a que los Jueces deben ordenar y librar el correspondiente oficio al Registrador respectivo, para su inserción, una vez quede definitivamente firme la sentencia dictada en estos casos, sin esperar que lo anterior sea solicitado por las partes. Se ha observado en la práctica, especialmente, en cuanto a las sentencias dictadas en las solicitudes de divorcio por el artículo 185-A del CC, que algunos Tribunales esperan que alguno de los solicitantes pida la ejecución, a los fines de librar los

oficios al Registrador Civil correspondiente para la inserción y en caso que no lo soliciten, los expedientes permanecen en el Tribunal sin que se ordene la inserción de Ley. En mi criterio, eso no debería ocurrir porque considero que el Juez, una vez quede definitivamente firme la sentencia debe de oficio ordenar la inserción a fin de dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 507 CC y evitar así situaciones que afecten intereses de terceros, a los que precisamente quiso proteger el legislador. Imaginemos el supuesto que al momento de fallecer uno de los excónyuges, ninguno de los dos había solicitado se librara el oficio para la inserción de la sentencia, y resulta que el cónyuge fallecido deja una pensión de sobreviviente, a la cual deberían tener derecho, en principio, sólo los hijos. Pero resulta que el otro cónyuge reclama su cuota-parte alegando que la sentencia no es oponible ni a él ni a terceros por no haberse cumplido con la formalidad de la inserción, creándose una situación de inseguridad jurídica para los herederos, que se pudo evitar. Como estas muchas otras situaciones pudiesen presentarse por la falta de registro oportuno.

Conviene acotar que la Ley Orgánica de Registro Civil (LORC, 2009), señala en su artículo 101, ordinal 6º, que “las sentencias que declaren existencia, nulidad o disolución del matrimonio deberán inscribirse en el libro de matrimonios del Registro Civil donde se hubiese llevado a cabo el mismo o de la Jurisdicción del Tribunal que dictó la sentencia”.

Dada la equiparación que hace la constitución de las uniones estables de hecho al matrimonio, el artículo 119 de dicha Ley establece igualmente que:

Toda decisión judicial definitivamente firme que declare o reconozca la existencia de una unión estable de hecho, será insertada en el Registro Civil. Los jueces y las juezas de la República Bolivariana de Venezuela deben remitir copia certificada de la decisión judicial definitivamente firme a las oficinas municipales de Registro Civil, para su inserción en el libro correspondiente.

Respecto a las solicitudes de rectificación de partida su ejecución está regulada en el artículo 774 del CPC (ob. cit.), que establece:

Declarada con lugar la rectificación o el cambio, la sentencia ejecutoriada se insertará íntegra en los Registros del estado civil, sin hacer alteración de la partida rectificada, poniendo a su margen la nota a que se refiere el artículo 502 del Código Civil.

En los casos de rectificación de un acta del estado civil, de la cual se hayan derivado errores en actas posteriores que dependan de ella, será suficiente para la corrección de estos últimos, la notificación que haga el juez al funcionario respectivo a fin de que estampe la nota marginal que prevé el artículo 502 del Código Civil.

Sobre este punto Borjas (ob. cit., 178) señala:

La sentencia que declara con lugar la rectificación demandada produce, como es natural, sus efectos desde que causa ejecutoria, sin que para ello sea menester su inserción en los Libros de Registro correspondientes, pues esta no tiene otro objeto que hacer de público conocimiento la decisión recaída, y que, a los mismos fines, al expediente copia del asiento rectificado, se inserte en ella la nota marginal de la rectificación. La omisión, por lo tanto, de aquel requisito en los dos ejemplares del Registro o en uno solo de ellos, no invalida la decisión judicial; pero como en tal hipótesis, la copia que se expida de la partida original no contendría la inserción de la nota marginal de rectificación antes citada, y podría así surtir efecto de documento público, el interesado deberá ser diligente en que se verifique en los Registros la oportuna inscripción del fallo reformativo.

Al respecto, la LORC (ob. cit.), cuya aplicación es de carácter preferente por su especialidad en esta materia, establece en su artículo 152:

Las sentencias ejecutoriadas emanadas de los tribunales competentes que modifiquen la identificación, la filiación, el estado civil familiar o la capacidad de las personas, se insertarán en los libros correspondientes del Registro Civil. A tal fin, los jueces o las juezas remitirán copia certificada

de las sentencias a la oficina municipal de Registro Civil correspondiente. Los registradores y las registradoras civiles están en la obligación de insertar la decisión y agregar la nota marginal en el acta original.

De esta norma se evidencia el deber impuesto por el legislador especial a los Jueces de remitir a las correspondientes Oficinas de Registro Civil, las sentencias de acciones de estado y de rectificaciones, para que el Registrador las inserte y agregue la nota marginal en el acta original.

En cuanto a la ejecución en materia de amparo, de la cual conocen los Jueces de Protección cuando se intenten acciones por violación de algún derecho constitucional de un niño, niña o adolescente, por la especialidad de la materia, su ejecución se rige por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOADGC, 1988), en los artículos siguientes:

Artículo 29.- El Juez que acuerde el restablecimiento de la situación jurídica infringida ordenará, en el dispositivo de la sentencia, que el mandamiento sea acatado por todas las autoridades de la República, so pena de incurrir en desobediencia a la autoridad.

Artículo 30.- Cuando la acción de amparo se ejerciere con fundamento en violación de un derecho constitucional, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.

Artículo 31.- Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.

Artículo 32.- La sentencia que acuerde el amparo constitucional deberá cumplir las siguientes exigencias formales:

A) Mención concreta de la autoridad, del ente privado o de la persona contra cuya resolución o acto u omisión se conceda el amparo;

B) **Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución;**

C) Plazo para cumplir lo resuelto.

Artículo 36.- La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objetos del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes.

Artículo 37.- La desestimación del amparo no afecta la responsabilidad civil o penal en que hubiese podido incurrir el autor del agravio, ni prejuzga sobre ninguna otra materia.

De estas normas se evidencia que en sede de amparo, el Juez tiene amplios poderes para restablecer el derecho constitucional violado o amenazado, y deben cumplir con el mandato todas las autoridades de la República. Igualmente, establece sanción penal por el desacato de prisión de seis a quince meses. En la sentencia el Juez deberá señalar expresamente contra quien opera el mandato, determinado de manera precisa la orden que ha de cumplir y el plazo para hacerlo. Si no es procedente el amparo eso no obstaculiza a que se intente la correspondiente demanda en caso de responsabilidad civil o la denuncia penal.

En cuanto a la materia de interdictos, el Juez de Protección debe tomar en cuenta para la ejecución las disposiciones contenidas en el CPC, dependiendo del tipo de interdicto que sea, de los cuales conocerá cuando la perturbación ocurra sobre un bien propiedad de un niño, niña o adolescentes. Si es posesorio deberá tomar en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 700 al 711 del CPC (ob. cit.). Si es prohibitivo (de obra nueva o vieja) deberá regirse por los artículos 712 al 719 del CPC (ob. cit.).

Las materias de tutela y curatela, son de jurisdicción voluntaria. Nada hay que ejecutar una vez decididas.

En resumen, en cuanto a la ejecución en materia civil destaca la excepción al principio general que la ejecución procede solo a solicitud de parte en los casos de sentencias de rectificación de partida cuya ejecución es inmediata. También en lo referente a las sentencias declarativas de estado el legislador venezolano adoptó un sistema en el que se reconocen efectos absolutos a la autoridad de cosa juzgada de las sentencias recaídas en juicios de estado, pero consagra en el artículo 507 CC una excepción al principio de la relatividad de la cosa juzgada contenido en el art. 1395 ordinal 3 del CC, al conceder un año a los terceros interesados para ejercer el recurso de impugnación o revisión de la sentencia definitivamente firme.

Ejecución de los Asuntos en Materia de Instituciones Familiares

En esta materia se destaca que el artículo 518 (LOPNNA, ob. cit.), concede a los acuerdos de obligación de manutención y al régimen de convivencia familiar, liquidación y partición de la comunidad conyugal, efectos de sentencia firme ejecutoriada, con lo que evita la instauración de un juicio para demandar el cumplimiento; lo que implica que frente al incumplimiento de alguno de ellos, el Juez puede decretar su ejecución primero voluntaria y después forzosa.

Esta ejecución trae como consecuencia la exigencia de cumplimiento de determinada prestación, y no por ello debe omitirse el decreto de ejecución y sustituirlo por un procedimiento nuevo. El hecho de que el legislador no haya incluido la palabra cumplimiento en el artículo 384 (LOPNNA, ob. cit.), dentro de los supuestos que se tramitarán por el procedimiento ordinario; y de que más adelante en la misma norma, establezca que las sentencias dictadas en los procedimientos relativos a obligación de manutención, “se ejecutarán conforme a las normas de ejecución de sentencias contempladas en el ordenamiento jurídico”, no deja lugar a dudas que en caso de incumplimiento “procede la ejecución directamente y no la instauración de un nuevo procedimiento para lograr el mismo”.

La ejecución de la obligación de manutención estaba regulada en el literal C, del artículo 521 de la LOPNA (ob. cit.), de la siguiente manera:

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 conveniente, 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.

Este artículo era el que se aplicaba para la ejecución de la sentencia, por cuanto la LOPNNA (ob. cit.) establecía en su artículo 512 las medidas provisionales que podía dictar el Juez al admitir la solicitud:

...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.

Con ello el legislador, siguiendo el criterio del CPC, delimitaba la oportunidad en que se dictaban las medidas preventivas y las ejecutivas, siendo las primeras las que podía dictar el Juez al admitir la demandas y siendo las segundas las que dictaría para garantizar el cumplimiento de la sentencia. Esto también se puede deducir por el lugar donde se encontraban ambas normas: el artículo 512 se encontraba al principio del capítulo que regulaba el procedimiento especial de alimentos y guarda, mientras que el artículo 521 se encontraba casi de último, y después de la norma que regulaba el lapso para dictar la sentencia en estos procedimientos (art. 520). Además, el encabezado del artículo 521 (LOPNA, ob. cit.) decía: “El Juez para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria”, ese cumplimiento era el de la sentencia que fijó dicha obligación.

Se observa en el precitado artículo 521, que el legislador mezcló medidas preventivas con ejecutivas en una misma norma que, en principio, por lo señalado

anteriormente, debía referirse sólo a las medidas ejecutivas. En efecto señala en el literal b “dictar las medidas cautelares que considere convenientes sobre el patrimonio del obligado...”. Luego en el literal “c” autoriza a “adoptar las medidas preventivas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio”. Y al final de este mismo literal “c”, “También puede dictar las medidas ejecutivas aprobadas para garantizar el pago de las cantidades adeudadas para la fecha de la decisión”.

Se evidencie que en una misma norma el legislador se refirió a medidas cautelares, medidas preventivas y medidas ejecutivas. Tal vez por eso, a los fines de evitar esa mezcla o confusión de las medidas, utilizó en el artículo 384 LOPNNA (ob. cit.) el sistema de remisiones en materia ejecutiva y al respecto se aprecia que en la reforma evidenció manifiesto interés en ampliar las medidas preventivas, incluso corrigiendo el error que, que a criterio de la investigadora, cometió en el artículo 512 al limitar el decreto de las mismas al momento de la admisión de la demanda, cuando las medidas preventivas se pueden solicitar en cualquier estado y grado del proceso (art 466 LOPNNA).

Asimismo, especificó incluso las medidas preventivas que se pueden dictar de acuerdo a la naturaleza de la pretensión, dividiendo el mismo artículo 466 en dos largos párrafos, y subdividiéndolo en los artículos 466-A, 466-B, en cuanto a esto se refiere, y en materia del procedimiento para sustanciar las mismas en los artículos

466-C, 466-D y 466-E, de lo que se desprende el gran interés del legislador en regular la materia de las medidas preventivas.

Por tanto, se considera que ese mismo interés debió manifestarse en cuanto a las medidas ejecutivas, por cuanto si las preventivas son importantes para garantizar los resultados de un procedimiento, igual o más importancia tienen las medidas ejecutivas dictadas en el mismo para garantizar el cumplimiento de la misma sentencia que garantiza el derecho reclamado en la pretensión. Por eso, dada la falta de regulación en cuanto a materia de medidas ejecutivas por el sistema de remisiones que eligió el legislador, nada impide aplicar las mismas medidas preventivas pero en etapa ejecutiva, como más adelante se expone.

Conviene señalar aquí la posición de la jurisprudencia, del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, sentencia de fecha siete (07) de agosto de 2008, Exp: N°. AA20-C-2008-000134, respecto a la oportunidad en la que se pueden dictar ambos tipos de medidas. Señala:

Por consiguiente, en fase de ejecución con el proceso concluido por sentencia definitivamente firme o por cualquier acto equivalente, los tribunales no pueden ni deben dictar medidas preventivas, es decir, que en fase de ejecución se dictan sólo medidas ejecutivas, previstas en el artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, las cuales están dirigidas a dar cumplimiento de lo sentenciado. Respecto a las medidas decretadas en la etapa de ejecución de sentencia, esta Sala en sentencia N° 0345, de fecha 25 de noviembre de 1997, caso Junta de Condominio Edificio la Pirámide, expediente N° 97-0116, estableció lo siguiente: "...Ante esta situación, la Sala considera pertinente aclarar y precisar que en la

oportunidad de ejecutar una sentencia, los Tribunales de Primera y Segunda Instancia no pueden decretar medidas preventivas de las consagradas en el artículo 588 del Código de procedimiento Civil y en el párrafo Primero (innominadas), porque se genera una subversión del procedimiento previsto para la etapa de ejecución, y por otra parte, se quebranta el derecho de defensa de la parte contra quien va dirigida...”. ...omissis... Sin embargo, no ocurrió así, pues, en el presente caso, se decretó una medida de prohibición de enajenar y gravar, la cual, sólo puede ser dictada en la etapa de cognición del juicio, a diferencia de las mediadas ejecutivas que son las únicas que pueden ser decretadas en la etapa de ejecución de sentencia. ...omissis... Por lo que, el juez de alzada ha debido reponer la causa al estado de que el a quo ordenara la ejecución forzada solicitada por la parte demandante en fecha 28 de enero de 2004, a los fines de que se decretaran las medidas ejecutivas, y al no hacerlo se generó una subversión de las formas sustanciales del procedimiento previsto para la etapa de ejecución, ya que en esta oportunidad no se pueden decretar medidas preventivas, cuya inobservancia, deja en evidencia que se infringieron los artículos 208, 527 y 588 del Código de Procedimiento Civil, el primero, por no ordenar el proceso y reponer la causa al estado en que el tribunal de primera Instancia decretara la ejecución forzosa del convenio homologado; el segundo, por no cumplir con el proceso legalmente establecido para la ejecución de la sentencia en vista del convenio homologado y, el tercero, por haberse dictado una medida preventiva que sólo puede decretarse en la etapa de cognición del juicio y no en la etapa de ejecución de sentencia. Así se establece. En atención a las consideraciones antes realizadas y de los criterios jurisprudenciales ut supra transcritos, se evidencia que en el presente caso hubo subversión del proceso con infracción de los artículos 208, 527 y 588 del Código de Procedimiento Civil, quebrantando con ello las formas sustanciales de los actos que menoscabaron el derecho de defensa, por lo tanto, la Sala se ve obligada a casar de oficio la sentencia recurrida, tal como se establecerá de manera expresa, positiva y precisa en el dispositivo de la presente decisión. Así se decide.

De lo antes señalado, y en atención al criterio jurisprudencial transcrito, se aprecia una limitante al poder cautelar del Juez, como es la ejecución de la sentencia definitivamente firme, en virtud de la cual se agota la facultad preventiva del Juzgador, para dar paso a una tutela ejecutoria, como fin último del proceso.

Hay que acotar que en la materia general de ejecución de sentencias en las que rige el CPC, esta distinción de la oportunidad procesal en que se deben dictar las medidas preventivas y las ejecutivas, pudiese tener el sentido que le da la sentencia anteriormente citada; pero en sede de la LOPNNA, como Ley garantista que es, se considera que tal distinción, no opera y por tanto la rigidez que establece el criterio jurisprudencial antes señalado, no se aplica de acuerdo a los principios que rigen el procedimiento ordinario en esta sede especial.

La LOPNNA (ob. cit.), en su artículo 384 establece:

Con excepción de la conciliación, todo lo relativo a la fijación, ofrecimiento para la fijación y revisión del monto de la obligación de manutención debe ser decidido por vía judicial, siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo VI del título IV de esta Ley. Las sentencias de estos procedimientos se ejecutan conforme a las normas de ejecución de sentencia contempladas en el ordenamiento jurídico.

Sobre esta norma se observa que esta remisión en materia de ejecución de sentencia dictada en alguno de los asuntos encuadrados dentro de las instituciones familiares, pareciera muy amplia, ya que se refiere a “todas las normas del ordenamiento jurídico”, pero de acuerdo al artículo 452 (LOPNNA, ob. cit.), que estipula la aplicación de normas supletorias, se debe entender que las normas preferentemente aplicables del ordenamiento jurídico son las contenidas en la LOPT, en el CPC y CC; en cuanto no se opongan a las contenidas en la LOPNNA, es decir antes de pasar a aplicar otras normas del ordenamiento jurídico, debe el Juez buscar la

aplicación de estas tres leyes y si no consigue la solución en ellas podrá buscarla en las demás leyes.

Esto por el sistema genérico de remisiones antes expuesto, que le permite al Juez aplicar cualquier otra norma que regule la ejecución de las sentencias contenida en otra Ley, dado que la remisión que hace el artículo 387 se refiere a todas las normas del ordenamiento jurídico, disponiendo el Juez en sede LOPNNA de amplias posibilidades al ejecutar sus decisiones, siempre y cuando las mismas no colidan con dicha Ley y especialmente con los principios contenidos en el artículo 450 LOPNNA (2007).

En la materia de obligación de manutención, que es la que produce el mayor número de causas en los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; cuando la parte beneficiada por la sentencia (madre, responsable o tutor del niño, niña o adolescente) solicita la ejecución, el juez o jueza deberá decretar la ejecución voluntaria fijando un lapso al demandado para el cumplimiento de manera voluntaria de la sentencia, aplicando preferiblemente la LOPT, por cuanto fija un lapso menor que el del CPC, que debería ser dentro de los tres días hábiles siguientes a la solicitud, sin previa notificación (art. 180, LOPT, ob. cit.).

A diferencia de la materia laboral, en la que dictada la sentencia, el patrono deberá cumplir con la misma una vez quede definitivamente firme, en materia de

manutención, al ser dictada la sentencia, puede ser que el padre la cumpla inmediatamente, pero transcurridos unos meses deja de cumplir o puede ser que la madre a pesar de su incumplimiento no comparezca al Tribunal a solicitar la ejecución sino dentro de meses o quizás años. En principio, el momento de la ejecución no se determina tan fácil en materia de manutención como en materia laboral.

Esto trae como consecuencia que muchos Jueces ordenen de manera previa la notificación del demandado para que corra el lapso otorgado al cumplimiento voluntario, e incluso fijan una audiencia especial entre las partes, con el objeto de lograr la conciliación en cuanto al pago de la deuda y evitar una ejecución forzosa. Es comprensible que el espíritu del legislador es que los padres solucionen sus conflictos de manera conciliatoria en beneficio de sus hijos, y también que en estos asuntos a diferencia de otras materias muchas veces prevalecen sentimientos encontrados entre las partes que pudiesen originar una solicitud de ejecución alegando un incumplimiento que tal vez no existe o que existiendo sea por un monto menor del indicado, lo que se origina muchas veces por la falta de comunicación entre los padres en el ejercicio de la responsabilidad de crianza.

Igualmente, que los Jueces de Ejecución tienen asignada una gran cantidad de trabajo, aunado a que no cuentan con los auxiliares de justicia necesarios para la práctica de una ejecución forzosa, lo que hace dificultoso su traslado para ejecutar

forzosamente una sentencia. No obstante lo anterior, se considera que siendo la ejecución el medio más eficaz e idóneo para garantizar la tutela judicial efectiva, la misma no debería de prolongarse más de lo dispuesto en la Ley y que una vez vencido el lapso de tres días hábiles siguientes a la solicitud de ejecución para el cumplimiento voluntario, debería decretarse la ejecución forzosa, y ordenarse las medidas ejecutivas pertinentes, ya que la tutela judicial efectiva y el principio del interés superior del niño deberían prevalecer en esta etapa del proceso. En todo caso, el ejecutado podrá de conformidad con lo establecido en el artículo 532 del CPC (ob. cit.), solicitar la suspensión, en caso de alegar y comprobar idónea y oportunamente el cumplimiento.

Respecto a las medidas ejecutivas que puede dictar el juez de la causa para garantizar el cumplimiento de la sentencia, tratándose de deudas por cantidades de dinero, en principio, se aprecia que de acuerdo al sistema de remisiones elegido por el legislador especial, se debería aplicar la norma general establecida en el artículo 527 del CPC (ob. cit.), y que el juez debería ordenar el embargo de bienes propiedad del deudor, que no excedan del doble de la cantidad por la cual se sigue la ejecución, que estará determinada por la pretensión de la parte actora ejecutante que alegue el atraso de determinadas mensualidades fijadas en la sentencia.

La LOPNNA (ob. cit.) contiene disposiciones especiales que deben ser aplicadas con preferencia. Así se tiene que el artículo 466-B, que establece las

medidas preventivas en caso de obligación de manutención, perfectamente se puede aplicar en la etapa de ejecución de la sentencia definitiva, porque si las mismas tienen por finalidad garantizar los resultados de un juicio, más aún se pueden dictar para garantizar el cumplimiento de la sentencia definitiva definitivamente firme y ejecutoriada que fija el monto de la obligación de manutención, dictada en ese juicio.

En consecuencia podrá dictar las siguientes medidas ejecutivas:

- a) Ordenar al deudor o deudora de sueldos, salarios, pensiones, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos propiedad de la parte demandada que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona que se indique.
Esta medida es la que más comúnmente se solicita cuando el padre u obligado alimentario tiene una relación de dependencia laboral. En estos casos se requiere al Juez que oficie al ente empleador para que retenga la cantidad ordenada en la sentencia más una cantidad proporcional para el pago de la deuda, con la finalidad de garantizar el cumplimiento y evitar que aumente la deuda.
- b) Dictar las medidas ejecutivas que considere convenientes, sobre el patrimonio del obligado u obligada, someterlo a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas.
Este caso se presentaría cuando el ejecutado es propietario de bienes muebles o inmuebles, que pueden producir alguna ganancia, sobre los cuales el Juez puede designar un administrador ad-hoc, para que parte o toda esa ganancia dependiendo del monto de lo ordenado a pagar mensualmente por manutención o de la deuda, sea destinado al pago de la misma.
- c) Adoptar las medidas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado u obligada, por una suma equivalente a seis cuotas de manutención prefijadas adelantadas o más, a criterio del Juez o Jueza.

Esta medida la puede dictar el Juez sobre cualquier bien del ejecutado, ya que el legislador alude al patrimonio, definido según la Enciclopedia Jurídica Opus (2000, 106): “Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes. Conjunto de

derechos y obligaciones que constituyen una universalidad jurídica, susceptibles de valoración pecuniaria”. Hay una tendencia a decir que el patrimonio es un conjunto de bienes, cuando en realidad no lo es sino de derechos y de obligaciones. Por supuesto, derechos y obligaciones siempre deben recaer sobre algo, sea como normalmente sucede, sobre un bien de naturaleza física, o sobre bienes inmateriales, los cuales también son considerados bienes por la utilidad que pueden prestar. Pero los elementos constituyentes del patrimonio son los derechos y las obligaciones de contenido patrimonial, no los bienes en sí mismos. Se debe igualmente agregar, que esos derechos y obligaciones como constituyentes del patrimonio, deben tener un valor de cambio o un valor de uso susceptible de ser expresado en dinero.

Por ejemplo, el órgano judicial puede decretar medida ejecutiva de embargo sobre alguna cantidad depositada en una cuenta bancaria del ejecutado, o sobre las prestaciones sociales del mismo. Conviene destacar que en el literal c de artículo 521 de la LOPNA (ob. cit.), la suma establecida para el decreto de la medida preventiva era de hasta treinta y seis mensualidades adelantadas o más, la cual el legislador redujo drásticamente a seis o más.

- d) Decretar medida de prohibición de salida del país, siempre que no exista otro medio de asegurar el cumplimiento de la obligación de manutención. En todo caso esta medida se suspenderá, cuando la afectada o afectado presente caución o fianza que, a criterio del juez o jueza, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación.

Esta medida se pudiese dictar en el supuesto de que un padre u obligado alimentario, que pretenda evadir su obligación, saliendo del país, sin garantizar el cumplimiento de la sentencia, en el caso de encontrarse en etapa de ejecución. Y con ella más que lograr el efectivo cumplimiento de la misma, se logra ejercer presión en el ejecutado para garantizar el cumplimiento.

El artículo 382 de la LOPNNA, el Juez puede:

El juez o jueza puede autorizar, a solicitud del obligado u obligada, oída la opinión del Ministerio Público y siempre que resulte manifiestamente favorable al interés superior del niño, niña y adolescente, que el cumplimiento de la obligación se haga efectivo a través de otros medios, tales como:

- a) Constitución de usufructo sobre un bien del obligado u obligada, el cual debe encontrarse libre de toda deuda y gravamen y totalmente saneado. En su condición de usufructuario o usufructuaria el niño, niña o adolescente no queda sujeto a las obligaciones previstas por la ley para tales casos.

Esta disposición permite que se garantice el cumplimiento de la manutención, bien sea durante el proceso o en etapa de ejecución, en el supuesto que el padre u obligado se vea impedido de cumplir con el pago de la cantidad mensual establecida, pero disponga de algún bien de su propiedad, sobre el cual el tribunal pueda constituir usufructo a favor del hijo, recibiendo la madre o representante legal la cantidad que la ejecución del usufructo produzca. Por ejemplo: Si el padre es propietario de un bien inmueble el cual no utiliza, puede alquilarlo y el producto de ese alquiler será destinado al pago de lo ordenado en la sentencia.

Esta figura está definida en la Enciclopedia Jurídica Opus (ob. cit., 345), como el: “Derecho a disfrutar bienes ajenos con la obligación de conservarlos, salvo que la Ley autorice otra cosa. Utilidades, frutos o provecho que se sacan de cualquier cosa”. La Ley define al usufructo como, “el derecho real de usar y gozar temporalmente de las cosas cuya propiedad pertenece a otro, de la misma manera que los haría el propietario”. (CC., ob. cit., art.583).

- b) Designación del niño, niña o adolescente como beneficiario o beneficiaria de los intereses que produzca un determinado capital, o las utilidades, rentas o beneficios que produzcan acciones, participaciones y cualquier título valor.

Esta norma igualmente permite al Juez garantizar el cumplimiento de lo ordenado, designando al o los hijos del ejecutado como beneficiarios de un determinado capital propiedad del padre. Por ejemplo, que éste posea una cuenta o fideicomiso que genere intereses mensuales, parte de los mismos pueden ser afectados por el Juez, para cubrir la mensualidad ordenada.

Se observa que la norma postula que sea a solicitud del obligado, quedando esta disposición sujeta a que el padre u obligado la solicite. La gran dificultad que se tiene en la práctica para poder aplicar estas medidas ejecutivas alternativas, como se han llamado, es que en la mayoría de los casos la madre o representante legal del niño, niña o adolescente beneficiario de la manutención, desconocen los bienes que pudiese tener el obligado alimentario.

En esta etapa de ejecución también es muy importante que el Juez tenga en cuenta que a tenor de lo establecido en el artículo 379 LOPNNA (ob. cit.), las cantidades que deban cancelarse por concepto de obligación de manutención a un niño, niña o adolescente son créditos privilegiados y gozarán de preferencia sobre los demás créditos privilegiados establecidos por otras leyes.

Es importante notar la responsabilidad solidaria que establece el artículo 380, ejusdem, sobre: “el patrono, los administradores o directivos de las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración, depósito o custodia de bienes pertenecientes al obligado u obligada de manutención”, quienes serán solidariamente responsables con éste por dejar de retener las cantidades que les señale el Juez o por ocultar información relacionada con el verdadero monto de los sueldos, salarios y demás remuneraciones del obligado alimentario, capitales, rentas, intereses o cualquier beneficio que le pertenezca a éste.

Bienes sobre los que puede Recaer la Medida Ejecutiva de Embargo

En principio, sobre todos los bienes que integren el patrimonio del obligado alimentario. Tratándose en este punto de ejecución de sentencias de cantidades líquidas ordenadas en la sentencia que estableció el monto de la obligación de manutención, es pertinente señalar las limitaciones que tendrá el Juez al momento de ejecutarla.

Al respecto, establece el artículo 442 del CPC (ob. cit.):

Liquidadas que hayan sido las cantidades que no lo estuvieron en la sentencia, se procederá al embargo de bienes como en el caso de deuda de sumas líquidas de dinero. El embargo sólo puede decretarse: 1.- Sobre bienes que hayan sido indicados por el ejecutante o su contraparte como pertenecientes a ésta; 2.- Sobre bienes respecto de los cuales no conste en autos que no le pertenecen al ejecutado; 3.- Sobre derechos y acciones que no sean de aquellos que no pueden enajenarse o cederse y 4.- Sobre bienes que no sean de los que, según lo establecido en el artículo 1929 del código Civil, están libres de ejecución.

Con relación al primer punto, se destaca que debe ser la parte actora ejecutante la que indique al Juez sobre qué bienes recaerá el embargo. En materia LOPNNA, a diferencia de materia civil, en el que las partes han participado en negocios jurídicos que les permiten conocer con mayor veracidad el patrimonio de su contraparte, este requisito muchas veces se hace dificultoso para las madres que desconocen los bienes propiedad del obligado alimentario, porque en la mayoría de los casos han perdido contacto con él y desconocen muchas veces hasta su domicilio y más aún sus propiedades. Se aprecia que a medida que vayan avanzando los sistemas de registro y control de bienes de las personas, esta limitación se irá superando.

Sobre el punto dos hay que resaltar como aspecto favorable que con la simple indicación de los bienes el Tribunal podrá decretar la medida, no pudiendo excusarse para ello en que no le consta que no sean propiedad del obligado alimentario en este caso. Ya que de ser así, la parte afectada puede proceder a intervenir y oponerse a la ejecución.

Respecto al tercer numeral de la norma, se destaca que al momento de practicar la ejecución, el Tribunal debe tomar en cuenta los principios generales en materia de ejecución consagrados en el CC (ob. cit.) en los artículos 1.863, “el obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber”; y 1.864, “los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual, si no hay causas legítimas de preferencia”; y que no son bienes embargables únicamente las cosas materiales sino también los derechos y acciones que se tengan sobre las cosas muebles e inmuebles, así sean éstos del mismo derechohabiente, de terceros o de otras personas relacionadas con él por vínculos de parentesco, contractuales o legales (Borjas, ob. cit., 320).

Pero, sobre los derechos personalísimos inherentes a la persona humana no puede recaer ninguna medida y quedan fuera de la esfera de los bienes, que pueden ser afectados por la responsabilidad civil de su propietario porque se estaría violando normas de orden público. Indica Borjas (ob. cit., 321), que tales son: La patria potestad, la autoridad marital, los derechos de tutela o curatela, los de cobrar alimentos y recibir educación, el usufructo legal, el uso y la habitación, las servidumbres prediales, los derechos de una sucesión futura, la clientela profesional, el derecho de querer publicar o no los manuscritos que se tengan de obras propias, literarias o científicas, y cualesquiera otros análogos a éstos.

El particular cuarto se refiere a los bienes que no pueden ser objeto de ejecución por razones de humanidad, porque en caso de ser ejecutados, el deudor alimentario en este caso quedaría sin su derecho a trabajar y peor aún imposibilitado de pagar la deuda. Además, como señala Borjas (ob. cit., 321), ello causaría injusto perjuicio a sus más allegados familiares, convirtiéndolos en víctimas responsables por la insolvencia de aquel. Por tal motivo:

No se podría, sin dureza inmisericorde, privar al ejecutado, a su mujer y a sus hijos de sus lechos respectivos y de la ropa de su uso. Tampoco se les podría desposeer, así como a los demás que vivan en su compañía, de los muebles y enseres que estrictamente necesiten, según su condición y las especiales circunstancias en que se hallen, porque se trata de cosas casi siempre de ínfimo precio, que de poco le servirían al acreedor y le son grandemente necesarias a la familia del deudor. El derecho natural de todo hombre a la vida y al trabajo, que es fuente de subsistencia, se violaría despiadadamente si, para el pago de sus deudas, se le quitasen al ejecutado sus libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión, oficio o arte, e íntegramente el sueldo de que gozare. Sólo sobre el tercio de éstos puede trabarse ejecución.

Sobre lo referido por el autor antes citado, se observa que la *ratio legis* es más procesal que social. Es cierto que a nadie se puede privar de su derecho al trabajo, pero también lo es que el cumplimiento de la obligación de manutención es un deber prioritario y fundamental que tienen los padres, para garantizar a su hijos el derecho a un nivel de vida adecuado, el cual muchas veces, algunos padres de manera irresponsable violan, al no apartar de sus ingresos la cantidad mensual acordada para el cumplimiento de la manutención.

En la práctica se aprecia como, por ejemplo, un padre que trabaja como taxista y no cumple con la manutención, no se le puede embargar el carro, porque es su único medio de sustento, pero ese padre no cumple con su deber de manutención a su hijo, afectándolo en su desarrollo y en la satisfacción de sus necesidades básicas. Ante esta conducta de esos padres irresponsables, que afectan uno de los derechos fundamentales de sus hijos, debería permitirse el embargo como medida de presión; con ello se lograría de manera más efectiva en estos casos, el cumplimiento de tan sagrado deber.

Aparte de las precitadas medidas ejecutivas que puede dictar el Juez, la LOPNNA (ob. cit.) consagra una serie de disposiciones cuya finalidad es precisamente sancionar la conducta irresponsable de los padres, pero se considera que no logran garantizar de manera efectiva el cumplimiento de la obligación, aunque también pueden servir como medida de presión.

Entre tales normas, consagradas por el legislador para sancionar penal y civilmente de acuerdo a la naturaleza de la infracción, las violaciones o amenazas a la protección debida que todos deben proferir a los niños, niñas y adolescentes, se encuentra el artículo 223 de la LOPNNA (ob. cit.), que establece: “ El obligado u obligada que incumpla injustificadamente con la obligación de manutención, será sancionado o sancionada con multa de quince unidades tributarias (15 U.T) a noventa unidades tributarias (90 U.T)”.

Esta sanción se debe aplicar sólo en aquellos casos en que se demuestre, idónea y oportunamente, que el padre tiene recursos para cumplir con la obligación de manutención y no lo hizo puesto que el legislador señala que el incumplimiento debe ser injustificado. En muchos casos los padres no disponen de un patrimonio que pueda ser objeto de embargo en caso de incumplimiento de la sentencia que ordena el pago de la obligación de manutención y mucho menos para pagar la multa contenida en este artículo, por lo que resultaría inoficioso intentar un procedimiento con el objeto de sancionarlo por tal incumplimiento, cuando la sentencia va a quedar inejecutable por carencia, en ese momento, de patrimonio sobre el cual dictar la ejecución forzosa de la misma.

También establece la LOPNNA (ob. cit.) otra norma que, si bien no garantiza de manera directa el cumplimiento de la sentencia de manutención, sirve de presión para tal fin. Es el caso del artículo 389, que limita el régimen de convivencia familiar al padre o la madre que le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación de manutención, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a que tenga recursos económicos. Hay que destacar que en esta norma dicha limitación sería procedente sólo en aquellos casos que se compruebe, idónea y oportunamente, que el obligado alimentario dispone de recursos para cumplir y voluntariamente no lo haga.

Otra norma de interés es la contenida en el artículo 368 de la LOPNNA (ob. cit.), que establece las personas obligadas de manera subsidiaria cuando el padre o la madre han fallecido, no tienen medios económicos o están impedidos para cumplir la obligación de manutención. En estos supuestos, la Ley por su carácter de garantista, establece que la obligación recaerá en “los hermanos o hermanas mayores del respectivo niño, niña o adolescente: los ascendientes, por orden de proximidad; y los parientes colaterales hasta el tercer grado”. La obligación puede recaer, asimismo, sobre “la persona que represente al niño, niña o adolescente, a falta del padre y de la madre (tutor o tutora) o sobre la persona a la cual le fue otorgada la responsabilidad de crianza”, a través de la medida de protección consistente en colocación familiar del niño en el hogar de dicha persona.

Esta medida puede solicitarse en los casos que un padre no posee recursos para cumplir con la obligación de manutención, y aunque parezca injusto para los otros familiares, simplemente con esta norma se garantiza el deber de la familia consagrado en el artículo 5 de la LOPNNA (ob. cit.): “... las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”. Por ello qué mejor forma de garantizar el cumplimiento de este deber ante la falta del padre o la carencia de recursos, consagrando que los otros familiares garanticen todos los derechos que conforman la obligación de manutención a su familiar que los necesita. En estos

casos, comprobada idónea y oportunamente, la falta o carencia de recursos del obligado alimentario se puede demandar subsidiariamente.

En las instituciones familiares, se aprecia que en cuanto a las decisiones relativas a régimen de convivencia familiar, la Ley, a los fines de su ejecución, ordena sanciones que permiten el cumplimiento efectivo de la sentencia. Antes de la reforma, el artículo 389 (LOPNA, ob. cit.), sólo preveía una sanción consistente en la no concesión del régimen de visitas pero por incumplimiento de la obligación de manutención y no propiamente por el incumplimiento del régimen de visitas.

En la actualidad, se observa que el primer aparte del artículo 389 LOPNNA (ob. cit.) establece, a diferencia del derogado, una limitación por tiempo determinado al régimen de convivencia, cuando se dé el mismo supuesto de incumplimiento de la obligación de manutención. Lo limita por tiempo que debe ser fijado por el Juez o Jueza de Protección, más no lo elimina como hacía la norma modificada, que hablaba de la “no concesión del régimen”, hasta la rehabilitación judicial del progenitor que estuviese incumpliendo.

Aunado a lo anterior, se aprecia que en la reforma sí se contempla una sanción propiamente por el incumplimiento del régimen de convivencia, consistente en la privación de la custodia al padre o madre que obstaculice el contacto con el otro. En el artículo 389-A LOPNNA (ob. cit.), establece que “el padre o la madre que detentan

la custodia y que obstaculice el contacto directo del niño, niña o adolescente con su otro progenitor, será privado de la custodia”. Mientras que el artículo 390 LOPNNA (ob. cit.), se mantiene igual que en la LOPNA (ob. cit.), contemplando una sanción pecuniaria para aquel progenitor que no detente la custodia y retenga indebidamente al hijo, quien debe responder por los daños y perjuicios que su conducta haya podido ocasionar al hijo, reintegrando todos los gastos que se hayan hecho para hacer efectiva la restitución.

Como se observa, la Ley, dada esta materia especialísima, dispone de medios no convencionales para hacer efectiva las sentencias que ordenen o acuerden regímenes de convivencia familiar, entendiendo que es un derecho fundamental de los hijos compartir con ambos padres.

Con respecto a la adopción, los artículos 432 y 433 de la LOPNA (ob. cit.), regulaban la inscripción del decreto de adopción y la invalidación de la partida original, respectivamente. Los mismos fueron ampliados en la LOPNNA del 2007 en los artículos 504 y 505, disposiciones éstas con las que se hace efectiva la ejecución de la sentencia que acuerda la adopción.

El artículo 504 LOPNNA (ob. cit.), establece que el Juez, una vez decretada la adopción, debe enviar una copia certificada del correspondiente decreto al Registro Civil de la residencia habitual del adoptado o adoptada, con el objeto de que el

Registrador proceda a levantar una nueva partida de nacimiento en los libros correspondientes. En esta norma se observa cómo el legislador impone al Juez el deber de remitir de oficio al Registrador una copia certificada de la sentencia que decretó la adopción, y es este otro de los casos en el que el Juez en esta materia ejecuta de oficio su sentencia.

Además, el Registrador deberá emitir la nueva partida de nacimiento sin hacer mención alguna al procedimiento de adopción, ni de ningún otro dato que afecte la confidencialidad de la adopción. Muy importante hacer notar que al final de este artículo se establece que el decreto de adopción surte efectos desde la fecha en que queda firme, despejando cualquier duda sobre la firmeza de la sentencia que la decreta, e indicando que no es oponible a terceros sino una vez efectuada su inscripción en el Registro Civil.

De allí el deber que le impuso el legislador a los Jueces de remitir de oficio el decreto, el cual es de vital importancia para que el mismo surta efectos *erga omnes*. Ratifica en el artículo 507 (LOPNNA, ob. cit.) el legislador esta importancia de la inscripción del decreto, por cuanto en dicha norma establece que los funcionarios o funcionarias del Registro Civil deberán informar, de inmediato, sin dilación alguna, al juez o jueza respectiva, de la inscripción de los decretos de adopción o de su nulidad.

Respecto a las sentencias que decretan la nulidad de la adopción, el artículo 510 LOPNNA (ob. cit.), establece que producen efectos desde la fecha del decreto de adopción, y no pueden ser opuestas a terceros sino después de realizada la inscripción exigida en el artículo 509 de esta Ley, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros antes de la mencionada inscripción, en virtud de convenciones hechas de buena fe con el o la adoptante que ha actuado como representante legal o como asistente del adoptado o adoptada. Con esta norma se ratifica el deber de inscribir inmediatamente los decretos de nulidad de adopción, ya que los mismos sólo serán oponibles a terceros después de inscritos. Igualmente se protegen los derechos de los terceros que hubiesen podido contratar con el representante legal del adoptado antes de la inscripción del decreto de nulidad, siempre que lo hayan hecho de buena fe.

