

AAS 4453

TESIS
DP2011
M65



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO PROCESAL

TRABAJO DE GRADO DE MAESTRIA

**EL PROCEDIMIENTO MODELO PARA TRAMITAR LOS
DIVERSOS ASUNTOS JUDICIALES DE CARÁCTER CONTENCIOSO
RELACIONADOS CON LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**

Presentado por
Esp. Montenegro Loaiza, Víctor José

Para Optar al Título de
Magíster en Derecho Procesal

Tutor
Dr. Guanipa Villalobos, José Manuel

Maracaibo, Noviembre de 2.011

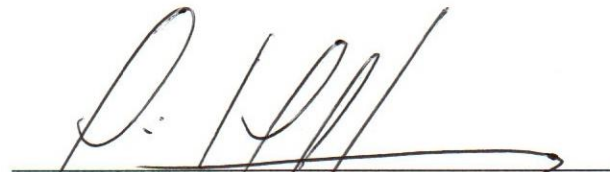


UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO PROCESAL

APROBACION DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo de Grado de Maestría, presentado por el ciudadano Víctor José Montenegro Loaiza, titular de la Cédula de Identidad V-5.066.470, para optar al Título de Magíster en Derecho Procesal, cuyo título definitivo es: EL PROCEDIMIENTO MODELO PARA TRAMITAR LOS DIVERSOS ASUNTOS JUDICIALES DE CARÁCTER CONTENCIOSO RELACIONADOS CON LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA y manifiesto 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 Maracaibo, a los 22 días del mes de julio de 2011.


Dr. José Manuel Guanipa Villalobos
C. I. V-7.758.632



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO PROCESAL

**EL PROCEDIMIENTO MODELO PARA TRAMITAR LOS DIVERSOS ASUNTOS
JUDICIALES DE CARÁCTER CONTENCIOSO RELACIONADOS CON LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA**

Autor: Esp. Víctor J. Montenegro L.
Tutor: Dr. José Manuel Guanipa V.
Fecha: Noviembre de 2011

RESUMEN

El objetivo general de la presente investigación fue analizar el procedimiento ordinario establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia. La importancia de este trabajo radica en que los procedimientos constituyen medios fundamentales para el logro de los objetivos del Sistema de Protección Integral previsto en dicha ley. Para su ejecución, se utilizó como estrategia metodológica la investigación documental de corte monográfico a nivel descriptivo e histórico, con algunos rasgos de investigación de campo. En conclusión, el procedimiento ordinario pautado en la ley especial reformada en el 2007 constituye el procedimiento modelo para tramitar los prenombrados asuntos, aunque se deben perfeccionar algunas disposiciones, a fin de no vulnerar el derecho a la defensa y al debido proceso.

Palabras clave: Procedimiento ordinario, procedimiento contencioso, principios rectores, niñez y adolescencia.

Índice General

	Pág.
Carta de aprobación del Tutor	i
Resumen	ii
Índice General	iii
Lista de siglas	viii
Lista de gráficos	ix
Introducción	1
I. Los preexistentes procedimientos judiciales de carácter contencioso en materia de protección de la niñez y la adolescencia	6
Generalidades	6
La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	7
El procedimiento especial de alimentos y guarda.	9
El procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales.	12
El procedimiento judicial de protección.	21
El procedimiento para la restitución inmediata de la guarda.	26
El procedimiento de visitas.	30
Los distintos procedimientos que se aplican en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.	32
Los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, aplicables en los asuntos relacionados con la niñez y la adolescencia	33
Los procedimientos establecidos en el Código Civil	34
Los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo y en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo	35
II. Consecuencias generadas por los múltiples procedimientos contenciosos que existían para tramitar los asuntos relacionados con los niños y adolescentes	37
Punto previo: Tener presente lo que es procedimiento y lo que es proceso	37