El artículo 482 (LOPNNA, ob. cit.), trae una innovación interesante que puede considerarse que aplica en la etapa de ejecución, referente a que el Juez puede extraer conclusiones en relación a la conducta que asuman las partes en el proceso, lo que se denomina en la Ley “indicios por conducta procesal”, especialmente cuando esa conducta se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas de obstrucción, siendo que estas últimas perfectamente se pueden presentar en esta etapa del procedimiento.

Conviene destacar que es tan alta la importancia que da el legislador a las materias reguladas por esta Ley especial, que consagra al final del artículo 485

LOPNNA (ob. cit.), que constituye causal de destitución el hecho de que el juez o jueza no decida la causa dentro de la oportunidad establecida en esta Ley, norma con la que pretende el legislador evitar el retardo judicial, y que el trámite y sentencia de estos procedimientos se haga dentro de los lapsos legales sin dilaciones indebidas. La misma sanción se aplica al Juez Superior que no decida la causa dentro de la oportunidad legal (art. 488-D, LOPNNA, ob. cit.).

En síntesis, se observa como en materia de ejecución de los asuntos enmarcados dentro de las instituciones familiares, la LOPNNA a pesar de utilizar el sistema de remisiones, se utiliza predominantemente en las sentencias condenatorias de la obligación de manutención, también contempla una serie de disposiciones que si bien no establecen el cumplimiento directamente de la sentencia sirven como medida de presión para lograr el mismo. Así se tiene que el artículo 223 (multa por incumplimiento de la obligación de manutención), artículo 389 (limitación al régimen de convivencia familiar), artículo 389-A (privación de la custodia al progenitor que no cumpla u obstaculice la convivencia con el no custodio). También destaca el análisis realizado respecto a las medidas preventivas en materia de obligación de manutención, que también pueden ser dictadas en etapa de ejecución, dado el sistema de remisión que escogió el legislador en el que no señaló de manera taxativa o enunciativa las medidas ejecutivas que se podían dictar, lo que sí hizo en cuanto a las medidas preventivas concluyéndose que nada impide que esas medidas sean también dictadas en etapa de ejecución.

Ejecución de los Asuntos en Materia de Protección

En esta materia se deben distinguir tres supuestos. El primero, relacionado con la actuación de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el procedimiento administrativo que deben abrir ante la amenaza o violación de los derechos individuales de los niños, para dictar la correspondiente medida de protección.

El artículo 304 de la LOPPNA (ob. cit.), remite a la LOPA (ob. cit.), en todo lo que no está regulado en ella. Esta Ley Orgánica regula en sus artículos 79 y 80 la ejecución de los actos administrativos. Estas normas deben ser de aplicación preferente en los procedimientos administrativos tramitados por los Consejeros de Protección cuando se incumple su decisión.

Con la finalidad de desjudicializar gran parte de los problemas que presentan los niños, niñas y adolescentes, el legislador creó la figura de las medidas de protección, para garantizar precisamente la protección expedita a sus derechos, cuando se amenacen o violen. Siguiendo a Suárez (2008, 138-139), se observa que las medidas de protección son actos administrativos, que son producto de un procedimiento administrativo de carácter especial, en el que no intervienen los Jueces sino funcionarios de carrera denominados Consejeros de Protección (excepto la

colocación familiar o en entidad de atención y la adopción, que son tramitadas y decididas por los Jueces de Protección).

Esta naturaleza de actos administrativos les atribuye una serie de beneficios o prerrogativas que les permiten ser producidas y aplicadas bajo los criterios que imperan en la Administración Pública (presunciones de legalidad, legitimidad y ejecutoriedad) y no en un Tribunal, como por ejemplo, que estén revestidas de presunción de validez, lo que impide que un particular por su propia decisión pueda desacatarla o impedir su cumplimiento o ejecución. Indica Suárez (ob. cit.) que:

Esta presunción de validez, por su parte, hace que las medidas de protección tengan efectos jurídicos por sí mismas, de manera inmediata y directa desde que son notificadas (ejecutividad), sin necesidad de ser homologadas por un juez y permite que en caso de no ser cumplidas voluntariamente por el destinatario, puedan ser ejecutadas forzosamente, aún utilizando la fuerza pública (ejecutoriedad).

Esto refiere que respecto a la ejecución administrativa directa de las medidas de protección que en la antigua LOPNA (ob. cit.), si bien se preveía la ejecución administrativa directa y forzosa de las medidas de protección, como actos administrativos que son, tenía algunos aspectos que hacía dudar de la procedencia de tal ejecución a los operadores de la Ley. Ello por prever la misma Ley la posibilidad de desacato que el autor denomina legal para acudir a los jueces de protección y con ello supuestamente evitar la ejecución administrativa de la medida, iniciándose un

juicio completo y no sólo de ejecución, que paradójicamente convivía con el desacato que denomina ilegal o penal establecido en el artículo 270.

Explica muy acertadamente el autor citado anteriormente, que la antigua LOPNA permitía activar el mecanismo judicial previsto en el artículo 177, entre otras razones, por desacato de las medidas de protección, por particulares o entidades públicas o privadas (Parágrafo Tercero), con lo cual se podía iniciar el proceso judicial establecido en los artículos 318 y siguientes. Con ello indica que se olvidaban de los principios fundamentales que revisten a los actos administrativos por el solo hecho de serlos, como son los de ejecutividad y ejecutoriedad, contemplados en los artículos 8, 79 y 80 de la LOPA, los cuales son de aplicación supletoria según la remisión que hacía el artículo 304 de la LOPNA.

Sobre la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos indica Brewer Carias (1997), que:

Precisamente, es esta excepción que existe en el mundo de las relaciones entre sujetos de derecho, la que se convierte en la regla respecto de la Administración Pública. Sus actos administrativos tienen siempre el privilegio de considerarse, per se, como ejecutivos, de manera que la Administración Pública no tiene que acudir a la vía judicial para obtener una declaración de certeza de su derecho mediante un proceso de cognición. El acto administrativo, por si mismo, es ejecutivo, goza de ejecutividad, lo que deriva del principio ya mencionado de la presunción de legitimidad, legalidad y veracidad que tiene.

... la Administración Pública no está obligada en todos los casos a acudir a la autoridad judicial para ejecutar sus actos administrativos, pues muchos de ellos gozan de ejecutoriedad, es decir, de la posibilidad de ser

ejecutados por la propia Administración, con sus propios medios, incluso en forma forzosa. Es el llamado privilegio de ejecución de oficio de los actos administrativos que, al contrario de la ejecutividad, no es común a todos los actos administrativos pues procede en todo caso, salvo “que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (art.79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que se exige, por ejemplo, en los supuestos en el cual se impone a un particular una obligación de dar o de pagar sumas de dinero (multas o liquidación de impuestos). (p. 41).

Suárez (ob cit) agrega que la LOPNA no preveía un simple proceso de ejecución judicial en estos casos sino un juicio completo del asunto controvertido, y que no podía considerarse que la medida, poniendo en riesgo el interés superior del niño o adolescente, quedase en suspenso mientras se dictaba la sentencia definitiva, aun cuando pudiera haber una medida judicial cautelar preventiva (art. 322), lo cual también era contrario a lo establecido en el artículo 85 de la LOPA por cuanto el mismo estipula que la interposición de los recursos no suspende los efectos del acto. Por ello considera que lo más sano y acorde con los más elementales principios administrativos y tomando en cuenta el interés superior del niño y del adolescente, era que, independientemente de que el caso pudiera pasar al ámbito judicial, la medida de protección pudiera ser ejecutada directamente por el Consejo de Protección, visto que la LOPNA realmente no había dispuesto lo contrario para evitar esa ejecución administrativa directa como pudo haberlo hecho y que es principio general en la LOPA.

Señala Suárez (ob. cit.), que afortunadamente en la nueva LOPNNA este problema se resolvió porque el artículo 177, Parágrafo Tercero, eliminó como posibilidad para activar el proceso judicial previsto en el artículo 318 y siguientes el desacato “legal”, aunque se mantiene lógicamente el desacato como delito en el artículo 270, lo que, junto con los principios de ejecutividad y ejecutoriedad establecidos en la LOPA, aplicables supletoriamente por la LOPNA, ofrece un panorama claro e indudable de la procedencia de la ejecución administrativa directa de las medidas de protección, que es el deber ser de las medidas como medio para garantizar la protección y la tutela constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Destaca muy acertadamente Suárez (ob. cit.), que el nuevo literal C del artículo 160 de la LOPNNA (ob. cit.), establece que los Consejos de Protección “deberán ejecutar sus medidas de protección”, mientras que en la LOPNA de 1998 el mismo artículo disponía que podrían: “promover la ejecución de sus decisiones”; al indicar “deberán ejecutar” les está dando el carácter imperativo de la ejecución, mientras que al indicar “promover”, parecía que no podían ellos mismos ejecutar sus decisiones. Agregando el artículo 160 que a los fines de lograr la ejecución de la medida “podrán hacer uso de la fuerza pública”, lo que no se indicaba expresamente en la antigua LOPNA.

Suárez (ob. cit.), hace referencia a que el artículo 160, en su literal F, dispuso que los Consejos de Protección deberán “interponer las acciones dirigidas a establecer las sanciones por desacato de sus medidas de protección y decisiones, ante el órgano judicial competente”, lo que a criterio del autor, es una reforma importante respecto a lo que decía el antiguo literal C del mismo artículo, que en el mismo supuesto de incumplimiento indicaba que los Consejos debían “interponer las acciones correspondientes ante el órgano judicial competente en caso de incumplimiento de sus decisiones”, ya que con esto se dejaba abierta la posibilidad de incumplimiento por parte de la persona a la que se le impuso la medida, debiendo los consejeros de protección intentar una acción judicial ante dicho incumplimiento. Esto desnaturalizaba el carácter de acto administrativo de las medidas.

El actual artículo 160 LOPNNA (ob. cit.), deja claro que ante el incumplimiento el Consejero debe hacer cumplir su medida si es necesario hasta solicitando el apoyo de la fuerza pública y aunado a lo anterior procede la sanción penal por desacato, la cual debe ser denunciada por el mismo Consejo de Protección a quien le incumplieron la medida ante el Fiscal competente. Resalta Suárez (ob. cit., 142), que:

Quedó un error de la antigua redacción de la LOPNA en el artículo 303, que mantiene el desacato como posibilidad “legal” diciendo que cabe acción judicial conforme al procedimiento previsto en el Capítulo XII del Título III, cuando realmente este procedimiento especial ya no existe sino que este último capítulo a su vez remite al Capítulo IV del Título IV, todo contradictoriamente conviviendo junto con el desacato como delito en el

artículo 270, lo que, sin embargo, consideramos que en un análisis en su contexto del articulado de este tema y hechos en la nueva LOPNA los mencionados ajustes, este error literal no debería cambiar la conclusión antes explicada.

Se comparte el criterio del autor, ya que pareciera un error del legislador el haber mantenido el desacato como posibilidad legal de incumplimiento de una medida cuando hasta eliminó el procedimiento por el cual anteriormente se tramitaba. Esto evidencia que pudiera ser una omisión en la reforma al no haber eliminado esa posibilidad en el referido artículo 303, el cual debe desaplicarse por lo anteriormente expuesto.

Conviene aquí citar el criterio jurisprudencial que ratifica lo anteriormente expuesto plasmado en la sentencia de la Sala Constitucional N° 2308 del 14-12-06, expediente 05-1360, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, caso Guardianes Vigimán S.R.L, en el que la Sala ratifico el criterio referente a que los actos administrativos tienen que ser ejecutados forzosamente por el órgano emisor, al respecto señaló lo siguiente

En efecto, esta Sala ha decidido (sentencias Nro 2122/2001 y 2569/2001; casos: “Regalos Coccinele C.A” que el acto administrativo tiene que ser ejecutado forzosamente por el órgano emisor, esto es, a través de sus funcionarios o valiéndose de la colaboración de los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, si lo considerara necesario, por tratarse de la ejecución de un acto administrativo de desalojo, cuya posibilidad de ejecución forzosa por parte de la Administración es posible, ayudándose de ser necesario, con funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado. Ese criterio se extendió también, recientemente, a los actos de la Administración relacionados con aspectos laborales (actos de Inspectorías

de Trabajo, por ejemplo, como en el caso de autos), pues según la Sala, *“las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que la dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche”*. Para la Sala, *“constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto puede y debe el mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”* (sentencia Nro 3569/2005; caso: “Saudi Rodriguez Pérez”).

En ese mismo fallo, citado por la parte solicitante de la revisión en su escrito de *“alcance y complemento”*, la Sala sostuvo que: *por estar dotado de ejecutoridad el acto administrativo (...) no requiere de homologación alguna por parte del juez y la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad”*. Así agregó a pesar de que se produjo *“un evidente desacato a la Providencia Administrativa, dictada por la Inspectoría del Trabajo, que ordenó el reenganche y el pago de salarios caídos de los trabajadores, los órganos jurisdiccionales no son los encargados de intervenir en la actuación de los órganos de la Administración Pública; excepto que una Ley así lo ordene”*.

... Para la Sala, precisamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ordena lo contrario, puesto que el artículo 79 dispone que: *“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”*. En consecuencia, consideró la Sala en ese fallo Nro 3569/2005, que el acto administrativo debió ser ejecutado por la Administración Pública *“y de esta manera dar cumplimiento a la Providencia Administrativa”*, declarando expresamente modificado el criterio sentado en sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: “Ricardo Baroni Uzcátegui”), *“respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo”*.

De la jurisprudencia citada se observa que en el caso de los Consejos de Protección estos deben practicar todas las diligencias o acciones tendentes a lograr la ejecución de las medidas que hayan dictado, y en los casos que sea necesario están legitimados para solicitar el apoyo de las fuerzas públicas. En la práctica se aprecia con preocupación que los Consejeros no hacen valer este principio del derecho

administrativo y muchas veces no logran ejecutar efectivamente las medidas que dictan. Como órgano administrativo que dicta actos administrativos los cuales gozan de ejecutividad y ejecutoriedad no deberían presentarse problemas en su ejecución, máxime aún cuando la finalidad de estas medidas es proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo estos funcionarios ser muy rigurosos en la ejecución de las mismas.

Tanta es la importancia que otorgó el legislador al cumplimiento de estas medidas que como se señaló anteriormente, el artículo 270 de la LOPNNA (ob. cit.), establece sanción penal por el desacato a la autoridad, y están dentro de las Autoridades a que hace referencia la norma los Consejos de Protección. En efecto estipula:

Quien impida, entorpezca o incumpla la acción de la autoridad judicial, del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o del o la Fiscal del Ministerio Público, en ejercicio de las funciones previstas en esta Ley, será penado con prisión de seis meses a dos años.

Al respecto, se observa que teniendo los Consejeros de Protección amplias facultades otorgadas por la Ley para lograr el cumplimiento efectivo de sus medidas, como cualquier otro órgano administrativo, la LOPNNA también sanciona penalmente el desacato o incumplimiento de sus medidas.

El segundo supuesto se refiere al control jurisdiccional de actuaciones administrativas. Los Jueces de Protección tienen funciones en esta materia de Juez Superior en lo Contencioso Administrativo; cualquier decisión que dicte un Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (órganos administrativos adscritos a las respectivas Alcaldías del país, que protegen los derechos de los niños y adolescentes individualmente considerados), o Consejo Municipal de Derechos (órganos administrativos que funcionan a nivel municipal conformado por un Presidente, cuatro representantes del respectivo Alcalde o Alcaldesa y tres representantes de los Consejos Comunales, que protegen los derechos colectivos y difusos de los niños y adolescentes), podrá ser revisada sin necesidad que el particular afectado deba obligatoriamente ejercer recurso de reconsideración y esperar a que se lo nieguen o no emitan pronunciamiento, para que se abra la vía para la acción judicial contra esas decisiones. Es decir no debe necesariamente agotar la vía administrativa para poder acceder a la revisión judicial de esas decisiones. Lo anterior es ratificado por la Sala Constitucional en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2004, expediente Nro: 04-2401, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán:

Tiene claro esta Sala que el agotamiento de los recursos administrativos no es un requisito de admisibilidad del amparo constitucional, pues el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales sólo se refiere a vías judiciales; es más, en la actualidad, de acuerdo con el artículo 19, párrafo sexto, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que es ley especial en materia de procedimientos de nulidad de actos administrativos generales y particulares, no es necesario agotar dichos recursos administrativos antes

de acudir al órgano contencioso-administrativo, ya que entre los requisitos de admisibilidad del recurso contencioso no se incluye dicho agotamiento – que sólo se mantiene como regla general para el caso del antejuicio administrativo previo a las demandas contra la República-, por lo que éste solo podrá ser exigido cuando una ley especial así lo exija.

Sin embargo, también es evidente para la Sala que cuando un particular o un funcionario afectado por una actuación de la Administración decide agotar los recursos administrativos que están previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, antes de acudir a la jurisdicción contencioso – administrativa a través de un recurso de nulidad o a la jurisdicción constitucional a través del amparo, es porque está convencido de que con estos medios de impugnación podrá, en sede administrativa, corregir la situación que afecta su esfera jurídica de derechos e intereses; por ello, en tales casos, el particular o funcionario deberá agotar todos los recursos administrativos antes de acudir a la sede judicial, pues ya activó la estructura administrativa dispuesta a la resolución de las impugnaciones que sean planteadas en sede administrativa.

De no tener ese convencimiento, el particular o funcionario puede acudir en forma directa al órgano judicial competente, sin agotar la vía administrativa – salvo que una ley especial lo exija en forma expresa, caso en el cual podría hacer valer la excepción prevista en el único aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mediante el ejercicio del recurso o acción contencioso-administrativa que estime más ajustado a la tutela requerida, pues la escogencia del medio de control jurídico a activar para lograr la protección es un derecho del afectado por la actuación administrativa.”

Suárez (ob. cit., 143) en lo que respecta al control contencioso administrativo,

señala que:

Según la Constitución, la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la jurisdicción contencioso-administrativa está dirigida a establecer si las actuaciones u omisiones de la Administración Pública están apegadas a la legalidad, además de establecer su responsabilidad patrimonial, y de acuerdo con ello revisa si los actos administrativos o las faltas de actuación fueron realizadas de acuerdo con las normas aplicables y la procedencia de reclamaciones económicas contra aquélla.

Según este autor, cuando actúa o no un órgano de la Administración Pública, sea dictando un acto administrativo o dejando de hacerlo, de acuerdo a la competencia que legalmente tenga atribuida, el Juez que debe revisar su actuación es alguno de la jurisdicción contencioso-administrativa y no un juez de la jurisdicción ordinaria, aunque la materia del fondo sea competencia del mismo. Ello es así por cuanto el Juez Contencioso no conoce del asunto como si fuera una apelación porque no es una segunda instancia; simplemente lo que debe revisar el Juez Contencioso es si el acto o la omisión impugnados están realizados de acuerdo con el Derecho, si fueron realizados cumpliendo los requisitos de validez y eficacia establecidos en la ley. Y por ello indica Suárez (ob. cit., 144), que:

Cuando se ha producido la desjudicialización de unas atribuciones a favor de órganos administrativos, de manera que deje de ser materia competencia de los jueces ordinarios, el acto o la omisión derivada de esta desjudicialización no puede ser conocido en sus observaciones por un juez ordinario como si fuese una instancia de apelación de la Administración Pública, sino que ello sólo debe ser revisado respecto a su conformación y forma de producción por la jurisdicción contencioso-administrativa, no como instancia de apelación, insistimos, sino como una jurisdicción autónoma a la vía administrativa, que va a realizar otro tipo de control y no hacer de nuevo el rol que la ley le había asignado a la Administración Pública, en todo caso únicamente con el fin de determinar si objetiva y jurídicamente ésta lo hizo bien o por el contrario tal actuación merece ser anulada o la omisión subsanada.

Es por esto que Suárez (ob. cit., 145), considera que, si se produjo la desjudicialización de varios de los aspectos de la protección de los niños y adolescentes y, como consecuencia de ello, se pueden producir en vez de sentencias

actos administrativos, como son las medidas de protección, su control jurisdiccional si es solicitado en lo que respecta a sus requisitos jurídicos:

No tenía que asignarse a los jueces de protección sino a los jueces contencioso-administrativos. Si esos casos ya habían sido objeto de una decisión u omisión administrativa, no hacía falta que tales asuntos pudieran ser conocidos en su fondo nuevamente por un tribunal ordinario, aunque fuesen especiales, como son los de protección de niños y adolescentes. En estos, solamente procedía establecer control jurisdiccional contencioso administrativo. Así las cosas, la actuación de los jueces de protección solamente debió establecerse en los casos en los que no hubiere actuación administrativa previa, es decir, donde la protección del niño, niña y adolescente no se hubiese desjudicializado.

La autora de este estudio no comparte este criterio del autor antes citado por cuanto la corriente actual es que prevalezca el juez especializado como juez natural y no el juez contencioso administrativo, tal y como se observa del criterio plasmado en la sentencia de la Sala Constitucional Nro 311 del 18/03/2011, caso: Grecia Carolina Ramos vs Instituto Universitario Politécnico, en el que abandona el criterio sustentado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, al indicar:

... la Sala ha abandonado el criterio anterior y ha determinado que, con independencia de la oportunidad en que hubiere sido incoada una demanda de cualquier naturaleza que tenga por objeto, como la de autos, el incumplimiento de una providencia administrativa dictada por una Inspectoría del Trabajo, la competencia corresponde a los tribunales laborales.

En la sentencia Nro 955 del 23/09/10, caso: Bernardo Jesus Santeliz y otros Vs Central La Pastora C.A. la sala Constitucional ratifica la indicación del juez laboral

como Juez Natural “... que es el especializado en proteger la persona de los trabajadores”. Declara así que las causas deberán ser decididas por el juez laboral:

... con independencia de los criterios atinentes a la competencia que se haya podido sostener con anterioridad y, por tanto, de la fecha de la interposición de las demandas, de modo que esta circunstancia fáctica, que le es ajena, no les impida el acceso al juez que está más calificado para la cabal composición de la controversia”.

Incluso, señala que en materia de amparos se “... exige la mayor celeridad posible, celeridad que el juez más especializado está en mayor capacidad de ofrecer”. No obstante, en consideración a los principios de estabilidad de los procesos, economía y celeridad procesal, exceptúa de remitir al juez natural las causas en que “... la competencia haya sido asumida o regulada de conformidad con la perpetuo fori”

Esta corriente actual cobra mayor importancia en materia de protección al niño, niña y adolescente, por cuanto es el Juez de Protección especializado en la materia quien estará mejor capacitado para revisar las medidas de protección, lo que le permitirá dictar la decisión de manera más expedita y eficiente en garantía de los derechos que se pretenden proteger con la medida.

Realizadas las anteriores consideraciones, se analizan las normas que se creen de importancia en la ejecución de las medidas de protección cuando han sido revisadas por el Juez de Protección.

Así se tiene que en lo referente a los asuntos de carácter administrativo en materia de protección que regula la Ley, el artículo 329 de la LOPNA (ob. cit.), establecía que la Sala de Juicio “ordenará el efectivo cumplimiento de la sentencia dictada y si se tratare de medidas de protección, delegará su ejecución en el Consejo de Protección competente. En todo caso el juez dictará las providencias de ejecución que fueren necesarias”. Mientras que el artículo 325 de la LOPNNA (ob. cit.), dispone:

En las sentencias que decidan con lugar las acciones referidas a los asuntos previstos en los parágrafos Tercero y Quinto del artículo 177 de esta Ley, se ordenará que sus mandamientos sean acatados por todas las personas y las autoridades públicas, bajo pena de incurrir en desacato a la autoridad, indicando el delito y la sanción aplicable. Cuando la acción se ejerciere contra un acto o conducta omisiva, o falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.

Como se observa en la reforma se garantizó de manera más contundente el principio relativo a que los jueces ejecutaran sus propias sentencias, pero por la naturaleza de este tipo de decisiones en los casos que lo amerite permite la delegación de la ejecución en los órganos del sistema de protección.

En este punto la LOPNNA (ob. cit.), regula la ejecución en otros dos artículos a saber: En el último aparte del artículo 326, que establece: “ En estos casos, el juez o jueza podrá ordenar su ejecución al Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o al Consejo de Protección de Niños, Niñas y adolescentes, según el caso”. Como se observa, los artículos 325 y 326 regulan las disposiciones procesales preferentes en materia contencioso-administrativa y de protección. Mientras que el artículo 327, ejusdem, deja claro que la desestimación de la acción judicial de

protección no afecta la responsabilidad civil, administrativa, disciplinaria o penal en la que pudiese haber incurrido el demandado o demandada.

Al respecto señala Suárez (ob. cit., 149-150) que:

Afortunadamente, dentro de lo mal diseñada que está la jurisdicción contencioso-administrativa en la LOPNNA, el artículo 326 de la nueva ley establece, como decía la anterior en el artículo 324, que la sentencia que se produzca en esto que llama la ley “procedimientos contencioso administrativos especiales” podrá “confirmar, revocar o modificar la medida impuesta por el Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, así como dictar la medida o decisión que corresponda en caso de abstención”, con lo cual no desaparece totalmente la consideración del acto administrativo original. Agrega este último artículo que en estos casos “el juez o jueza podrá ordenar su ejecución al Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o al Consejo de Protección, según el caso”, lo que no decía la Ley anterior.

Muy relacionado con la ejecución de estos asuntos está el deber impuesto por el legislador a los Jueces de Protección de notificar al Ministerio Público si del resultado del juicio se evidencian hechos que puedan constituir causales de privación o extinción de la patria potestad, tutela o responsabilidad de crianza (art. 328, LOPNNA, ob. cit.). Igualmente, si evidencia hechos que puedan constituir sanciones administrativas o disciplinarias, el Juez o Jueza remitirá copia certificada de su decisión a la autoridad competente, a fin de que resuelva sobre la procedencia o no de la medida administrativa o disciplinaria.

También, si el juez evidencia hechos que puedan constituir infracciones a la protección debida o sanciones penales deberá remitir copia certificada de su decisión al Ministerio Público (art. 329, LOPNNA, ob. cit.). En definitiva, y no menos importante, debe destacarse que el Juez de conformidad con lo establecido en el artículo 322 LOPNNA (ob. cit.), puede dictar medidas preventivas de carácter inmediato para garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad personal o a la educación de los niños, niñas y adolescentes.

El tercer supuesto que abarca esta materia es el de la acción de protección regulada en el artículo 276 de la LOPNNA (ob. cit.) que la define como un recurso judicial que se ejerce contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de niños, niñas y adolescentes. Cuando la amenaza o violación es producida por un órgano o institución pública, se pueden encontrar varias situaciones que implican una condena a un Estado o Municipio. Por ejemplo, en el caso que en el Municipio no se haya conformado el Consejo de Protección o no se hayan creado los programas para la atención debida, lo que implica una violación a los derechos colectivos y difusos de los niños, niñas y adolescentes que habitan en el mismo, podría intentarse la acción de protección para el restablecimiento del derecho que tienen los niños y adolescentes a contar con programas de atención en su Municipio.

En el referido ejemplo, la sentencia condenatoria podría ordenar al Municipio la asignación de los recursos para la creación y ejecución de los programas con el fin que cese la violación. En esos casos para la efectividad de la ejecución forzosa de la sentencia, se debe tener en cuenta que, en el Capítulo XII de la LOPNNA (ob. cit.), contenido de las Disposiciones procesales preferentes en materia Contencioso Administrativa y de Protección, se observa que las prerrogativas de la Administración Pública no existen. Así se tiene que el artículo 319 establece: “Los asuntos previstos en los Parágrafos Tercero y Quinto del artículo 177 de esta Ley son de eminente orden público, en consecuencia, una vez iniciado el proceso el juez o jueza debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión”.

Asimismo, el artículo 320 ejusdem consagra una disposición fundamental en el presente análisis:

En los asuntos previstos en el Parágrafo Quinto del artículo 177 de esta Ley, todo tiempo será hábil y el tribunal dará preferencia al trámite de los mismos sobre cualquier otro asunto. En estos procedimientos no se observarán los privilegios o prerrogativas procesales de la República contemplados en leyes especiales.

De acuerdo a esta disposición, cuando se intenta una acción de protección, el Juez en el momento de ejecutar su sentencia, si la misma recayó contra algún órgano de la Administración Pública, no se encuentra limitado por los privilegios o prerrogativas procesales otorgados en otras leyes especiales a la República.

Lo anterior tiene su razón de ser en que la finalidad de la acción de protección es hacer cesar la amenaza o violación de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, persiguiendo el legislador que lo anterior ocurra en el menor tiempo posible, a los fines de garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Constitución vigente y en la LOPNNA. Siendo que dichas prerrogativas prolongarían en demasía la ejecución de la sentencias en estos casos.

El legislador, en el referido artículo 320 indica que no se observarán tales prerrogativas, pero tampoco indica cómo deberá actuar el Juez para ejecutar sus sentencias en estos casos, en consideración a que, como se señaló antes, utilizó el sistema de remisiones (art. 452, LOPNNA). Debió especificarlo para que el Juez de Protección, en su ejecución, no afecte la prestación de algún servicio o no incurra precisamente en la afectación de los derechos que ha querido proteger el legislador al establecer dichas prerrogativas, especialmente, porque el artículo 8 de la LOPNNA (ob. cit.), indica que para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

...c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.

No obstante, lo señalado en el párrafo segundo del artículo citado anteriormente, que indica: “En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y

Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. En tales casos, esta prevalecencia debe ser determinada con mucha cautela por parte del Juez de Protección a los fines de no afectar otros intereses del colectivo en general.

Es pertinente señalar algunos antecedentes de desaplicación de las prerrogativas o privilegios procesales de la República. Al respecto Pérez (ob. cit., 332), dedica un capítulo de su trabajo a la necesaria reinterpretación de los privilegios procesales, que va muy acorde con lo dispuesto en el referido artículo 320 de la LOPNNA (ob. cit.), en cuanto a la desaplicación de las prerrogativa procesales de la República en estos asuntos, indicando que de conformidad con el artículo 2 de la CRBV (ob. cit.):

El Estado Social de Derecho y de Justicia se manifiesta entre otras cosas en el mandato dirigido a todo juez, a hacer prevalecer el fondo sobre las formas y la justicia sobre las formalidades no esenciales. Indica que esta exigencia constitucional impone a cualquier particular o autoridad interpretar la totalidad del ordenamiento jurídico, en conformidad con la Constitución, incluso aunque ello suponga darle a la norma un sentido distinto del sentido literal o evidente de las normas; que se traduce en una obligación ex officio a todos los Jueces de desaplicar inter partes cualquier norma que su aplicación contraría normas o principios constitucionales.

Indica el autor antes citado que, ante la difícil posición en la que se encuentra el justiciable que le corresponde sostener un proceso contra la Administración, han surgido una serie de criterios jurisprudenciales que brindan un equilibrio procesal. Y

aunque el autor se refiere a la sede laboral donde la administración es el patrono, se considera pertinente analizarlas porque de ellas se observa como la jurisprudencia va acogiendo, aunque sea de manera excepcional, el criterio acogido por el legislador, a tenor del artículo 320 LOPNNA (ob. cit.), máximo aun cuando el justiciable en este caso son los niños, niñas y adolescentes a los que se les ha violado o amenazado algunos de los derechos consagrados en la CRBV (ob. cit.) y en la LOPNNA (ob. cit.), los cuales son de eminente orden público a tenor de lo establecido en el artículo 319 ejusdem.

Uno de los criterios referidos es el que plasmó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2361, de fecha 03 de Octubre del 2002, Expediente N° 02-0025 (Caso Municipio Iribarren), en la que desaplicó las prerrogativas cuando la actuación fraudulenta de la Administración-Patrona es la que afecta el derecho a la tutela judicial efectiva y no la prerrogativa en sí misma. En tal sentido, la Sala señaló lo siguiente:

La persistencia en el incumplimiento de la condena derivada del pronunciamiento judicial implica un abuso de derecho de parte del Municipio pues habiendo quedado obligado a honrar la prestación debida por expresa orden judicial, lo cual constituye una norma imperativa concretizada, el ente público se ha valido de sus prerrogativas de poder, pues conociendo que los bienes de la Nación, y por remisión legislativa expresa, de los Municipios, no están sujetos a embargos, secuestros o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva, por encontrarse sometidos a un régimen especial (Art. 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal), elude tanto el cumplimiento voluntario como el derivado de la potestad coactiva de los Tribunales, del mandato contenido en el pronunciamiento judicial. Vale decir, el Municipio no viola

abiertamente la ley, pero sí comete un abuso de derecho al valerse de las ventajas de su régimen de derecho público para presentar resistencia al cumplimiento de normas de orden público.

Siendo que el abuso de derecho no puede ser tolerado porque evade el cumplimiento de normas obligatorias o de orden público dentro del ordenamiento jurídico, el sujeto activo en lo que toca a la conducta abusiva no puede, verificada la ilicitud de su conducta, valerse de las prerrogativas y privilegios que le pueda conceder la ley, pues una conducta reprochable, no adecuada a la buena fe, no puede generar la protección al sistema legal.

No significa esto que la vigencia de tales prerrogativas dependa de la conducta de su beneficiario pues las mismas se encuentran previstas en la ley; solo que, dado el supuesto de una conducta violatoria de la ley por la misma persona que tiene el beneficio o la prerrogativa, el Juez tiene la potestad excepcional de desaplicar, para el caso concreto, la prerrogativa o el beneficio, vista la gravedad del abuso cometido, y en tutela del derecho de defensa de la víctima de la conducta.

En este orden de ideas destaca también, la sentencia N° 2935, expediente 01-2403 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de Noviembre del 2002 (caso INSALUD-APURE):

El Juez para hacer efectivo el cumplimiento de lo fallado, debe recurrir al sistema con el mismo orden de prelación- dispuesto en el texto normativo- que la ley pone a su disposición para hacer ejecutar la cosa juzgada por parte de la República, y de no resultar efectivos tales mecanismos, en última instancia, y en aras de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia, puede acudir a la ejecución forzosa del fallo a través del procedimiento ordinario, siempre y cuando la medida no recaiga sobre bienes cuya naturaleza y particularidades impidan la continuación de un servicio público, o estén afectados al interés general o se trate de bienes de dominio público.

En el caso de los Jueces de Protección deberán aplicar, de conformidad con el sistema de remisión contenido en el artículo 452 de la LOPNNA (ob. cit.), las normas

de ejecución contenidas en la LOPT, CC y CPC, tomando la previsión de no afectar bienes destinados a un servicio público o de dominio público.

Cabe destacar que en esta materia de protección, específicamente la acción de protección, los artículos 282 y 283 de la LOPNNA (ob. cit.), se mantienen igual que en la LOPNA de 1998. Estos regulan la ejecución de las decisiones que acuerden la protección, destacando los amplios poderes que tiene el Juez para ello, facultándolo para tomar las medidas que sean necesarias (artículo 282), y establecen la responsabilidad civil de los particulares y representantes de órganos o instituciones públicas o privadas por los gastos que sea necesario hacer para garantizar la protección, dejando a salvo la responsabilidad penal por desacato y la administrativa a que haya lugar (artículo 283).

En esta materia conviene señalar que es tan alta la importancia que concede el legislador a estos asuntos, que ratifica en el artículo 330 LOPNNA (ob. cit.), como causal de destitución el hecho de que el Juez o Jueza no cumpla con los términos y lapsos en los procedimientos referidos a los asuntos previstos en el Parágrafo Quinto del artículo 177 de la Ley, norma con la que, como se señaló anteriormente, el legislador pretendió garantizar que estos asuntos sean tramitados y decididos en el tiempo establecido en la Ley, evitando el retardo judicial, dado lo delicado de la materia.

En síntesis en la ejecución de los asuntos de protección se distinguen 3 supuestos: 1) Procedimientos administrativos que inician los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para dictar las medidas de protección. En estos casos el artículo 304 de la LOPNNA remite a la LOPA, y esta última regula la ejecución de los actos administrativos en los artículos 79 y 80. 2) Control Jurisdiccional de Actuaciones Administrativas, al respecto se consideró que con la reforma de la ley se ratificaron los poderes del Juez en materia de ejecución de las medidas de protección cuya revisión se ha solicitado y 3) Acción de Protección destaca que en su ejecución no se aplican las prerrogativas procesales de la República de conformidad con lo establecido en el art. 340 de la LOPNNA.

Ejecución de los Asuntos en Materia Patrimonial y del Trabajo

En materia patrimonial, se destaca que dentro de estos asuntos el Juez de Protección puede también conocer materia mercantil. En asuntos patrimoniales, los casos más comunes se refieren a las autorizaciones formuladas por los padres o representantes legales para retirar parcial o totalmente alguna cantidad propiedad de sus hijos o representados que se encuentra a disposición del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o para disponer de bienes de sus hijos o representados.

En estos casos, siempre el solicitante deberá fundamentar su petición señalando el motivo de la venta o retiro de dinero, en qué será invertido el producto de la misma

o el dinero solicitado comprobando, idónea y oportunamente, que siempre será en beneficio del interés del niño, niña o adolescentes. Por ejemplo, en caso de que alegue que su petición es para solventar problemas de salud de su hijo, deberá consignar el correspondiente informe médico, que deberá ser ratificado por el especialista, de conformidad con el artículo 431 del CPC (ob. cit.). En caso de que la solicitud se formule para solventar gastos educativos, deberá consignar la constancia de estudio y los recaudos que demuestren la insolvencia en el pago por parte de la correspondiente Unidad Educativa.

Cuando se aduzca que es para comprar computadoras, ropa o cualquier otra cosa que amerite el hijo, deberán consignar el correspondiente presupuesto. En caso de que sea para una compraventa inmobiliaria, deberá consignar avalúo que demuestre que el precio de la misma es ajustado al valor del inmueble en el mercado a la fecha de la solicitud y la prueba que evidencie que la inversión del dinero en otra negociación que aumente o mejore los intereses económicos del hijo o representado. Debe probarse que la solicitud es siempre en interés superior del niño o adolescente propietario.

El Tribunal de Protección, una vez introducida la solicitud, admitirá la misma y fijará oportunidad para oír la opinión del niño, niña o adolescentes, en caso que tenga edad para emitirla respecto a la solicitud formulada por los padres o representantes. Igualmente, fijará oportunidad para oír la opinión de los padres y de los compradores,

en caso de compraventa. También notificará al Fiscal del Ministerio Público con competencia en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para que emita su opinión, aunque no es de carácter vinculante. Luego de que consten en autos las referidas opiniones, el Juez, con vista de los recaudos consignados, procederá a dictar sentencia autorizando o no la compraventa o retiro de la cantidad de dinero.

En estos casos, la misma sentencia tendrá el efecto de las sentencias mero-declarativas, porque la misma declaración satisface la pretensión del solicitante y la tutela judicial efectiva, y no amerita, en principio, ningún otro acto para su ejecución. Se dice que en principio porque pudiese ser que en la sentencia se condicionara la autorización al cumplimiento de alguna diligencia o acción previa por parte del solicitante.

En materia de asuntos del trabajo, las normas bases en cuanto a materia de ejecución se encuentran en los artículos 180 al 186 de la LOPT (ob. cit.). Se puede agregar ahora respecto al análisis que se hace de dichas normas, que según se desprende del artículo 180 ejusdem, pareciera que también en materia laboral se encuentra con otra excepción a lo dispuesto en el artículo 524 del CPC (ob. cit.), porque la ejecución comenzará siempre a solicitud de parte, aunque tal indicación no se encuentra expresamente señalada en el precitado artículo 180 de la LOPT (ob. cit.) y los beneficios laborales son de orden público, se considera que el Juez no puede ejecutar la sentencia sin que previamente la parte gananciosa lo solicite, ya que de lo

contrario podría incurrir en un abuso de poder, en caso que el demandado ejecutado ya haya dado extrajudicialmente cumplimiento voluntario a la sentencia y el trabajador no lo haya participado al Tribunal, situación que ocurre con frecuencia.

En el artículo 184 LOPT (ob. cit.), el legislador otorgó amplios poderes al Juez en sede laboral, al igual que en LOPNNA, para disponer de todas las medidas que considere pertinentes, a fin de garantizar la efectiva ejecución del fallo y que la decisión no quede ilusoria. Amplitud de poderes que no otorga expresamente el CPC al Juez en la materia civil.

Conviene destacar algunos aspectos procesales que debe conocer el Juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes cuando se ventila una demanda laboral en su sede. Se aprecia que el artículo 185 LOPT (ob. cit.), que regula el pago de los intereses de mora sobre las cantidades demandadas, estas serán calculadas a la tasa de mercado vigente establecida por el Banco Central de Venezuela, para los intereses sobre prestaciones sociales y correrán desde la fecha del decreto de ejecución, hasta la materialización de esta con el pago efectivo de lo acordado en la sentencia; mientras que el artículo 108 de la derogada LOT establecía que los intereses derivados de la prestación de antigüedad estaban exentos de Impuesto Sobre la Renta y serían acreditados o depositados mensualmente y pagados al cumplirse un año de servicio, excepto que el trabajador manifestase por escrito su decisión de capitalizarlos.

Hay que acotar, que ninguna de estas dos normas estableció la tasa de interés aplicable a la mora en el pago. Esta omisión ha sido solucionada jurisprudencialmente. Ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que plasmó en la Sentencia número 961 de fecha 16 de octubre de 2003:

Que la falta de procedencia de los intereses moratorios es consecuencia de la falta de pago oportuno de las prestaciones sociales, del retardo o la mora en pagarlos al finalizar la relación laboral, dado el uso por el empleador de un capital perteneciente al trabajador, el cual generará intereses a favor de éste, los que se calcularán a la tasa del tres por ciento anual (3%) , de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1277 y 1746 del Código Civil, si son causados antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tanto que se calcularán a las tasas fijadas por el Banco Central de Venezuela, en conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, si son causados después de la entrada en vigencia de la Carta Magna.

En cuanto a la procedencia y cálculo de la corrección monetaria, señala Torres (2010, 141, 144), que el criterio de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia respecto al cálculo de la corrección monetaria es que éste procede desde la admisión de la demanda y no desde la introducción de la misma, y cita varias decisiones que respaldan lo anterior. Este auto expone que:

Conforme al artículo 185 de la ley adjetiva laboral, la fijación del decreto de ejecución como la oportunidad a partir de la cual se calculara la corrección monetaria –y no desde la admisión de la demanda- tiene su base en que el proceso laboral está concebido para que su duración sea breve. No obstante, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha expresado diversas posturas sobre su alcance.

Agrega Torres (ob. cit., 144), que en la sentencia número 59, del primero de marzo de 2005; Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, donde se ordenó la corrección monetaria más los intereses que resulten de la experticia complementaria del fallo, “desde la fecha de admisión de la demanda y hasta la fecha en la cual serán pagados estos conceptos, conforme a la jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Sala”, y de acuerdo al artículo 185 LOPT, ordenó un nuevo ajuste por inflación en caso que el ejecutado no cumpliera voluntariamente con la misma, es decir, se acuerda la corrección monetaria adicional durante la ejecución forzosa”.

El anterior criterio jurisprudencial, parece garantista de los derechos de los trabajadores, al acordar otra experticia en fase de ejecución, por cuanto en caso de incumplimiento voluntario, además de la experticia para liquidar la cantidad que se va a ejecutar, la Sala Social ordena otra complementaria para solventar la situación de retardo en el cumplimiento efectivo, y la adecuación de los intereses e inflación en el tiempo que dure la ejecución forzosa.

En sede LOPNNA, uno de los supuestos para que pudiera conocer el Juez especial en esta materia, sería por la muerte del trabajador, en que sus herederos menores de edad, devienen procesalmente en los legitimados activos para demandar al patrono. El retardo en el pago es de mayor gravedad en estas situaciones porque no sólo se afectan los derechos del trabajador fallecido sino también los derechos a la manutención y a un nivel de vida adecuado de sus descendientes, quienes tienen que

pasar por dos trances difíciles: el primero, la pérdida de su padre, y el segundo un proceso judicial, en el que indudablemente el retardo en el pago agravaría su situación.

Al respecto, señala Torres (ob. cit., 145), que varios cambios jurisprudenciales se han suscitado en cuanto a la procedencia de la indexación y de los intereses moratorios, cambiando radicalmente el criterio la Sala de Casación Social en sentencia número 1.841, de fecha 11 de noviembre del 2008, en el sentido de que ambos corren desde la finalización de la relación laboral en lo que corresponde a la prestación de antigüedad, independientemente de si las causas fueron tramitadas bajo el régimen procesal derogado o sustanciadas en el vigente, mientras que respecto a los otros conceptos derivados de la relación laboral, la indexación se tomará en cuenta desde la fecha de la citación o de la notificación si se tramitó bajo el régimen procesal vigente. Indica que el fundamento de este cambio:

Se sustenta en el restablecimiento de la lesión que realmente sufre el poder adquisitivo del salario y de las prestaciones sociales del trabajador, no sólo durante la etapa de ejecución forzosa en las demandas iniciadas bajo el nuevo régimen, sino desde la admisión de la demanda, pues al limitar la corrección monetaria a la ejecución forzosa por incumplimiento del fallo, implica una ruptura con los avances obtenidos por vía jurisprudencial, tomando en cuenta que la fase de cognición de la causa podría implicar una demora en el cumplimiento del patrono y sería el trabajador quien recibiría una cantidad inferior a la adeudada a causa de la disminución del poder adquisitivo por efectos de la inflación durante esa fase.

Se comparto plenamente el criterio del autor antes citado y de la jurisprudencia por cuanto constituye una máxima de experiencia que los altos niveles de inflación que se presentan en Venezuela implican una disminución del patrimonio del trabajador respecto a sus beneficios laborales, tal y como muy bien lo expresa la jurisprudencia en la sentencia anteriormente señalada:

Cuando el trabajador, ante el incumplimiento culposo por parte del deudor de la obligación, activa los órganos de administración de justicia, deberá esperar el tiempo que necesariamente requiere la culminación del proceso –pese a que el nuevo proceso laboral destaca frente al anterior por haber acortado significativamente su duración, al inspirarse en principios de brevedad, celeridad y concentración, constituye una actividad dinámica que se desarrolla en el tiempo- para obtener un pronunciamiento judicial. Así la falta de cognición de la causa podría implicar una demora en el cumplimiento del patrono, y, ante la improcedencia de la corrección monetaria durante ese lapso, es el trabajador quien soporta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en razón de la inflación- lo cual constituye una máxima de experiencia conteste con la consolidada jurisprudencia de este máximo Tribunal- porque en definitiva recibe una cantidad inferior a la que se le adeudaba, desde el punto de vista de su poder adquisitivo y no nominal (Torres, ob. cit., 146).

En dicha sentencia, señala Torres (ob. cit., 150), la Sala Social establece importantes parámetros a ser considerados por los Jueces al momento de dictar su sentencia, entre los que destacan:

En primer lugar, y en lo que respecta a los intereses moratorios causados por la falta de pago de la prestación de antigüedad consagrada en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, al ser concebida constitucionalmente como una deuda de valor, se establece que el cómputo de los mismos debe hacerse desde la fecha en que la misma es exigible, vale decir, desde la fecha de finalización de la relación de trabajo.

En segundo lugar, debe asumirse el mismo criterio establecido en el párrafo anterior con respecto a la indexación de la cantidad que por prestación de antigüedad sea adeudada al ex – trabajador.

En tercer lugar, y en lo que respecta al período a indexar de los otros conceptos derivados de la relación laboral, su inicio será la fecha de notificación de la demandada en el nuevo proceso y de citación en el procedimiento derogado, hasta que la sentencia quede definitivamente firme, excluyendo de dicho cálculo los lapsos sobre los cuales la causa se haya paralizado por acuerdo entre las partes, por hechos fortuitos o de fuerza mayor, tales como la implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y por vacaciones judiciales.

Agrega Torres (ob. cit., 152), que:

Este fallo no expresó desde cuando comienzan a correr los intereses moratorios respecto a los otros conceptos derivados de la relación laboral, distintos a la prestación de antigüedad. Por lo que suponemos seguirá aplicándose el criterio según el cual se calcularán desde la finalización del vínculo laboral, tal como lo venía sosteniendo la misma Sala a partir del fallo 0790 del 11 de abril del 2002. De igual modo se infiere que la indexación procederá adicionalmente, en caso de cumplimiento no voluntario de la sentencia, lo que acarrea la corrección monetaria de todos los conceptos derivados de la relación laboral y no sólo de la prestación de antigüedad.

Para continuar, en esta materia se considera pertinente y muy ilustrativo para comprender cómo se materializa la ejecución de los asuntos laborales, citar parte del informe complementario al fallo dictado por la experto contable designada por el Tribunal en un caso laboral Walter Triana contra Empresas Cigarrera Bigott C.A, signado con el Nro KP02-L-2008-2249 en el Tribunal Tercero del Trabajo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, en el que la experto indicó los siguientes parámetros para la realización del informe:

1. Inicio y termino de la relación laboral: 01 de Mayo del 2002 hasta el 31 de Octubre del 2007.
2. Se condenó a la demandada a pagar el máximo de horas extraordinarias conforme a lo establecido en el artículo 207 de la LOT derogada.
3. La base de cálculo para cuantificar lo condenado (horas extras), es el último salario hora mixto devengado por el trabajador en el mes anterior a la terminación de la relación de trabajo, equivalente a su parte fija: A) Bs. 4552,00 hora y su parte variable (comisiones), B) Bs. 3427,00 hora, es decir, Bs. 7980,00 hora.
4. El salario ya especificado deberá multiplicarse por el recargo del 92% establecido en la cláusula 57 de la Convención Colectiva.
5. Incidencia salarial del trabajo extraordinario: Esta condenatoria del pago de horas extraordinarias trae como consecuencia que el Juzgador observara que las mismas conllevan a otras consecuencias jurídicas y que estableció aplicando el artículo 6 de la LOPT (ob. cit.). Así pues, se tiene el derecho al pago de los días de descanso con base en el salario variable, prestación de antigüedad (en sus diversas modalidades y accesorios), las vacaciones y bono vacacional, así como las utilidades, que a pesar de no ser demandadas, resulta evidente que se pagaron al trabajador en forma contraria a la Ley.

6. Salario normal: Como el sobretiempo se generó durante toda la relación de trabajo, de forma regular y permanente, el Juzgador lo declaró parte del salario normal, conforme a la definición que contiene el artículo 133, Parágrafo Segundo de la LOT derogada.

7. Diferencias: En base a lo anterior, se ordena cuantificar con base a su promedio anual de horas extraordinarias, las diferencias por días de descanso y feriados; vacaciones y bono vacacional; utilidades, prestación de antigüedad (en sus diversas modalidades y accesorios).

8. Salario Diario: El monto resultante de las 100 horas anuales del último año, deberá dividirse entre los días hábiles del mismo, tomando en consideración que el trabajador prestaba servicios de lunes a viernes, excluyendo los días de descanso y los días feriados del último convenio colectivo. El resultado será la base de cálculo de los conceptos determinados en el punto anterior.

9. Intereses de mora de las horas extraordinarias condenadas, se cuantificarán desde la fecha de terminación de la relación laboral y con base al promedio de la tasa activa establecida en el artículo 108 de la LOT derogada.

10. Intereses de Mora sobre las diferencias de las prestaciones sociales condenadas, solo se calcularán en fase de ejecución por falta de cumplimiento

voluntario en los términos del artículo 185 de la LOPT (ob. cit.).

11. Ajuste por inflación sobre las horas extraordinarias: Para este concepto, debe realizarse desde la fecha de admisión de la demanda, y debiendo descontarse los días de retardo procesal imputable a la parte actora y la suspensión de la causa por motivo legal o por acuerdo entre las partes, aplicando la Ley de Impuesto Sobre la Renta (2007).

12. Ajuste por inflación sobre las prestaciones sociales: La indexación se calculará en fase de ejecución por falta de cumplimiento voluntario en los términos del artículo 185 de la LOPT (ob. cit.).

En síntesis, en cuanto a la ejecución de los asuntos patrimoniales los mismos se refieren en la mayoría de los casos a solicitudes de autorización de retiro de dinero y venta de bienes muebles o inmuebles, y en estos casos fundamentalmente la parte solicitante debe explicar el motivo de la venta o retiro de dinero el cual debe ser siempre en beneficio del interés del niño, niña o adolescente. En caso de autorizar la venta o retiro la sentencia que dicte el Tribunal tendrá los mismos efectos de las sentencias mero-declarativas, porque la misma declaración satisface la pretensión del solicitante. En cuanto a la ejecución de los asuntos del trabajo, las normas bases están contenidas en los artículos 180 al 186 de la LOPT, destacando que el artículo 184 ejusdem otorgó amplios poderes al Juez en sede laboral al igual que en sede

LOPNNA para disponer de todas las medidas que considere pertinentes, a fin de garantizar la efectiva ejecución del fallo. También es importante resaltar que en materia de indexación, el último criterio jurisprudencial determina que la misma se debe calcular desde la admisión de la demanda, y con ello se garantiza que la cantidad a percibir cuando se ejecute sea la más justa para el trabajador y en el caso que nos ocupa para los hijos e hijas del mismo.

CAPÍTULO II

EFECTOS PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LOPNNA

La Cosa Juzgada y la Actio Judicati en los Asuntos de Protección del Niño, Niña y del Adolescente

Para Carnelutti (1944, 351) la distinción entre cosa juzgada formal y material se refiere a:

... el efecto de la *preclusión* del derecho a provocar el cambio de la decisión, o sea de impugnarla, Y así como la cosa juzgada material se traduce en un efecto *imperativo*, la cosa juzgada *formal se* manifiesta en un efecto *preclusivo*. Quien no tiene, en cambio, nada que ver con la preclusión es la cosa juzgada *material*. Por tanto, la distinción debe establecerse más que entre cosa juzgada y preclusión, entre ésta y cosa juzgada material, o sea, en definitiva, entre imperatividad e inmutabilidad. La promiscuidad de la expresión "cosa juzgada" explica, precisamente, la inclinación de la práctica a hablar de cosa juzgada incluso respecto a las sentencias preparatorias, que no son decisiones, sino proveimientos instructorios u ordenadores (*infra*, núm. 194; tal es, entre otros muchos, y aun cuando lleve el nombre de sentencia, el proveimiento con el que el juez se declara incompetente). Cuando los prácticos dicen que tal proveimiento posee autoridad de cosa juzgada, se equivocan si se refieren a la de índole material, pero están en lo cierto si, por el contrario, piensan en la de carácter formal. Ahora bien, como a tenor de la estructura del proceso civil, la noción de sentencia es más amplia que la de decisión (*supra*, núm. 92), hasta el extremo de que reciben forma y nombre de sentencia incluso proveimientos instructorios u ordenadores, y como, por otra parte, el sistema de las impugnaciones es común a todas las sentencias, de tal modo que es indudable que una sentencia, aun cuando en manera alguna contenga una decisión, llega un momento en que se hace inmutable, es exacto que, si bien no todas las sentencias están dotadas de cosa juzgada material, todas, llegado un cierto punto, se convierten en firmes y, por tanto, adquieren la cosa juzgada formal.

Por su parte Alsina (2003, 268) considera que:

Es un efecto de la sentencia que traduce dos consecuencias prácticas: 1) La parte condenada o cuya demanda ha sido rechazada, no puede en una nueva instancia discutir la cuestión ya decidida (efecto negativo). 2) La parte cuyo derecho ha sido reconocido por una sentencia puede obrar en justicia sin que a ningún Juez le sea permitido rehusarse o tener en cuenta esa decisión (efecto positivo).

La Enciclopedia Jurídica Opus (2000, 577), hace mención a varias acepciones de la cosa juzgada:

Es una institución jurídica de la cual dimanar diversos efectos de carácter trascendental. Es un título legal irrevocable y en principio inmutable, que determina los derechos del actor y del demandado que tienen su base en lo fallado por el Juez. Como título fundatorio de estos derechos, puede hacerse valer no sólo ante las autoridades jurídicas y ante el Tribunal que pronuncio la sentencia ejecutoriada, sino también ante las autoridades administrativas e incluso legislativas para demostrar la existencia del hecho o del derecho declarado por la cosa juzgada.

También deriva de la cosa juzgada la excepción del mismo nombre, que favorece a cualquiera de las partes que podrá oponerla si en un juicio ulterior se le demanda una prestación que esté en pugna con lo resuelto por la sentencia ejecutoriada.

Es igualmente la cosa juzgada, conforme a nuestra legislación, una presunción legal absoluta que como prueba puede invocarse en un juicio en el que se discuta alguna cuestión resuelta en la ejecutoriada.

Por su parte para Ortiz (2004, 665), la expresión cosa juzgada alude a lo que ha sido objeto o materia de un juicio, es decir, el resultado del juicio, expresado en una sentencia. Agrega, que en el Derecho Procesal la expresión resalta una cualidad con la que se dota a la sentencia, “para que pueda cumplir con su misión de otorgar seguridad jurídica, lo cual se traduce en una inmutabilidad y obligatoriedad de lo decidido, esto es, de la materia sobre la cual versa la sentencia”.

En consecuencia Ortiz (ob. cit., 665), define la cosa juzgada o *res iudicata* como: “La presunción legal de una sentencia cuya consecuencia es la inmutabilidad de su contenido e intangibilidad de sus efectos, en virtud de haberse agotado contra ella, todos los recursos ordinarios y extraordinarios o por haber transcurrido los lapsos para ejercerlos”. Sobre esta definición, señala el autor que la *res iudicata* o cosa juzgada quiere invocar el hecho de que lo decidido por una sentencia es vinculante para el Juez, y cualquier otro Juez cuando ésta ha adquirido firmeza y además, es también vinculante para las partes, en la medida en que lo que haya sido objeto de la

sentencia debe ser cumplido obligatoriamente, sin que se permita volver a discutir el mismo asunto.

Para Chiovenda, (1997, 171) el factor fundamental para que se produzca la cosa juzgada es la preclusión de todas las cuestiones alegadas o que se hubieran podido alegar y en consecuencia para él la cosa juzgada es: “la afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los juicios futuros, de una voluntad concreta de Ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes”.

De los conceptos de cosa juzgada anteriormente transcritos se puede subrayar que en la mayoría de ellos destacan dos cualidades fundamentales imperatividad e inmutabilidad de lo decidido en la sentencia, lo que quiere decir que en principio la cosa juzgada deriva de la sentencia que es de obligatorio cumplimiento y que no puede ser modificada o alterada. La imperatividad u obligatorio cumplimiento para las partes es lo que se denomina cosa juzgada material, y por lo tanto las partes deben cumplir lo ordenado en la sentencia porque es imperativo para las partes. Mientras que la cosa juzgada formal deriva de la preclusión de los recursos para atacarla o impugnarla otorgándole inmutabilidad.

En el derecho procesal venezolano la cosa juzgada también es una excepción que puede ser opuesta por la parte que le favorezca la sentencia cuando pretendan demandarla por algo ya decidido (art 49, numeral 7 de la CRBV, 2009) y también es considerada una presunción legal absoluta que puede ser promovida como prueba en juicio como defensa contra alguna pretensión que verse sobre lo ya decidido (art. 1395 CC).

Los procesos sustanciados tanto por los órganos que integran el Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela, como por órganos arbitrales nacionales ⁴ constituyen un instrumento fundamental para la obtención de la justicia (artículo 257

⁴ En cuanto a los arbitrajes internacionales, el criterio imperante establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es que el respeto al derecho interno se convierte en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscriptores de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...). (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.942/03). Conforme a lo anterior, se reafirmó que toda decisión o laudo internacional, puede ser objeto de control constitucional, si se pretende ejecutar en Venezuela, tal y como lo asentó la Sala Constitucional en el fallo N° 1.939/08, en el caso: “Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”, y en la decisión N° 1.541/08, que a su vez ratifica la sentencia N° 1.942/03.

constitucional), y tienen repercusiones más allá de los mecanismos adjetivos que de forma abstracta el Poder Nacional instaure por vía legislativa (*justicia formal*), por lo que alcanzan la aplicación concreta que de tales mecanismos realiza el juzgador (*justicia material*).

En tal sentido, los principios constitucionales destacan la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso, así como que el fin primordial de éste, es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

En este sentido, es primordial tener en consideración la doctrina de la supremacía constitucional, que tiene su más acendrada expresión jurisprudencial, *inter alliis*, en la celeberrima decisión del Juez John Marshall, en el caso Marbury vs. Madison, 5 U. S. (1 Granch), 137 (1803), de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, de cuyo texto conviene, citar las siguientes líneas:

Aquellos que aplican las normas a casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla (...) de manera que si una Ley se encuentra en oposición a la Constitución (...) la Corte debe determinar cuál de las reglas en conflicto debe regir el caso: esta es la real esencia del deber judicial. Si en consecuencia, los tribunales deben ver la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la Legislatura, es la Constitución, y no tal acto ordinario, la que debe regir el caso al cual ambas se aplican...

En ese último sentido, debe destacarse que por aplicación de esos principios, el legislador contempla medidas cautelares orientadas por las garantías de la tutela judicial efectiva (arts. 26 y 259 CRBV, ob. cit.), pues, ésta no se agota, simplemente, con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, que los juicios sean expeditos, y a la posibilidad de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino también, a la posibilidad de obtener protección anticipada de los intereses y derechos del justiciable cuando se encuentren apegados a la legalidad, y sin que el transcurso de tiempo obre contra quien tiene la razón.

Si la jurisdicción no tuviera la potestad de hacer ejecutar sus decisiones, todos los fines del Derecho y de la jurisdicción misma se frustrarían por no tener efecto alguno de tal suerte que, la ejecución forzosa de la sentencia, que es subsiguiente a la condena, es lo que hace posible que el mandado concreto e individualizado del Juez, pueda materializarse en el mundo sensible de manera operativa y práctica, aun en contra de la voluntad del ejecutado.

El proceso de ejecución de la sentencia ha sido acogido por la generalidad de las legislaciones del orbe, como en el caso de Venezuela, el CPC dedica el Capítulo IV del Libro Segundo al procedimiento de ejecución de sentencia, debiendo el mismo Juez que conoció del conflicto, de acuerdo al artículo 523, eiusdem, ejecutar su propio fallo. De igual forma, el referido Capítulo de la Ley Adjetiva dispone de todos los mecanismos legales, mediante un procedimiento especificado para que la jurisdicción logre materializar el derecho deducido en el fallo.

Vale la pena recordar, que desde el siglo XIII, el procedimiento romanista de la *Actio iudicati*, fue suplido por el *Officium iudicis*, según el cual, el Juez reúne toda la actividad que el Juez debía cumplir de acuerdo a su oficio, desde recibir la demanda, admitirla, sustanciar el proceso, dirimir y ejecutar el fallo.

Comenta Rengel-Romberg (2004, 39-44. 103-104), que: "...No hay, por tanto, duda alguna para nosotros, de que todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, pero no todo procedimiento es un proceso", y que como sostiene Couture (1960, 491-492), la ejecución de la sentencia "es el procedimiento que ha de seguirse por el juez, a petición de la parte interesada, en aquellos casos en que la resistencia del obligado amenaza en hacer ilusorio el ejercicio del derecho establecido en la sentencia".

De allí, que la ejecución de la sentencia sea la etapa primordial para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho o pretensión reclamado en la demanda y las normas que la regulan y sirven de base a los procedimiento de ejecución contenidos en la CRBV y en las demás leyes, se encuentran establecidas en los artículos 523 y siguientes del CPC.

La sentencia definitivamente firme y ejecutoriada produce cosa juzgada entre las partes⁵. Chiovenda (1997, 175-176), expone, *Res iudicata inter partes et non*

⁵ De ahí la conocida glosa de Calamandrei (citada también por COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ª ed., Editorial B de F Montevideo, Buenos Aires, 2002) sobre la frase de Segismondo Scaccia Di Genova: "res iudicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum" La cosa juzgada hace de lo blanco negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero". Refiriéndose a esto, en su "Elogio de los jueces", Calamandrei explica: El aforismo tan estudiado por los doctores... hace hoy sonreír; sin embargo, pensándolo bien, debería hacer temblar". "El juez tiene efectivamente como el mago de la fábula, el sobrehumano poder de producir en el mundo del derecho las más monstruosas metamorfosis, y de dar a las sombras apariencias eternas de verdades; y porque, dentro de su mundo, sentencia y verdad deben en definitiva coincidir, puede, si la sentencia no se adapta a la verdad, reducir la verdad a la medida de su sentencia".

secundum eventum litis. La cosa juzgada produce efecto entre las partes, la excepción de cosa juzgada corresponde a ambas partes. Este principio depende también de la naturaleza pública del proceso. La excepción de cosa juzgada no corresponde a una o a otra parte según que haya vencido o no (*secundum eventum litis*); también el derrotado puede oponerla. Por ejemplo, el actor vencedor en un primer proceso vuelve a presenta la demanda con modificaciones ventajosas para él; el demandado exceptuará la cosa juzgada. Una primera acción de daños fue estimada; el actor vuelve a proponerla en espera de una liquidación más favorable; lo impide la cosa juzgada. De lo descrito se interpreta que el Juez interviene como sujeto activo de la relación procesal y no puede ser obligado a dictar las resoluciones más de una vez.

De lo antes expuesto en materia de ejecución es muy importante recalcar el interés del TSJ en ratificar la facultad del Juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para ejecutar sus propias decisiones. Así lo ratificó la Sala Constitucional del TSJ en sentencia del 13 de abril de 2010, caso amparo María G. Naranjo Loreto:

A este respecto, cabe destacar que la primera parte del artículo, que es la que interesa en el presente caso, consiste en una proposición jurídica de la que se deduce la posibilidad para el justiciable de solicitar la ejecución de las decisiones judiciales ante el Tribunal de la causa, o si se quiere, establece la ejecución efectiva de una sentencia, como una consecuencia lógica del derecho de acción y de la tutela judicial efectiva, al tiempo que establece una correlativa obligación para el tribunal de la causa en primera instancia de ejecutar dicha sentencia; se trata de una norma de carácter imperativo e indicativo que no preceptúa un mecanismo de control específico para lograr la ejecución de una actuación judicial y, por tanto, no otorga al titular del derecho un recurso específico... Puede decirse igualmente que dicha norma habilita una determinada conducta a cargo del Tribunal, pues contiene una atribución de competencia, más no otorga, se insiste, un recurso a quien pretende la ejecución para hacer efectivo su derecho; luego, considera la Sala que mal podía la apelada indicar en su fallo que bien pudo la quejosa solicitar la ejecución de la sentencia, de conformidad con el mencionado precepto legislativo, como un requisito previo a la interposición del presente amparo, cuando si bien,

en efecto podía instar a dicha ejecución no es en virtud de la referida norma que, en todo caso, podía hacerlo, y aun cuando la Sala no comparte la solución propuesta por el fallo, en todo caso, la norma aplicable hubiese sido el artículo 492 de Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, que estatuye la cuestión de la ejecución, al establecer: “Firme la sentencia, el Tribunal dispondrá lo conducente para su ejecución y, en lo que fuere compatible, aplicará lo dispuesto en los artículos 523 a 584 del Código de Procedimiento Civil.

La sentencia N° 1158 del TSJ en Sala Constitucional del TSJ de fecha 05 de Junio del 2002, Expediente N° 02-0452, con Ponencia del Magistrado Antonio García García, analiza muy bien la eficacia de la cosa juzgada:

La eficacia de la autoridad de la cosa juzgada, según lo establecido por la doctrina de este máximo tribunal en numerosas oportunidades (Vid.s.SCC- CSJ- de 21/02/90), se traduce en tres aspectos: a. Inimpugnabilidad, según la cual la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (non bis in idem). A ello se refiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b. Inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada; y c. Coercibilidad, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, “la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales”; se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso (Subrayado añadido) .

Las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional adquieren, desde su publicación, el carácter de cosa juzgada formal, consagrado en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que lo decidido en la sentencia en cuestión, no es atacable y al mismo tiempo se perfecciona el carácter de cosa juzgada material dispuesto en el artículo 273 eiusdem, que impone que se tenga en cuenta el contenido de la decisión en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, aunado al carácter vinculante de las mismas.

A diferencia de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales anteriormente señaladas, la posición doctrinaria representada en Venezuela por Pesci Feltri (2006, 169), no considera que la cosa juzgada provenga de la sentencia sino que la misma se

produce como “consecuencia de la extinción del derecho de acción que se hizo valer ante el juez”. Considera este autor que:

Si la declaración de certeza contenida en la sentencia reconoce al demandante la titularidad del derecho que se ha hecho valer con la demanda, los efectos que se producen fuera del proceso y que se suelen atribuir a la sentencia, provienen de la existencia de dicha voluntad concreta de ley reconocida al demandante en la sentencia, la cual no nace con la sentencia, sino que ella nació, ella existía antes y fuera del proceso, antes de la sentencia.

En consecuencia, según Pesci Feltri (ob. cit., 169), la cosa juzgada en caso de coincidir dentro del supuesto de hecho de la norma a través de la cual declaró el Juez la voluntad concreta de Ley al caso en específico, ya existía antes de esa declaratoria. Esa situación que llevó a la parte actora a ejercer el derecho de acción ante el Juez ya existía antes de que éste dictara la correspondiente sentencia. Por ello considera que:

La naturaleza jurídica de la sentencia es la de un acto jurídico procesal del juez, extintivo de la obligación que nace en su patrimonio con el ejercicio del derecho de acción de las partes del juicio. De allí resulta la inevitable consecuencia de que el único y verdadero efecto de la sentencia es la extinción del derecho de acción hecho valer por las partes en el juicio resuelto.

Como se observa, Pesci Feltri (ob. cit.), desvincula completamente la cosa juzgada como efecto de la sentencia, ya que para este autor el único efecto de la misma es el haber agotado la función jurisdiccional del Juez de decidir la controversia planteada por el actor haciendo ejercicio de su derecho de acción.

Esta posición es interesante especialmente en el Derecho de familia, ya que en esta materia se observa con mucha más claridad lo explicado por el autor citado anteriormente en lo referente a que la titularidad del derecho que se ha hecho valer con la demanda, no nació con la sentencia sino que ya existía antes y fuera del proceso y de la sentencia dictada. En efecto los derechos y deberes que surgen de las relaciones paternas filiales no nacen de la sentencia, (excepto las de filiación) sino que existen desde el mismo momento que nace el vínculo.

Lo anterior puede ayudar a comprender la relatividad de la cosa juzgada en los asuntos de familia, debido a que las obligaciones en materia de familia son inherentes a la persona y, por lo tanto, configuran derechos personalísimos; es muy difícil encasillar la situación a una sentencia inmutable en el tiempo. Aquí encuadra muy

bien la posición de que el derecho declarado en la sentencia ya existía antes, fuera y posterior al proceso, seguirá existiendo e incluso cambiando y modificándose de acuerdo a la realidad familiar.

Para Pesci Feltri (ob. cit., 170), el único efecto que produce la sentencia definitiva es extinguir la obligación que con el ejercicio del derecho de acción de parte del demandante y de la contestación de la demanda por parte del demandado, nace en el patrimonio del Juez-Estado.

Sea que se considere a la cosa juzgada como efecto de la sentencia o que se considere como la extinción del derecho de acción que se hizo valer con la demanda, lo cierto es que en los asuntos de instituciones familiares establecidos en la LOPNNA (ob. cit.), tiende a ser muy relativa, dada la naturaleza de algunas de las materias reguladas por la Ley, en lo que se refiere a la inmutabilidad de lo decidido en la sentencia, por cuanto muchos asuntos de familia varían con el tiempo y el mismo asunto puede volver a ser conocido por el Juez, para su revisión o modificación así la sentencia haya quedado definitivamente firme e incluso se haya ejecutado.

Ejemplo de lo expuesto es la revisión de la obligación de manutención y del régimen de convivencia familiar entre otros. En efecto, una sentencia que haya decidido el monto de la obligación de manutención, que quede definitivamente firme, podrá ser revisada nuevamente por cuanto la cantidad que se fije, dentro de un año ya no será suficiente para cubrir las necesidades del niño. De allí que la ley establece la revisión del monto de la obligación de manutención, la cual según lo establecido en el artículo 384 de la LOPNNA (ob. cit.) debe ser decidida por vía judicial, siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo IV del Título IV de la Ley, que no es otro que el procedimiento ordinario establecido en los artículos 450 y siguientes de la Ley.

De lo anterior se evidencia que dos de los tres aspectos característicos de la cosa juzgada no se presentan de manera estricta en los asuntos de instituciones familiares regulados en la LOPNNA (ob. cit.), como lo son: 1. La inimpugnabilidad, ya que efectivamente la sentencia puede ser revisada por el mismo Juez o por otro a los fines de tramitar el procedimiento de revisión, que traerá como consecuencia el aumento del monto fijado en la sentencia anterior. Lo que constituye una excepción a lo establecido en el artículo 272 del CPC (ob. cit.) y 2. La Inmutabilidad: Las sentencias dictadas en estos casos sí pueden ser modificadas por el mismo Juez que la dictó o por otro Juez, ya que si cambio el domicilio del niño, niña o adolescente; cambia el Juez competente también.

Sin embargo, el único que si se mantiene es el aspecto relacionado con la coercibilidad, ya que las sentencias definitivamente firmes en estos asuntos pueden ser ejecutadas forzosamente si vencido el lapso para el cumplimiento voluntario el demandado no cumple. Tal y como lo establece el artículo 384 de la LOPNNA (ob.

cit.), las sentencias de estos procedimientos se ejecutan conforme a las normas de ejecución de sentencias contempladas en el ordenamiento jurídico, adquiriendo estas sentencias el carácter de coercibilidad inmerso en la cosa juzgada, a los fines de garantizar precisamente la tutela judicial efectiva.

Lo mismo ocurre en las sentencias de régimen de convivencia familiar o de otorgamiento de custodia. Ello así por la naturaleza misma de los asuntos de familia, que tienden a ser cambiantes como la vida misma y por lo tanto las decisiones dictadas en los mismos no pueden ser inmutables, sino todo lo contrario las mismas tienen un carácter muy relativo y cambiante. Por ejemplo, si el Juez dicta sentencia en un régimen de convivencia familiar a favor de un niño de meses de nacido que amamanta, por ésta situación y por la corta edad del niño posiblemente no será muy amplio. No puede pretenderse que cuando el niño tenga cuatro o cinco años, se mantenga el mismo régimen de convivencia familiar, por cuanto al estar el niño más grande, cambian las condiciones y los cuidados y el régimen lo más probable es que se extienda.

Pero, también puede ocurrir que el padre cambie de manera negativa hacia el niño, por ejemplo tornándose violento y en ese caso dependiendo de la gravedad se tendrá que reducir o limitar, suspender o fijarlo bajo supervisión. En el caso de las sentencias que decidan cuál de los padres ejercerá la custodia, igualmente puede ocurrir que las condiciones o la realidad familiar cambien y la sentencia pueda ser revisada y modificada siempre en interés superior del niño. Igualmente, una sentencia que dicte la colocación familiar de un niño a favor de tercera persona que no sean padre o madre, y que le otorga la responsabilidad de crianza, y en algunos casos hasta la representación legal, también puede ser revisada y modificada, según cada circunstancia.

En lo que respecta a la coercibilidad, observamos que si bien en las sentencias que deciden sobre la pretensión de fijación o aumento de la obligación de manutención se presenta claramente el mismo, por la misma naturaleza de condena al pago de determinada cantidad en la sentencia, en otros casos, como bien lo señala Loreto, citado por Cuenca (1977), la ejecutabilidad no constituye esencialmente un elemento de las sentencias que actúan en las relaciones jurídicas, que tienen por contenido y finalidad una prestación cualquiera, y puede concebirse, en tales relaciones, la posibilidad de obtener con eficacia jurídica una sentencia mero-declarativa. Esta es la opinión dominante en la moderna doctrina procesal.

Señala Loreto, citado por Cuenca (ob. cit.) que en toda sentencia propiamente de condena, pueden analizarse dos momentos que integran su moción cabal; el primero que constituye un presupuesto lógico del segundo, que consiste en la mera declaración del derecho a la prestación; y el segundo que está constituido por la orden imperativa dada por el Estado al demandado de que realice o cumpla la prestación

debida y así declarada. El actor puede tener sólo interés en la realización del primer momento, y dejar para un período ulterior solicitar la realización de la prestación.

Agrega Loreto, citado por Cuenca (ob. cit.), que para él, sólo las verdaderas sentencias de condena son ejecutables, en el sentido de que es posible para ellas la necesidad de posteriores actuaciones del órgano de ejecución. Trae como ejemplos de sentencias que no llenan esa condición de perpetuidad, aquellas que recaen en los juicios de alimentos, de reposición, de interdicto, a las cuales podrían agregarse las de interdicción e inhabilitación, las de declaratoria de pobreza y de ausencia.

Se admite para la gran mayoría de los procesalistas, que todas estas sentencias pasan en autoridad de cosa juzgada, tratándose de una cosa juzgada relativa, no absoluta o perpetua, porque tratase de sentencias sujetas a modificarse a medida que cambie ulteriormente el estado de hecho que se tuvo en mentes para la época de su pronunciamiento. Lo que sucede con frecuencia en los asuntos de familia, donde los hechos que originaron una decisión después de un tiempo pueden ser totalmente distintos.

Para Cuenca (ob. cit.), una sentencia en un juicio de alimentos, por ejemplo, no está destinada a perdurar ni en su *quantum* ni en su sustancia, como derecho declarado, porque el *quantum* puede modificarse y la obligación puede aún extinguirse por pobreza, muerte, entre otros hechos, del alimentista. Las sentencias de estos juicios no imparten decisiones de naturaleza perpetua y por tanto, no pueden producir, la presunción legal porque sin perpetuidad no hay cosa juzgada.

Al respecto, Pesci Feltri (ob. cit., 166), define la sentencia como:

El acto procesal del juez mediante el cual declara cual es la voluntad de la ley aplicable al caso concreto, para resolver la controversia propuesta con el ejercicio del derecho de acción, acto con el cual se satisface y extingue este derecho.

Como se expuso anteriormente, se considera que la sentencia no hace nacer derecho alguno en el patrimonio de las partes que han dicho y contradicho en el proceso y por ello, las sentencias denominadas de condena sólo reconocen al demandante la titularidad de un derecho de crédito que preexistía a la sentencia misma o desconoce dicha titularidad y ratifica que el demandado no está sujeto ni lo estaba antes de que se iniciara el proceso a la pretensión del actor.

Señala el autor anteriormente citado, que igualmente ocurre con las sentencias denominadas constitutivas, ya que la constitución de la nueva relación jurídica, así como la modificación o extinción de la precedente, no nace con la sentencia que

reconoce el derecho potestativo, ya que estos efectos los produce el titular del derecho potestativo que manifiesta la voluntad de ejercerlo. Termina exponiendo que la única clase de sentencias que existe es la de declaración de certeza.

Sea cual fuere la posición doctrinaria que se acoja, lo cierto es que las sentencias en algunos asuntos de familia no presentan dos de las características fundamentales de la cosa juzgada como lo son la inimpugnabilidad y la inmutabilidad, pero si la coercibilidad, por cuanto hasta que no sean modificadas podrán ser ejecutadas, y por tanto la característica fundamental de la cosa juzgada en estos asuntos es su relatividad.

Es pertinente destacar la posición que Pesci Feltri (ob. cit., 205), mantiene respecto a la cosa juzgada en los asuntos de estado y capacidad de las personas, respecto a los terceros. Señala que:

El estado de una persona, no se refiere a la titularidad de un derecho sino, por el contrario, a la necesidad de poseer un determinado estado para que nazcan una serie de derechos. Por ejemplo, el estado de familia constituye una fuente de una serie de relaciones jurídicas que son consecuencia de ese determinado estado. En otras palabras, se puede ser titular de ciertos derechos sólo si se posee un cierto estado, por lo que éste es una condición para que nazcan tales derechos en las relaciones jurídicas de carácter familiar... De allí que cuando una determinada sentencia declara la existencia o inexistencia de un determinado estado, está constituyendo o negando la existencia de la fuente primaria... No es que la sentencia que lo declara tiene efectos absolutos, que incide en el patrimonio de tales terceros. Las relaciones jurídicas con los terceros, que son de naturaleza sustantiva, no sufren efecto alguno de la sentencia que reconoce o desconoce un determinado estado en una determinada persona.

Ello así por cuanto, según la posición de Pesci Feltri (ob. cit., 206), el estado declarado en la sentencia existía antes y fuera del proceso. Igual en lo que respecta a la capacidad de las personas indica que:

Las relaciones o situaciones que conectaban el patrimonio de tales terceros, con el del declarado capaz o incapaz, no dependen de los efectos de la sentencia que reconoce ese estado, sino del reconocimiento, de la declaración, que respecto a tal estado haga la sentencia, que existía antes y fuera del proceso.

Asimismo, respecto a la disposición contenida en el artículo 507 del CC (ob. cit.), señala Pesci Feltri (ob. cit., 206), que:

La sentencia que declare, (no que constituya, como erradamente afirma el texto analizado) un determinado estado, produzca efectos entre las partes del juicio, es la consecuencia natural de cualquier sentencia; mientras que los efectos respecto a los terceros o extraños al juicio, no se originan no nacen de la sentencia, sino del estado civil o capacidad declarada, reconocida en la sentencia, estado y capacidad que ya tenía el demandado antes y fuera del juicio.

Pesci Feltri (ob. cit.) concluye esto por la posición doctrinaria que mantiene este autor referente a que la cosa juzgada lo que hace es agotar el derecho de acción utilizado por el actor, al declarar la voluntad concreta de Ley por encuadrar el supuesto de hecho en la norma respectiva que aplique el Juez al caso, existiendo el derecho declarado antes y fuera del proceso. Considera que los efectos respecto a terceros ya existían o no, previamente a la declaratoria de la sentencia.

Doctrinariamente se ha dividido la cosa juzgada en: 1) Cosa Juzgada Formal: Relacionada con la imposibilidad de ejercer recursos en contra de lo decidido cuando habiéndose ejercido fueron declarados sin lugar o no se ejercieron en el lapso legal correspondiente, y 2) Cosa Juzgada Material o Sustancial: Relacionada con la imposibilidad de las partes de abrir un nuevo juicio por la misma causa.

Siendo que la LOPNNA (ob. cit.) acoge en materia de ejecución el sistema de remisión en primer lugar a la LOPT (ob. cit.), es pertinente señalar que el artículo 57 que en dicha Ley consagra la cosa juzgada formal, y que es una copia textual del artículo 272 del CPC (ob. cit.), norma a la que también remite la LOPNNA (ob. cit.). Dicho artículo 57 establece: “Ningún Juez podrá volver a decidir sobre la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la Ley expresamente lo permita”.

Al respecto, comenta Torres (2010, 66) lo siguiente:

Al establecer la norma contemplada en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 57 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que ningún juez puede pronunciarse sobre una controversia decidida anteriormente, los obliga a abstenerse de hacer cualquier planteamiento o decisión sobre lo cual ya ha habido pronunciamiento por parte de quien ya haya conocido del asunto, o por cualquier otro distinto al de la cognición, pues la norma generaliza, tanto al juez que haya conocido del mismo, como de cualquier otro juez de diferente naturaleza

y competencia. De esta manera se garantiza el derecho de las partes de confiar en la seguridad que dimana de una sentencia que, por su firmeza, no permite recurso alguno en su contra.