Consecuencias que generó la multiplicidad de procedimientos	39
¿Es inconveniente que existan tribunales especiales y se establezca un procedimiento propio en nuestra jurisdicción, distinto al procedimiento ordinario dispuesto en el actual Código de Procedimiento Civil venezolano?	47
Bases para evitar la multiplicidad de procedimientos y avanzar hacia la unicidad procedimental	51
La unificación en el orden procedimental. Avances constitucionales y legales para superar la ausencia de unicidad procedimental	53
III. Conformación de las leyes procesales en materia de niños, niñas y adolescentes de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna	60
Generalidades	60
Fundamento de los principios procesales	62
Principios que sustentan el procedimiento ordinario para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia	63
Oralidad.	63
Inmediación.	65
Concentración.	67
Uniformidad.	69
Medios alternativos de solución de conflictos.	69
Publicidad.	74
Simplificación.	75
Iniciativa y límites de la decisión.	78
Dirección e impulso por el juez o jueza o rectoría del juez en el proceso.	80
Primacía de la realidad o prioridad de la realidad de los hechos.	83
Libertad probatoria.	86
Los medios de prueba deben ser apreciados por el juez según las reglas de la libre convicción razonada.	88
Lealtad y probidad procesal.	99

Notificación única.	101
Defensa técnica gratuita.	102
IV. Análisis del procedimiento modelo para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	105
El nuevo procedimiento ordinario	105
La demanda	106
Admisión de la demanda	107
Notificación de la demanda	108
Definición de notificación.	108
Principios rectores.	110
<i>Simplificación (breve y sencilla).</i>	110
<i>Notificación única.</i>	111
Características de la notificación.	111
Tipos de notificación.	112
<i>Notificación por boleta.</i>	112
<i>Notificación electrónica.</i>	114
<i>Notificación por fijación de cartel.</i>	119
<i>Notificación a través de la oficina de correo.</i>	120
<i>Notificación por publicación de cartel o edicto.</i>	121
<i>Notificación voluntaria.</i>	122
<i>Notificación presunta.</i>	123
<i>Notificación tácita.</i>	123
Efectos y finalidad de la notificación.	124
El proceso por audiencias	125
Audiencia preliminar.	126
<i>Fase de mediación.</i>	127
<i>Concepto de mediación familiar.</i>	127

<i>Objetivos e importancia de la mediación.</i>	128
<i>Principios rectores de la mediación familiar.</i>	129
<i>Oportunidad y duración de la fase de mediación.</i>	130
<i>Procedencia e improcedencia.</i>	131
<i>Características.</i>	131
<i>Desarrollo o tramitación.</i>	132
<i>Efectos de la mediación.</i>	133
<i>Efectos de la no comparecencia.</i>	133
<i>Fase de sustanciación.</i>	133
<i>Oportunidad y duración.</i>	134
<i>Finalidad.</i>	135
<i>Contestación de la demanda.</i>	137
<i>Despacho Saneador.</i>	144
V. La Audiencia de Juicio, los recursos y la ejecución de la sentencia	150
La Audiencia de juicio	150
Fundamentación y principios.	151
Oportunidad para su celebración.	152
Características de la audiencia de juicio.	152
Funciones del juez de juicio.	152
Tramitación de la audiencia de juicio.	154
<i>Declaración de parte.</i>	156
<i>Testigos.</i>	159
<i>Informes del Equipo Multidisciplinario.</i>	160
<i>Indicios por conducta procesal.</i>	160
<i>Derecho a observaciones de las partes a la prueba evacuada por la parte contraria.</i>	161
<i>Los documentos.</i>	162
<i>Evacuación de pruebas adicionales.</i>	163
Inasistencia de las partes.	163

LISTA DE SIGLAS UTILIZADAS

CIDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
EM	Estatuto de Menores
LTDA	Ley de Tierras y Desarrollo Agrario
LOPT	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
LOTPT	Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo
LOTSJ	Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia
LTM	Ley Tutelar de Menores
CC	Código Civil
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPCD	Código de Procedimiento Civil derogado
CPCMI	Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
LOPNA	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente
LOPNNA	Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Lista de Gráficos