Comenta este autor que es así como la cosa juzgada adquiere tal vigor que la hace inimpugnable y también coercible. Agrega que sin embargo hay casos en que la sentencia es modificable por la introducción de un nuevo juicio entre las mismas partes, sobre un mismo objeto y fundada sobre la misma causa. También lo indica Henríquez La Roche (2005, 410), cuando se refiere a la justificación de la modificabilidad señala:

La cosa juzgada formal prevalece en aquellas sentencias cuyo dispositivo está instrumentalizado a garantizar un derecho cuyo reconocimiento constituye el objeto principal del proceso, como la condena al pago de manutención; su importe puede aumentar o disminuir según cambie la capacidad del pago del obligado (*rebús sic stantibus*). También el caso de la jurisdicción cautelar, en la que pueden ser afectados nuevos bienes y desafectados otros, de modo que el valor total actual garantice la eficacia de la ejecución.

En materia de familia se puede observar que la LOPNNA establece la posibilidad de intentar un nuevo procedimiento por revisión o modificación en materia de obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, responsabilidad de crianza, colocación familiar o en entidad de atención, entre otros, en el que intervendrán las mismas partes y tendrá el mismo objeto. Ello por la naturaleza de este tipo de pretensiones que se refieren a asuntos de familia muy cambiantes, que no permanecen estáticos en el tiempo, sino que tal y como cambia la vida de un niño así deben cambiar estos asuntos para adaptarlos precisamente a los cambios ocurridos en la dinámica social o familiar del niño, niña o adolescente.

Pero la cosa juzgada formal se mantendrá hasta que se dicte sentencia en el nuevo procedimiento que se abra; hasta que no sea modificada por una sentencia firme, la sentencia que declaró la obligación de manutención, régimen de convivencia o decidió sobre algún aspecto de la responsabilidad de crianza o modificó o revocó la medida de colocación familiar o en entidad de atención, deberá continuar siendo cumplida por las partes.

Como demostración de las situaciones que se pueden presentar en este sentido, puede presentarse el caso que habiendo acordado un régimen de convivencia familiar a favor de un progenitor no custodio, el otro se niega a cumplirlo, por lo que el primero solicita la ejecución voluntaria y después forzosa ante el Juez de Primera Instancia de

Mediación, Sustanciación y Ejecución, pero paralelamente intenta un procedimiento de modificación de custodia, el cual llega hasta sentencia, declarando el Juez de Juicio con lugar su pretensión y modificando la custodia otorgándole la misma, pero si el otro progenitor apela de dicha decisión, no adquiere firmeza, y aunque sea una sentencia de ejecución inmediata por cuanto la apelación se oye en el solo efecto devolutivo, no puede ser oponible al Juez de Mediación, Sustanciación y Ejecución, que está ordenando la ejecución forzosa del régimen de convivencia familiar, que se mantendrá vigente hasta que quede firme la decisión de modificación de custodia, y quedará a criterio del Juez de Juicio, quien, mientras se decide la apelación por el Juez Superior, es el único que puede ejecutar su sentencia antes de que adquiera firmeza.

Tanto ha querido el legislador proteger el cumplimiento de este tipo de sentencias, que estableció en el artículo 489, literal b de la LOPNNA (ob. cit.), la inadmisibilidad del recurso de casación cuando se trate de pretensiones relativas a responsabilidad de crianza, obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, acciones de protección, colocación familiar y en entidad de atención e infracciones a la protección debida. El único recurso que se puede ejercer contra esas decisiones es el de apelación y una vez decidido el mismo, dicha sentencia queda firme porque la ley especial no permite ejercer en su contra el recurso de casación.

También en cuanto al recurso de control de la legalidad establecido en el artículo 490 de la LOPNNA (ob. cit.), dicha norma hace una distinción en cuanto a las sentencias dictadas en estos mismos procedimientos, indicando que la interposición de este recurso sólo producirá efectos devolutivos. En lo que respecta a la cosa juzgada material los artículos 273 del CPC (ob. cit.) y 58 de la LOPT (ob. cit.) la regulan así: “La sentencia definitivamente firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro”.

Es por ello, que Henríquez La Roche (ob. cit., 411), indica que: “La cosa juzgada material es atinente a la relación jurídica material (causa) cuando el tema decidido no puede ser revisado tampoco indirectamente mediante nuevo juicio invocando modificación del statu quo que motivó el dispositivo de la sentencia”. Igualmente afirma este autor, “que la cosa juzgada propiamente dicha, o sea, la material, acarrea no sólo la firmeza sino la inalterabilidad de lo decidido, como presunción irrefutable de verdad en bien de la seguridad jurídica”.

Según explica Torres (ob. cit., p 81), la finalidad perseguida por el legislador respecto a la cosa juzgada es la de garantizar los resultados del proceso y de darle certeza jurídica sobre lo decidido con carácter definitivamente firme, haciendo valer su dispositivo tanto para el presente como para el futuro; de allí que la norma del artículo 273 del CPC, subraye que la sentencia definitivamente firme, no sólo es ley de las partes, o entre las partes, sino que es vinculante en todo proceso futuro; lo cual

conlleva a consolidar la seguridad jurídica, principio fundamental del estado de derecho venezolano.

Y respecto a la finalidad de la cosa juzgada material, el autor antes citado indica que la misma consiste en dar seguridad y firmeza a lo que ha sido juzgado, evitando con ello el pronunciamiento de un nuevo fallo sobre lo ya decidido; por lo que la cosa juzgada puede proponerse como excepción en los juicios civiles o mercantiles, o como defensa en los laborales, con el fin de impedir se le dé entrada a un juicio habiendo sido resuelto otro anteriormente entre las mismas partes, con el mismo objeto y fundando sobre la misma causa (art. 1395, CC, ob. cit.). Y se dice que es una defensa de mérito cuando no es opuesta como cuestión previa para que sea decidida in limine litis, sino para que sea resuelta en el fondo de la causa.

De los criterios doctrinales y de las normas legales anteriormente señaladas, se puede deducir que en materia de familia se presenta la cosa juzgada formal, en el sentido de que una vez que la sentencia dictada adquiere firmeza, sólo podrá ser modificada o revisada a través de otros procedimiento en el que se deberá dictar nueva sentencia, y cuando ésta adquiera firmeza es que perderá su eficacia la primera sentencia; las partes deberán seguir cumpliendo con la primera hasta que la otra quede definitivamente firme.

Mientras que la cosa juzgada material no se presenta por cuanto dado lo cambiante de la vida familiar, nada impide a las partes volver a solicitar la revisión o modificación de lo que plantearon en un juicio anterior, por lo que no están impedidos sino mas bien facultados los Jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para admitir y decidir una nueva pretensión con las mismas partes, mismo objeto y fundamentada en la misma causa, así haya sido decidida por otro Juez y haya adquirido por no haber sido impugnada o habiéndolo sido haya sido ratificada, la autoridad de la cosa juzgada.

Lo contrario sería amarrar la vida de un niño, niña o adolescente a una situación que por el desarrollo de la vida misma cambia considerablemente y negarle el derecho a que sea revisada y ajustada al interés superior actual del mismo. Es por ello que precisamente en materia de instituciones familiares y de protección, el legislador previó la revisión y modificación para garantizar los ajustes necesarios en estas materias tan vinculadas al desarrollo del ser humano.

Este criterio ha sido ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nro: 2037 del 20 de Agosto de 2002, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, con motivo de la acción de amparo constitucional intentada por el ciudadano Suly Lechtig Lechtig contra el fallo dictado el 02 de noviembre de 2000, por la Corte Superior Accidental del Tribunal de Protección del Nino y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Area

Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, en el que la sala señaló lo siguiente:

Que, como señaló la representante del Ministerio Público en las causas de guarda, las decisiones que recaigan no producen efecto de cosa juzgada, ya que, de acuerdo con el artículo 361 de la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente, los jueces competentes para conocer de la materia de niños y adolescentes tienen potestad para la revisión y modificación de las decisiones en materia de guarda, motivo por el cual lo decidido no tiene potencial necesario para causar un agravio constitucional.

Realizadas las anteriores consideraciones sobre la cosa juzgada, se pasa ahora a analizar el concepto de ejecución. Según Carnelutti (2006, 82), la voz ejecución significa, la “adecuación de lo que es a lo que debe ser”. Este deber ser está contenido en la sentencia, de allí que se dice que están íntimamente ligadas la sentencia y su ejecución. Por su parte, Borjas (1964, 245), es de la opinión que la ejecución judicial resulta ser, “el medio racional, eficaz y necesario que la sentencia firme acuerda al acreedor para que se haga pagar, venciendo la resistencia o la inercia de su deudor”.

La ejecución de la sentencia va íntimamente ligada al tipo de sentencia que se trate y es pertinente manejar todas las clasificaciones doctrinarias y procesales de las sentencias para así determinar cuál es el momento de su ejecución. Ahora bien, siguiendo a Henríquez La Roche (ob. cit.), en otra clasificación de las sentencias, se tiene que el mismo las distingue de la siguiente manera:

1. Definitivas e interlocutorias: La sentencia definitiva es aquella que define la *litis* y concluye el itinerario procedimental de primera instancia o segunda instancia, según el caso, aún cuando no sea la última, (la definitiva) del juicio. Mientras que la interlocutoria es la que se dicta durante el decurso del proceso.

En materia de familia, el artículo 484 de la LOPNNA (ob. cit.) establece lo siguiente:

De la sentencia definitiva se admitirá apelación libremente, salvo disposición especial en contrario. Si la sentencia definitiva es sobre acción de protección, colocación familiar y en entidades de atención, régimen de convivencia familiar, obligación de manutención y responsabilidad de crianza, se admitirá apelación únicamente en el efecto devolutivo. Si la sentencia definitiva es sobre establecimiento de un nuevo acto del estado civil no tendrá apelación, a menos que haya habido

oposición, caso en el cual la sentencia será apelable. Al proponerse la apelación contra la sentencia que puso fin al juicio, quedan comprendidas en ella las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en la misma. De la sentencia interlocutoria que ponga fin a la controversia, se oír la apelación en ambos efectos.

De la norma antes citada, se observa que las sentencias que decidan sobre una acción de protección, colocación familiar o en entidad de atención, régimen de convivencia familiar, obligación de manutención y algún aspecto de la responsabilidad de crianza de los padres, son de ejecución inmediata, ya que el legislador admitió la apelación únicamente en el efecto devolutivo y no suspensivo, y en consecuencia así se ejerza el recurso de apelación por la parte perdedora contra la sentencia, la misma podrá ser ejecutada, ya que no se suspende su ejecución por la interposición del recurso.

En lo que respecta a quedar comprendidas dentro la apelación de la sentencia que puso fin al juicio, las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en la misma, conviene traer a colación, el recurso de hecho interpuesto por quien elabora esta tesis en contra del auto que negó oír la apelación en un solo efecto y a tenor de la norma antes señalada la oyó de manera diferida. En la fundamentación del recurso se alegó lo siguiente:

Vista la apelación formulada y el auto que la oyó, el cual textualmente señala:

Este Tribunal la oye en un solo efecto, y siendo que la misma deberá ser decidida de forma diferida, si hubiere apelación de la sentencia definitiva, en la oportunidad que corresponda será el Juzgado Superior del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente del Estado Lara, quien conocerá de la apelación oída mediante el presente auto, tal como lo indica el artículo 488 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

De lo anterior se considera que la apelación no debió ser oída de conformidad con el artículo 488 de la LOPNNA (ob. cit.), que señala: “Al proponerse la apelación contra la sentencia que puso fin al juicio, quedan comprendidas en ella las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en las mismas”. Ello por cuanto la decisión apelada declaró improcedente una medida provisional de retención de salario, solicitada a favor del niño xxxxx, en el expediente N° KP02-V-2010-3706 contentivo de demanda de obligación de manutención que intentó este despacho fiscal a solicitud de la madre del referido niño ciudadana Janett del Carmen Díaz Borges contra el ciudadano Rene David Rodríguez Díaz, siendo que la pretensión busca proteger y garantizar el derecho del niño al sustento, vestido, habitación, educación,

cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes de conformidad con el artículo 365 de la LOPNNA, los cuales son fundamentales para el desarrollo del niño, la pretensión tiene un carácter garantista y por ello la aplicación de las normas debe tender a garantizar la protección de los derechos contenidos en la obligación de manutención.

En tal sentido y como quiera que el artículo 452 de la LOPNNA (ob. cit.) establece la aplicación supletoria de la LOPT, del CPC y del CC, en cuanto no se opongan a la LOPNNA, y tomando en cuenta que el legislador especial no previó la apelación contra las decisiones que nieguen el decreto de una medida provisional, como sí lo hizo en el caso de improcedencia de la oposición al decreto de la medida de acuerdo al artículo 466-D de la LOPNNA (ob. cit.), que se refiere a los casos de oposición a las medidas preventivas y estipula “contra la decisión procede apelación a un solo efecto, conforme a lo establecido en el procedimiento ordinario previsto en el capítulo IV del Título IV de esta Ley”; debe llenarse este vacío aplicando supletoriamente la norma que garantice la protección de los derechos que se persigue al solicitar la medida preventiva, considerando esta representante fiscal que esta norma sería la contenida en el artículo 137 de la LOPT (ob. cit.), que establece:

A petición de parte, podrá el Juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que reclama. Contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación a un solo efecto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes...

Como se evidencia de la norma anteriormente transcrita el legislador en la LOPT si previó la apelación contra la decisión que niegue el decreto de una medida cautelar, y es esta norma la que considera esta representante fiscal que se debió aplicar al oír el recurso de apelación interpuesto en fecha 30 de mayo de 2011, dado que el objeto de las medidas preventivas, es asegurar el cumplimiento de la pretensión demandada, a través de una medida dictada oportunamente, y al diferir la apelación se está dejando al niño sin el aseguramiento de todo lo comprendido en la obligación de manutención, hasta que se dicte la sentencia definitiva. De allí que por la naturaleza de las medidas considera esta representante fiscal que la decisión que niegue el decreto de las mismas debe ser oída en un solo efecto, aplicando por analogía y supletoriamente el artículo 137 de la LOPT.

En este orden de ideas, el Juzgado Superior del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, a cargo del Dr. Alberto Herrera Coronel, en sentencia de fecha 20 de Junio de 2011 Expediente N°

KP02-R-2011-000830, declaró con lugar el recurso, fundamentándose en lo siguiente:

En efecto el artículo 488 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece la posibilidad de que la apelación se escuche diferida con la apelación de la sentencia definitiva. En consecuencia, aquellas apelaciones no resueltas deben ser conocidas por la alzada en la tramitación de la apelación de la sentencia que puso fin al juicio. Ahora bien, esta modalidad es para aquellos casos que pueden ser reparados con el fallo de merito, es decir, en aquellos casos que se pueda causar un daño irreparable, la apelación debe tramitarse en el efecto devolutivo y en el cuaderno respectivo. En el caso sometido a la deliberación de este administrador de justicia, se le solicitó al a quo una cautelar que fue negada por auto razonado. Ante tal negativa, se ejerció la apelación que fue escuchada de forma diferida. Sin embargo, a juicio de este juzgador al tratarse de una medida preventiva sobre el salario del obligado manutentista, tal solicitud pretende garantizar dicho derecho durante el desarrollo del procedimiento de manutención. En consecuencia, no puede ser escuchado dicho recurso de tal manera, tomando en consideración que la misma se está solicitando precisamente para garantizar el derecho alimentario hasta la terminación del proceso. Así se declara. Por las consideraciones anteriores, este Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara, CON LUGAR en Recurso de Hecho presentado por la ciudadana Shyara Esparragoza Velásquez, Fiscal Décima Cuarta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, en contra del auto de fecha 09 de junio de 2011, dictado por Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara. En consecuencia, se revoca dicho auto y se ordena escuchar la apelación en el efecto devolutivo para ser tramitado en el cuaderno respectivo.

2. Estimatorias y absolutorias: “Las primeras son las que declaran con lugar o procedente la demanda, mientras que las segundas, son aquellas que desestiman la pretensión contenida en la demanda”. Respecto a este tipo de sentencias no cabe duda

que serán ejecutables las estimatorias por cuanto las absolutorias carecen de algún objeto de ejecución.

3. Repositorias y de mérito:

Las repositorias, son aquellas que anulan los actos cumplidos en el proceso por haber habido omisión de un acto o de un requisito esencial al mismo. Las sentencias de mérito, son las que contienen una decisión sobre el fondo del asunto, sea que resuelva con lugar una cuestión preliminar al mérito de la causa, como en la prescripción o que resuelva la causa misma.

Este tipo de sentencias no tienen ejecución porque se refieren a aspectos procesales de mero trámite o de fondo, son de carácter más bien declarativo y por lo tanto no tienen tampoco objeto de ejecución.

4. Merodeclarativas, de condena y constitutivas:

Las merodeclarativas son aquellas motivadas por el interés del demandante en obtener la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando este no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica o de la autenticidad o veracidad de un documento. Las de condena, son aquellas que ordenan al demandado pagar una suma de dinero, o hacer o abstenerse de hacer una acción u obra determinada, o a entregar una cosa. Mientras que las constitutivas son aquellas que originan un estado jurídico que anteriormente no existía.

Respecto a este tipo de sentencias, se pueden encuadrar dentro de las mero declarativas y las constitutivas a casi todos los asuntos de familia, para Pesci Feltri (ob. cit.), todas las sentencias encuadrarían dentro de esta categoría, excepto a los asuntos de manutención que llevan consigo una sentencia de condena al pago de determinada cantidad. Pero en todos los demás casos lo que se busca es la declaración de un derecho o constitución de un nuevo estado jurídico.

En las pretensiones de fijación de régimen de convivencia familiar, lo que se persigue es la declaratoria de ese régimen con especificación de los días y horas en que podrá compartir el solicitante con el niño. En los casos de custodia la parte solicitante persigue la declaratoria del ejercicio de la custodia en su persona. En las demandas de inquisición de paternidad, lo que se busca es la declaratoria de la filiación paterna de un niño. En las colocaciones familiares o en entidad de atención el otorgamiento de la responsabilidad de crianza a un tercero. En los divorcios la declaratoria de disolución del vínculo conyugal y en consecuencia la constitución de un nuevo estado civil. Igualmente en la adopción se constituye un nuevo vínculo familiar.

Como se observa, en la mayoría de los asuntos de familia las sentencias son de carácter mero declarativo o constitutivo, de allí que en muchas oportunidades se dificulte su ejecución, ya que esa declaración conlleva en la mayoría de los casos una obligación de hacer por parte casi siempre del otro progenitor. Por ejemplo: En los casos de régimen de convivencia familiar facilitar el cumplimiento del mismo,

teniendo el niño, niña o adolescente listo la hora y el día fijados para compartir con el otro. En las demandas de responsabilidad de crianza que otorgan la custodia a uno de los progenitores que no la detenta, el otro debe cumplir entregando el niño, entre otros.

5. Las sentencias firmes y ejecutoriadas: Respecto a estas últimas, el autor hace una diferenciación entre los términos: Sentencia ejecutoriada, fallo ejecutado, y sentencia definitivamente firme. Para Henríquez (ob. cit., 89, 92):

La sentencia ejecutoriada es igual a verificada, constatada, es lo que tiene certeza oficial de cosa juzgada por virtud del auto o decreto, estampado por el Juez de Primera Instancia, que ordene su ejecución y emplaza a la parte perdedora a cumplirla voluntariamente en un lapso no menor de tres días ni mayor de diez (artículo 524, CPC, 1987). Mientras que fallo ejecutado, es aquel que ha sido cumplido por virtud de la ejecución judicial efectuada en acatamiento a lo ordenado, en el dispositivo del fallo y con apego al procedimiento legal. La sentencia definitivamente firme, es aquella calidad o condición que adquiere la sentencia judicial cuando contra ella no proceden recursos legales que autoricen su revisión, citando al vocabulario jurídico de Couture, aunque aclara que este último coloca esta noción en la voz sentencia ejecutoriada.

Hay que destacar que esta diferenciación de los términos, más que aclarar puede confundir, ya que cuando la sentencia queda definitivamente firme, es porque contra ella no proceden más recursos o los intentados fueron declarados sin lugar y al adquirir esa firmeza, se abre la vía para que el Juez decrete su ejecución, en materia ordinaria a solicitud de parte y en materia de familia muchas veces de oficio y para que se procedan a realizar todas las diligencias para su ejecución. Por tanto, la

distinción entre sentencia ejecutoriada y fallo ejecutado queda inmersa dentro del término sentencia definitiva.

Como se señaló anteriormente, las sentencias en materia de asuntos de familia en su mayoría son de carácter constitutivo y declarativo porque ordenan una conducta de hacer o no hacer que dependerá de la disposición del perdidoso para cumplirla dificultando su ejecución, a diferencia de las sentencias de condena cuya ejecución es más fácil de lograr. Es pertinente analizar este tipo de obligaciones y las consecuencias de su incumplimiento en la materia objeto del presente estudio.

**Consecuencias Procesales del Incumplimiento de las Obligaciones Ordinarias
y las Obligaciones Especiales derivadas de los Asuntos de Familia
respecto a la Ejecución de Sentencias en la LOPNNA**

La definición de obligación que nos da la Enciclopedia Jurídica Opus (ob. cit., 521), es la siguiente:

Señala la Real Academia que es la imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos. Jurídicamente la obligación está constituida por una conducta o actividad determinada, cuya ejecución se le impone a una persona aun por encima y en contra de su voluntad. Lleva implícita una noción de coercibilidad, y puede ser de la más variada índole según sea regulada por las diversas normas del Derecho: dícese de las obligaciones civiles, penales, fiscales, administrativas, etc... Modernamente se considera la obligación como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona, denominada deudor, se compromete frente a otra, denominada acreedor, a ejecutar en su beneficio una determinada prestación de dar, hacer o no hacer, valorable en dinero; la cual en caso de

no ser cumplida por el deudor, comprometería a este a responder con su patrimonio.

En materia de familia se podría definir la obligación como aquella conducta establecida por la Ley o una sentencia judicial en cabeza generalmente de los progenitores o de cualquier familiar en beneficio de un niño, niña o adolescente y cuyo incumplimiento generará consecuencias jurídicas.

Existen diversos tipos de obligaciones como: Las obligaciones a término, las alternativas, las obligaciones con cláusula penal, condicionales, conjuntas o mancomunadas, conjuntivas, contractuales, de dar, de hacer, de no hacer, de resultado, divisibles, extra contractuales, facultativas, indivisibles, jurídicas, mercantiles, naturales, nominativas, procesales, solidarias, puras y simples, unilaterales y bilaterales, entre otras.

En el presente estudio nos interesan las obligaciones de hacer, porque como se explicó anteriormente, la mayoría de las decisiones en materia de familia, se refieren a declaraciones de algún derecho o de alguna situación que conllevan la obligación de una conducta a realizar por parte del demandado o perdedoso. Conviene entonces analizar cómo se definen las obligaciones de hacer, según la Enciclopedia Jurídica Opus (ob. cit., 531): “Son obligaciones positivas que consisten en la realización de servicios, prestación de trabajo manual o intelectual a favor del acreedor. Surgen principalmente de los contratos de locación de servicios, contrato de trabajo, sociedad o mandato”.

Como se observa, estas obligaciones están relacionadas mayormente con contratos de servicios o trabajo y no con relaciones familiares. Por ello, se ha denominado a las obligaciones derivadas de los asuntos de familia como obligaciones especiales por la materia de que tratan. Se deben ajustar al campo de estudio indicando que las obligaciones de hacer en materia de familia se refieren al cumplimiento de algún deber establecido en la Ley o por sentencia judicial en cabeza generalmente de alguno de los progenitores o de otro familiar o responsable del niño, niña o adolescente que lleva consigo el realizar determinada conducta. Existen varias formas de cumplimiento de las obligaciones de hacer, siguiendo lo señalado en la Enciclopedia Opus (p. 531):

1. Cumplimiento en especie de las obligaciones de hacer: “Se trata del cumplimiento de ejecución de la obligación de hacer tal como fue contraída y esa ejecución en especie puede ser efectuada voluntariamente, cuando el deudor espontáneamente cumple su obligación, o bien de modo forzoso, mediante un medio indirecto de ejecución; esta última forma puede ser obtenida por el acreedor

haciéndose autorizar él mismo a ejecutar la obligación a costa del deudor. En este caso el acreedor puede, o bien ejecutarla él mismo, o bien hacerla ejecutar por un tercero. El legislador ha previsto expresamente el caso en el primer párrafo del artículo 1266 del C.C, al disponer: En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor.

Este cumplimiento en especie de la obligación de hacer, en materia de familia es el ideal, porque implica que la persona sobre la cual recae la obligación acepta cumplirla voluntariamente sin oponer obstáculos. Por ejemplo: La madre o el padre que cumplen con el régimen de convivencia familiar acordado en beneficio del otro, facilitando el hijo el día y la hora fijadas previamente por acuerdo o sentencia. Esta es la forma natural y más sana de cumplir con estas obligaciones.

Pero, a diferencia de las obligaciones de hacer en el Derecho Civil ordinario en el que se permite que el acreedor en caso de negativa del deudor pueda ejecutarla él mismo o a través de tercera persona, en el Derecho de Familia esto se complica por cuanto las obligaciones familiares y específicamente las derivadas de la patria potestad son *intuitu personae* así como la derivadas por una medida de colocación familiar, por lo que no puede el progenitor afectado subrogarse en la persona del otro para cumplir con la obligación que recaiga sobre éste y mucho menos pretender que un tercero cumpla con la misma. En estos casos el legislador tiene que valerse de otros mecanismos para garantizar el cumplimiento de la obligación.

El cumplimiento de las obligaciones de hacer es analizado de manera muy acertada en la sentencia tomada de (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, GF Nro 9, 2E, Vol.II, págs..54,55 y 56 del 27-7-55): (Oscar esta sentencia la citan en la Enciclopedia Opus, Tomo V J-O, pag 531-532)

... sin embargo, al tratarse de obligaciones de hacer de imposible cumplimiento, bien por el hecho del deudor o porque aún siendo posible la ejecución para lograrla se requeriría ocurrir a la violencia, el principio de la ejecución en especie sufre una excepción en virtud de la tradicional máxima *nemo potest praecise cogi al factum*, más no en el sentido de privar al acreedor de su derecho a perseguir la ejecución directa, sino en el muy diferente de impedir que ésta se logre por medios atentatorios contra la libertad individual. En este caso, pues, habrá imposibilidad de ejecución forzosa y en especie de la obligación, pero sin que ello obste para que el deudor pueda ser condenado a ejecutarla, porque será ante el incumplimiento voluntario, aún después de la condenatoria, sancionada como preferente, según los artículos 448 y 449 del Código de Procedimiento Civil, (Art.524 y 526 del CPC, vigente) cuando pueda ocurrirse a la ejecución indirecta, o sea, al pago de daños y perjuicios. Juzga la Sala, en consecuencia, que el Juez no puede rechazar la demanda de cumplimiento a una obligación de hacer so pretexto de inconstitucionalidad; es decir, en razón de que ella puede conducir, para su ejecución a actos de violencia contra la persona del deudor. Rechazar así un pedimento que tienda al reconocimiento de un derecho a favor del acreedor, como es el cumplimiento de una obligación lícita que sólo puede surgir en ejecución del fallo que condene a la obligación de hacer. En el caso de autos el Juez de la recurrida ha considerado “ulta ilegal por inconstitucional” el pedimento principal de la demanda, o sea que el demandado sea condenado a otorgar al actor, ante la correspondiente Oficina de Registro, la escritura de venta del inmueble objeto de contrato de compra venta que tenían celebrado.

.....No se trata, pues, de una obligación para cuyo cumplimiento se requerirá ocurrir a la violencia, porque sólo el deudor puede cumplirla personalmente, trátase en efecto, de una declaración extraña al consentimiento de las partes, puesto que ya éste existe, y en la que el juez se sustituye al vendedor con el único objeto de proveer al comprador de un título.

En otra sentencia (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, GF N° 8, Vol II, 2E, página 68/del 24-5-55, tomado de Enciclopedia Opus, op. cit., 532) se señaló:

En el supuesto de que se hubiese pedido el cumplimiento de una obligación de hacer, dicha obligación está permitida por la ley y debe cumplirse exactamente como ha sido contraída; si no se cumple, se traduce en pago de daños y perjuicios y puede ser autorizado el acreedor para ejecutarla a costa del deudor...

Las obligaciones de hacer en materia de familia no escapan de esta realidad, por lo que el Legislador especial se ha valido de otros mecanismos para garantizar el cumplimiento en estos casos, como lo es el contenido en el artículo 389-A de la LOPNNA (ob. cit.):

El padre, la madre o quien ejerza la custodia, que de manera reiterada e injustificada incumple el régimen de convivencia familiar, obstaculizando el disfrute efectivo del derecho del niño, niña o adolescente a mantener relaciones y contacto directo con su padre o madre, podrá ser privado o privada de la custodia.

En estos casos la sanción del legislador al que incumpla el régimen de convivencia es abrirle la vía al otro para demandar privación de custodia, teniendo como causal la reticencia al cumplimiento del régimen acordado.

Otro mecanismo es el establecido en el artículo 390 de la LOPNNA (ob. cit.):

El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo o hija cuya custodia haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la Custodia, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione

al hijo o hija, debiendo reintegrar todos los gastos que se hayan hecho para obtener la restitución del niño, niña o adolescente retenido.

En los casos que se ha otorgado la custodia a uno de los progenitores, la obligación de hacer del otro consiste en buscar al hijo y regresarlo de la forma acordada en el régimen de convivencia familiar y cuando no la cumple puede estar incurso en esta retención indebida, que dará lugar a que el Juez se traslade acompañado de la fuerza pública a restituir la custodia al otro progenitor buscando al niño y entregándoselo, debiendo el progenitor que incumplió responder por los daños y perjuicios que hubiese podido ocasionar al hijo e igualmente reintegrar al otro progenitor los gastos que le haya ocasionado en las diligencias para lograr la restitución .

2. Cumplimiento Directo de las Obligaciones de Hacer: En algunas obligaciones de hacer el acreedor puede estar interesado en que la ejecución de las mismas sea efectuada por el propio deudor, es decir, directamente. Ello ocurre generalmente en aquellas obligaciones de hacer cuyo objeto consiste en el desarrollo de una actividad por parte del deudor que requiera el empleo de cierta pericia o dotes especiales; en dichos casos, el legislador considera que el acreedor está interesado en que la ejecución de la obligación sea realizada por el propio deudor y no por un tercero; por ello prohíbe al deudor ofrecer el cumplimiento indirecto de la obligación (mediante un tercero) si el acreedor rehúsa tal cumplimiento. Así lo ha previsto el artículo 1284 del Código Civil: La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor.

Como se expresó anteriormente, en materia de familia estas obligaciones son personalísimas y por lo tanto su cumplimiento recae única y exclusivamente en el obligado por la Ley o la sentencia.

3. Cumplimiento por Equivalente de las Obligaciones de Hacer: En los casos en los cuales no es posible el cumplimiento en especie, ni el cumplimiento directo de las obligaciones de hacer, como en el caso expuesto, procede el cumplimiento por equivalente mediante el pago de daños y perjuicios regido por lo dispuesto en los artículos 1264 y 1271 del CC.

Lo anterior no opera en materia de instituciones familiares, por cuanto sería muy difícil estimar el daño y perjuicio que se le causa a un padre, madre o cualquier otro familiar por el incumplimiento de una obligación de hacer en esta materia, porque son vínculos afectivos que no pueden ser estimados bajo ningún parámetro.

También en el Derecho de Familia se pueden presentar las obligaciones de no hacer definidas en la Enciclopedia Opus (ob. cit., 534) así:

Son las que imponen al deudor una abstención. La prestación en este caso es negativa... Si por su propia culpa, el deudor realiza el hecho a cuya abstención se obligó, podrá el acreedor exigir se destruya lo hecho; si ello ya no es posible, por la naturaleza de la infracción (revelar una fórmula de fábrica) sólo cabe indemnización de daños y perjuicios. Para el primer supuesto el Juez dictará las medidas necesarias para que la contravención cese: destruir lo ya construido, por ejemplo. Si el incumplimiento se debe a caso fortuito, la obligación se extingue, y en consecuencia no procede daños y perjuicios. En las obligaciones negativas no hay mora, pues no cabe otra alternativa: o se cumplen o no se cumplen.

En los asuntos de familia estas obligaciones de no hacer se presentan, por ejemplo, cuando por la conducta del padre o la madre se le limita el régimen de convivencia familiar que le impide buscar al niño, niña o adolescente; sino en las fechas previamente establecidas y a pesar de ello acuden a buscarlos fuera de las

mismas. O cuando se dicta alguna medida de alejamiento del progenitor maltratador del hogar y este sigue entrando al mismo, entre otros ejemplos. Como señala Ricardo Henríquez La Roche, (ob. cit, 447):

El incumplimiento de una obligación de no hacer puede tener carácter continuado o repetitivo, lo cual lleva al acreedor a obtener una orden de inhibición o abstención... A los fines de inhibir el incumplimiento mantenido en el tiempo, y a otros fines de constricción psicológica, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, prevé en el artículo 320 la posibilidad de conminaciones económicas (astreintes): ^ En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el Tribunal de oficio, o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astringencia necesarias^, consistentes en el pago de una cantidad de dinero por cada día que demore el cumplimiento”.

En materia de obligación de manutención esta solución ya ha sido acogida por el legislador al prever en el artículo 374 de la LOPNNA (ob. cit.) que: “el atraso injustificado en el pago de la obligación ocasionará intereses calculados a la rata del doce por ciento anual”.

Igualmente, en el artículo 223 de la LOPNNA (ob. cit.): “El obligado u obligada que incumpla injustificadamente con la Obligación de Manutención, será sancionado o sancionada con multa de quince unidades tributarias (15 U.T) a cuarenta y cinco unidades tributarias (45 U.T)”.

Las dos normas preinsertas constituyen medidas de conminación al cumplimiento de la obligación, dado que en este caso, el padre u obligado alimentario

preferirá dar cumplimiento oportuno antes que le aumente la deuda por los intereses causados o a los fines de evitar la imposición de una multa, que causará perjuicio a su patrimonio. Pero, en la práctica, muchas veces por la insolvencia de los obligados, por carecer de recursos económicos o bienes que puedan ser objeto de embargo, se dificulta lograr el cumplimiento de la cantidad fijada por obligación de manutención y más aún el pago de intereses o de una multa. En definitiva, estos medios de coacción pudiesen ser eficientes dependiendo de la capacidad económica del obligado.

En materia de obligación de manutención la LOPNNA (ob. cit.), a los fines de garantizar el cumplimiento de las sentencias dictadas en esta materia, también prevé otro medio de coacción, de carácter no pecuniario porque afecta directamente las relaciones familiares, ya que establece como una de las causales de privación de patria potestad el incumplimiento de la obligación de manutención (art. 352 literal i).

Asimismo, se sanciona al padre que se niegue injustificadamente a dar cumplimiento a la manutención al establecer en el artículo 362 de la LOPNNA (ob. cit.), la improcedencia de la concesión de custodia y la posibilidad de privarlo judicialmente de la responsabilidad de crianza. Podrá ser rehabilitarlo judicialmente cuando el respectivo padre o madre haya cumplido fielmente durante un año, los deberes inherentes a la obligación de manutención.

Además, en materia de manutención, se observa otra coacción de carácter familiar alternativo que impone el legislador a los fines de lograr el cumplimiento de la obligación de manutención, y que afecta el enlace más cercano que tiene el padre no custodio de poder mantener contacto con su hijo y ejercer algunos atributos de la responsabilidad de crianza, y es la limitación del régimen de convivencia familiar contenida en el artículo 389 de la LOPNNA (ob. cit.):

Al padre o la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación de manutención, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a contar con recursos económicos, a consideración del juez o jueza y con base en el interés superior de beneficiario o beneficiaria, podrá limitársele el Régimen de Convivencia Familiar, por un lapso determinado. En todo caso, la suspensión de este derecho al padre o la madre que no ejerza la Custodia, deberá declarársele judicialmente, determinándose claramente en la sentencia, el tiempo y las causas por las cuales se limita el Régimen de Convivencia Familiar.

Se aprecia que, a diferencia de la manutención, en los otros asuntos de familia establecer una cantidad por cada día de incumplimiento resulta difícil por cuanto es prácticamente imposible determinar el monto del daño en cuanto a los vínculos familiares, y en la mayoría de los casos tal vez inejecutable, porque dependen de la voluntad personalísima del obligado en querer o aceptarlas cumplir.

Aunado a lo anterior, se trata de obligaciones de hacer y a futuro, sobre este tipo de obligaciones, señala Henríquez (ob. cit., 447-448):

Las condenas en futuro en el contexto de la ejecución forzada plantea un problema diverso, de matiz preventivo muy extendido (molto esteso) que

mira a prevenir no la violación, pero sí el período de tiempo entre el momento de la violación y la posibilidad de actuar una jurisdicción represiva con la.

También sobre las obligaciones de hacer y de no hacer postula Couture (2007, 423) que:

Si la obligación establecida en la sentencia consiste en hacer y el deudor es remiso en satisfacer la obligación, entonces se realiza por su cuenta y riesgo. Es, una vez más, el oficial de justicia acompañado de los artesanos que deben realizar la obra, y de la fuerza pública si hubiere resistencia a tolerar la realización de ella, el que se convierte en conductor y organizador de la ejecución. Así la obligación de levantar el muro medianero, la de alejar los árboles próximos a la pared común, etc.

Además, en las sentencias de los asuntos de familia que conllevan una obligación de hacer la ejecución no es tan sencilla, por cuanto si bien el Juez tiene la potestad de trasladarse con la parte gananciosa a ejecutar la sentencia de manera forzosa, la efectividad de esa ejecución dependerá del grado de coacción que ejerza en el perdidoso la presencia del Juez con la fuerza pública. Por ejemplo, en una sentencia que acordó el régimen de convivencia familiar, a favor del padre y la madre no da cumplimiento voluntario al mismo. El padre puede solicitar la ejecución primero voluntaria y después forzosa de acuerdo a las normas de ejecución establecidas en el CPC, que implicará el traslado del Juez con apoyo del equipo multidisciplinario para convencer a la madre del cumplimiento. Pero en caso de negativa no podrá el Juez por él mismo o designando a un tercero agarrar al niño por la fuerza y entregárselo al padre.

Al respecto, muy acertadamente señalan Morales y Armas (2005, 119-120):

Ahora bien, considerando que lo que está en juego son sentimientos familiares que los operadores de justicia deben salvaguardar celosamente, la ejecución forzosa y normalmente violenta, resulta nefasta para el niño y sus padres; debemos entonces descubrir fórmulas de cumplimiento que sean lo menos perniciosas para todos.

Tenemos, entonces, que fuera de la ejecución forzosa prevista en el Código de Procedimiento Civil, la LOPNA plantea el camino de las sanciones de orden penal y de orden familiar contra el guardador del niño que no permite los encuentros con el otro progenitor fijados en un mandato judicial, puesto que, ni los justiciables pueden aceptar pacientemente que el progenitor guardador supere su conflicto no resuelto, ni los jueces pueden quedarse cruzados de brazos ante el flagrante desacato a sus decisiones, todo ello unido a la vulneración continuada del derecho recíproco de padre/ madre e hijo. De la misma forma, el progenitor visitante que pretenda ejercer el derecho de frecuentación regulado en un pronunciamiento judicial en forma abusiva, podrá ser igualmente objeto de requerimiento por la autoridad judicial.

Como lo indican Morales y Armas (ob. cit.), la LOPNNA regula otros medios de coacción alterna para el cumplimiento de las sentencias que versan sobre convivencia familiar y dispone en el artículo 270 de la LOPNNA (ob .cit.):

Quien impida, entorpezca o incumpla la acción de la autoridad judicial, del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o del o la Fiscal del Ministerio Público, en ejercicio de las funciones previstas en esta ley, será penado o penada con prisión de seis meses a dos años.

En este caso la madre, o el padre, podrá ser sancionada penalmente por el incumplimiento injustificado del régimen de convivencia familiar. Hay que destacar que esa es otra particularidad de las sentencias dictadas en estos asuntos, porque si la

madre demuestra que es contrario al interés superior del niño compartir con su padre, el mismo Juez puede ordenar la suspensión de la ejecución hasta que el padre sea previamente orientado y se logre un cambio de conducta en beneficio del niño. Ello así por cuanto en esta materia impera el principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 8 de la LOPNNA (ob. cit.):

El interés superior de Niños, Niñas y Adolescentes 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, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

La otra vía de coacción sería la demanda de privación de custodia que podría intentar el padre o progenitor afectado ante el incumplimiento del régimen de convivencia familiar, a tenor de lo establecido en el artículo 389-A LOPNNA (ob. cit.):

Al padre, la madre o a quien ejerza la custodia, que de manera reiterada e injustificada incumpla el Régimen de Convivencia Familiar, obstaculizando el disfrute efectivo del derecho del niño, niña o adolescente a mantener relaciones y contacto directo con su padre o madre, podrá ser privado o privada de la custodia.

De esta norma se evidencia el interés del legislador en poder garantizar que se le dé cumplimiento efectivo a la convivencia familiar del niño con el progenitor no custodio, entendiendo que es un derecho humano que tienen el padre o la madre y el

hijo de continuar manteniendo relaciones y contacto directo a pesar de la separación de los progenitores o de no haber convivido juntos.

Se entiende igualmente, que ese contacto con ambos progenitores garantizará un desarrollo emocional más estable. Según la gravedad de la conducta del progenitor, el legislador establece la posibilidad de privarlo de la patria potestad, a tenor de lo establecido en el artículo 352, literal b, (LOPNNA, ob. cit.), que indica como causal de privación circunstancias que los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza de los derechos fundamentales del hijo o hija, ya que su conducta vulnera el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre y la madre contenido en el artículo 27 ejusdem.