	<u>Pág.</u>
1. Citación personal	204
2. Localización durante la práctica de la citación personal	204
3. Citación por carteles	205
4. Gestión de la citación cartelaria	205
5. Constancia de haberse gestionado la citación	206
6. Lapso de la gestión para la citación	206
7. Citación tácita	207
8. Desistimiento antes de la citación	207
9. Convenimiento	208
10. Inadmisibles	208
11. Corrección de libelo	209
12. Necesidad de traslado de la secretaria para perfeccionar la citación	209
13. Citación	210
14. Tramitación completa del procedimiento de citación cartelaria	210

INTRODUCCION

Para proteger integralmente a los niños, niñas y adolescentes no basta con haberles reconocido constitucional y legalmente un sin número de derechos y garantías frente a la familia, la sociedad y el Estado, ni haber creado diversos mecanismos de protección, que la ley especial llama medios, tales como políticas, programas, medidas, sanciones, acciones, órganos administrativos y judiciales, entidades y servicios. Además de ellos, la experiencia ha demostrado que los procedimientos constituyen mecanismos o medios muy importantes para el logro de los objetivos del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA, 1998) debía adecuar los aspectos procesales de la misma a los nuevos principios adjetivos y del Sistema de Justicia contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) teniendo en cuenta la experiencia obtenida desde su promulgación y posterior aplicación.

El 10 de Diciembre de 2007 fue publicada en Gaceta Oficial la reforma de dicha Ley, en la cual fueron incluidos, tanto aspectos sustantivos, como procesales. Uno de los cambios procesales fue el establecimiento de tres tipos de procedimientos: uno para los asuntos contenciosos, otro para los asuntos no contenciosos y un tercero para tramitar la adopción.

Aunque nuestra vigente carta magna es del año 1999 y pautara que las leyes procesales debían adoptar la uniformidad y un procedimiento breve oral y público, en el ámbito judicial tuvimos que esperar más de siete años de vigencia de la ley especial para poner fin, desde el punto de vista legal, a la existencia de una multiplicidad de procedimientos judiciales para encausar dichos asuntos, que habían tornado muy difícil el desempeño de jueces, defensores, fiscales y abogados en ejercicio en esta rama especial del Derecho.

Con todo y el avance legal logrado en los últimos 13 años, entre los que destaca haber aprobado el texto constitucional, y en especial lo dispuesto en sus artículos 26 y 257, los cuales pautan el tipo de justicia y de procedimiento más adecuado, para la fecha de la publicación de este trabajo, todavía en varias partes del país, como sucede en la ciudad de Maracaibo, estado Zulia, lamentablemente se sigue trabajando con esa multiplicidad de procedimientos, por no haber entrado en vigencia la reforma procesal aprobada hace más de tres años, debido a que aún no está funcionando el Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En el caso del procedimiento creado para tramitar los asuntos contenciosos, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA, 2007) estableció catorce principios rectores, nuevas formas de llamamiento a juicio (la notificación por boleta y la notificación electrónica), un proceso por audiencias (una preliminar con dos fases, mediación y sustanciación, y una de juicio), nuevos medios probatorios (declaración de parte, testigos, informes del equipo multidisciplinario e indicios por conducta procesal) y nuevos recursos (control de legalidad e interpretación), entre otras novedades, sobre las cuales se hace necesario llevar a cabo un proceso de estudio y reflexión, con el objeto de analizar los aciertos y evidenciar las fallas.

Dentro de ese marco se inserta el problema estudiado en esta investigación, pues gira en torno al procedimiento modelo para tramitar los asuntos de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia.

Para la ejecución del estudio, además de consultar varios autores patrios y extranjeros, algunas sentencias de nuestro máximo tribunal y revisar algunos trabajos de grado (entre los que se encuentran uno del autor de este trabajo), fueron analizados 128 expedientes procedentes del Archivo del Juzgado Unipersonal No. 2 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, correspondientes al período de actividades judiciales del año 2008, de ahí su carácter

documental y de campo. De igual forma, se aplicaron varias entrevistas como soporte al análisis documental efectuado.

En efecto, el objetivo general del trabajo fue analizar el procedimiento modelo previsto en la ley especial de 2007, para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia.

Como objetivos específicos se establecieron, entre otros, los siguientes: (a) identificar los procedimientos contenciosos existentes en relación a la niñez y adolescencia; (b) analizar las consecuencias generadas por los múltiples procedimientos contenciosos existentes para tramitar sus asuntos; (c) detectar, de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna, como deben estar conformadas las leyes procesales en materia de niños, niñas y adolescentes; (d) determinar si se ha incorporado a su legislación especial los principios procesales ordenados por la CRBV; y (e) identificar las fallas existentes en el procedimiento contencioso pautado en la LOPNNA, así como proponer sus correctivos.

La investigación realizada guarda relación con el área temática del programa de especialización y maestría en Derecho Procesal de esta prestigiosa universidad, pues está orientada hacia uno de los aspectos generales que comprende el Derecho de la Niñez y la Adolescencia: el aspecto adjetivo o procesal. Y por lo antes expresado, va dirigida especialmente a los abogados y operadores de justicia que lo ponen en práctica.

El presente trabajo se ha estructurado de la siguiente manera: En el Capítulo I se analizan los preexistentes procedimientos judiciales de carácter contencioso en materia de protección de niñez y adolescencia, previstos dentro del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente de la LOPNA, entre los cuales tenemos: (a) el procedimiento especial de alimentos y guarda, (b) el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales; (c) el procedimiento judicial de protección, (d) el procedimiento para la restitución inmediata de la guarda y (e) el procedimiento de visitas.

En el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente previsto en la LOPNA deben aplicarse dos procedimientos por remisión del artículo 537 *ejusdem*, los cuales se encuentran recogidos en el COPP. Estos, así como ciertas instituciones procesales pautadas por dicha ley especial, sólo son mencionados, pues no forman parte de nuestro objeto de estudio.

También se mencionan en este primer Capítulo los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (CPC, 1986), en el Código Civil (CC, 1982), en la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) y en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (LOTPT, 1959), luego derogada por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002), aplicables supletoriamente por remisión que a dichos instrumentos jurídicos efectuaba la ley especial.

El Capítulo II examina las consecuencias jurídicas que generó la multiplicidad de procedimientos contenciosos que existían para tramitar los asuntos relacionados con los niños y adolescentes.

En el Capítulo III se revisa la conformación de las leyes procesales en materia de niñez y adolescencia de acuerdo a lo establecido en la Carta Magna, la cual permitió describir los principios rectores que deben servir de guía al procedimiento judicial modelo de carácter contencioso.

En los Capítulos IV y V se analiza el procedimiento ordinario establecido en la LOPNNA: la demanda, la admisión de la demanda, las nuevas formas de llamamiento a juicio (definición, principios, características, tipos y efectos de la notificación), el proceso por audiencias, la audiencia preliminar, la fase de mediación, la fase de sustanciación, el despacho saneador, la audiencia de juicio, los recursos, la ejecución de la sentencia y la declaratoria de la terminación del proceso cuando esté involucrado el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

El Capítulo VI está destinado a mostrar e interpretar los resultados obtenidos en la investigación, a través de entrevistas realizadas a expertos y mediante el estudio de casos (expedientes).

La divulgación de los resultados de la presente investigación constituyen, en particular, un llamado de atención para entender la imperiosa necesidad de examinar las nuevas formas de llamamiento a juicio de la parte demandada previstas en la reforma procesal de 2007 y que ha de servir de aporte para la realización de futuros trabajos sobre el tema así como de problemas similares al investigado, amén de su aplicación posterior por otros investigadores.