En opinión de Morales y Armas (ob. cit., 120):

Esta posibilidad ya ha sido anunciada en los últimos años por abundante doctrina extranjera, al partirse de la idea que el mejor guardador es aquel que mejor favorece la relación del hijo con el otro; por lo tanto, el comportamiento de rechazo hacia las visitas del progenitor no conviviente lo descalifica como guardador.

Pero no sólo como guardador sino que también lo puede descalificar para ejercer la patria potestad; afectarlo en cuanto a la representación legal, administración de bienes y responsabilidad de crianza de sus hijos conforme fuere la gravedad de su conducta y el grado de vulneración a los derechos de sus hijos que haya causado con la misma. De no ser tan grave el daño causado, la privación de custodia sería una

sanción menor gravosa para el padre custodio renuente a permitir el contacto del otro progenitor con el hijo.

En materia de convivencia familiar también se sanciona la conducta del progenitor que no cumple con el régimen, en el sentido de no devolver al niño en la oportunidad correspondiente violando lo acordado entre las partes o en la sentencia, o los sustraiga sin el consentimiento del progenitor custodio incurriendo en lo que se denomina una retención indebida. En el artículo 390 de la LOPNNA (ob. cit.), señala:

El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo o hija cuya Custodia haya sido otorgada al otro a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya debiendo reintegrar todos los gastos que se hayan hechos para obtener la restitución del niño, niña o adolescente retenido.

Por otra parte, se debe señalar la lamentable situación de inejecución que se presenta en el cumplimiento del régimen de convivencia familiar, en la situación inversa, cuando es el progenitor no custodio el que incumple con el mismo, dado que no hay forma de obligarlo a cumplir, por cuanto es imposible suplantar los sentimientos de afecto que deberían llevar a este progenitor a cumplir con el régimen, y la LOPNNA no prevé de manera directa nada al respecto.

En estos casos, se impone la conveniencia de acudir a las terapias familiares y orientación psicológica para ese padre o madre que de manera asombrosa no manifiesta deseos de compartir con sus hijos. En la práctica, no hay forma de obligar

a ese progenitor a acudir de manera obligatoria a la consulta terapéutica a los fines de tratar el problema con el objeto de lograr cambios positivos. En dichos casos, se debería implementar un sistema de imposición de multa a ejecutarse sobre el salario del progenitor por cada día que deje de asistir a la consulta o terapia de orientación, como una manera de coaccionar para el cumplimiento de la misma y a los fines de evitar violaciones de derechos por parte de los mismos padres.

Siguiendo con el análisis de las obligaciones de hacer, Couture (ob. cit., 424), destaca que la doctrina angloamericana llama *specific performance*, ejecución específica, a la realización de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, en los términos dispositivos del fallo. Precisa que en estos casos el problema escapa de lo teórico y pasa a lo práctico, “no es tanto de doctrina como de experiencia jurídica”.

Continúa comentando el autor antes citado (ob. cit.), que la condena específica puede quedar ilusoria cuando la obligación de hacer no es susceptible de realizarse por un tercero, como ocurre en la mayoría de los asuntos de familia. Para obviar estas graves dificultades, señala que la doctrina y la jurisprudencia han arbitrado soluciones de diversa índole. Siendo ellas las *Astreintes* y otras formas de ejecución indirecta: El Derecho Francés, el Alemán y el Angloamericano han dado a este problema diversas soluciones que se exponen someramente a continuación.

Basándose en la doctrina del Derecho Francés, Alemán y Angloamericano. Couture (ob. cit., 425), indica que la doctrina y jurisprudencia francesas han buscado

a este problema soluciones no exentas de ingenio. Sustituyen la coacción de carácter material consistente en utilizar la fuerza pública para forzar al obligado a cumplir, por una coacción de carácter económico, “casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma. Se llama aún en la doctrina hispanoamericana, *astreintes* (constricción), todavía con la palabra francesa, a esta forma especial de compulsión”.

Comenta Couture (ob. cit., 425), que el Derecho Alemán ha acudido a una solución de Derecho positivo más precisa y rigurosa, por lo que analiza el artículo 888 de la ZPO (Ley de Enjuiciamiento Civil Alemana) dice:

Si el acto no pudiera ejecutarse por un tercero y dependiese exclusivamente de la voluntad del deudor, el tribunal de primera instancia ordenará, a petición del acreedor, que se constriña a aquél a la ejecución del acto mediante pena pecuniaria o de prisión. En la imposición de la primera el tribunal no estará sujeto a limitaciones. Esta disposición no será aplicable en el caso de condena a contraer matrimonio, al restablecimiento de la vida conyugal o a la realización de servicios derivados de un contrato de esta clase.

Agrega el autor citado anteriormente, que la característica de la solución alemana es la de transformar la inexecución en ilícito penal, forma ésta que tiene en el Derecho uruguayo una solución homóloga en el artículo 216 del Código del Niño, para la ejecución de la condena de alimentos a favor de menores. Pero en el caso de la prisión, la condena sólo tendrá efecto intimidatorio, pues por sí sola no satisface la obligación.

Señala Couture (ob. cit.), que la constricción que sanciona penalmente el incumplimiento, no satisface ni garantiza por sí misma la obligación. En la práctica, las mismas entran en desuso y más cuando se trata de asuntos de familia en los que una sanción penal en nada contribuye a la armonía de las relaciones familiares.

Con respecto al Derecho Angloamericano, comenta este mismo tratadista, que de manera análoga, preconiza la *specific performance* como forma de realización. Pero, en lugar de colocar el problema en el ámbito del Derecho Penal, lo sitúa dentro de lo que él llama jurisdicción disciplinaria. Indica que el obligado se encuentra situado dentro del ámbito disciplinario del juez. La no ejecución del fallo es una desobediencia, un menosprecio, una ofensa al tribunal. Se le denomina *Contempt of Court* y se reprime ejecutivamente por el propio Juez. No rigen aquí los principios de defensa del imputado, propios del Derecho Penal. El hecho constituye tanto un delito como una indisciplina. No se castiga con una pena, sino con una sanción disciplinaria, hasta que se cumpla con la orden judicial.

Agrega Couture (ob. cit., 426), que en el proyecto de 1945 en el Derecho Uruguayo, ellos trataron de armonizar estas tres soluciones, la del Derecho francés, del alemán y del angloamericano, estableciendo la primacía de la ejecución in natura, la opción a favor del acreedor, y las sanciones disciplinarias y aun penales, para el caso de abierta desobediencia a la orden de la autoridad.

En el Derecho Venezolano, como se analizó anteriormente, en los asuntos de familia, el legislador pondera lo difícil que es ejecutar una decisión en algunos de los asuntos tratados por la LOPNNA (ob. cit.), porque dependen de la voluntad de la persona obligada, y ha creado mecanismos alternos para el cumplimiento de estos casos. En sede de familia cualquier sanción penal o de multa, no lograría el efecto perseguido que es el cumplimiento de los deberes familiares in natura.

En estos casos, la ejecución sería la conformación de varios equipos multidisciplinarios adscritos a los Tribunales de Protección o a cualquier otro organismo del Estado que trabaje coordinadamente con los mismos, conformado por profesionales que trabajen con un máximo de 20 familias, que atenderían a cada uno de sus miembros, quienes reforzarían las debilidades que tengan. Incluso previéndose permisos para los padres con sus patronos para poder asistir a las terapias, consignando la respectiva constancia de asistencia a la misma. De esta forma, la ejecución sería más eficaz y en total beneficio del niño.

En lo que respecta a la ejecución de los régimen de convivencia familiar, se observa en la práctica lo tortuoso que puede convertirse tanto para el progenitor, familiar o tercero beneficiado con el mismo y para el propio niño, niña o adolescentes lograr la ejecución de los mismos, cuando el otro progenitor o la persona sobre la cual recae la obligación de facilitar el contacto se niega a ello, aplicando un sinfín de

estrategias para impedir el contacto filial favorecido por el régimen. En la mayoría de los casos los más perjudicados son los hijos.

Se considera importante contar con suficientes equipos multidisciplinarios que trabajaran con ese grupo familiar para lograr la armonía y el normal desarrollo de las relaciones familiares. En la actualidad los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes cuentan con un equipo multidisciplinario pero el mismo no es suficiente para cubrir la gran demanda de casos y mucho menos para trabajar a profundidad y a dedicación semanal con un grupo familiar. Se requiere gran cantidad de profesionales en el área de psicología, orientación, trabajo social y hasta de psiquiatría que pudiesen trabajar con grupos de no más de veinte familias, con un seguimiento y terapia constante para lograr cambios de conducta positivos; incluso, deberían trabajar coordinadamente con los patronos de ese padre, madre o familiar para coordinar los permisos para las terapias y darle la importancia y el valor que tendrían las mismas. Sólo con un trabajo constante y seguimiento permanente se podría lograr en estos casos una ejecución in natura de los regímenes de convivencia familiar.

Conviene destacar que, como plantean Morales y Armas (ob. cit., 121);

Otros países han ido lejos en materia de doblegar la postura obstinada de un progenitor que obstruye las relaciones paterno-filiales, por ejemplo, la legislación francesa ha diseñado un delito penal de familia denominado “non représentation’ enfant” en el artículo 227-5 del Código Penal, conforme al cual se sanciona con privación de libertad a la persona que teniendo la guarda del hijo, rechaza indebidamente facilitárselo a la

persona que le corresponde una reclamación por visitas. Este delito ha desarrollado un variado contencioso en virtud del cual se ha dejado sentado, por ejemplo, que la resistencia del niño a encontrarse con el progenitor no guardador no justifica ni constituye una excusa legal que exonera de responsabilidad al guardador, puesto que éste tiene la obligación de hacer todo cuanto fuere posible para vencer las renuencias del hijo; que es culpable del delito de “non représentation d’enfant” la madre que mintió haciéndole creer al padre que su hija estaba enferma para que no fuese a buscarla a ejercer su derecho de visitas, puesto que el haber utilizado ese ardid obstaculizó el derecho de visitas. Pronunciamientos judiciales que nos invitan a reflexionar sobre la dimensión y alcance a que puede llegar un Juez de Protección dotado de grandes poderes, en su tarea de velar por los derechos de los niños.

Hay otros asuntos de familia que no presentan este tipo de inconvenientes en su ejecución y podría decir que son de fácil cumplimiento, como las sentencias que declaran la filiación, las cuales con el oficio del Juez al registrador respectivo logran la tutela judicial efectiva. Lo mismo ocurre con las adopciones, las cuales se ejecutan con la inscripción del decreto de adopción.

Igualmente con las sentencias de divorcio que al quedar definitivamente firmes bastará el oficio que el Juez envíe al Registrador respectivo para que queden ejecutadas. En los casos de partición, realizadas todas las diligencias del partidor a los fines de hacer efectiva la partición acordada por el Juez se logra el cumplimiento de las mismas. Y como antes se precisó en muchos casos la ejecución es de oficio por el Juez.

En el ámbito Contencioso Administrativo, que como se señaló anteriormente, también regula la LOPNNA, las obligaciones de hacer. Como acertadamente lo

señala Henríquez (ob. cit., 445-446), están a cargo del Poder Público, y no pueden ser tratadas con las categorías civilistas propias del Derecho Privado, ni el recurrente puede considerarse propiamente un acreedor. Indica este autor que el Tribunal de lo contencioso no puede autorizar a la parte gananciosa a ejecutar por sí misma el acto omitido por la administración pública, ya que de hacerlo violaría la naturaleza del deber jurídico incumplido. En tales casos se aprecia, que:

Con todo y ser en esencia una obligación de hacer, la norma de ejecución que debe aplicarse es la del artículo 531 del CPC; el acto jurisdiccional que profiere la sentencia misma, como acto público que es, sustituye el acto público remiso de la administración estatal y hace sus veces. De manera que el Tribunal sustituye al órgano administrativo, haciendo prácticamente efectiva la voluntad de la ley, es decir, la realización del acto que la ley manda o autoriza bajo ciertas condiciones, y que no fue ejecutado por la administración. La tesis Chovendiana que conceptualiza el acto jurisdiccional como sustitución es pacíficamente aceptada por la doctrina procesal, al menos en lo que concierne a las sentencias de condena.

En síntesis, se evidencia que en materia Contencioso Administrativo procede la sustitución de la sentencia por el acto omitido por la administración, dado que no puede el Juez en este caso como en los asuntos de carácter personalísimo que trata la LOPNNA obligar a la administración a emitir el acto en cuestión, y es la referida sustitución una manera efectiva de garantizar lo ordenado en la sentencia y la tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO III

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LOPNNA

Previo a analizar el concepto de tutela judicial efectiva doctrinaria y jurisprudencialmente se considera pertinente citar a Couture (ob. cit., 445), quien al analizar la relación del proceso con la tutela jurídica señala:

A diferencia de lo que se ha sostenido, la necesidad de la tutela jurídica no es un presupuesto del proceso. El *intérêt d'agir*, como se le denomina en la doctrina francesa, sólo es un presupuesto de la sentencia favorable. El derecho no puede suponer que sólo se promoverán litigios fundados. Tampoco puede asegurar que los jueces no se equivocarán nunca. Pero debemos suponer que la efectividad de la tutela jurídica acompaña normalmente a la necesidad de la tutela jurídica.

El derecho, como sistema, se halla implantado sobre la suposición de que los jueces siempre habrán de dar la razón a quienes la tienen. La conducta, en tanto realidad del derecho, sólo permite admitir que eso ocurre normalmente pero no necesariamente.

En último término la realidad de la tutela jurídica consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente.

A los efectos de este trabajo, llama mucho la atención cómo Couture relaciona directamente la tutela jurídica con la sentencia favorable, que en definitiva es la que puede ser objeto de ejecución; podría decirse que es más limitado su concepto si se compara con el de la doctrina y jurisprudencia venezolanas que consideran la tutela

judicial efectiva como el derecho de acceso que tienen todos los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales, incluso también el derecho que tiene el ciudadano a ejecutar la sentencia que le favorezca, pero sin limitarlo sólo a ello, por cuanto Couture la considera no como un presupuesto del proceso sino de la sentencia favorable.

En el Derecho Venezolano, el concepto surge a partir de su inclusión como derecho constitucional en el artículo 26 de la CRBV (ob. cit.), que establece:

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

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

También Venezuela ha suscrito y ratificado Tratados Internacionales que consagran este principio o los derechos que se protegen a través de él. Los cuales enumeramos a continuación:

1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), consagra el derecho a la Justicia en su Artículo XVIII:

Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que viole, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en sus artículos 8 y 10 consagra algunos de los derechos protegidos en el artículo 26 de la CRBV, ellos son:

Artículo 8.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, o para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

3. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José, 1978). Esta Convención consagra varios derechos procesales relacionados directamente con la tutela judicial efectiva:

Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Venezuela hizo reserva a este numeral)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

Dderecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Artículo 25. Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976):

Artículo 14:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de

carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Como puede observarse, dentro de las garantías que muchos de los Tratados consagran, establecen el derecho a ejecutar o hacer cumplir las decisiones, el cual relacionan directamente con lograr la tutela judicial efectiva de los justiciables.

El Máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, en Sentencia N° RC-00407 de la Sala de Casación Civil de fecha 21 de junio de 2005, ha definido el derecho a la tutela judicial efectiva como:

Aquél atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme al derecho, mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en Derecho.

En otra Sentencia N° 576, Expediente N° 00-2794, caso: María Josefina Hernández M., la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 27 de Abril del 2001, ha dejado sentado lo siguiente:

...los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen el derecho de los ciudadanos a gozar de una tutela judicial efectiva, la cual comprende, no sólo el acceso a la justicia, sino que toda sentencia sea oportunamente ejecutada en los términos en que fue proferida.

Otra corriente doctrinaria equipara la acción a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la CRBV, ya que ambas tienen naturaleza jurídica de derecho fundamental, un derecho humano positivado en el ámbito del estado constitucional democrático que representa una evolución del estado constitucional legislativo. Todos los poderes públicos están vinculados al catálogo de derechos fundamentales y estos son la articulación jurídica de los valores supremos o superiores consagrados en el artículo 2 de la CRBV.

Además, los derechos fundamentales tienen posición preferente que se traduce en la consagración de garantías reforzadas que son mecanismos de protección. El régimen jurídico de garantías particularmente reforzadas que protege al conjunto de derechos fundamentales también protege a la acción y a la tutela judicial efectiva, por lo cual pasan de ser una garantía a ser garantizadas. Estos derechos se consideran derechos humanos procesales o derechos fundamentales del justiciable.

Concatenando el criterio del maestro Couture (ob. cit., 445), con el de la jurisprudencia venezolana respecto a la tutela judicial efectiva, se puede concluir que para garantizar la efectividad de la misma en materia de familia se requiere lo siguiente:

1. Que los justiciables tengan acceso a la justicia.
2. Jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen.
3. Autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales positivamente.
4. Que la sentencia sea ejecutada oportunamente en los términos que fue proferida.

Esta investigación se centrará en estos cuatro aspectos para analizar cómo se puede garantizar la tutela judicial efectiva en los diversos asuntos de familia que regula la LOPNNA. Se estima que con el primero no se presenta mayor problema, porque en la actualidad la Ley ha creado una serie de organismos que permiten o faciliten al justiciable el acceso a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y con ello a obtener un pronunciamiento judicial. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, de acuerdo con el literal “d” del artículo 202 de la LOPNNA, están legitimadas para denunciar ante el Consejo de Protección o Tribunal

competente, según sea el caso, de las situaciones que constituyan infracciones de carácter civil, administrativo o penal para que la autoridad competente las tramite.

Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de conformidad con el literal g del artículo 160 ejusdem, también tienen la atribución de denunciar ante el Ministerio Público dichas infracciones. Igualmente, de conformidad con el literal k, están legitimados para solicitar la declaratoria de privación de patria potestad y de acuerdo con el literal l, pueden solicitar la fijación de la obligación de manutención y del régimen de convivencia familiar.

Las Fiscalías Especializadas en materia de Protección, Civil e Instituciones Familiares así como la Defensa Pública en materia de protección a niños, niñas y adolescentes están legitimadas para defender los derechos e intentar las acciones pertinentes ante los Tribunales.

Aunado a lo anterior, todos estos organismos deben agotar la conciliación en asuntos de naturaleza disponible, y en caso de lograrla deben remitir los acuerdos al Tribunal de Protección para que le imparta su homologación con lo que se garantiza la ejecución en caso de incumplimiento de los mismos; de lo que se evidencia que el acceso del justiciable a los órganos jurisdiccionales a través de estos integrantes del sistema de protección está eficientemente garantizado. El primer requisito para garantizar la tutela judicial efectiva en esta materia se encuentra satisfecho.

En lo que respecta a los otros tres supuestos si se deben realizar algunas consideraciones de importancia, porque para lograr que el Juez sea capaz de dar la razón a quien sinceramente cree que la tiene, debe contar con informes suficientemente detallados. Resalta la importancia de los informes técnicos elaborados por los equipos multidisciplinarios adscritos a los Tribunales de Protección especialmente en los asuntos que conforman las instituciones familiares.

En lo relativo a las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias positivamente, también se aprecian algunos problemas que deben ser analizados en lo que se refiere a la falta de organismos auxiliares que de manera gratuita presten el servicio de Peritaje y Depositaria Judicial.

Y en cuanto a que la sentencia sea ejecutada oportunamente en los términos que fue proferida también se destacan algunas consideraciones importantes referentes a que las sentencias sean dictadas de tal manera que efectivamente puedan ser ejecutadas de acuerdo a la realidad familiar que se le presenta al juez sobre todo en materia de régimen de convivencia familiar y custodia.

Previo a profundizar sobre estos tres aspectos, se considera pertinente analizar la importancia de la ejecución de las sentencias, la cual estudia muy bien Sánchez (2008, 2), cuando indica que el fin de la jurisdicción no se agota con la sentencia, por

cuanto de nada serviría a los intereses del titular del derecho reconocido por la misma, la sola declaración de voluntad concreta de la ley; se requiere el cumplimiento coactivo de la obligación, convirtiéndose así la ejecución en la continuación y culminación de la actuación jurisdiccional del Estado, que se concreta en el cumplimiento de aquella declaración.

Agrega Sánchez (ob. cit., 3), que la etapa de ejecución que se inicia una vez culminada la fase de cognición, es el caso más evidente de la intervención del Estado por encima de la voluntad de los particulares, a través de la imposición coercitiva del cumplimiento del mandato contenido en la sentencia que, en definitiva, es derivación de la norma jurídica general para constituir la en una norma jurídica particular. La sentencia definitivamente firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida según lo establece el artículo 273 del CPC (ob. cit.).

Indica acertadamente el autor antes citado, que con la ejecución de la sentencia se garantiza la eficacia de la tutela jurisdiccional y por ello, se exige que la misma disponga de medios que pueden estar dirigidos a lograr que el obligado por voluntad propia cumpla la prestación o a proporcionar al acreedor dicha prestación, aún sin el concurso de la voluntad de aquél.

También, al analizar la ejecución de las sentencias dictadas en los asuntos de familia, no puede apartarse de la realidad las particulares características que

acompañan a los conflictos familiares. Como muy bien lo señala Morales (2005, 78), en éstos se mezclan diversidad de sentimientos, en otros contenciosos normalmente se puede identificar un sólo interés que moviliza el conflicto, como por ejemplo el económico.

En las disputas familiares siempre hay diversos intereses y sentimientos de variado origen, los cuales se entremezclan entre sí y ni los mismos protagonistas del conflicto los identifican y reconocen tales como odio, desilusión, frustración, resentimiento, rabia, dolor, venganza u otros, sin excluir tampoco el interés económico.

Según Morales (ob. cit., 80), los conflictos familiares se caracterizan porque:

1. La relación personal de los protagonistas se mantiene hacia el futuro.
2. La convicción de que son conflictos que pertenecen a lo privado: La mayoría de las personas piensan que los asuntos de familia pertenecen a la esfera íntima de lo privado, por lo que no se tolera fácilmente la injerencia del Estado, a través de la justicia formal para su resolución
3. El conflicto abarca a todos los miembros del grupo familiar.
4. Pueden haber varios aspectos jurídicos en un solo conflicto.

Todos estos aspectos deben ser tomados en cuenta por el Juez al momento de proceder a la ejecución de cualquier decisión dictada en los asuntos que regula la LOPNNA, para garantizar efectivamente la tutela judicial efectiva en esta etapa crucial y determinante del procedimiento. Y tomando en cuenta la muy acertada caracterización de los conflictos familiares realizada por Morales, se retomarán tres de

los cuatro requisitos que son fundamentales para garantizar la tutela judicial efectiva y eficiente en los asuntos de familia.

En cuanto al segundo requisito: 2) Jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen: Se observa que para poder cumplir con el mismo, el Juez de Protección debe contar con informes idóneos y pertinentes que analicen a profundidad la situación familiar controvertida, para poder dar la razón a la parte que realmente garantice mejor el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado en el asunto. El legislador creó los equipos multidisciplinarios adscritos a los Tribunales de Protección, integrados por psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, abogados, quienes son los encargados de elaborar los informes técnicos.

En este aspecto, opina Rojas G. (2011, 275), al referirse a los informes técnicos del equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Aspectos Jurídicos de dichos informes. Marco Jurídico de los equipos multidisciplinarios, que:

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de garantizar mayor seguridad jurídica a las personas y en especial el cumplimiento efectivo de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, acordó en fecha reciente dictar las orientaciones sobre los criterios que deben ponderar los jueces y juezas de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para ordenar la elaboración de informes técnicos a los equipos multidisciplinarios. Se destaca así esta acción del Tribunal Supremo de Justicia, encaminada como tantas otras a la transformación y fortalecimiento del Sistema de Justicia, enmarcada dentro de la estrategia general de asegurar, tanto en el plano normativo

como en la práctica, la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, al circunscribir la elaboración de informes técnicos ordenados a los equipos multidisciplinarios sólo en aquellos casos donde sean imprescindibles, redundaría en el cumplimiento de otro principio constitucional como lo es la celeridad procesal.” (Ivonne Denise Rojas García, trabajo titulado: “Proyecto de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia”, publicado en el libro VI Foro Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, N° 37, Serie Eventos, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas/Venezuela 2011.

Hay que destacar que dicho acuerdo fue aprobado en Sala Plena en fecha 30 de septiembre de 2009, y se ordenó su publicación en la Gaceta Oficial. Se piensa que la buena elaboración de los informes técnicos redundaría en la garantía de la tutela judicial efectiva y eficiente, ya que estos son experticias cuyo objeto es comprobar hechos determinantes en una determinada pretensión donde se ventilen conflictos familiares en los que esté involucrado el interés niños, niñas y adolescentes.

El acuerdo de la Sala Plena del TSJ, señala que los informes sólo deben ser ordenados en aquellos casos que realmente lo ameriten, bajo criterios de indispensabilidad, celeridad procesal y economía procesal, ello por cuanto su elaboración sólo se debe ordenar en aquellos casos en que sean realmente imprescindibles para la decisión; de esta forma se lograría mantener la operatividad óptima de los equipos multidisciplinarios que influiría directamente en la elaboración completa e integral del caso analizado y en consecuencia el Juzgador podrá dictar la decisión más ajustada al interés superior de los niños o adolescentes objeto de la decisión.

Por ejemplo, se establece que en materia de convivencia familiar se solicitará informe técnico parcial cuando alguna de las personas que conforman el entorno del niño se encuentre en alguno de los siguientes supuestos: Exista una condición de salud, enfermedad física o mental que afecte la capacidad de esa persona para relacionarse y proteger al niño; haya aspectos físico ambientales que afecten de manera perjudicial el lugar de convivencia familiar; el horario, la regularidad, la frecuencia y el lugar donde se realizan los contactos personales afecten el disfrute del derecho de convivencia familiar; no sea posible cumplir con el régimen de convivencia familiar debido a la negativa de niño, niña o adolescente y por último que existan amenazas graves de retención indebida o traslado ilícito del niño, niña o adolescente. El artículo 10 del proyecto también establece que debería ordenarse la elaboración de informes técnicos integrales en los casos de autorizaciones para residir fuera del territorio nacional.

Cabe destacar que siendo de gran importancia estos informes para la toma de decisiones en esta materia, los mismos deben evitar ser referenciales, sobre todo en lo que respecta a los informes sociales practicados a las partes. El deber insoslayable es que el trabajador social se traslade y verifique personalmente todos los detalles importantes para la elaboración del informe. De allí la pertinencia de que los jueces apliquen los criterios antes indicados cuando ordenen los mismos.

En lo referente al tercer requisito: Autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales positivamente, se observa que en la LOPNNA se estableció todo un sistema de protección integral, en el que crearon órganos administrativos de protección, órganos jurisdiccionales (incluso en muchos Circuitos Judiciales ya funciona el Tribunal Ejecutor de sentencias dedicado exclusivamente a las ejecuciones), fiscales y defensores especializados, todos prestando un servicio gratuito a los usuarios de la Ley. Pero el legislador no consagró la gratuidad en los órganos auxiliares de administración de justicia requeridos para lograr la materialización de la ejecución de las sentencias.

Esta situación afecta de manera considerable la tutela judicial efectiva y eficiente en materia de ejecución de sentencias que establezcan la obligación de manutención. Dada la naturaleza de estas pretensiones, cuyas sentencias condenan al pago de determinada cantidad por parte del obligado alimentario, en caso de que este no cumpla de manera voluntaria, procede la ejecución forzosa en la que el Juez podrá ordenar el embargo de bienes. Pero, para poder realizar el mismo el Tribunal necesita contar con el apoyo de un perito evaluador que determine el valor de los bienes objeto de la medida, para determinar la suficiencia o no del embargo, y con una Depositaria Judicial en la que permanezcan los bienes en calidad de depósito hasta que el Tribunal ordene su remate. Estos dos auxiliares, en la práctica, cobran sus honorarios por el servicio prestado, que deben ser cancelados por la parte gananciosa ejecutante, porque no está establecida su gratuidad en la Ley.

Se observa que esto afecta directamente que se logre la tutela judicial efectiva y eficiente en los casos de manutención, por cuanto la mayoría de las madres carecen de recursos económicos para cancelar los honorarios del perito y de la depositaria, haciéndose prácticamente imposible poder materializar la ejecución en estos casos. Se considera que en una futura reforma de la Ley o a través de una resolución del Tribunal Supremo de Justicia se debería crear un servicio gratuito de peritaje y depositaria judicial que preste sus servicios de manera gratuita en las ejecuciones de sentencia, cuando se determine que la madre carece de recursos económicos para cancelarlos.

De esta forma se estaría garantizando que las pretensiones de manutención que están íntimamente ligadas al derecho a un nivel de vida adecuado establecido en el artículo 30 de la LOPNNA (ob. cit.), pudiesen ser efectiva y eficientemente ejecutadas. Se estima que no es eficaz que el legislador establezca la gratuidad de la justicia en esta materia si precisamente esa gratuidad no está garantizada hasta la etapa final del procedimiento, como lo es la de ejecución, etapa en la que se concretará lo ordenado en la sentencia.

En este mismo orden de ideas, para garantizar la efectividad en el cumplimiento de las sentencias que condenan al pago de la obligación de manutención sería muy pertinente que se estableciera un sistema que permitiera a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tener acceso directo a la información que

maneja el Registro Nacional de Empresas adscrito al Ministerio del Trabajo, ya que todas las empresas se deben registrar en el mismo y se les asigna un Número de Identificación laboral (NIL), debiendo declarar trimestralmente el número de empleados, con los datos de identificación de los mismos, salario y demás beneficios laborales, al tener el Tribunal esta información procedería a decretar la medida ejecutiva de embargo sobre el salario, las prestaciones o sobre cualquier otro beneficio laboral que recibiera el obligado alimentario que no ha dado cumplimiento voluntario a la sentencia, consiguiendo así una herramienta eficaz para lograr la ejecución y tomando en cuenta que en la mayoría de los casos las madres desconocen la información laboral (lugar de trabajo, salario y demás remuneraciones) de los padres demandados por obligación de manutención. De igual manera el Tribunal de Protección debería tener un sistema que le permitiera tener acceso a la información de la Superintendencia de Bancos (SUDEBAN) para tener conocimiento directo al momento de ejecutar de las cuentas que maneja el demandado en cualquier entidad financiera del país, sin tener que esperar la respuesta de dicho organismo, con ello se lograría mayor celeridad y efectividad.

Respecto a los asuntos de instituciones familiares como custodia y régimen de convivencia familiar, es el mismo Juez, junto con algún integrante del equipo multidisciplinario del Tribunal, el que debe trasladarse a ejecutar la misma, y que en algunos asuntos civiles, así como en la adopción, bastará con el oficio pertinente librado por el Juez a la autoridad correspondiente.

En lo que se refiere al cuarto requisito: Que la sentencia sea ejecutada oportunamente en los términos que fue proferida, se considera que la prontitud en la ejecución en los casos comprendidos dentro de las instituciones familiares en la LOPNNA va muy relacionada a que el Juez haya conocido suficientemente la problemática familiar y su sentencia haya sido la mejor forma de solucionar la misma, en el entendido que para las partes será más fácil aceptar su cumplimiento. Igualmente ese correcto conocimiento de la situación familiar planteada concatenado con los conocimientos de derecho y muy especialmente todos los relacionados a las instituciones familiares, permitirá al Juez dictar la sentencia que eficientemente garantice el principio del interés superior del niño, niña y adolescente en el caso debatido.

Especialmente en los asuntos de fijación de régimen de convivencia familiar y responsabilidad de crianza, se observa que en la práctica muchas veces las sentencias resultan de difícil ejecución o hasta inejecutables porque las mismas no resolvieron la situación familiar en conflicto de manera más satisfactoria para la realidad familiar de las partes. Por ejemplo, en una demanda de restitución de custodia, donde existen graves problemas entre padre y madre y luego de un largo procedimiento judicial, el Tribunal de Juicio sentenció una custodia compartida entre padre y madre, la cual es imposible de ejecutar por cuanto para ello se requiere de ciertas condiciones que evidentemente no presentaban los padres en conflicto.

Como bien lo señala la Picón G. (2011, 328), la custodia compartida dentro de la Ley es de carácter excepcional, es decir, “que el ser compartida no es la regla como sí lo son los otros atributos de la responsabilidad de crianza, como sería el amar, educar, orientar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a los hijos e hijas”. Aunado a lo anterior, en el caso planteado, ninguno de los padres había solicitado que la custodia fuese compartida, ya que la madre solicitaba la restitución y el padre se negaba porque quería mantener el ejercicio de la misma y en nuestra legislación sólo puede ser acordada:

A petición de los padres. ante las posiciones explanadas en cuanto a si sólo puede ser acordada cuando haya convenio entre las partes o puede ser decidida en protección del infante por el juez, es criterio de quien escribe, que asumiendo cualquiera de las dos tendencias en la doctrina, se hace necesario que el juez en el curso del proceso ordene la elaboración de peritajes especiales como son los informes integrales, para que la aplicación de tal figura jurídica logre el resultado deseado en el desarrollo integral del sujeto protegido, habiendo sido entonces producto de un debate. Siendo importante destacar que sin duda alguna nuestra legislación dota a los padres de la posibilidad de elegir entre la custodia exclusiva y la compartida y el juez de Protección sólo deberá acordarla si hubiese sido debatida en el curso del juicio, y su única intervención tendría como objetivo orientar a los padres sobre las bondades de la misma.

Para que un juez decida una custodia compartida debe conocer cuáles son los requisitos básicos para que se pueda llevar a cabo la misma y en tal sentido comparto plenamente el criterio plasmado por Perfetti H. (2011, 339- 340):

En primer lugar, la custodia compartida tiene que ser una elección estudiada y acordada por ambos progenitores o, al menos, deseada por aquel que no goza de la custodia, con la participación de los hijos e hijas,

según su edad y madurez mental, de tal manera que no sean los últimos en enterarse de la decisión que tomen sus progenitores, ni que sea cada día una sorpresa con cuál progenitor van a estar. Para determinar en cada caso en particular la forma de ejercicio compartido de la custodia, es necesario tomar en cuenta la situación personal del niño, niña o adolescente, incluyendo el criterio de edad y madurez mental”.. Ambos progenitores deben estar en capacidad de dar estabilidad emocional a los hijos e hijas bajo custodia compartida... Cuando los niños, niñas y adolescentes en custodia compartida viven en una permanente guerra por partida doble, en ambientes cargados de hostilidad y rivalidad parental, no cabe duda de que este panorama familiar trae como consecuencia inestabilidad emocional en ellos y ellas. Por lo tanto es necesario que los hijos e hijas bajo custodia compartida cuenten con unos progenitores que sean cooperativos y respetuosos, tanto de la figura materna y paterna como de la relación entre progenitor e hijo o hija.

Estos conocimientos de carácter sustantivo influyen en la efectividad de la ejecución de la sentencia dictada y por ello, la buena aplicación de los mismos influirá directamente en que se cumpla con este último requisito para garantizar la tutela judicial efectiva y eficiente. Por el contrario, su desconocimiento o aplicación incorrecta agravará la situación familiar entre esos dos padres y los niños que se encuentran en el medio, agregando a los sentimientos ya existentes el de frustración por haber llegado a la etapa final de un largo procedimiento sin haber obtenido una sentencia que de manera satisfactoria los hubiese ayudado a resolver o por lo menos a mejorar su situación.

Igualmente ocurre en aquellos casos de fijación de régimen de convivencia familiar en los que luego de tramitarse todo el procedimiento el Juez sentencia dictando un régimen de convivencia familiar amplio, entre unos padres que tienen

conflicto, casi siempre porque el progenitor custodio impide el contacto del otro con los hijos, para que al final en la sentencia el juez determine un régimen amplio. La pregunta es cómo ejecutar ese régimen amplio cuando entre padre y madre existen graves conflictos, la sentencia prácticamente quedaría inejecutable con la agravante de que los niños o adolescentes afectados permanecerían sin compartir con el progenitor no custodia.

En estos casos donde hay un gran conflicto entre padre se considera que la sentencia debe determinar con exactitud los días y horas en que compartirá el progenitor no custodia con sus hijos; de esta forma se podrá garantizar la ejecución eficiente de la sentencia ante el incumplimiento, o al menos se hace más evidente el mismo, y se abre la posibilidad al progenitor no custodia de intentar la privación de custodia por esa situación.

Además, mientras más específica sea la sentencia, menos conflicto existirá entre las partes, dado que no es igual fijar un régimen amplio a establecer, por ejemplo que el progenitor podrá buscar a sus hijos los lunes, miércoles y viernes desde las 5:00 pm hasta las 8:00 pm y los fines de semana alternados desde el viernes a las 5:00 pm hasta el domingo a las 6:00 pm. El padre y madre sabrán a qué atenerse y qué es lo que deben cumplir, a qué tiene derecho en este caso el progenitor no custodia. Pero al dejarlo amplio, ambos padres que de por sí presentan conflictos,

quedan en un limbo en cuanto al cumplimiento y el progenitor custodio puede valerse de esa inexactitud para continuar impidiendo el contacto.

Visto lo anteriormente expuesto se evidencia que mientras más precisos sean los informes técnicos en cuanto a la realidad familiar que se le presenta al Tribunal y el Juez aplique correctamente los criterios doctrinarios y jurisprudencialmente establecidos para la resolución de los conflictos familiares, esto redundará en que la sentencia dictada pueda ser aceptada con mayor facilidad por las partes y en consecuencia cumplida sin mayores problemas por ellos. Y en caso de incumplimiento se hará más fácil al Tribunal ejecutarla sin tantas trabas, lo que redundará en la garantía a la tutela judicial efectiva y eficiente en estos procedimientos.

**Criterios Jurisprudenciales que tratan la Ejecución de Sentencias
en las Materias reguladas en la LOPNNA en relación
a la Tutela Judicial Efectiva**

Aparte de los criterios jurisprudenciales que han expuesto a lo largo de este trabajo, conviene aquí resaltar y copiar *in extenso* algunas sentencias que tratan precisamente esta garantía constitucional cuando se está ejecutando alguna de las sentencias dictadas en los asuntos materia del presente estudio:

1. Sentencia dictada en el Expediente N° C-05-2353 de fecha 27 de abril de 2005 por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. Partes: R. Taccarelli contra R. A. Giusti (tomado de Enciclopedia Jurídica Opus, op. cit., 524), mediante la cual se aclara que la obligación de manutención no sólo puede cancelarse en dinero. Cuando el obligado paga directamente seguros, colegio y otros gastos, también está cumpliendo con dicha obligación, y que resulta importante en este trabajo, por cuanto se refiere directamente a cómo debe ser el cumplimiento en materia de obligación y sirve de guía al momento que el progenitor custodio alegue incumplimiento y solicite la ejecución de la sentencia que ordenó la manutención. En esta sentencia se señala:

Ahora bien, es importante destacar que aún cuando la sentencia de divorcio dictada por la Juez Unipersonal N° VI de la Sala de Juicio de este Tribunal de Protección, estableció que la cantidad que debe suministrar el ciudadano..., es de... (Bs. 1.500.000,00) mensuales, tal obligación “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, conforme a lo pautado en el artículo 365 de la Ley. En tal sentido observa esta Corte que aun cuando el obligado alimentario no cancela en moneda el monto fijado por el aquo, éste demostró fehacientemente que cubre la mayoría de los gastos relativos a los elementos que conforman la obligación alimentaria, e incluso la madre reconoció que además recibe del padre de su hija, una cantidad de dinero mensual, todo lo cual alcanza el monto establecido por el a-quo, por lo que, declarar que el ciudadano ... adeuda cantidad alguna sería improcedente y así se declara.

Esta sentencia deja claro que a los fines de determinar el cumplimiento de la obligación de manutención por parte del padre u obligado alimentario, el Juez no

debe limitarse a la verificación de la entrega o depósito de la cantidad de dinero ordenada en la sentencia, sino que debe analizar todo el caudal probatorio, ya que del mismo se puede comprobar que el padre efectivamente si cumple con el deber de manutención en beneficio de su hijo, a través de la cancelación de otros gastos comprendidos dentro de la manutención.

2. Sentencia de fecha 9 de agosto de 2011, expediente N° AP51-V-2010-012421 dictada por el Tribunal Octavo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, mediante la cual la Juez acogiendo el criterio del Juzgado Superior plasmado en la solicitud de desacato intentada por el padre afectado por el incumplimiento de la madre respecto al régimen de convivencia familiar acordado por las partes y homologado por el Tribunal, establece que independientemente de la sanción penal, que debe ser tramitada y decidida por un Juez con esa competencia, el régimen de convivencia debe ser cumplido por la madre y en tal sentido la insta al cumplimiento, indicándole que en caso de seguir renuente el padre podrá solicitar la privación de la custodia y ordenándoles la inclusión en un programa de orientación familiar, que como explanamos en este trabajo es vital para el cumplimiento y garantía de ejecución de la sentencia dictada. En efecto en dicha sentencia se decidió lo siguiente:

En cuanto a lo solicitado en el escrito de fecha 28 de julio de 2011, suscrita por el ciudadano ALWIN JOSE ABREU BARRETO, plenamente identificado en autos, referente al desacato, de conformidad con la sentencia de fecha 18/05/2011, de ponencia de la Dra. YUNAMITH MEDINA, Juez Superior Tercera de este Circuito Judicial, en la cual establece: "...En cuanto al mecanismo más idóneo para la ejecución forzosa del Régimen de Convivencia Familiar, éste, no es precisamente el procesamiento del desacato, toda vez que éste se dirige simplemente a la sanción penal por incumplimiento de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional, lo que hace a esta juzgadora permitirse la siguiente reflexión: ¿ De qué manera coadyuva el desacato en el contacto directo entre el hijo y el padre?, en nada, simplemente ello satisfecería las exigencias personales entre los adultos progenitores, pero nunca, iría en beneficio del interés superior del niño...". ...Al hilo de lo analizado ut supra, esta Juzgadora interpreta, que el "decreto de desacato", solicitado a la juez a quo, no existe jurídicamente hablando, en esta materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pues según lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la materia penal no es competencia de los Jueces de Protección, siendo que ello es competencia de los Jueces Penales en virtud de la materia. EL único pronunciamiento que el juez de protección debe hacer en relación a lo preceptuado en el artículo 270, es ordenar oficiar al Fiscal Superior Penal, quien dispondrá lo conducente(...)" (Subrayado del tribuna). En razón a lo expuesto y tomando como norte el principio general de esta Ley que no es otro que el interés superior del niño, considera quien aquí decide, que dicho pedimento no satisface, la necesidad del niño, que no es otra que el compartir sanamente con ambos padres, en virtud de lo cual se acoge el criterio del Superior y se NIEGA la presente solicitud. ASI SE DECIDE. SEGUNDO: Esta Juzgadora insta a la madre ciudadana JENNY MILAGROS DUARTE BARROETA, a dar cumplimiento a la Ejecución Forzosa, decretada por este Tribunal en fecha 17/03/2011. Ordenando la entrega del niño de marras al ciudadano ALWIN JOSE ABREU BARRETO, en la sede de este Circuito Judicial en presencia, del personal integrante del Equipo Multidisciplinario adscrito a esta sede Judicial el día Lunes 15 de agosto de 2011, a las (10:00 am) diez de la mañana, y en caso de no cumplimiento a lo aquí ordenado, incurrirá la ciudadana antes mencionada, en lo establecido en el artículo 389-A de la Ley Orgánica para la Protección al Niño, Niña Y Adolescente, que no es otro que el padre o la madre que ejerza la custodia de manera reiterada e injustificada incumpla el régimen de convivencia Familiar, podrá ser privado de la Custodia. ASI SE DECIDE. TERCERO: Vista el acta levantada en esta misma fecha, de conformidad con el artículo 80 de la precipitada Ley, así

como de la revisión de los Informes Psicológicos que rielan al presente expediente, este Tribunal ordena que sea incluido el grupo familiar ABREU-DUARTE, en un programa de terapia familiar, a los fines de un mejor trato optimo para la convivencia familiar del niño SE OMITEN DATOS. En consecuencia, ofíciase al Programa de Orientación Familiar, sede San Bernardino, a los fines de que se sirvan, realizar las gestiones pertinentes. Por último este Tribunal de conformidad con el artículo 513, párrafo tercero de la presente ley, dentro de los cinco días siguientes al pronunciamiento aquí dictado, realizara la respectiva sentencia. ASÍ SE DECIDE.

3. Sentencia N° 722 del 29 de abril de 2004, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en la Acción de Amparo Constitucional intentada por el ciudadano Iván Eduardo Marcano contra las medidas cautelares acordadas por la sala N° 3 de Juicio del Tribunal de Protección del Nino y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en la que se determina que los Tribunales de Protección deben realizar todo lo conducente para que se ejecuten las medidas cautelares dictadas por éstos, el cual sirve de aplicación también con más razón respecto a las medidas ejecutivas. Allí la Sala declaró:

En vista de la gravedad de los hechos denunciados, esta Sala insta a la Sala de Juicio N° 3 del Tribunal de Protección del Nino y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Tribunal ante el cual se está tramitando el divorcio de los ciudadanos Carmen Juana Suarez Chacón de Marcano e Iván Marcano Rincón, para que provea respecto a lo conducente, pues siendo la instancia que decretó las medidas cautelares que presuntamente no se están ejecutando, puede disponer lo que fuere necesario para su efectivo cumplimiento (Artículo 21 del Código de Procedimiento Civil) Así se decide.

4. Sentencia N° 899 del 05 de mayo de 2006, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Exp Nro: 06-373, con ponencia del Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón, en la Acción de Amparo Constitucional intentada por el abogado Alonso Enrique Medina Roa, en representación de sus menores hijos, contra la decisión dictada el 22 de febrero de 2006, por la Corte Superior Primera del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, en la que se declaró que la ejecución de un fallo no puede retardar o perjudicar el período escolar de un niño, niña o adolescente. Destaca de esta sentencia que en esta materia no se limita a los casos de excepción que establece el artículo 532 del CPC para interrumpir la ejecución, sino que el Juez tiene amplios poderes para suspender la misma cuando considere que su práctica afecta derechos de los niños, niñas o adolescentes involucrados. En efecto en la misma se declaró lo siguiente:

La medida cautelar solicitada en el presente caso está dirigida a suspender la ejecución de la sentencia dictada el 22 de febrero de 2006, por la Corte Superior Primera del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que ordenó la entrega del niño objeto del proceso de guarda a su madre, hasta tanto se decida la causa principal.

Observa la Sala que, respecto a la solicitud de medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció en su sentencia del 24 de marzo de 2000 (Corporación L Hotels, C.A), el peticionante no está obligado a probar la existencia de *fumus boni iuris* ni de *periculum in mora*, sino que, dada la celeridad y brevedad que caracterizan el proceso de amparo constitucional, depende únicamente del sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen.

Al respecto, esta Sala aprecia que, de los hechos narrados por la parte accionante, así como del análisis de las actas procesales, se evidencia la

existencia de una situación que amerita la utilización por parte de esta Sala Constitucional de sus amplios poderes cautelares, como lo es que la aplicación del fallo accionado significaría el traslado del niño de la ciudad de Caracas al estado Nueva Esparta, lo cual traería como consecuencia un retardo o perjuicio en el período escolar actual, ya que según constancia expedida por la Unidad Educativa Colegio Santa Rosa de Lima, el mismo cursa cuarto grado de la segunda etapa de educación básica, en dicha institución.

Por lo cual esta Sala declara procedente la medida cautelar solicitada y, como consecuencia de ello, se suspenden los efectos de la decisión dictada el 22 de febrero de 2006, por la Corte Superior Primera del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, hasta tanto se dicte pronunciamiento definitivo en la presente causa. Así se decide.

5. Sentencia N° 874 del 23 de abril de 2003, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en la acción de Amparo Constitucional intentado por los ciudadanos Francisco Martorano Rivas, en representación del niño cuya identidad se omite, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la anterior LOPNA contra la sentencia dictada el 28 de agosto de 2002 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, en la que se señala de conformidad con el artículo 484 de la LOPNA (ob. cit.), actualmente artículo 485 de la LOPNNA (ob. cit.), que no pueden ser condenados en costas los niños y adolescentes. En efecto se declaró en dicha sentencia lo siguiente:

Finalmente, esta Sala estima pertinente el señalamiento de que el artículo 484 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente explícitamente establece que ni los niños ni los adolescentes serán condenados en costas; por ello, es evidente para esta Sala que la condena en costas a que se refieren los demandantes opera sólo contra los

ciudadanos Francisco Martorano Rivas y Oneida Núñez de Martorano, pero no contra su hijo, por disposición expresa de la Ley especial.

6. Sentencia N° 2320 de fecha 18 de diciembre de 2007, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, con ocasión al recurso de apelación de la Acción de Amparo Constitucional contra la decisión dictada el 11 de mayo de 2007 por la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Esta sentencia resulta relevante en esta investigación porque la misma destaca que los Jueces de Protección al decidir, deben hacerlo con mucha prudencia, responsabilidad, razonabilidad y con un dominio impecable de las instituciones familiares, ya que una decisión judicial puede llegar a ser fundamental en la existencia de los niños, niñas y adolescentes, no pudiendo los Tribunales ordenar el traslado de un lado para otro sin mediar o ponderar las transformaciones de vida que ello implica. Deberes éstos que se analizan al momento de tratar el tema de cómo garantizar la tutela judicial efectiva en la etapa de ejecución, respecto al cuarto requisito: “Que la sentencia sea ejecutada oportunamente en los términos que fue proferida”, cuando se considera que la prontitud en la ejecución en los casos comprendidos dentro de las instituciones familiares en la LOPNNA va muy relacionada a que el Juez haya conocido suficientemente la problemática familiar y su

sentencia haya sido la mejor forma de solucionar la misma, en el entendido que para las partes será más fácil aceptar su cumplimiento.

Igualmente, cuando se indica que el Juez debe conocer muy bien la problemática familiar planteada, para poder aplicar eficazmente el interés superior en el caso y por lo tanto ser garante de la tutela judicial efectiva en el mismo. En efecto en esta sentencia la Sala declaró entre otras cosas lo siguiente:

Es lamentable que al haber conocido el a quo del caso de marras, y haber admitido la acción y estimado la pretensión planteada por el quejoso, revocando la sentencia del Juez de la causa, haya modificado el status quo del que gozaban las partes en el proceso, específicamente, en lo relativo a la modificación del ejercicio de la guarda en la niña, con ocasión de lo cual se modifica la situación de la madre a quien le había sido acordada por la Sala de juicio y la tenía consigo, para tener que entregársela al padre, y la de la niña quien fue separada de su entorno doméstico, de su escuela y de lo que en definitiva constituye su ámbito de vida.

Preocupa a esta Sala la suerte que pueden correr los niños, niñas y adolescentes en los juicios de guarda, cuando los órganos judiciales que conocen de sus causas acuerdan y revocan ésta, sin detenerse a analizar que inciden en circunstancias de modo, tiempo y lugar que derivan del ejercicio fáctico de esta institución, con las graves consecuencias que su constante y no bien ponderada alteración puede causar a los niños y adolescentes dentro de un proceso judicial.

Casos como el presente exigen mucha prudencia, responsabilidad y razonabilidad, gran ponderación, un dominio impecable de las instituciones familiares, con sus efectos y consecuencias sociales; además de una especial sensibilidad y un manejo de los distintos institutos procesales, toda vez que las decisiones que se dictan en torno a los niños, niñas y adolescentes producen e inciden de manera decisiva en su desarrollo y formación integral. Cuando se dictan medidas judiciales que los afectan se produce una innovación sentimental y afectiva; pero además, éstas repercuten en el aspecto social y estilo de vida; de tal manera, que no pueden los jueces y juezas disponer de los niños, niñas y adolescentes como si de objetos se tratara; ellos no sólo son sujetos de derecho, sino que debe tenerse presente cómo sienten y padecen de

manera significativa a consecuencia de un proceso judicial, y como una decisión judicial puede llegar a ser fundamental en su existencia; por tanto, no puede ordenarse trasladar de un lado para otro, sin mediar y ponderar las transformaciones de vida que ello implica.

Por ello, es forzoso para esta Sala ordenar que la niña, cuyo nombre se omite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se mantenga con la madre según lo establecido en el referido fallo del 8 de septiembre de 2003, dictado por la Sala de Juicio IX del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y, en caso de que la tenga en su poder el padre, se ordena al juez de la causa, esto es, de la referida Sala, realizar la entrega respectiva, conforme la doctrina de esta Sala, establecida en su fallo N° 766 del 27 de abril de 2007. Así se ordena.

Es importante hacer mención a tres decisiones que abordan interesantes aspectos analizados a lo largo de este trabajo relacionados con el ejercicio de la custodia, siendo que precisamente los conflictos que surgen entre los progenitores con ocasión al ejercicio de la misma, son los más difíciles que se le presentan a los Jueces de Juicio, ya que no es nada fácil determinar eficazmente cuál de los protectores por Ley y por la naturaleza, como lo son los padres, es el más idóneo para ejercer la custodia.

Como se indicó en estos casos y así lo ha resaltado la jurisprudencia, se requiere que los Jueces apliquen con sumo cuidado todos sus conocimientos en esta materia especial y por otra parte, analicen con mucha objetividad los informes que le presente el equipo técnico adscrito al Tribunal, de allí la importancia que tienen los mismos y el empeño de nuestro máximo Tribunal en regularlos, para que sean lo más detallado y precisos posibles respecto a la situación planteada. Las sentencias que se

muestran analizan, fundada y exhaustivamente varios aspectos relacionados con las pretensiones de custodia y su ejecución, lo que pueden servir de guías cuando se esté ante alguno de estos difíciles casos. Así se tiene:

7. Sentencia N° 766 del 27 de abril de 2007, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, con ocasión al recurso de apelación intentado contra la acción de amparo constitucional interpuesto por el apoderado judicial del ciudadano Douglas Rafael Rodríguez Marval contra el fallo dictado el 14 de diciembre de 2006, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui (tomado de TSJ, Colección Doctrina Judicial, 2009). Importante sentencia donde la Sala Constitucional determina que las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son competentes para practicar la restitución de la guarda y ejecutar sus fallos con el auxilio del personal especializado y de los órganos previstos en la Ley especial, incluso con la presencia del otro progenitor y de ser necesario el apoyo de la fuerza pública.

Así mismo, quedan autorizados para exhortar a otro Juzgado de la misma categoría la práctica de la ejecución si hubiere lugar a ello. También destaca de esta sentencia, a los fines del presente trabajo, la motivación en que se fundamenta la Sala para decidir lo anterior dado lo delicado de la ejecución de este tipo de sentencias.

Igualmente, la Sala crea el procedimiento a seguir en estos casos, indicando que no se debe desvirtuar el fin que persiguió el legislador con el artículo 390 de la LOPNNA (ob. cit.) sustanciando las retenciones como si fuesen atribuciones de custodia, porque desvirtúa la finalidad de dicha norma. La Sala estableció, entre otros aspectos, lo siguiente:

Ahora bien, cuando el padre que no ejercer la guarda de su hijo lo sustrae o lo tiene consigo un tiempo que excede del dispuesto para el régimen de visitas, en contra de la voluntad del padre que tiene confiada la guarda de hecho, judicial o legalmente, o del tercero que la tenga, se produce una retención indebida que habilita al guardador a solicitar del juez competente que conmine a aquél para que restituya al niño a la persona que ejerce la guarda.

Continúa la Sala analizando el asunto, basada a su vez en la sentencia del 18 de abril de 2005 dictada por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Exp N° C-05-2372, donde se determinó:

... que del texto del artículo 390 de la LOPNNA, se deriva que esta norma contiene dos pretensiones: la primera es la restitución del niño o adolescente a quien lo tiene legalmente bajo su guarda, lo cual es un asunto referido estrictamente a la protección del niño o adolescente, pues se trata de que existe disconformidad sobre la permanencia del hijo al lado de uno de sus progenitores; y la segunda pretensión es de carácter pecuniario, derivada de la retención, la cual comprende la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que la retención le pudiere ocasionar al niño o adolescente y el reintegro de los gastos en los cuales haya incurrido el guardador para lograr la restitución; pretensiones de carácter accesorio a la principal que es la restitución.

Ahora bien, se ha dicho que este tipo de juicios no posee un procedimiento propio para su tramitación y, en este sentido, los jueces de instancia han aplicado el que han creído conveniente. Sin embargo, tal

situación ha planteado serios inconvenientes en cuanto a la duración de los procesos y al tipo de actuaciones que se ordenan, cuando en realidad la naturaleza del caso supone que el trámite sea muy abreviado, vista la situación de conflicto en que se encuentra el niño o adolescente.

Considérese que ante una eventual retención, el niño o adolescente es separado de su hogar y de su entorno, con las graves consecuencias que ello implica, pues se trata de una modificación de su status, de manera arbitraria, con las repercusiones que ello comporta, sobre todo con respecto a su jornada diaria, su colegio, sus compañeros, el arraigo a su espacio físico, sus hábitos dentro de su casa, lo que incluye hasta sus juguetes y mascota si la tuviere.

Así las cosas, estima esta Sala conveniente determinar con precisión cuál es la actividad judicial que debe desplegarse, cuando se incoa una solicitud de restitución de guarda ante el juez competente. En este sentido, esta Sala considera adecuada la doctrina elaborada a este respecto por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, en la quedó sentado lo siguiente:

Así tenemos que para que proceda la restitución debe tratarse de una restitución indebida, por lo que el accionante deberá acompañar con su solicitud la prueba de que es titular de la guarda, elemento este que no es suficiente para que el juez califique de indebida la retención del niño, es preciso escuchar los argumentos del accionado sobre los motivos que han dado lugar a mantener al niño a su lado y de ser necesario se abrirá una articulación probatoria para que el accionado demuestre que la retención no es indebida; en tal sentido, es preciso destacar que el objeto de la prueba no es la titularidad de la guarda sino la protección del derecho del guardador legítimo del niño o adolescente, razón por la cual los medios probatorios deben ser pertinentes con la pretensión deducida, a fin de que el juez pueda pronunciarse con conocimiento de causa sobre el carácter indebido o no de la retención.

Al respecto, continúa exponiendo la Sala que:

Nótese que la Corte Superior sostiene que “de ser necesario” se abre la articulación, es decir, sólo si de los argumentos y elementos particulares del caso se desprende que es imperioso contar con un lapso de prueba para demostrar algún hecho, situación o circunstancia. Pero no necesariamente hay que hacerlo, de manera que, debe considerarse como excepcional el que se ordene la apertura de aquella, lo que, en todo caso, amerita –estima esta Sala- un auto motivado.

La tramitación de un proceso, como si se tratase de un juicio que tenga por objeto el establecimiento de la guarda, desvirtúa la esencia misma de la urgencia que aconseja una solicitud de restitución de guarda, pues la restitución de guarda es en sí una ejecución de la guarda ya establecida, bien sea a través de una sentencia que, por procedimiento previo, la haya determinado, o que ha sido convenida por quien o quienes ejercer la guarda, o por disponerlo así la Ley. Ello así, considera esta Sala que no fue la intención del legislador la tramitación de un proceso como tal, para la resolución de una solicitud de este tipo.

Respecto a qué órgano corresponde ejecutar este tipo de sentencias la Sala declaró lo siguiente:

Colocar entonces al niño a que se refiere la restitución de guarda en semejante situación podría dificultar su percepción sobre el problema que le afecta. De allí que la comprensión del conflicto, el análisis del asunto desde el aspecto donde más incide, esto es, desde el respeto de los derechos de los niños y adolescentes y desde la satisfacción del principio del interés superior de los niños y adolescentes que prescribe la antes referida Convención y la Constitución, exige que órdenes de tanta complejidad como la que implica una restitución del niño, sean ejecutadas por los mismos órganos especiales de la jurisdicción de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.... Sin embargo considera esta Sala conveniente dejar establecido que si la urgencia o circunstancia del caso así lo ameritan, y con la finalidad de evitar cualquier daño o situación que haga más gravosa la retención indebida de niño, niña o adolescente, puede el Juez de Protección ordenar que la restitución la realice un órgano de policía, sin perjuicio igualmente de lo establecido en la Convención Interamericana Sobre restitución Internacional de Menores, a los fines de darle cumplimiento a los compromisos internacionales de la República.

En consecuencia, y en virtud de los argumentos expuestos, esta Sala de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, reconoce a las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente competencia para practicar la restitución de la guarda, y de esta manera ejecutar los fallos que estas mismas Salas emitan en este tipo de solicitudes relacionadas con la guarda, con el auxilio de personal especializado y de los órganos previstos en el artículo 119 de la LOPNA e incluso en presencia del otro progenitor y con el auxilio de la fuerza pública, de ser necesario.

Asimismo quedan autorizadas conforme al mismo Código, para exhortar a otro juzgado de la misma categoría la práctica de la medida si hubiere lugar a ello. Así se establece.

En virtud de la doctrina vinculante sentada en este fallo, se ordena su publicación en la Gaceta Oficial y para su mayor divulgación, su reseña en el portal de la página web de este Alto Tribunal. Así se declara”.

8. Sentencia de fecha, 25 de marzo de 2011 en el asunto: AP51-V-2009-019968 dictada por el Tribunal Noveno de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional motivo: Custodia (como atributo de la Responsabilidad de Crianza).

Esta sentencia sirve a los fines didácticos porque en ella la Juez analiza todas y cada uno de las pruebas e informes que le presentaron, incluso un CD, dándole especial importancia a los informes del equipo técnico del Tribunal, y con la misma se evidencia la importancia de este tipo de pruebas en las pretensiones de custodia, siendo que las mismas son la prueba fundamental. También se observa en ella la importancia de la orientación familiar en estos casos para poder lograr la armonía familiar y la resolución satisfactoria de los conflictos, lo cual se ha relacionado íntimamente con la garantía a la tutela judicial efectiva en estos procedimientos. A continuación algunos extractos de la sentencia:

La presente causa se inicia mediante escrito de demanda de Custodia (como atributo de la Responsabilidad de Crianza) consignado ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) de este Circuito judicial, en fecha 17/11/2009, por el ciudadano JOSE DE JESUS MEDINA JIMENEZ, venezolano, mayor de edad, de este domicilio, titular de la cédula de identidad No. 10.527.496, en representación de su hijo, el niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, de ocho (08) años de edad, quien en sus intereses es asistido por los abogados HERMINIA RODRIGUEZ y JAISINHO JONHANDER URBINA, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nros. 137.212 y 137.781, respectivamente, contra la ciudadana CAROLINA JOLVENIA MORENO CATALAN, venezolana, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad No. 11.163.675. La parte actora alegó: Que de la unión concubiniaria con la ciudadana CAROLINA JOLVENIA MORENO CATALAN, procreó al niño SE OMITE LA IDENTIFICACION; que desde que nació el niño ha presentado ciertos inconvenientes motivado a que no tuvo respiración oportuna al nacer, y desde entonces el progenitor fue consecuente con las diferentes citas medicas, que a pesar de que la ciudadana CAROLINA MORENO, aparece como representante, es el padre quien lleva a su hijo a todas sus citas médicas, tal situación se mantuvo hasta que se separaron de hecho, para el momento de la separación de los progenitores el niño contaba con dos (02) años de edad, y desde entonces convive con su madre, donde el progenitor siguió pendiente del tratamiento de su hijo, asumiendo que su madre también lo haría, lo cual no fue así; posteriormente SE OMITE LA IDENTIFICACION, entra al preescolar donde presenta una serie de dificultades, donde la madre estaba consciente de lo que sucedía y manifestaba que el niño iba bien en sus clases. En la entrega de boletines la directora de la Institución y la maestra a cargo de la clase del niño, manifestaron que el mismo no va ser promovido al siguiente nivel, por problemas de conducta, agresividad, desacato al adulto. Asimismo el progenitor manifestó que SE OMITE LA IDENTIFICACION, no tiene hábitos, se la pasa viendo televisión, no come en la mesa sino al frente del televisor, se acuesta a la hora que quiere, lo más grave es la violencia que manifiesta y noto que se debe al trato que tiene con sus primos, y esta situación anómala no es corregida por los adultos que conviven en la casa, haciendo caso omiso tanto a la madre como los abuelos cuando ven que los primos lo agreden y él se defiende no hacen nada..... Consta y cursa del folio 30 al 32, informe de exploración psicopedagógica, emanada del Centro Clínico de Orientación y Docencia (Servicio de Psicopedagogía) de la Alcaldía de Caracas, de fecha 06 de agosto de 2008, relacionado con el niño SE OMITE LA IDENTIFICACION. Esta Juzgadora valora con el mérito probatorio que se desprende de los

documentos públicos administrativos por emanar de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, los cuales persiguen documentar las manifestaciones de voluntad o de certeza jurídica del órgano administrativo que la emite, cumpliendo las formalidades exigidas por la ley, otorga al instrumento una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad tal como lo prevé la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. De tal informe se desprende que el niño es intranquilo, que se fatiga con facilidad en actividades que requieren atención sostenida y que acepta límites cuando se le habla fuerte dando como recomendación asistir a terapia ocupacional, recibir asistencia psicopedagoga en su escuela, por lo menos dos veces por semana, conversar con su psiquiatra sobre el déficit de atención. Y así se declara.- 16.- Consta y cursa al folio 56, CD, con el cual pretende demostrar grabación realizada a su hijo SE OMITE LA IDENTIFICACION, cuando le contó de la situación anormal que había sucedido con sus primos menores de edad y costa al folio 297, CD, con el cual pretende demostrar grabación realizada el día 20 de junio de 2010, contentiva de los hechos que se presentaron cuando se dispuso a disfrutar del Régimen de Convivencia Familiar. Esta Juzgadora de lo explanado por los profesionales del Equipo Multidisciplinario N° 6 de este Circuito Judicial, al momento de prestar el apoyo solicitado en cuanto al informe psicológico de tales evacuaciones de reproducción audio-visual, indican que se aprecia: “En la presentación de la primera reproducción audiovisual, con una duración aproximada de 2 minutos y 10 segundos, se aprecia: • Imagen del niño, el cual escucha y responde preguntas relacionadas con acercamiento no acorde de dos personas con contenido erotizado. Las voces corresponden a un hombre y una mujer aparentemente, los cuales no se visualizan ni se identifican en momento alguno. Las preguntas son básicamente inducidas, apoyándose en una conversación previa, ya que, constantemente señalan “lo que me dijiste”. Esta conversación previa es desconocida. • Se observan cortes en la continuidad de la grabación, desconociendo las causas. • Dentro del contexto y considerando la denuncia del progenitor, en cuanto a supuestos actos lascivos en contra del niño, cabe destacar, que psicológicamente las preguntas causan además de respuestas inducidas, la vivencia de los hechos con cada relato, en caso de ser afirmativo el mismo, que puede desencadenar episodio depresivo, malestar emocional o sentimientos de culpa, entre otros, de carácter psicológico, lo cual no parece ser valorado por las personas que lo interrogan. Prevalece en su lugar, el deseo de comprobar a través del relato del niño, unos hechos. • En función del bienestar superior del niño, es importante mencionar, que de ser positivo el acto lascivo es deber de los padres o representantes, o de uno de ellos si el otro no tiene la conciencia de la situación, velar por la ayuda

profesional que requiera el mismo, así como, en lo posible no recordar los hechos, a modo interrogativo; si es el interés del adulto y no del niño. Si es la necesidad del niño la de conversar sobre los hechos, entonces a través de la orientación profesional, los padres o representantes pueden permitir la comunicación de manera más sana. En este sentido, se considera lo observado una vulneración al derecho psicológico del niño, el sentirse protegido y orientado de manera positiva. En cuanto a la reproducción del video (solo audio), con una duración de 5 minutos y 15 segundos aproximadamente, se aprecia la escucha de distintas voces que no pueden ser identificadas por el hecho de ser solo voces. Sin embargo, partiendo del principio que estas voces correspondan al niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, su padre José de Jesús Medina, la madre Carolina Jolvenia Moreno y el Abuelo Materno José Moreno Bethermith, entre otras, se concluye psicológicamente: Se escucha la voz del progenitor quien solicita retirar al niño por ser el Día del Padre, desencadenándose inmediatamente un intercambio entre supuestamente la madre, el padre y el abuelo (quien intenta mediar) donde prevalecen términos relacionados con el cumplimiento de la sentencia por ambos progenitores: uno buscando que se cumpla el horario de entrega, derecho a disfrutar el Día del Padre, así como amenazas con llevar la guardia nacional, versus el cumplimiento de la sentencia en cuanto a la devolución del mismo, por otra parte, interviene la voz que parece corresponder a la del abuelo materno, quien manifiesta que el compartir con la familia y respetar el deseo del niño es importante. Las voces se fueron intensificando, y se escucha la voz del niño, pidiendo que no peleen, siendo más intensa, cuando señala “Ya basta”. Ante este, “ya basta”, ninguno de los adultos participantes, se inclina a colocarse en el discurso del niño, en su grito de escúchenme, psicológicamente expresándolo. Vale mencionar, que en la evaluación psicológica realizada al niño en el Equipo Multidisciplinario, él mismo refirió la influencia de la conflictiva de los padres de forma frecuente, observándose además alteración en la conducta como una forma de llamar la atención, aunado a posible déficit de atención. Dentro de este contexto, de ser los protagonistas de esta grabación: los padres y el niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, cabe concluir que los mismos (padres) no tienen conciencia alguna de la importancia de la opinión del niño y su bienestar emocional, así como el no hacerlo partícipe y testigo de una confrontación donde el mismo puede manejar sentimientos de culpa, por asumir que es la causa de tal situación. Del mismo modo, no se aprecia en momento alguno, una comunicación asertiva, a los fines de llegar a un acuerdo. Prevalece, nuevamente, el deseo de demostrar que no se cumple el derecho al Régimen de Convivencia Familiar establecido, más que al cuidado integral del niño, donde tiene gran importancia el bienestar

emocional y psicológico. Por último, como profesionales de la salud mental y social, nos preguntamos, ¿qué sucedió con el niño posterior a la primera grabación?, ¿antes de la misma? Y además ¿cómo fue atendido después de la confrontación familiar?” De la evaluación aportada por los profesionales Adscritos al Equipo Multidisciplinario, se observa que efectivamente la entrevista es al niño de autos, mas que pudo ser objeto de una conversación anterior la cual, pudo ser objeto de manipulación en cuanto a las respuestas ejercidas por el niño, dando para esta Juzgadora una clara evidencia de que el niño fue inducido a tales respuestas, que el objetivo perseguido por la parte en la promoción de tal prueba, no fue logrado en virtud de que si ocurrió algún acto o hecho considerado delito en contra del niño de autos, no es este el mecanismo idóneo para probarlo, ya que el acto de oír al niño debe ser desarrollado solo por los funcionarios judiciales o administrativos que tengan competencia para el asunto planteado y no por el padre, en compañía de una tercera persona, mediante la inducción de respuestas, como fue hecho, no solo por carecer el mismo de la herramientas para realizar tal actividad, sino que va en contra del principio de la inmediación que rige en la escucha del niño. Dicha probanza refuerza en convencimiento para esta Jurisdicente que el padre se encuentra preocupado por la situación de su hijo en cuanto a sus cuidados y atenciones necesarias, pero requiere herramientas para manejar la situación. Asimismo, en lo referente a la grabación (solo audio), prueba sobrevenida en el proceso, considera esta Juzgadora que no puede establecerse de forma cierta a que personas pertenecen las voces de la grabación. No obstante, partiendo del precepto que las mismas sean las de las personas señaladas por el actor, se observa que ambas partes, haciendo caso omiso del estado de preocupación del niño de autos, continuaron discutiendo frente a éste de forma airada e incrementando su tono de voz, lo cual a todas luces va en contra del interés superior de este, el cual fue expuesto por ambos padres a una discusión que según se evidencia de la grabación atenta contra su bienestar emocional y psicológico. Y así se decide.- 31.- Pruebas de Informes solicitas por el Tribunal. Cursa del folio 66 al folio 82 del presente expediente, Informe Integral realizado por el Equipo Multidisciplinario N° 6 de este Circuito Judicial en el que se señala como conclusiones y recomendaciones: “CONCLUSIONES: De la investigación se determinó lo que a continuación se describe: Se trata de demanda de REGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR incoada por el ciudadano JOSÉ DE JESÚS MEDINA JIMENEZ contra la ciudadana CAROLINA JOLVENIA MORENO CATALAN a favor del niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, el cual vive con la madre. El niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, es producto de la unión poco estable de sus padres disuelta por la inexistencia de comprensión, de metas conjuntas de vida,

compatibilidad y acuerdo. En la actualidad el niño en estudio se encuentra integrado al grupo familiar materno, donde son cubiertos sus requerimientos y necesidades materiales y humanas. Posterior a la separación de sus padres vivió un año con el padre, el niño hace referencia negativa a la convivencia con el padre, expresando momentos en los que sintió que fue maltratado por éste y su pareja. La evaluación psicológica realizada al niño SE OMITE LA IDENTIFICACION permite concluir que tiene una personalidad dentro de los límites normales con manejo ambivalente hacia la figura paterna, por haber sido involucrado en la dinámica de la conflictiva entre sus padres. Se encuentran indicadores de hiperactividad, la madre refiere cumplimiento de tratamiento psicoterapéutico y seguimiento neurológico con medicación. El Ciudadano, JOSÉ DE JESÚS MEDINA JIMENEZ durante el proceso evaluativo manifestó sentirse interesado en resolver la presente causa. Manifiesta que solicita la Responsabilidad de Crianza por considerar que la madre no brinda los cuidados idóneos a su hijo. Cabe destacar que ante la Sala de Juicio N° 05, el ciudadano solicita Régimen de Convivencia Familiar. Las evaluaciones y entrevistas practicadas al Sr. Medina no reflejan patología o indicadores de trastornos en la esfera psíquica, para el momento de la evaluación. Algunos aspectos no elaborados asociados a la dinámica de la relación con ex pareja se encuentran interfiriendo en la relación como padres, afectando de forma directa la afectividad del niño en estudio. La Sra. CAROLINA JOLVENIA MORENO CATALAN, manifiesta temor por episodio de supuesto maltrato físico por parte del padre de su hijo y la pareja actual. Por ello, desea favorecer el contacto paterno filial sin pernocta y sin la presencia de la pareja del padre de su hijo por la situación ya descrita. La evaluación realizada a la Sra. Moreno no refleja patología o indicadores de trastorno en la esfera psíquica. Al igual que el Sr. Medina, se encuentran indicadores de interferencia en la relación como padres por aspectos no elaborados de la ruptura de la relación. Del mismo modo, como madre, asume rol sobreprotector hacia el niño, lo cual no es asumido de forma consciente. El Sr. Medina reside en apartamento propiedad de los abuelos paternos del niño en estudio, está ubicado en San Martín en la zona de Artigas, se observaron los servicios Básicos de Electricidad, Gas, Agua, se llega por transporte terrestre pública y privado. Las condiciones de habitabilidad e higiene son moderadas. Cuando el niño en estudio se quedaba en el inmueble se sus abuelos paternos compartía habitación con el padre y su nueva pareja. Durante la visita a la vivienda el padre indicó que se encuentra haciendo gestiones para la adquisición de un inmueble con su nueva pareja El señor José Medina apoya económicamente el grupo familiar paterno junto a su pareja, la señora Nollys Rojas Rodríguez, solventan las necesidades primarias óptimamente y las secundarias con limitaciones La Sra. moreno

reside en apartamento propiedad de sus padres, quienes viven en el mismo y la apoyan en el proceso de crianza de SE OMITE LA IDENTIFICACION. La misma se observó en adecuadas condiciones de higiene y orden. El niño tiene habitación individual y cuenta con los servicios básicos. RECOMENDACIONES: Es importante que los padres pudiesen darse la oportunidad de conocer sus opiniones, expectativas y diferencias, a fin de revisar las actitudes que han venido obstaculizando la relación entre ellos, así como un mejor desempeño de sus roles. Por tal motivo, se recomienda que cada uno asista a Psicoterapia Individual, donde pueden revisar sus fortalezas y debilidades, así como la forma en que establecen los procesos de comunicación, de manera que tales procesos de esclarecimiento redunden en beneficio de su hijo. En este sentido se sugiere referencia para PROFAM, ubicado en la Calla Santa Cruz de Chuao. Teléfono: 0212-992-11-74.” Este Tribunal valora con libre convicción razonada el informe anterior, en aplicación del artículo 450 literal k, ya que se destaca la función privilegiada del Equipo Multidisciplinario para que elabore el informe social, psicológico y psiquiátrico del grupo familiar involucrado en el debate judicial, en los juicios de custodia, esta prueba se ha revelado como la idónea, o expresado de otra forma, la piedra angular que permite encontrar el interés específico del niño como criterio de valoración del Juez en su decisión. Del mismo se desprende que entre ambas partes se han suscitado una serie de desacuerdos, que de forma indirecta han incidido en sus roles como padres del niño de autos, teniendo esto como consecuencia la falta de comunicación entre ambos en los momentos cruciales en los que se requiere su cooperación para resolver la problemática de su hijo. Asimismo, se desprende de autos que en lo referente a las comodidades necesarias para el desarrollo integral del niño de autos, ambos padres cuentan con las condiciones idóneas para cubrir las necesidades de un niño de la edad de SE OMITE LA IDENTIFICACION, siendo la madre la que cuenta con las condiciones habitacionales más privilegiadas; no obstante, el padre manifestó al momento de la entrevista, encontrarse en gestiones para adquirir una vivienda para él, su hijo y su actual pareja. Finalmente, se evidencia que el niño se siente más identificado con su madre, en virtud de los castigos propinados por su padre, según se evidencia de las conclusiones y la actitud sobre protectora de su madre. No se observan elementos indicativos de que alguno de los progenitores no pueda ejercer la custodia como atributo de la Responsabilidad de Crianza. Así se declara.- Ahora bien, es evidente que el asunto que nos ocupa versa en la intervención Judicial para definir quién de los progenitores ejercerá la Custodia del niño de autos, 358. 359 y 360 de la LOPNNA. Es obvio que en el caso bajo análisis, nos encontramos en el supuesto de

la segunda parte del artículo 360 indicado, es por esto que debe esta Juzgadora bajo el análisis de las pruebas ya efectuado, decidir a quién de los progenitores, le corresponderá el ejercicio de la Custodia. Se trata de un niño de ocho (08) años de edad, quien en opinión proferida ante la Jueza de la sala manifestó en forma clara y decidida su deseo de no convivir junto a su padre, por cuanto esté aplica correcciones según su opinión cuando se porta mal, pero que al ver el fondo del asunto nos encontramos en presencia de que los hijos menores de edad, no solo tienen derechos, sino que también tienen deberes que cumplir con la convivencia de los padres sea este Guardador o no los cuales se encuentra establecidos en el Art. 93 de la Ley Orgánica para la protección del Niño, Niña y Adolescente .Se evidencia que ha existido un descontrol en la imposición de hábitos los cuales deben ser de manera uniforme en ambos hogares, tanto en el del progenitor no custodio como en el custodio a fin de enseñar una conducta reiterada que deba cumplir, como es el caso de que si realiza algún deporte ambos padres deben llegar a un acuerdo en cuanto lo lleven a cumplir con tal actividad y que por estar con el otro progenitor no le sea ampliada la libertad de no ir a cumplir con la misma, así como los parámetros de conducta que debe seguir y aprender por medio del ambiente que los rodea los cuales deben ser los más parecidos con la finalidad de que no se vea afectada la psiquis del niño en cuestión, por no presentar un contacto frecuente con el otro progenitor no custodio lo cual vulnera de una manera ya comprobada el trato y afecto hacia este creando debilidades en su desarrollo evolutivo. En este sentido, si bien es cierto la madre cuenta, por los momentos, con condiciones de habitabilidad superiores a las del demandante, aunado a la relación afectiva favorable entre madre e hijo, no es menos cierto que de autos se evidencia que en lo que respecta a la problemática del niño SE OMITE LA IDENTIFICACION ha sido el padre quien ha demostrado ser más consecuente y diligente en la búsqueda de solventar los problemas de hiperactividad y de aprendizaje de su hijo, todo ello en pro de brindarle todas las herramientas necesarias para su desarrollo. Se evidenció de los informes escolares, que durante el periodo de tiempo que el padre convivió con el niño bajo su custodia, este último logró cierto nivel de progreso en cuanto a su conducta y rendimiento académico, incorporándose además a ciertas actividades deportivas y extracurriculares, que resultan ser igualmente importantes para su desarrollo integral; las cuales este Juzgado exhorta a continuar. No puede sin embargo ser ajena esta Jueza a los señalamientos de maltrato que se atribuyen al padre, y que fue reconocido por el mismo actor en su libero de demanda, hechos que no son permisibles so pretexto de corrección al niño, por lo que debe el padre en forma obligatoria asistir a programas que le proporcionen herramientas adecuadas para manejar la

hiperactividad y problemas de aprendizaje que demostró tener su hijo, lo que requiere ayuda profesional, y va mas allá de simples parámetros de conducta o hábitos domésticos. Estima esta Jueza, que no opera en esta institución familiar la institución de la confesión ficta, y debe inquirirse la verdad a los fines de determinar cuál es la decisión que se corresponde con el Interés Superior del Niño de autos a los fines del establecimiento de su custodia, en el hogar de alguno de los progenitores. Cabe resaltar sin embargo, que la madre parte demandada en el proceso, no contesto la demanda, ni apporto prueba alguna a los fines de desvirtuar los alegatos del padre demandante. Es necesario precisar que no se encontraron elementos relevantes en alguno de los progenitores, que los privaran de poder ejercer la custodia de su hijo, por el contrario en dos oportunidades, durante el curso del proceso dando preeminencia a los medios alternos de solución de conflictos, como un mandato constitucional, fueron exhortados los progenitores al ejercicio compartido de la custodia, lo cual no fue convenido por las partes, colocando a este órgano de administración de justicia en la difícil tarea de dilucidar cuál de ellos pudiera en los actuales momentos ejercer la custodia y garantizar de forma más plena todos los derechos que establece la ley para su hijo. Se reitera nuevamente como se explicó en la parte inicial de la motiva del presente fallo, que la Responsabilidad de Crianza debe ejercerse de forma plena por ambos progenitores, siendo ésta una tendencia de avanzada dentro de nuestra área especial donde se equipara los derechos y deberes parentales. En consecuencia este Tribunal conforme a la ley, estima pertinente, que quien deberá ejercer la Custodia del niño de autos es el padre, ciudadano JOSE DE JESUS MEDINA JIMENEZ, por haber demostrado que durante el año que el niño permaneció bajo sus cuidados se evidenció un mejor rendimiento en sus actividades escolares, y mejora de su conducta, debiendo el padre recibir terapia de orientación y fortalecimiento familiar de forma obligatoria a los fines de adquirir las herramientas necesarias para superar junto a su hijo el problema educativo y recobrar canales de comunicación adecuados con la progenitora, haciendo especial énfasis en el modo de corregir al niño de autos, para de esta forma garantizar que los lazos entre ellos puedan estrecharse sin detrimento de la relación que el niño deberá mantener con su madre, como es su derecho. Así se decide.-En virtud de las anteriores consideraciones, este Despacho Judicial, a cargo de la Juez Novena (9°) de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, declara CON LUGAR, el procedimiento de CUSTODIA, intentado

por el ciudadano JOSE DE JESUS MEDINA JIMENEZ, venezolano, mayor de edad, de este domicilio, titular de la cédula de identidad número V.-10.527.496, en representación de su hijo, el niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, de ocho (08) años de edad, quien en sus intereses es asistido por los abogados HERMINIA RODRIGUEZ y JAISINHO JONHANDER URBINA, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nros. 137.212 y 137.781, respectivamente, contra la ciudadana CAROLINA JOLVENIA MORENO CATALAN, venezolana, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad número V.-11.163.675. En consecuencia, en beneficio del niño de autos y en razón a su interés superior previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de niños, niñas y Adolescentes, debe permanecer la misma bajo la Custodia de su padre, ciudadano JOSE DE JESUS MEDINA JIMENEZ, quien la asumirá en su hogar, y quien deberá asimismo con lo establecido en el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, igualmente deberá garantizar el contacto permanente del niño con su madre, so pena que el incumplimiento de ello se convierta en una violación al derecho humano fundamental que le asiste al niño como es el derecho de frecuentar a su madre. El Tribunal dispone que ambos padres se sometan de forma obligatoria a una terapia familiar bajo mandato de la Sala de Juicio, con el objeto de remover cualquier situación que pueda entorpecer la efectividad de la Custodia aquí declarada, asimismo debe brindarse psicoterapia al niño SE OMITE LA IDENTIFICACION, a los fines de que supere su bajo rendimiento y conducta escolar. A tal efecto, se comisiona a la organización PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO FAMILIAR (PROFAM), ubicada en la Calle Santa Cruz, Chuao, detrás del Colegio los Arrayanes, para que los referidos ciudadanos sean incorporados al programa de intervención terapéutica del núcleo familiar, con que la organización cuenta, haciendo énfasis en que les sean brindados a los padres los mecanismos necesarios para corregir al niño de forma adecuada, especialmente al padre. Debe asimismo el progenitor dar cumplimiento a todo tratamiento que su hijo requiera para superar su condición especial, probada a los autos, pues lo contrario significaría el no cumplimiento cabal de la custodia hoy atribuida, susceptible de revisión y modificación a solicitud de cualquiera de los progenitores al darse un cambio de circunstancias. Por cuanto la presente sentencia se dicta fuera del lapso de ley, notifíquese a las partes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 251 y 233 del Código de Procedimiento Civil. REGÍSTRESE Y PUBLÍQUESE.

9.- Sentencia Nro 820, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 06 de junio de 2011, Expediente N° 09-0550, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

En esta sentencia, la Sala Constitucional destaca la importancia de la celeridad en las pretensiones que versen sobre restitución de custodia por retenciones indebidas por parte de alguno de los progenitores. Respecto a ello la Sala señaló:

En efecto, primeramente, debe la Sala señalar que es deplorable la tardanza que hubo en la resolución del asunto judicial sometido al conocimiento y decisión del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, visto que las causas judiciales que en general se tramitan conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se deben caracterizar por ser expeditas. Así lo preceptúa el artículo 450 de dicho instrumento normativo que refiere los principios que la rigen, cuando el literal g) postula como principio rector el de la simplificación, estableciendo en ese sentido que “los actos procesales son breves y sencillos, sin ritualismos ni formalismos innecesarios”, circunstancia que confirma la Exposición de Motivos de dicha Ley cuando dispone, orientado por los principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Debe resaltarse que tales principios resultaban aplicables con mayor inteligencia en el caso específico de que trataba la solicitud formulada por la ciudadana Adith Auxiliadora Grippa, referido a la restitución de custodia de sus hijos, fundamentada en el artículo 360 de la LOPNNA (ob. cit.), cuya instrumentación exige, debido a la naturaleza de la pretensión y al propósito perseguido por dicho precepto normativo, un procedimiento brevísimo, tal como ha sido sostenido por esta

misma Sala, en Sentencia número 2.609 del 17 de noviembre de 2004, caso: Maoly García, en la que dejó establecido:

Esta Sala hizo las consideraciones que preceden ya que ve con suma preocupación que una institución como la restitución de guarda, que es tan expedita (vid. artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), en el caso de autos tenga una tramitación de casi dos años. La materia de protección del niño y del adolescente, es intensamente delicada, porque en ella se debaten instituciones familiares, tales como en el caso de autos -la guarda-, en la cual los jueces deben tener un amplio conocimiento sobre el significado, contenido y procedimientos aplicables. En el futuro se deben evitar los graves errores en los que se incurrió en esta causa para que no ocurran dilaciones que entorpezcan la estabilidad y contraríen el interés superior de los niños que están involucrados en estos juicios.

Principio reiterado y desarrollado por esta Sala desde su fallo de carácter vinculante, invocado por dicha ciudadana en la presente solicitud de revisión como desconocido por la sentencia cuya revisión se pretende; a saber: Sentencia N° 766/2007 (caso: Douglas Rodríguez Marval) en los siguientes términos:

La tramitación de un proceso, como si se tratase de un juicio que tenga por objeto el establecimiento de la guarda, desvirtúa la esencia misma de la urgencia que aconseja una solicitud de restitución de guarda; pues la restitución de guarda es en sí una ejecución de la guarda ya establecida, bien sea a través de una sentencia que, por procedimiento previo, la haya determinado, o que ha sido convenida por quien o quienes ejerce la guarda, o por disponerlo así la Ley. Ello así, considera esta Sala que no fue la intención del legislador la tramitación de un proceso como tal, para la resolución de una solicitud de este tipo.

Nótese que la situación que el aludido precedente cuestiona es similar a la ocurrida en el presente caso, es decir, la excesiva demora en que incurrió la instancia en la tramitación de la solicitud de restitución de guarda. En tal sentido, observa la Sala que en el caso de autos tal solicitud fue presentada por la progenitora de los niños el 24 de enero de 2006, siendo decidida en primera instancia, el 25 de septiembre de 2008, circunstancia

intolerable e incompatible con los principios procesales que informan los procedimientos de protección contenidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y, muy especialmente, las solicitudes de restitución de custodia.

Ciertamente, el precedente judicial invocado como infringido por la solicitante se produjo durante la tramitación de la solicitud de restitución iniciada por aquella, esto es, el 27 de abril de 2007. Sin embargo, desde esta fecha, hasta que se produjo la sentencia definitiva a la que se ha hecho referencia, transcurrió cerca de un año y medio, aunado al transcurso de más de un año que la Sala de Juicio tuvo bajo su conocimiento la causa que debía decidir, y a pesar de que ya esta Sala Constitucional desde el 2004, a través del fallo parcialmente transcrito, había advertido la incoherencia de tramitar solicitudes como las de autos, como si se estuviese procediendo conforme a un juicio de guarda, como se le denominaba entonces, lo que comportaba una demora incompatible con el propósito perseguido por la disposición normativa contenida en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, mismo de la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Observó la Sala que la excesiva demora tuvo lugar como consecuencia de los errores cometidos de igual manera en la tramitación de la solicitud, con ocasión de la cual se produjo la sentencia cuya revisión se solicita, en cuyo proceso se observa cómo el juez de la instancia permitió incluso que se plantearan contestaciones, reconvenición, acto conciliatorio, audiencias, reposiciones, reforma de la solicitud, promoción y evacuación de pruebas, medida cautelar, sentencias interlocutorias, fijación de régimen de visitas, articulaciones probatorias, informes sociales y psicológicos, acumulación de causas (con un juicio de divorcio), etcétera, siendo el caso que el juez de la segunda instancia que dictó aquella, no analizó y cuestionó de manera categórica tales irregularidades, cuando resolvió el recurso de apelación que resolvía, mucho menos advirtió el desconocimiento en que había incurrido el tribunal a quo de la sentencia con carácter vinculante dictada por esta Sala Constitucional en esta materia y en general de la doctrina de la Sala al respecto, limitándose sólo a señalarle que no siguió el procedimiento correspondiente y exhortarle para que en lo sucesivo ajuste los procedimientos llevados ante su despacho, además de señalarle que la reconvenición propuesta era incompatible con la solicitud inicialmente efectuada, y que por lo tanto debía declararse inadmisibles.

Ahora bien, a pesar de todas las consideraciones hechas encuentra esta Sala que los errores de tramitación cometidos en la Sala de Juicio donde se sustanció la causa y el prolongado tiempo transcurrido ante esa instancia, no puede serle atribuido como un defecto o vicio a la sentencia cuya revisión se solicita, pues se trata de una demora ya consumada y, en

fin, de situaciones indefectiblemente acaecidas imposibles de ser revertidas o restablecidas, por lo que poco o nada podía hacer al respecto el Juzgado Superior, autor de la sentencia cuestionada; asimismo, observa la Sala que, en la tramitación de segunda instancia, el juez de alzada no incurrió en demora para resolver la apelación, de allí que el alegato planteado por la solicitante en revisión respecto a la demora, aun cuando cierto, no resulta imputable al referido Juzgado Superior, por tanto, no es verdad que la sentencia impugnada desacatara –como se alegó– el criterio que esta Sala sentó en su sentencia N° 766/2007, razón por la cual esta Sala desecha dicho alegato. Así decide.

También abordó la Sala Constitucional otro tema de importancia para nuestro trabajo, como lo los principios que debe tomar en cuenta el Juez de Protección para la homologación de los acuerdos. Al respecto indicó:

Por otra parte, no es cierto que dicha decisión –la que impartió la homologación– no pueda examinarse por haber adquirido firmeza, como lo sentenció la alzada, en la sentencia que se revisa. Al respecto debe recordar esta Sala que en este tipo de proceso, al no discutirse derechos sobre objetos, no resulta aplicable el formalismo y rigidez que caracteriza al derecho procesal ordinario; el principio dispositivo en estos procesos se encuentra relegado, aquí privan otros principios y otros paradigmas distintos a los que gobiernan el derecho civil o mercantil, de allí que la procedencia de los convenios entre las partes, las transacciones y el desistimiento se encuentran condicionados al interés superior del niño y a otros principios relacionados con el bienestar del niño, niña o adolescente y en ese sentido el juez de protección, no se encuentra atado por las declaraciones de los progenitores; al contrario, antes es menester analizar de acuerdo a las circunstancias cuál es la solución favorable a aquéllos, pues priva en esta materia la indisponibilidad de los derechos en beneficio de los infantes y adolescentes.

Por tanto, al haberse obviado tales parámetros por la sentencia cuya revisión se solicita, la revisión del fallo debe prosperar y así se decide.

Asimismo, tocó la Sala otro punto interesante referido al valor que tienen las declaraciones de los cónyuges en sus solicitudes de divorcio, respecto a la custodia y régimen de convivencia familiar:

Por último, no puede la Sala dejar de referirse al alegato relativo a la manifestación de voluntad contenida en la solicitud de divorcio de los ciudadanos Adith Grippa Farías y Manuel Ramón Sánchez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185-A del CC (ob. cit.), en consideración a la decisión de la Corte que estableció:

...ciertamente no existe prueba alguna que determine que la titularidad de la guarda, hoy custodia de los menores (...) le haya sido otorgada legal o judicialmente, de manera unilateral a la progenitora, ya que si bien es cierto, ambos progenitores llegaron a acuerdos en la solicitud de divorcio por el artículo 185-A del Código Civil, con relación a la guarda y custodia de los hijos, no es menos cierto que sobre esta causa no existe sentencia definitiva, en consecuencia no hay cosa juzgada. Como consecuencia de lo dicho el alegato expuesto por la apoderada judicial de la ciudadana ADITH GRIPPA carece de veracidad, por lo tanto es improcedente. Así se decide.

En este sentido, se evidencia que el referido escrito de solicitud de divorcio contiene los acuerdos convenidos por las partes respecto a los hijos habidos en el matrimonio, lo que dio origen a la solicitud de restitución de guarda iniciada por la referida ciudadana contra la retención ilegal supuestamente realizada por su cónyuge. Se advierte al respecto que la sentencia cuya revisión se solicita concluyó en la supuesta ausencia de valor de dicha declaración de voluntad de los cónyuges. Así las cosas, se observa que la solicitante alegó que la sentencia impugnada desconoció la legalidad y efectos del acuerdo que ambos progenitores suscribieron cuando interpusieron su solicitud de divorcio por el artículo 185-A del Código Civil, en el que la guarda de los niños fue otorgada a la madre, lo que origina por vía de consecuencia una violación de los intereses superiores de sus hijos.

Asimismo, adujo que es falso que el acuerdo al cual llegaron “sobre la guarda de los mismos expresado en la solicitud de divorcio con base al artículo 185-A del Código Civil que ambos suscribieron, no es eficaz ni válido por el hecho de que no se hubiere producido sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, por cuanto la validez y vigencia de ese acuerdo no dependía de que hubiese o no sentencia con ocasión de la solicitud de divorcio que presentaron...”.

Al respecto, considera esta Sala que asiste la razón a la parte solicitante, toda vez que, en efecto, la declaración de voluntad contenida en el escrito de solicitud de divorcio suscrito por ambas partes, en el que realizan algunos acuerdos y concesiones respecto a los hijos, de conformidad con el artículo 185 A del Código Civil, atiende al principio de autonomía de la voluntad de las partes, según el cual, y de acuerdo con lo que se desprende de la lectura de dicho escrito, los cónyuges habían convenido en que los hijos permanecerían con la madre fuera del país, donde de hecho ya tenían establecida su residencia.

... Considera la Sala que la manifestación conjunta de voluntad, proveniente de los cónyuges, contenida en su solicitud de divorcio, en la que narran cómo se ha venido desarrollando lo relativo a las instituciones familiares que conciernen a sus hijos, y cómo proyectan que siga ocurriendo, aun cuando no haya sido homologada por el juzgador constituye una expresión espontánea del acuerdo amigable de los cónyuges para organizar lo relativo al régimen de los hijos habidos en el matrimonio, permitida y exigida por la Ley. Independientemente del destino o desenlace que tenga la solicitud, lo cierto es que ella, firmada además en acto formal y solemne en un tribunal competente y ante un juez, posee certeza y el valor que le imprime haber sido formulada por las partes interesadas con la intención de que sea vaciada en la sentencia de divorcio que debía recaer; de allí que a juicio de esta Sala fue errado el argumento con el cual el Tribunal apreció dicha manifestación, elementos éstos que no fueron debidamente valorados por la Corte Superior y vician la sentencia analizada.

Por terminar su exposición, la Sala Constitucional hace referencia a la ejecución inmediata que tienen las sentencias dictadas en materia de instituciones familiares:

Asimismo, en cuanto a lo denunciado por la solicitante respecto a que ...el Tribunal de Primera instancia cuando escucho la apelación ejercida por [su] representada, si bien es cierto la oyó en un solo efecto, cuando [su] representada solicitó la ejecución de la misma, en relación a que se le entregara el varón, el Tribunal de Primera Instancia por auto expreso... se negó a ello, alegando que había que esperar las resultas de la apelación, advierte la Sala que la sentencia cuya revisión se solicita nada señaló al respecto, siendo menester para esta Sala indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 488 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las apelaciones en esta materia se admiten únicamente en el efecto devolutivo, lo que significaba que la decisión

tomada por el juez de primera debía ejecutarse inmediatamente y así se decide.

Adicionalmente, la solicitante alegó lo siguiente: “Lo que nunca puede decidir un Tribunal en ese contexto, que fue lo que indebidamente hizo la Corte Superior en el caso de marras, es que reconociendo que la guarda de los niños venía siendo ejercido por la parte actora antes de la interposición de la demanda de restitución de guarda, la prive de la misma, para dársela al demandado, que no probó ejercer la guarda los hijos, ni por la vía del derecho ni por la vía de los hechos, antes de la interposición de la demanda; ya que de permitirse que ese tipo de decisiones puedan ser dictadas en juicios de restitución de guarda, ello es desnaturalizar la esencia del mismo, convirtiéndolo en un juicio de privación de guarda, con la consiguiente violación del debido proceso”.

Debe la Sala insistir respecto al procedimiento de restitución de guarda, hoy custodia, como lo estableció supra, que el mismo no admite, en principio, otro tipo de consideraciones distintas a la restitución o no del niño, niña o adolescente retenido indebidamente, es decir que, en principio, el fallo que se dicte con ocasión de dicho proceso no debe crear un nuevo status, o modificar las condiciones que estuvieren fijadas, bien por las partes o por otro órgano del sistema de protección de aquéllos, pues la concepción que ha tenido el Legislador de este procedimiento es la de un medio de ejecución de un acuerdo previo judicial o extrajudicial en el que se ha establecido de manera categórica la condición del niño, niña o adolescente. Ciertamente, el establecimiento de regímenes distintos a la simple procedencia de la solicitud o no, es algo que está vedado al juez por ser incompatibles al fin perseguido por el procedimiento que se analiza, desnaturalizando su esencia, como lo alegó la solicitante en su escrito, debido a que como quedó expuesto el juez de la causa realizó consideraciones que no correspondían, a la naturaleza del caso. En tal virtud, considera la Sala que tales irregularidades debieron ser corregidas por el tribunal de alzada, que no sólo no lo hizo sino que además, incurrió en el mismo error del tribunal de la causa. Así se establece.-

10. Sentencia (RC. N° 00-967) de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, de fecha 24 de Enero del 2002, con ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, examinó exhaustivamente la naturaleza de la ejecución de la sentencia en el sistema procesal venezolano, y reafirmó

categoricamente su función y eficacia procesal en los términos que reproduzco in extenso:

El artículo 524 *ejusdem* acusado de infracción, dispone:

...Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el Tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución....

La norma transcrita asigna el derecho a solicitar la ejecución de una sentencia u otro acto con fuerza de cosa juzgada a “la parte interesada”. Tal regulación refleja el uniforme criterio doctrinario, acogido por nuestro sistema procesal civil, conforme al cual, el derecho a solicitar la ejecución de un acto con fuerza de cosa juzgada es extensión del derecho a accionar y, en este sentido, está sujeto al mismo principio de legitimación que gobierna la proposición de la acción.

Así, en la exposición de motivos de nuestro Código de Procedimiento Civil, indica:

...Mediante el sistema que se mantiene, la ejecución no es objeto de una nueva acción (*actio iudicati*), como en otros derechos, ni da origen a una nueva relación jurídica procesal, sino que constituye el desenvolvimiento final de la única relación jurídica procesal que se constituye entre las partes desde el momento mismo en que la demanda judicial es notificada al demandado...

Por otra parte, en relación con el alcance del concepto de legitimación para actuar es la opinión del profesor Piero Calamandrei, la siguiente:

...Se ha dicho, en general, que los órganos jurisdiccionales no proveen si no son estimulados por un sujeto agente (*nemo iudex sine actore*: véase anteriormente, P. 31); pero aquí, al hablar de los requisitos de la acción entendida como derecho a obtener una providencia jurisdiccional favorable, se dice *algo más*: esto es que a fin de que el juez provea en sentido favorable al solicitante, no basta que la demanda le sea propuesta por una persona cualquiera, sino que es necesario que le sea presentada precisamente por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquel caso concreto la función jurisdiccional.... (Piero Calamandrei. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pág. 262.).

El maestro Eduardo Couture, a su vez, explica el derecho de petición en los siguientes términos:

...La acción, como forma típica del derecho de petición, asume formas variadas dentro del proceso. Unas veces se apoya en el derecho para obtener una sentencia de condena; otras en la sentencia para obtener la

ejecución. Pero la unidad de contenido es evidente; sólo difieren las formas. La jurisdicción abarca tanto el conocimiento como la ejecución. (Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 443 y ss.).

Es claro que la posibilidad de ejecución va unida junto con el derecho a accionar y por tanto la legitimación para accionar implica la potestad para proceder con la ejecución, y por ello los sujetos legitimados para ello serán los mismos que tienen concedido el derecho de petición, y así, siendo que son las partes las titulares del derecho de accionar, la ejecución les corresponde a ellas y no a otros sujetos.

Los principios que se dejan sentados son suficientes para concluir que, cuando la recurrida declara que la ejecución de la transacción suscrita por las partes corresponde a los Árbitros y no a aquellas, viola el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación. Así se establece.

... Ahora bien, la cosa juzgada contiene una verdad inapelable y definitiva, una presunción iuris et de iure y una medida de eficacia, que solventa un litigio, a través de la sentencia correspondiente o de ciertos supuestos de auto composición procesal, como ocurre en el caso presente, culminado mediante transacción.

Es en el sentido indicado que Couture apunta que la eficacia de la cosa juzgada se resume en tres posibilidades, una de ellas es la coercibilidad, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada, extremo éste acogido por nuestra legislación y regulado en los artículos 524, 525, único aparte, 526 y 532 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

...Artículo 524: Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. (...)

Artículo 525: Vencido el término de la suspensión o incumplido el acuerdo, continuará la ejecución conforme lo previsto en este Título.

Artículo 526: Transcurrido el lapso establecido en el artículo 524, sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia, se procederá a la ejecución forzada.

Artículo 532: Salvo lo dispuesto en el artículo 525, la ejecución, una vez comenzada, continuará de derecho sin interrupción, excepto en los casos siguientes: ...

... Basada en los pronunciamientos anteriores la recurrida, anula el fallo por el cual el Tribunal a quo decretó la ejecución de la transacción. Sin embargo, al pronunciarse en el sentido indicado la recurrida lesiona la ejecutabilidad de la cosa juzgada que dimana de la transacción en cuestión y que estaba obligada a respetar por mandato del artículo 524 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, la recurrida debió limitarse

simplemente a decretar la ejecución y no a hacer consideraciones sobre la validez o no de la misma que condujesen a una esterilización del procedimiento de ejecución en curso.

En casos como el antes señalado, la doctrina y la jurisprudencia patria se han pronunciado en el sentido siguiente:

...Ahora bien, equivaliendo la transacción a sentencia definitivamente firme, el deudor en su ejecución no puede alegar otra excepción que la del cumplimiento de la transacción, pues si la transacción es anulable o nula, por encontrarse en alguno de los casos previstos en los artículos 1.719, 1720 (Sic), 1721 (Sic), 1722 (Sic) y 1723 (Sic) del Código Civil, debe hacer su impugnación por vía principal. En nuestro sistema procesal no es posible impugnar por vía incidental una sentencia porque *“la cosa juzgada subsana todos los vicios del proceso, no permitiendo que se ponga en discusión lo que precedentemente se ha decidido o reconocido; y se le puede oponer aún en materias que rocen con el orden público y cubre hasta los vicios de las acciones intentadas o sostenidas con violación de las leyes”* (Dallos, Pequeño Diccionario de Derecho). Este criterio es el sostenido por la Corte de Casación, al decidir:

... que el fallo accionado se encontraba en estado de ejecución, y es jurisprudencia constante de esta Corte, que no puede darse entrada a articulaciones o recursos que impidan la ejecución de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada”. En nuestra legislación el modo de impugnar un fallo revestido de la cosa juzgada, es recurrir al procedimiento especial contencioso del juicio de invalidación...Por ello es inconcebible que, en el caso de autos se pretenda que el juez a-quo no proceda a la ejecución de la transacción, en virtud de que el demandado ha invocado que es nula por violación de *“normas de orden público”*, pues tales alegatos son improcedentes en fase de ejecución, pues en esta fase del juicio no puede dársele entrada a recursos que impidan la ejecución de una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada...”. (Citada por el Dr. Héctor Cuenca, La Cosa Juzgada, Temis Editores, págs. 401 y 402. Sentencia del 30 de octubre de 1961).

En igual sentido el Tribunal Supremo de Justicia español ha dictaminado lo siguiente:

...Es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de la sentencia en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna –SSTC 167/1987, de 8 de octubre y 92/1992, de 23 de mayo entre otras- cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los

ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado... (Tomado de El Principio del Debido Proceso, Iñaki Esparza Leibar, pág. 226 y ss.).

Como quedara apuntado, el incumplimiento de lo prescrito en una sentencia o estipulado en una transacción con fuerza de cosa juzgada, permite al acreedor solicitar la ejecución forzada del acto respectivo, en virtud de lo previsto concordantemente por los artículos 523, 524 y 532 del Código de Procedimiento Civil, tal como ocurrió en el presente caso respecto de la transacción con fuerza de cosa juzgada cuya nulidad pronuncia la recurrida.

Sin embargo, al desconocer la recurrida la autoridad de cosa juzgada de la transacción, y hacer nugatorio el trámite de ejecución omitiendo el decreto a que se refiere el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, impide, en la práctica el cumplimiento de las obligaciones pactadas por vía forzada, cercena derechos adquiridos en virtud del pacto de autocomposición procesal celebrado por las partes y desaplica el contenido del artículo acusado de infracción en este caso.

En atención a las consideraciones antes expuestas esta Sala de Casación Civil estima que el fallo recurrido negó aplicación a la norma contenida en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, al desconocer la autoridad y eficacia de cosa Juzgada que emana de la transacción suscrita por las partes y homologada por el Tribunal de la causa, incurriendo en consecuencia en la infracción de los artículos 255, y 273 *eiusdem*...

11.) En sentencia N° 940, de 16 de junio de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, hizo importantes aclaraciones procesales en materia de reafirmación de la facultad del juez de la causa para ejecutar directamente sus decisiones, y sobre la fundamental diferencia entre bienes sociales y bienes personales de los accionistas, la forma de practicar la medida de embargo sobre acciones de una compañía de comercio, el fin de la jurisdicción, y el principio del dispositivo en materia de amparo. Esta sentencia tiene relevancia en nuestro estudio respecto a la ejecución de las sentencias en materia patrimonial (partición de bienes, mercantil o laboral).

1) Sobre el primer aspecto, advierte:

Bajo tal premisa, el legislador de 1987 dispuso en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, que “*la ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia*”; con lo cual no debería existir duda en cuanto a que el juez de la causa puede ejecutar sus propias decisiones, sin embargo, existe la posibilidad, y así está previsto en el primer aparte del artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, que el juez de la causa comisione “*para los actos de ejecución*”, a cualquier juez competente.

Igualmente, confronta ese principio cardinal de la ejecución, con la Resolución del extinto Consejo de la Judicatura sobre la creación de los jueces de ejecución y con el artículo 70 de la Ley del Poder Judicial, y concluye:

...Como puede apreciarse, de la lectura del arriba transcrito artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se evidencia de manera alguna, que los juzgados de municipio especializados en ejecución de medidas, posean competencia exclusiva y excluyente en cuanto a la práctica de medidas se refiere, ello según lo expuesto en la parte *in fine* de dicha norma, de la cual se desprende que los tribunales de municipio especializados en ejecución de medidas, podrán hacer uso de esa competencia en tanto y en cuanto sean comisionados para ello...”/ ... Es necesario precisar además, que la figura de la comisión no está limitada de ninguna manera a la práctica de medidas, como pareciera desprenderse del primer aparte del artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que el juez executor de medidas debe prestar su apoyo al juez de la causa, y colaborar con la obtención de una justicia expedita y eficaz, dando cumplimiento estricto a cualquier comisión que le sea encomendada, tal como lo dispone la parte *in fine* del citado artículo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil./...En efecto, el hecho de que puedan comisionarse por el juez de la causa la práctica de medidas preventivas, es un indicativo claro de que la colaboración de los juzgados ejecutores de medidas, no será sólo en etapa de ejecución de sentencias, sino en cualquier estado y grado del conocimiento de la causa.

2) Asimismo, destaca el fin de la jurisdicción y su vinculación con la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

...Ahora bien, a los efectos prácticos y desde el punto de vista del justiciable, la ejecución de la sentencia es una función del Estado; la jurisdicción no se agota con el conocimiento y decisión de la causa, es necesario que esa tutela judicial sea efectiva, y ello implica que una vez declarado el derecho se provea lo necesario para satisfacerlo; principios estos recogidos novedosamente en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela./ ...Como consecuencia de lo anterior, se observa que el juez de la causa, como juez de conocimiento, debe dar cumplimiento a ese mandato constitucional de otorgar una justicia efectiva, pero debe hacerlo además de manera expedita y sin dilaciones, es por ello que la creación de jueces ejecutores de medidas atendió entre otros motivos, a evitar retardos en la tramitación y decisión de las causas; así entonces, el estado actual de congestión de causas en los tribunales ordinarios del país, sumado a la obligación de tramitar y decidir de manera expedita, justifica y conlleva el empleo de la figura de la comisión al momento de ejecutar las decisiones.

3° Respecto a la primordial diferencia entre bienes sociales y bienes personales de los accionistas, elucida:

...No obstante lo anterior, no puede dejar pasar por alto esta Sala, que al momento de practicar el embargo de las acciones se cometieron irregularidades, a saber:/ ...Primeramente, si la demandada perdidosa en el juicio principal lo es Celium C.A., los bienes susceptibles de ser embargados son los bienes que sean propiedad de dicha sociedad mercantil, en consecuencia, mal podían ser objeto de una medida de ese tipo, los bienes propiedad del ciudadano Olindo Patron Rossi, quien como accionista de esa compañía anónima posee un patrimonio separado al de ésta, de conformidad con lo pautado en el artículo 201 del Código de Comercio; y no tiene que soportar sobre sus bienes propios la ejecución de medidas derivadas de la condenatoria en juicio de la compañía de la cual es accionista; más aún cuando no se trataba de una sociedad irregular o de hecho.

4º) Respecto al embargo de las acciones de la sociedad, advierte:

Por otra parte, el artículo 296 del Código de Comercio establece que la propiedad de las acciones se prueba con su inscripción en los libros de accionistas de la compañía, por lo que cualquier acto que las involucre debe asentarse allí, en consecuencia, **comparte en cierto modo la Sala lo expuesto por el a quo al señalar: / “Ahora bien, al embargarse las acciones que conforman el capital de una entidad mercantil, la misma debe practicarse EN EL LIBRO DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD, y de esa manera pueda declararse la desposesión del título que equivale a la acción, ello atendiendo a que las acciones constituyen un título sujeto a un régimen de circulación que se produce en el libro de accionistas, por lo tanto NO PROCEDE LA ACCIÓN DE EMBARGO DE ACCIONES EN LA OFICINA DE REGISTRO MERCANTIL, circunstancias que constituyen una violación al derecho de propiedad del quejoso, cuando se declara la desposesión de sus acciones a través de un acto de embargo que no puede surtir efectos jurídicos al no haberse practicado en la forma prevista en el (sic)ley. (Negrillas del fallo citado).**

5) Perno la característica sui generis de la pretensión de amparo en relación con el principio del dispositivo, y resalta:

No obstante, es necesario advertir al *a quo*, que si bien el juez de amparo no está sujeto al principio dispositivo, en el sentido de que no se encuentra atado al conocimiento de las denuncias hechas por los querellantes, y que puede en consecuencia declarar la violación de derechos constitucionales no denunciados por las partes, atentaría contra el carácter personalísimo de la acción de amparo, declarar la violación de un derecho o garantía constitucional de quien no es accionante...”, con lo cual reitera el principio de la personalidad autónoma de la sociedad mercantil.

12) Sentencia N° 1046 de fecha 23 de julio de 2009 (tomado de “El derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional Enero 2009-Abril 2012, TSJ, Colección Doctrina Judicial, Nro 57, Caracas, 2012 pag 140), Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia contentiva de Acción de Amparo Constitucional, en esta decisión la Sala destaca la importancia de la etapa de ejecución al señalar que:

La ejecución de las decisiones judiciales forman parte de la tutela judicial efectiva y que en la materia especial de protección de niños, niñas y tomado de adolescentes la ejecución de sentencia no es un problema que involucre solo a las partes, sino que lo es también del Estado que, a través del Ministerio Público y de los Tribunales, debe velar por la efectiva ejecución de las decisiones judiciales. A tal fin, se ordena a los órganos competentes el establecimiento de responsabilidades a los que afecten la ejecución de los fallos judiciales.

13) Sentencia N° 606 del 27 de abril de 2011 (tomado de “El derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional Enero 2009-Abril 2012, TSJ, Colección Doctrina Judicial, Nro 57, Caracas, 2012 pag 307), Sala Constitucional, que decidió el recurso de revisión constitucional interpuesto por la ciudadana María Esther Jaimes Villamizar, en esta sentencia la sala señala que en materia de responsabilidad de crianza no tiene lugar el recurso de revisión, ya que las decisiones dictadas en esta materia no causan estado por el principio rebús sic stantibus. En efecto señaló:

Advierte la Sala además, que la ciudadana MARIA ESTHER JAIMES VILLAMIZAR puede solicitar ante la instancia competente la modificación de la responsabilidad de crianza, conforme a lo establecido en el artículo 361 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pues las decisiones dictadas sobre este particular no causan estado de acuerdo al principio rebús sic stantibus.

14) Sentencia Nro 1283 del 26 de julio de 2011 de la Sala Constitucional (tomado de “El derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional Enero 2009-Abril 2012, TSJ, Colección Doctrina Judicial, Nro 57, Caracas, 2012 pag 368), mediante la cual conminó al Juez de instancia a pronunciarse acerca de la ausencia de medidas para lograr la ejecución forzosa de las decisiones judiciales, por cuanto su falta de aplicación termina lesionando los derechos que se pretenden garantizar. Al respecto la Sala señaló:

En este sentido, considera la Sala importante que el juez que en definitiva conozca del caso, se pronuncie acerca de la ausencia de medidas tendientes a lograr la ejecución forzosa de las decisiones que se dicten en esta materia, cuya falta de aplicación termina lesionando de manera irreparable los legítimos derechos de los infantes a mantener y cosechar una estrecha, agradable, beneficiosa y satisfactoria relación materno o paterno filial, en obsequio a los principios de coparentalidad y de interés superior del niño, niña y adolescente.

15) Sentencia N° 1871 del 01 de diciembre de 2011 (tomado de “El derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional Enero 2009-Abril 2012, TSJ, Colección Doctrina Judicial, Nro 57, Caracas, 2012 pag 409), Sala Constitucional referida a que la aclaratoria y ampliación de sentencia no puede acarrear un pronunciamiento de condena ex novo modificatoria de la cosa juzgada:

Advierte la Sala que si las partes habían efectuado un convenio acerca de la obligación alimentaria a favor de su hijo, que comprendía una cantidad dineraria y el pago de otros conceptos a cargo del padre, tales como: póliza de seguro, mensualidades del colegio, gastos médicos y odontológicos no cubiertos por la póliza, un apartamento en usufructo, los gastos de condominio de dicho apartamento, cuando se realizó la revisión

no podía realizarse una nueva fijación sin ponderar los otros elementos que formaban parte de la obligación alimentaria, es decir, sin ser analizados. Asimismo, considera la Sala que con la aclaratoria y ampliación se produjo un pronunciamiento de condena ex novo, que modificó el fallo que se pretendía ampliar y aclarar y con ello la cosa juzgada.

CAPITULO IV

DOCTRINA EXTRANJERA RELACIONADA CON LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En este capítulo se realizan unos breves comentarios de la doctrina española y colombiana en materia de familia, que pueden servir de orientación a la solución de algunos de los problemas que se presentan en la legislación venezolana en la ejecución efectiva de las sentencias dictadas en esta materia especial.

Doctrina de España en relación a la Ejecución de Sentencias en Materia de Familia

Comienzo el análisis doctrinario con esta interesante reflexión que realiza Pérez (2009, 3), director de la revista española citada, que encuadra perfectamente dentro de nuestra realidad, respecto a la dinámica familiar y al importante rol de los abuelos dentro de la misma, y sin ánimos de ser feminista diría que de las abuelas por cuanto considero que somos una sociedad predominantemente matriarcal. ¿Cuántos casos observamos diariamente en las fiscalías y tribunales de protección donde son las abuelas y abuelos quienes asumen la responsabilidad de crianza de sus nietos?

Muchísimos. La legislación española modificó cinco artículos del Código Civil, estableciendo de forma expresa el derecho de los abuelos a visitar a los nietos en caso de ruptura matrimonial, haya acuerdo o no entre las partes, a ser oídos en los procedimientos judiciales y a que, en determinados casos, pueda serles encomendada la custodia de los nietos.

Es un hecho innegable que los efectos de la crisis de pareja no solo repercute en los cónyuges y en sus hijos, sino que también se extiende a otras personas, como son los padres, hermanos, amigos e incluso a los compañeros de trabajo.... La misión de algunos solo es escuchar y aconsejar. Pero otros no pueden limitarse a eso, y su función en la crisis va más allá, no solo tienen que apoyar emocionalmente a la persona que se separa, sino que también es necesario apoyarla materialmente. Cuántas personas después de la crisis se trasladan aunque sea temporalmente al hogar paterno. En otras ocasiones los padres son los que tienen que reequilibrar la maltrecha economía familiar y a modo de ayuda humanitaria, generalmente sin retorno, financiar las necesidades más perentorias. También tienen que atender a los nietos cuando sus hijos por razones laborales o sencillamente porque necesitan salir de noche, no pueden atenderlos. Cuántos padres separados al recoger a sus hijos lo primero que hacen es dejarlos en casa de los abuelos. Cuántos abuelos están sufriendo las recogidas y entregas conflictivas. Cuántos desvelos y preocupaciones tienen estas personas... En los casos de desamparo de menores, su función va mucho más allá que el simple apoyo moral y/o económico, y vemos con frecuencia que tienen que pasar a primera línea y ejercer de padres de sus nietos. Son la familia extensa y allí es donde hay que intentar reintegrar a los menores. Después de lo que tienen que escuchar, ver y sufrir, ¿algo tendrán que decir no? No se trata de volver a los Consejos de Familia o a Los Consejos de Ancianos, esta sociedad ya se ha encargado de quitar la autoridad moral a los mayores. Pero ¿sería bueno que el Juez les escuchara antes de adoptar las medidas de la crisis familiar? Lógicamente no estamos pensando en que vengan al procedimiento como testigos y que contesten con vehemencia a las preguntas de los abogados. ¿Podría implantarse una audiencia o exploración de los abuelos sin la presencia de los cónyuges ni de los abogados?... (“Los Abuelos”, nota del Director, tomado de la Revista de Derecho de Familia, Editorial Lex Nova, S.A, España, bajo la Dirección de Antonio Javier Pérez Martín, p.3).

Al respecto, la exposición de motivos de la Ley de reforma al Código Civil español (2003) expone:

En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin.

De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores.

En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

A estos fines, la modificación que se propugna introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90 del Código Civil, de acuerdo con el cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de éste con sus abuelos.

Por su parte, el artículo 94 del Código Civil queda modificado con el fin de recoger la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas con los abuelos.

Asimismo, el artículo 103 del Código Civil, coherentemente con la modificación del artículo 90, prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones.

Igualmente es objeto de atención el artículo 160 del Código Civil, cuya aplicación no sólo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, y

pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos.

También, en la redacción del artículo 161 del Código Civil se hace explícito y singular el régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos sometidos a acogimiento.

Por último, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, de manera que la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil se sustanciará por los trámites y los recursos del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I, título I, libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Llama la atención esta especial regulación que ha hecho la legislación española respecto a la relación de los niños, niñas y adolescentes con sus abuelos, y no es para menos porque en efecto los abuelos en la mayoría de los casos juegan un rol importantísimo en la vida y desarrollo de los mismos.

La legislación venezolana no dispone de un articulado especial para los abuelos, sin embargo el artículo 388 de la LOPNNA (ob. cit.) establece que los parientes por consanguinidad (donde encuadran los abuelos) del niño, niña o adolescente podrán solicitar la fijación de un régimen de convivencia familiar... el juez o jueza podrá acordarlo cuando el interés superior del niño, niña o adolescente así lo justifique. Con ello se garantiza el trato y comunicación permanente del niño con sus demás familiares, incluyendo los abuelos.

Sin embargo, del análisis que hace la doctrina y legislación española respecto a la importancia de los abuelos en la vida del niño y sobre todo enfocándonos en la

etapa de ejecución de las sentencias, se considera que se debería implementar una audiencia en la que se oyera la opinión de estos, especialmente en los conflictos de responsabilidad de crianza y régimen de convivencia familiar, ya que el aporte que pueden dar los mismos puede ser crucial para que el juez decreta la forma de ejecución más conveniente al interés superior de los niños, niñas y adolescentes involucrados y por qué no hasta de los padres, quienes en la mezcla de sentimientos encontrados que presentan después de una separación están cegados y por lo tanto imposibilitados de conseguir la solución más viable a su conflicto. Ceguera de la que no sufren los abuelos y conocedores del conflicto como seguramente lo son es mucha la información valiosa que pueden aportar al juez, en esta etapa decisiva del proceso.

En cuanto a ejecución del régimen de convivencia familiar, Pérez (ob. cit., 941-943), indica que existe la “ejecución por incumplimiento de entrega de menores al progenitor custodio”, para lo cual los artículos 549 y siguientes de la LEC regulan el procedimiento que contempla la Ley para estos casos de incumplimiento. Se introduce la demanda, se realizan las diligencias de requerimiento al ejecutado y transcurrido el plazo de diez días sin que el ejecutado conteste el requerimiento, el Tribunal dicta auto acordando la entrega de los menores, con personal especializado y la asistencia de fuerza pública.

Igualmente impondrá multas coercitivas. El ejecutado puede oponerse alegando incumplimiento por causas no imputables a su persona, necesidad de ejecución

progresiva (artículo 158, Código Civil español), o cambio de circunstancias. El ejecutante deberá contestar la ejecución. En estos casos el Juez podrá dictar auto acordando entrega de los menores con personal especializado y asistencia de fuerza pública; imponer de multas coercitivas; hacer la ejecución progresiva o suspensión de la ejecución. En caso de incumplimiento se mantienen las multas coercitivas, pero si el ejecutado tiene recursos económicos, el Juez tendrá que imponer otras medidas. También prevé el cambio de guarda y custodia ante el incumplimiento del régimen de visitas, cuando han sido ineficaces las multas y otras medidas dictadas.

Según el autor antes citado, de lo previsto en la legislación española se puede derivar la reclamación de daños y perjuicios ante el incumplimiento del régimen de visitas. Aunque no se trata de una cuestión prevista en la LEC, no debe descartarse la posibilidad de que, por vía del artículo 1.902 del Código Civil español, puede solicitarse y obtenerse una indemnización o resarcimiento por estos incumplimientos, siendo así que, además de la lesión moral pueden haberse producido perjuicios de naturaleza estrictamente económica; por ejemplo, gastos de traslado y estancia del progenitor, pérdida de los gastos de reserva y programación de las actividades previstas con los hijos, que no se han podido llevar a cabo y que se pierden.

Pérez (ob.cit., 942), cita a Rivero Hernández, quien considera que el resarcimiento de perjuicios, es un arma que usada con oportunidad, puede ser un eficaz procedimiento disuasivo para el que incumple. Se observa como en materia de

cumplimiento de régimen convivencia familiar, prevén una demanda exclusiva para lograr el cumplimiento, a través de un procedimiento breve y establecen expresamente la ejecución forzosa del traslado del Juez con la fuerza pública, lo que no deja espacio a dudas ni a criterios diversos, por lo menos en esta materia.

También se considera, como el autor citado, que la posibilidad de una demanda por daños y perjuicios en contra del progenitor que obstaculiza o incumple el régimen, es una buena medida de coacción para disminuir tales conductas, que pudiese ser incluida en nuestra legislación.

Asimismo, el sistema de multas coercitivas junto con la reclamación de resarcimiento de daños y perjuicios, son medios que buscan lograr el cumplimiento efectivo de la sentencia, y los mismos contribuyen al cumplimiento de los regímenes de convivencia de una manera más eficaz que la establecida en la legislación venezolana. También, y en eso sí coinciden ambas legislaciones, prevén la privación de custodia del progenitor que incumpla injustificadamente el régimen.

Otro trabajo que trata el tema de la ejecución de sentencia en la doctrina española es el publicado por Alzate (2012), Abogada y Doctora en Derecho, la autora señala que:

El incumplimiento del deber de los padres de proporcionar la asistencia familiar a sus hijos es considerado como un delito de abandono de familia

y conlleva también el inicio del procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado a prestarlos. Es necesario que el perjudicado o su representante legal formulen la correspondiente denuncia. Cuando el perjudicado sea una persona menor de edad, incapaz o desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. El delito de abandono de familia tiene pena de arresto de ocho a veinte fines de semana, y se concede al Juez o Tribunal la posibilidad de imponer, motivadamente, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda y/o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años; para la adecuada ejecución de esta pena debe inscribirse en el Registro Civil.

Cuando el Juez acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias”. Sin embargo, debe cuidarse el “principio de intervención mínima”, que subraya el carácter estrictamente subsidiario del Derecho Penal en el ámbito de las relaciones familiares.

De lo anterior se observa como el Derecho español considera el incumplimiento de la obligación de manutención como un delito de abandono de familia, por ello aunado a que se pueden embargar bienes del padre que ha incumplido se abre la vía penal con pena de arresto de 08 a 20 fines de semana. Claro está, aplicando el principio de intervención mínima, que consagra el carácter subsidiario del Derecho Penal en el ámbito de las relaciones de familia. Entendiendo que la vía penal si bien es una forma eficaz de coaccionar al cumplimiento de tan importante obligación, en nada contribuye a mejorar las relaciones familiares sino todo lo contrario crea más conflictos y deterioro en las mismas.

Indica Alzate (ob. cit.), que hace más o menos un año, el gobierno español aprobó en Consejo de Ministros el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, que asegura a las mujeres y hombres con la guarda y custodia de sus hijos, una asignación económica en el caso de que el progenitor encargado de abonar la pensión alimenticia no la pague. Esta norma se aplica a los padres con hijos menores o mayores de edad con una discapacidad superior al 65%; por cada descendiente beneficiario el progenitor podrá recibir una cuantía máxima de 100 euros al mes.

Agrega que las cantidades concedidas por este Fondo de Garantía del Pago de Alimentos son anticipos reintegrables que se limitan a 18 meses, siempre y cuando las pensiones alimenticias hayan sido acordadas en resolución judicial. Los padres que necesiten dirigirse al Fondo deben tener resoluciones favorables dictadas por los Tribunales españoles, donde conste la exigencia de haber instado la ejecución de esa sentencia sin haber obtenido el pago. Además, debe existir una rigurosa acreditación de la situación económica de la unidad familiar en la que vivan los menores. El reconocimiento de los ingresos de la unidad familiar podrá solicitarse de forma urgente en el caso de que los ingresos no superen las cuantías previstas para el reconocimiento ordinario o cuando la solicitante sea víctima de violencia de género.

Por ello, para que los menores comunitarios de la Unión Europea puedan recibir los anticipos, tienen que ser residentes en el Estado español. En el caso de los menores extracomunitarios, se exigirá cinco años de residencia legal y que sus

derechos nacionales concedan anticipos similares a los ciudadanos estatales en su territorio.

Tal como se puede apreciar, la idea de este fondo contribuye a disminuir el impacto que causa en la crianza y desarrollo de un niño, el incumplimiento de la obligación de manutención por parte de uno de sus progenitores y en consecuencia un buen ejemplo a seguir, que en el caso de Venezuela ayudaría a muchas madres que deben asumir solas todas las cargas de la responsabilidad de crianza de sus hijos.

Otro aspecto que se considera importante en la doctrina española, es que esta regula la custodia de hecho, a diferencia de la legislación venezolana, que nada dispone respecto a esos casos que se dan en la realidad y que en beneficio de los niños es necesario regularizar. Según la página web Abogado-s.es (Directorio Abogados Colegio de Abogados/ Leyes/ Civil-Penal/ Juzgados) La Custodia de hecho en el derecho español:

La guarda de hecho aparece regulada en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil; se trata de una figura de innegable importancia, pues en numerosas ocasiones hay menores que son protegidos por personas que no tienen título jurídico que las habilite para ello. La norma no facilita un concepto de qué ha de entenderse por guardador de hecho, si bien podríamos definirlo como aquella persona que, sin tener potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerce respecto de dicha persona alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de intereses. La normativa vigente prevé que, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de

la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Además, se indica que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. En todo caso, la doctrina define la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos: Que se haya asumido un deber de protección respecto de un menor de edad o incapaz. Que dicha asunción se haya hecho sin que exista un específico deber de protección establecido por el ordenamiento jurídico. Ejemplos típicos de guardadores de hecho podrían los siguientes: Caso del padrastro que, una vez fallecido su cónyuge (progenitor del menor) mantiene de hecho el "status" de padre, cumpliendo respecto a su hijastro como un buen padre de familia. Caso de los abuelos que, habiendo fallecido uno de sus hijos y su cónyuge en accidente, se hacen cargo de sus nietos (es decir, de los hijos de los fallecidos), asumiendo los deberes de alimentación, protección y formación integral de los mismos.

En efecto son muchos los casos en que un tercero asume algunos o todos los deberes de la responsabilidad de crianza de un niño por determinada circunstancia, razón por la cual se considera que la legislación venezolana debería contener algunas disposiciones protectoras de los intereses de los niños en estos casos de manera expedita. Si bien existe la figura de la colocación familiar contenida en el artículo 396 de la LOPNNA, ella procede sólo en los casos taxativamente indicados en el artículo 397 ejusdem, dejando por fuera situaciones que frecuentemente se pueden presentar en la vida de un niño y que al carecer de regulación muchas veces se convierten en un factor de violación de derechos.

En el supuesto de fallecimiento de la madre, el padre biológico es difícil de ubicar y el padrastro necesita disponer de una cantidad de dinero dejada por la madre para gastos de salud de su hijo, esta figura de guardador de hecho bajo la legislación

española permitiría que el padrastro pudiese disponer de esa cantidad, mientras que en nuestra legislación la intervención inmediata del padrastro se vería impedida y sujeta a una previa autorización judicial. Como se observa, algunos contenidos de la legislación española pudiesen adoptarse en la nuestra en beneficio del interés de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Doctrina de Colombia en Relación a la Ejecución de Sentencias de Protección en Niños, Niñas y Adolescentes

En lo que se refiere a la doctrina de Colombia, la Unicef, Oficina de Colombia (2007, 82 y ss.), indican que la legislación colombiana, al igual que la venezolana, se fundamentan en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en la ciudad de Nueva York, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de enero de 1990, de allí la semejanza entre ambos sistemas jurídicos. Sin embargo, en materia de ejecución de sentencias y acuerdos se observa que han considerado que dados los derechos que se protegen debe existir normativa expresa que regule la misma.

Es así, que el tema de los alimentos ha sido en los últimos años objeto de especial preocupación para las autoridades competentes de ese país, en materia administrativa, judicial y penal. Por cuanto consideran, que después de la violencia intrafamiliar, el no suministro de alimentos por parte de los padres es el segundo delito de ocurrencia en el país. Nótese como los dos delitos de mayor impacto pero de

menos preocupación para la política criminal cobran sus mayores víctimas en los niños, niñas, adolescentes y mujeres que son quienes terminan por asumir toda la responsabilidad en el cuidado, la nutrición, la educación, la salud, entre otros.

Esta situación se agrava ante la falta comprensión por parte de las familias, la sociedad y el Estado de que los alimentos son antes que una dádiva, un derecho fundamental definido como tal en el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia del año 2006, sancionado el 18 de Noviembre de ese mismo año por la Ley 1098 de Colombia, y que entró en vigencia seis meses después de su promulgación, en el cual no sólo se expresa en una cuota económica mensual, sino que su contenido se refiere a la obligación de dar al niño o niña lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción, y en general todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

De igual forma, ordena la ley que los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. Dada como se observa la importancia de este tema, esta ley previó mecanismos más ágiles para su reclamación y por eso definió un capítulo especial para el derecho a los alimentos, conexo con el derecho a la custodia y al cuidado.

El artículo 111 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece: alimentos. Para la fijación de cuota alimentaria se observarán las siguientes reglas:

1. La mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad.
2. Siempre que se conozca la dirección donde puede recibir notificaciones el obligado a suministrar alimentos, el defensor o comisario de familia lo citará a audiencia de conciliación. En caso contrario, elaborará informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que inicie el respectivo proceso. Cuando habiendo sido debidamente citado a la audiencia el obligado no haya concurrido, o habiendo concurrido no se haya logrado la conciliación, fijará cuota provisional de alimentos, pero sólo se remitirá el informe al juez si alguna de las partes lo solicita dentro de los cinco días hábiles siguientes.
3. Cuando se logre conciliación se levantará acta en la que se indicará: el monto de la cuota alimentaria y la fórmula para su reajuste periódico; el lugar y la forma de su cumplimiento; la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales, las garantías que ofrece el obligado y demás aspectos que se estimen necesarios para asegurar el cabal cumplimiento de la obligación alimentaria. De ser el caso, la autoridad promoverá la conciliación sobre custodia, régimen de visitas y demás aspectos conexos.
4. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al ofrecimiento de alimentos a niños, las niñas o los adolescentes.
5. El procedimiento para la fijación de la cuota alimentaria será el especial previsto actualmente en el Decreto 2737 de 1989.

Por su parte el artículo 130 del Código, establece que sin perjuicio de las garantías de cumplimiento que establezcan las partes, el Juez tomará las medidas que indica dicho artículo, a saber: (1) Orden al patrono, cuando el obligado sea asalariado, de descontar y consignar a orden del Tribunal hasta el 50% de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de Ley y, (2) decreto de medidas cautelares sobre bienes muebles o inmuebles cuya titularidad sea del demandado por cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el 50 % de los frutos que produzcan.

En efecto el artículo 130 del Código establece:

MEDIDAS ESPECIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el Juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de este se extenderá la orden de pago.

2. Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el Juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.

Se observa de la norma anterior que a diferencia de la legislación venezolana, establecieron el embargo de hasta el 50% del salario que devengue el obligado alimentario, así como el 50% de los frutos que produzcan los bienes inmuebles propiedad del mismo.

Otra norma interesante de este Código es la contenida en el artículo 135, que estipula, a los fines de hacer efectivo el pago de la cuota alimentaria, que cualquiera

de los representantes legales del niño, niña o adolescente o el defensor de familia, podrán promover ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de la simulación de actos de disposición de bienes del alimentante.

Con esta norma se persigue evitar el fraude a la Ley en que incurren muchas veces los obligados alimentarios, a los fines de evitar el incumplimiento de la obligación de alimentos. Norma que se considera sería muy útil que adoptara la legislación venezolana, ya que si bien está previsto el juicio de simulación, la legitimación amplia que establece el legislador colombiano y la disposición expresa dentro de los procedimientos de alimentos contribuye a evitar o disminuir este tipo de situaciones, ya que en la práctica se observa con frecuencia como los padres que disponen de bienes se insolventan a los fines de evadir el cumplimiento de la obligación de manutención, con una norma de este tipo se podría actuar de manera más expedita y eficaz contra este tipo de conductas.

Se puede observar como el legislador colombiano en los artículos anteriormente nombrados, regula de manera expresa la normativa que debe ser aplicada por los jueces especiales y que en definitiva, deja claro el camino o procedimiento a seguir cuando se incumple el acuerdo o la sentencia dictada en estos asuntos. Lo anterior impide que se cree una diversidad de criterios dentro de los Tribunales y en definitiva, contribuye a garantizar la tutela judicial efectiva en esta etapa. A

diferencia del sistema de remisiones que eligió el legislador venezolano en cuanto a ejecución se refiere, que en muchos casos por la especialidad de la materia, las remisiones son difíciles de aplicar, sobre todo en lo que se refiere a las obligaciones de hacer.

Mención especial merece el artículo 52 del Código colombiano, que incluso en materia de obligación de manutención, ordena al Juez verificar que las garantías contenidas en esa norma estén protegidas, cumpliendo de esta forma el Juez con la función protectora que le atribuye la Ley. El artículo 138 establece, que en todos los casos y de manera inmediata a su conocimiento, la autoridad competente deberá realizar la verificación de la garantía de derechos ordenada en el artículo 52 de esta ley.

Este artículo 52, establece la obligación para el Juez de verificar los siguientes aspectos: (1) El Estado de salud física y psicológica; (2) estado de nutrición y vacunación; (3) la inscripción en el registro civil de nacimiento; (4) la ubicación de la familia de origen; (5) el estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos; (6) la vinculación al sistema de salud y seguridad social, y (7) la vinculación al sistema educativo. Esta norma sumamente protectora, obliga al Juez a no limitarse a verificar sólo lo concerniente al cumplimiento de la obligación, sino que debe verificar que el

niño, niña o adolescente tenga garantizados los otros aspectos indicados en el artículo 52.

También prevé el Código a semejanza con las disposiciones venezolanas, que en los sitios donde no exista Juez de Familia, los Jueces de Municipio conocerán los asuntos atribuidos a estos. En efecto el artículo 120 establece:

COMPETENCIA DEL JUEZ MUNICIPAL. El Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal conocerá de los asuntos que la presente ley atribuye al juez de familia, en única instancia en los lugares donde no exista este.

(...)

ARTÍCULO 129. ALIMENTOS. En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.

La sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga. En tal caso, si el obligado no cumple la orden dentro de los diez días hábiles siguientes, el juez procederá en la forma indicada en el inciso siguiente.

El juez deberá adoptar las medidas necesarias para que el obligado cumpla lo dispuesto en el auto que fije la cuota provisional de alimentos, en la conciliación o en la sentencia que los señale. Con dicho fin decretará embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos de aquél, los cuales se practicarán con sujeción a las reglas del proceso ejecutivo.

El embargo se levantará si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes.

Cuando se trate de arreglo privado o de conciliación extrajudicial, con la copia de aquél o del acta de la diligencia el interesado podrá adelantar proceso ejecutivo ante el juez de familia para el cobro de las cuotas vencidas y las que en lo sucesivo se causen.

Cuando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos

ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad ordenando impedirle la salida del país hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria y será reportado a las centrales de riesgo.

La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del 1o de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico.

Con todo, cuando haya variado la capacidad económica del alimentante o las necesidades del alimentario, las partes de común acuerdo podrán modificar la cuota alimentaria, y cualquiera de ellas podrá pedirle al juez su modificación. En este último caso el interesado deberá aportar con la demanda por lo menos una copia informal de la providencia, del acta de conciliación o del acuerdo privado en que haya sido señalada.

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al ofrecimiento de alimentos a niños, niñas o adolescentes. El incumplimiento de la obligación alimentaria genera responsabilidad penal.

Del artículo 129 se observan muchas semejanzas con la legislación venezolana, ya que establecen el embargo de bienes del deudor por incumplimiento, secuestro, avalúo y remate de los bienes; todo ello siguiendo el procedimiento ejecutivo contemplado en su legislación. Establecen el lapso de un mes de atraso para que proceda la reclamación, a diferencia de la legislación venezolana que establece dos meses. Igualmente, establecen el reajuste automático a partir del 1 de enero del año siguiente anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor.

Aunado a lo anterior, el artículo 131 incorpora una interesante norma que ilustra al Juez ante la situación de varios embargos sobre bienes del mismo deudor, que no tiene la legislación venezolana y resulta pertinente cuando puedan ocurrir estos casos.

ARTÍCULO 131. ACUMULACIÓN DE PROCESOS DE ALIMENTOS.
Si los bienes de la persona obligada o sus ingresos se hallaren embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de una sentencia de alimentos, el juez, de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un proceso concurrente, asumirá el conocimiento de los distintos procesos para el sólo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones alimentarias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios.

En síntesis, de las dos doctrinas analizadas se observa que ambas se asemejan mucho a la legislación venezolana, ya que incorporaron a sus legislaciones la doctrina de la protección integral contemplada en la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo presentan algunas variantes que se considera pueden ser incorporadas en la legislación patria para garantizar de manera más efectiva la tutela judicial efectiva en la etapa de ejecución, etapa que es vital para garantizar todos los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes venezolanos contemplados en la legislación especial.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Conclusiones

El objetivo del presente trabajo era analizar la ejecución de las sentencias dictadas en los asuntos regulados por la LOPNNA a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva en esta etapa primordial de los procedimientos. Para ello se analizó la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de otorgar herramientas a los usuarios de la Ley que les permitan concretar y practicar de manera eficaz la ejecución. En efecto se llegó a las siguientes conclusiones:

1. La LOPNNA, en materia de ejecución de sentencias, escogió el sistema de remisión primordialmente a tres leyes CC, CPC, LOPT y en los asuntos de carácter administrativo a la LOPA, lo que no impide que el Juez utilice normas contenidas en otras leyes siempre que las considere útiles para lograr materializar la ejecución ordenada. Ello por aplicación analógica del artículo 384 de la LOPNNA.

Es por ello, que los jueces de protección de niños, niñas y adolescentes al momento de ejecutar sus sentencias, deben analizar las disposiciones de las leyes que consideren idóneamente aplicables a la sentencia específica que van a ejecutar, y no

limitarse a las pocas disposiciones que contiene la LOPNNA o a las contenidas en el CC, CPC y LOPT, que si bien contribuyen en gran manera a llenar los vacíos de la ley en esta materia, no deben ser limitante para que el juez aplique otra norma de cualquier ley siempre y cuando con esta logre la ejecución efectiva del fallo.

2. Se considera que la ejecución de los asuntos que regula la LOPNNA es una ejecución especial, ya que muchos de los principios que rigen la ejecución ordinaria contenidos en los artículos 523 y siguientes del CPC se ven atenuados o modificados por esta Ley. Por tanto, el Juez al ejecutar la sentencia debe tomar en cuenta la especialidad de la materia, para aplicar las atenuantes o modificaciones en los casos que procedan, ello a los fines de garantizar de manera eficaz la tutela judicial efectiva en la etapa de ejecución.

3. En la LOPNNA no opera la distinción de la oportunidad procesal en la que deben ser dictadas las medidas preventivas y las ejecutivas que sí opera en la ejecución ordinaria regulada por el CPC, por ser la LOPNNA una ley garantista no se puede limitar al Juez para que en la etapa de ejecución de sentencias dicte alguna de las medidas que están denominadas como preventivas en la LOPNNA si con alguna de ellas puede garantizar la ejecución de la sentencia definitivamente firme. Es así, que los jueces, en etapa de ejecución de sentencias, no se deben limitar al momento de dictar como medida ejecutiva alguna de las medidas preventivas que la LOPNNA establece de manera específica, las cuales no estableció en materia de ejecución por el

sistema de remisión que escogió, siempre que con la misma se logre garantizar la ejecución y con ello la tutela judicial efectiva.

4. La LOPNNA en materia de ejecución dispone de una serie de normas de cumplimiento indirecto, ya que si bien las mismas no persiguen la ejecución directa de la sentencia, funcionan como medidas de presión para el cumplimiento de la misma. Ejem: Arts: 223, 389, 389-A, 270. Los operadores de la Ley deben conocer de estas disposiciones y aplicarlas a los fines de activar estos mecanismo de cumplimiento indirecto de las sentencias, ya que con los mismos pueden lograr su ejecución eficaz.

5. En la ejecución de las sentencias dictadas en un procedimiento contentivo de una acción de protección destaca que en su ejecución no se aplican las prerrogativas procesales de la República de conformidad con lo establecido en el art. 340 de la LOPNNA. El Juez a falta de disposición que regule la desaplicación de las prerrogativas deberá atemperar las mismas a los fines de evitar afectar el funcionamiento de la administración, con la ejecución de la sentencia.

6. En cuanto a la efectividad del cumplimiento de muchos de los asuntos de familia, consideramos que varios de ellos están relacionados con obligaciones in natura, que por su naturaleza corresponden cumplir al padre y a la madre, y dependen

exclusivamente de la voluntad de éstos, haciendo dificultosa la ejecución por parte del Juez.

Por ello, se debe dotar a los Tribunales de Protección de más equipos multidisciplinarios, para que la atención que se le brinde al progenitor que incumple con los deberes que le imponga una sentencia sea más efectiva. Se considera importante contar con suficientes equipos multidisciplinarios que trabajen con ese grupo familiar para lograr la armonía y el normal desarrollo de las relaciones familiares.

En la actualidad los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes cuentan con un equipo multidisciplinario pero el mismo no es suficiente para cubrir la gran demanda de casos y mucho menos para trabajar a profundidad y a dedicación semanal con un grupo familiar. Se requiere gran cantidad de profesionales en el área de psicología, orientación, trabajo social y hasta de psiquiatría que pudiesen trabajar con grupos de no más de veinte familias, con un seguimiento y terapia constante para lograr cambios de conducta positivos; incluso, deberían trabajar coordinadamente con los patronos de ese padre, madre o familiar para coordinar los permisos para las terapias y darle la importancia y el valor que tendrían las mismas. Sólo con un trabajo constante y seguimiento permanente se podría lograr en estos casos una ejecución in natura de los regímenes de convivencia familiar y de otros deberes derivados de la patria potestad.

7. En materia Contencioso Administrativo procede la sustitución de la sentencia por el acto omitido por la administración, dado que no puede el Juez en este caso como en los asuntos de carácter personalísimo que trata la LOPNNA obligar a la administración a emitir el acto en cuestión, y es la referida sustitución una manera efectiva de garantizar lo ordenado en la sentencia y la tutela judicial efectiva. Se debe tomar en cuenta que en estos casos la sentencia sustituye al acto omitido por la administración y por lo tanto en ella se debe especificar todo lo que debía ordenar o acordar el acto.

8. Se concluye que dos de los tres aspectos característicos de la cosa juzgada no se presentan de manera estricta en los asuntos de instituciones familiares regulados en la LOPNNA, como lo son: (1) La inimpugnabilidad, ya que efectivamente la sentencia puede ser revisada por el mismo Juez o por otro a los fines de tramitar el procedimiento de revisión, que traerá como consecuencia el aumento del monto fijado en la sentencia anterior. Lo que constituye una excepción a lo establecido en el artículo 272 del CPC; y (2) la inmutabilidad: Las sentencias dictadas en estos casos sí pueden ser modificadas por el mismo Juez que la dictó o por otro Juez, ya que si cambio el domicilio del niño, niña o adolescente; cambia el Juez competente también. El único que sí se mantiene es el aspecto relacionado con la coercibilidad, ya que las sentencias definitivamente firmes en estos asuntos pueden ser ejecutadas forzosamente si vencido el lapso para el cumplimiento voluntario el demandado no cumple.

Por ello, se debe tener presente que a pesar de que las sentencias en estos asuntos no adquieren las características de inimpugnabilidad e inmutabilidad si adquieren la coercibilidad y por lo tanto se deben ejecutar, hasta que se dicte otra sentencia que las modifique o sustituya.

9. En materia de familia se presenta la cosa juzgada formal, en el sentido de que una vez que la sentencia dictada adquiere firmeza, sólo podrá ser modificada o revisada a través de otros procedimiento en el que se deberá dictar nueva sentencia, y cuando ésta adquiera firmeza es que perderá su eficacia la primera sentencia; las partes deberán seguir cumpliendo con la primera hasta que la otra quede definitivamente firme.

Mientras que la cosa juzgada material no se presenta por cuanto dado lo cambiante de la vida familiar, nada impide a las partes volver a solicitar la revisión o modificación de lo que plantearon en un juicio anterior, por lo que no están impedidos sino más bien facultados los Jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para admitir y decidir una nueva pretensión con las mismas partes, mismo objeto y fundamentada en la misma causa, así haya sido decidida por otro Juez y haya adquirido por no haber sido impugnada o habiéndolo sido haya sido ratificada, la autoridad de la cosa juzgada.

De allí que, los jueces deben tener mucha cautela al momento de la revisión de alguna sentencia con las medidas provisionales que pudiesen dictar durante el procedimiento y que modifiquen la sentencia cuya revisión se demanda sin haber decidido el fondo del asunto, porque puede presentarse incongruencia al momento de la ejecución de la medida provisional.

10. En cuanto a la garantía de la tutela judicial efectiva en la etapa de ejecución, se concluye que en materia de ejecución de sentencias que establezcan la obligación de manutención y dada la naturaleza de estas pretensiones, cuyas sentencias condenan al pago de determinada cantidad por parte del obligado alimentario, en caso de que este no cumpla de manera voluntaria, procede la ejecución forzosa en la que el Juez podrá ordenar entre otras medidas el embargo de bienes y para poder materializar el mismo el Tribunal necesita contar con el apoyo de un perito evaluador que determine el valor de los bienes objeto de la medida, para determinar la suficiencia o no del embargo, y con una Depositaria Judicial en la que permanezcan los bienes en calidad de depósito hasta que el Tribunal ordene su remate.

Estos dos auxiliares, en la práctica, cobran sus honorarios por el servicio prestado, que deben ser cancelados por la parte gananciosa ejecutante, porque no está establecida su gratuidad en la Ley. Esto afecta directamente que se logre la tutela judicial efectiva y eficiente en los casos de manutención, por cuanto la mayoría de las madres carecen de recursos económicos para cancelar los honorarios del perito y de la

depositaria, haciéndose prácticamente imposible poder materializar la ejecución en estos casos.

Por ello, se considera que en una futura reforma de la Ley o a través de una resolución del Tribunal Supremo de Justicia, se debería crear un servicio gratuito de peritaje y depositaria judicial que preste sus servicios de manera gratuita en las ejecuciones de sentencia, cuando se determine que la madre carece de recursos económicos para cancelarlos. Se estima que no es eficaz que el legislador establezca la gratuidad de la justicia en esta materia si precisamente esa gratuidad no está garantizada hasta la etapa final del procedimiento, como lo es la de ejecución, etapa en la que se concretará lo ordenado en la sentencia.

En este mismo orden de ideas, para garantizar la efectividad en el cumplimiento de las sentencias que condenan al pago de la obligación de manutención sería muy pertinente que se estableciera un sistema que permitiera a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tener acceso directo a la información que maneja el Registro Nacional de Empresas adscrito al Ministerio del Trabajo, ya que todas las empresas se deben registrar en el mismo y se les asigna un Número de Identificación laboral (NIL), debiendo declarar trimestralmente el número de empleados, con los datos de identificación de los mismos, salario y demás beneficios laborales, al tener el Tribunal esta información procedería a decretar la medida ejecutiva de embargo sobre el salario, las prestaciones o sobre cualquier otro

beneficio laboral que recibiera el obligado alimentario que no ha dado cumplimiento voluntario a la sentencia, consiguiendo así una herramienta eficaz para lograr la ejecución y tomando en cuenta que en la mayoría de los casos las madres desconocen la información laboral (lugar de trabajo, salario y demás remuneraciones) de los padres demandados por obligación de manutención.

De igual manera el Tribunal de Protección debería tener un sistema que le permitiera tener acceso a la información de la Superintendencia de Bancos (SUDEBAN) para tener conocimiento directo al momento de ejecutar de las cuentas que maneja el demandado en cualquier entidad financiera del país, sin tener que esperar la respuesta de dicho organismo, con ello se lograría mayor celeridad y efectividad.

11. Para lograr que la sentencia sea ejecutada oportunamente en los términos que fue proferida, se considera que la prontitud en la ejecución en los casos comprendidos dentro de las instituciones familiares en la LOPNNA va muy relacionada a que el Juez haya conocido suficientemente la problemática familiar y su sentencia haya sido la mejor forma de solucionar la misma, en el entendido que para las partes será más fácil aceptar su cumplimiento. Ese correcto conocimiento de la situación familiar planteada, concatenado con los conocimientos de derecho y muy especialmente todos los relacionados a las instituciones familiares, permitirá al Juez dictar la sentencia que eficientemente garantice el principio del interés superior del

niño, niña y adolescente en el caso debatido. Ello para evitar que en las sentencias que decidan fijación de régimen de convivencia familiar y responsabilidad de crianza, sean de difícil ejecución o hasta inejecutables porque las mismas no resolvieron la situación familiar en conflicto de la manera más satisfactoria para la realidad familiar de las partes.

Por tanto, los informes emitidos por los equipos multidisciplinarios deben ser dejados exclusivamente para los asuntos que en realidad los ameriten y que estos sean lo suficientemente detallados y analíticos de la situación familiar que se presenta para que cumplan con la función de herramienta principal del Juez para la resolución de los mismos.

12. En los casos de régimen de convivencia familiar, donde hay un gran conflicto entre los progenitores, la sentencia debe ser lo más específica posible, determinando con exactitud los días y horas en que compartirá el progenitor no custodio con sus hijos; de esta forma se podrá garantizar la ejecución eficiente de la sentencia ante el incumplimiento, o al menos se hace más evidente el mismo, y se abre la posibilidad al progenitor no custodio de intentar la privación de custodia por esa situación.

Además, mientras más específica sea la sentencia, menos conflicto existirá entre las partes, dado que no es igual fijar un régimen amplio a establecer de manera

específica el día y la hora en que deberá compartir el progenitor no custodio con el hijo, ya que las partes sabrán a qué atenerse y qué es lo que deben cumplir, a qué tiene derecho en este caso el progenitor no custodio. Pero al dejarlo amplio, ambos padres que de por sí presentan conflictos, quedan en un limbo en cuanto al cumplimiento y el progenitor custodio puede valerse de esa inexactitud para continuar impidiendo el contacto. Igualmente en los casos de conflicto de custodia no es conveniente establecer una custodia compartida cuando los padres no han pasado por un proceso previo de orientación familiar, que les permita ejercer armoniosamente este tipo de custodia, de lo contrario el grado de conflictividad que presentan los padres hará inejecutable la sentencia.

Es por eso, que los informes técnicos deben ser lo más precisos posibles en cuanto a reflejar la realidad familiar que se le presenta al Tribunal y el Juez debe aplicar correctamente los criterios doctrinarios y jurisprudencialmente establecidos para la resolución de los conflictos familiares, ya que esto redundará en que la sentencia dictada pueda ser aceptada con mayor facilidad por las partes y en consecuencia cumplida sin mayores problemas por ellos. Y en caso de incumplimiento se hará más fácil al Tribunal ejecutarla sin tantas trabas, lo que redundará en la garantía a la tutela judicial efectiva y eficiente en estos procedimientos.

13. En cuanto a las doctrinas extranjeras analizadas se observa que ambas se asemejan mucho a la legislación venezolana con algunas variantes, ya que incorporaron a sus legislaciones la doctrina de la protección integral contemplada en la Convención de los Derechos del Niño. Por eso, se podrían acoger las normas que sobre ejecución regulan las doctrinas analizadas por cuanto se considera que las mismas ayudan a lograr la tutela judicial de manera más efectiva en esta etapa vital del procedimiento.

REFERENCIAS

- Alfonso, I. (1991). **Técnicas de Investigación Bibliográfica** (5ta. Ed.) Caracas: Contexto.
- Alsina, H. (2003). **Juicio Ordinario. Tomado de: Serie Clásicos del Procedimiento Civil.** (Tomo 1). México: Jurídicas Universitarias, S.A.
- Alzate M., P. (2012). **La Pensión de Alimentos en el Derecho de Familia.** [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.am-abogados.com/blog/la-pension-de-alimentos>. [Consulta: 20 Enero 2013]
- Borjas, A. (1964). **Comentarios al Código de Procedimiento Venezolano.** (3ra Ed.). (Tomo IV). Caracas: Editorial.
- Brewer-Carias, A. R. (1997). **Los Efectos y la Ejecución de los Actos Administrativos** Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
- Carnelutti, F. (1944). **Sistema de Derecho Procesal Civil. Cosa juzgada formal en las decisiones ordenatorias del proceso.** (Tomo I). Buenos Aires UTEHA.
- Carnelutti, F. (2006). **Teoría General del Proceso.** Caracas: Vadell Hermanos.
- Código Civil Venezolano. (1982). Gaceta Oficial N° 2990 (Extraordinaria). 1982.
- Código de Procedimiento Civil (1987). **Gaceta Oficial De La República de Venezuela** N° 3.694 (Extraordinario) Enero 22 de 1986
- Constitución de la República de Venezuela. (1961). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** N° 36.860 (Extraordinario). Marzo 24, 2000.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** N° 36.860 (Extraordinario). Marzo 24, 2000.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2009). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. N° 38.579 (Extraordinario), Febrero 20, 2009.
- Couture, E. (1960). **Vocabulario Jurídico**. Montevideo.
- Couture, E. (2007). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Colección Clásicos del Derecho**. Caracas, Venezuela: Editorial Atenea C.A.
- Cuenca, H. (1977). **La Cosa Juzgada**. Caracas: Temis.
- Chiovenda, G. (año). **Curso de Derecho Procesal**. (Vol. IV). Colombia: Temis.
- Chiovenda, G. (año). **Principios de Derecho Procesal Civil**. (Tomo II). Colombia: Temis.
- Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. (2005, Abril 27). Sentencia dictada en el Expediente N° C-05-2353 Partes: R Taccarelli contra R.A. Giusti.
- Duque S., J. R. (1981). **Procedimientos Especiales Contenciosos**. Caracas: Sucre.
- Enciclopedia Jurídica Opus. (2000). (Tomos II, V, VI, VII, VIII). Caracas: Libra C.A.
- Guasp, J. (1968). **Derecho Procesal Civil**. (3ra. Ed.), (Tomo II). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Henríquez la Roche, R. (2005). **Instituciones de Derecho Procesal**. Caracas: Liber.
- Juzgado Sexto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha doce (12) de julio de 2011 en el ASUNTO: AP22-R-2011-000028.

- Juzgado Superior del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado. (2011, Junio 20). Expediente N°: KP02-R-2011-000830.
- Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (1998, Septiembre 27). **Gaceta de la República Bolivariana de Venezuela**, 34.060. Septiembre 1998.
- Ley Orgánica de la Hacienda Pública. (1974, Junio 21). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 1660, Junio 2010.
- Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (2010, Junio 17). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 39447, Junio 2010.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981, Julio 1°). **Gaceta de la República de Venezuela**, 2818 (Extraordinario). Julio 1981.
- Ley de Reforma del Código Civil Español. (2003). Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/basededatos/privado/142-2003.ntal>
- Ley Orgánica de Registro Civil. (2009, Septiembre 15). **Gaceta de la República Bolivariana de Venezuela**, 39.264. Septiembre 2009.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (1998, Octubre 2). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5266 (Extraordinario), Abril 1, 2000.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescentes. (2007, Diciembre 10). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5859 (Extraordinario), Diciembre, 2007.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.504 (Extraordinario). Agosto 13, 2002.
- López H., F. (2009). **Derecho de Familia**. (2da. Ed. Actualizada (Tomo I). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Loreto, L. (1956). **La Sentencia Constitutiva** en Estudios de Derecho Procesal Civil. Caracas: UCV.

- Morales, G. y Armas, M. (2005). **Familia Intervenciones Protectoras y Mediación Familiar**. Valencia-Venezuela-Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Ortiz O., R. (2004). **Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos**. Caracas: Frónesis S.A.
- Perdomo, R. (1988). **Metodología Pragmática de la Investigación. Con Aplicaciones en las Ciencias Jurídicas**. Mérida: Consejo de Publicaciones de La Universidad de los Andes.
- Pérez, A. J. (2009). **Los Abuelos**. Nota del Director. Tomado de la Revista de Derecho de Familia, Editorial Lex Nova, S.A, España, p. 3.
- Pérez, J. A. (2005). **Demandas Laborales contra Entes Públicos. Los Privilegios Procesales de la Administración Patrona**. Trabajo de Grado publicado en Derecho Procesal del Trabajo. Caracas: Jurídicas Rincón.
- Perfetti H., E. (2011). **Formas de ejercicio compartido de la responsabilidad de crianza y de la custodia**, ponencia presentada en el V Foro de Derecho de la Infancia y la Adolescencia, N° 36, Serie Eventos del Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas/Venezuela.
- Picón G. T. M. (2011). **Custodia Compartida – Aspectos Jurídicos** ponencia presentara en el V Foro de Derecho de la Infancia y la Adolescencia, N° 36, Serie Eventos del Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas/Venezuela.
- Pérez, J. A. (2005). **Demandas Laborales contra Entes Públicos (Los Privilegios Procesales de la Administración Patrona)** publicado en el libro Derecho Procesal del Trabajo. Barquisimeto, Estado Lara: Jurídicas Rincón C.A.
- Pérez M., A. J. (2009). **Ejecución de las Resoluciones dictadas en Procesos de Familia**. (2da Ed.). España: Lex Nova S.A
- Pesci F., M. (2006). **La Constitución y el Proceso**. Caracas: Colección Estudios Jurídicos N° 82. Editorial Jurídica Venezolana.
- Rangel, S., L. E. (2010). **La Jurisdicción en Venezuela**. El Tigre: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Postgrado de

Derecho Procesal Civil, Curso de Teoría General del Proceso, Extensión El Tigre.

Rangel S., L. E. (2010). **Curso de Teoría General del Proceso**. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Postgrado de Derecho Procesal Civil, Extensión El Tigre.

Rengel-Romberg, A. (2004). **Tratado de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código de 1987**. (1ª Ed.). (Tomos I y VI, De los Procedimientos Especiales). Caracas: Altolitho, C.A.

Rojas G., I. D. (2011). **Proyecto de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia sobre los informes técnicos del equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Aspectos Jurídicos de dichos informes. Marco Jurídico de los equipos multidisciplinarios**, ponencia publicada en el Libro VI Foro Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, N° 37, Serie Eventos, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas/Venezuela.

Sánchez N., A. (2008). **Manuel de Procedimientos Especiales Contenciosos**. (2da Ed.). Caracas: Paredes.

Suárez, J. L. (2008). **El Derecho Administrativo en la Reforma de la Lopna**. Ponencia publicada en IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La Reforma. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Torres, I. D. (2010). **Efectos del Proceso. Ejecución de Sentencia**. Caracas, Venezuela: Ediciones Paredes.

Tribunal Noveno de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. (2011, Marzo 25). Asunto: AP51-V-2009-019968. Motivo: Custodia (como atributo de la Responsabilidad de Crianza).-

Tribunal Octavo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área

- Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. (2001, Agosto 9). Expediente N° AP51-V-2010-012421.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001, Abril 27). Sentencia N° 576, Expediente 00-2794, Caso María Josefina Hernández M.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002, Enero 24). Sentencia RC. N° 00-967.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002, Enero 29). Sentencia N° 0003.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2002, Junio 05). Expediente N° 02-0452.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2002, Agosto 20). Sentencia 2037.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003, Abril 23). Sentencia N° 874.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. (2003, Octubre 16). Sentencia N° 961 de fecha 16 de octubre de 2003
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2004, Abril 29). Sentencia N° 722.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2004, Octubre 14). Sentencia N° 2415, Expediente 00-2794, Caso María Josefina Hernández M.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. (2005, Junio 21). Sentencia N° RC-00407
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2006, Mayo 05). Sentencia N° 899.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2007, Abril 27). Sentencia N° 766.

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2007, Mayo 11). Sentencia N° 2320.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2008, Junio 16). Sentencia N°.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2012, Febrero 03). Sentencia N° 2, Expediente N° 09-1440
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2012, Abril 25). Sentencia N° 523, Expediente N° 10-0786: 10-0786
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. (2008, Agosto 07). Expediente N° AA20-C-2008-000134.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2010, Abril 13). Caso amparo constitucional incoado por María G. Naranjo. Sentencia N° 230
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2012, Junio 18). Expediente N° 12-0437: 12-0437. Sentencia N° 814.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (AÑO). Sentencia de Revisión de 15-12-05, con ponencia de la magistrada Luisa Morales Lamuño, Expediente N° 05-1456/ 5063, 15205-05-1456
- Tribunal Supremo de Justicia. (2012). **El Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la Doctrina de la Sala Constitucional, Enero 2009-Abril 2012, N° 57**. Caracas: Venezuela, Colección Doctrina Judicial. Fundación Gaceta Forense Edición y Publicaciones.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2009). **El Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la Doctrina de la Sala Constitucional, 2009-2008, N° 33**. Caracas: Venezuela, Colección Doctrina Judicial. Fundación Gaceta Forense Edición y Publicaciones.
- Unicef. Oficina de Colombia. (2007). **Código de la Infancia y la Adolescencia. Versión Comentada**. Bogotá: D.C.
- Universidad Católica Andrés Bello (1997). **Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para optar al Título de Especialista**. Caracas: Autor