Como complemento a las fuentes documentales, se tuvo la intención inicial de abarcar a todos los jueces, secretarias y alguaciles del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, así como a varios jueces y secretarias de los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial Laboral del Estado Zulia; sin embargo, no se pudo lograr el cometido en su totalidad, pero estamos satisfechos con los datos recogidos entre aquellos que prestaron su colaboración y tiempo para hacer las entrevistas de campo elaboradas a tal efecto.

A quienes concedieron la posibilidad de hacerles la entrevista personal, mi agradecimiento por su colaboración y por sus aportes, pues realmente su contribución fue de un alto valor para los resultados obtenidos en este trabajo.

Por último, se somete este informe final de investigación al juicio del jurado calificador en la convicción de que será aprobado como un aporte para el área del derecho adjetivo de la niñez y la adolescencia en el campo venezolano.

Capítulo I

Los preexistentes procedimientos judiciales de carácter contencioso en materia de protección de la niñez y la adolescencia

Generalidades

Nuestro país ha ido experimentando cambios importantes, aunque de manera lenta, en la normativa procesal relacionada con la niñez y la adolescencia. En ello han incidido diversos factores, entre otros: La reforma del CPC; la elaboración del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en el año 1988, redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal luego de largas jornadas de discusión; la ratificación por nuestro país de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN, 1989) y consiguiente aprobación de la LOPNA; la sanción legislativa del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 1998); la aprobación de la CRBV; la acogida recibida por la LOPT; y por último, la reforma parcial a la LOPNA, publicada en Gaceta Oficial el 10 de diciembre de 2007.

En materia de niños y adolescentes, antes de la LOPNNA y por disposición expresa de la LOPNA, dependiendo si se trataba del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente o del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, debían aplicarse diversos procedimientos: En el primero de los sistemas nombrados eran aplicados varios previstos en la propia ley especial, en el CC y en el CPC. Además, según el artículo 451 de la LOPNA, cuando se tratara de asuntos laborales, se aplicarían supletoriamente disposiciones de la LOT y de la LOTPT. En el segundo de los sistemas, además de los previstos en el Título V, se aplica por remisión del artículo 537 de la LOPNA, algunos recogidos en el COPP.

Revisemos a continuación los múltiples procedimientos que eran aplicados, especialmente en el del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente.

principios utilizables ante los órganos jurisdiccionales aplicables en Derecho de Familia.

En cuanto a las causas por las cuales se produjeron tales modificaciones, dicha normativa respondió en primer lugar a la necesidad de adecuar la legislación interna, tanto sustantiva como adjetiva en materia de niños y adolescentes, a la CIDN, la que presupuso e impuso un cambio radical de posiciones frente a la concepción de los sujetos a quienes iba dirigida la protección integral que se perseguía con la Ley, lo cual implicaba transformar necesidades en derechos. Al respecto, la Exposición de Motivos de la LOPNA señala que “se abandonó el concepto del niño como sujeto tutelado para adoptar el concepto del niño como sujeto de derechos, entendiéndose por tal la habilitación para demandar, actuar y proponer”.

Según Baumeister (*Op. Cit.*, p. 11) se introdujeron novedosos conceptos que adquirieron carácter preponderante en el tratamiento de toda la materia y los sujetos a quienes ella iba dirigida y a los cuales la regulación concedió especial consideración y relevancia, tales como los conceptos de “interés superior del niño” y el de “prioridad absoluta” (para garantizar las necesidades y derechos de los niños y adolescentes) y el “principio de participación” (que distribuyó las responsabilidades en su protección entre el Estado, la familia y la comunidad y el rol fundamental que se atribuye ahora a la familia).

Agrega Baumeister (*Ídem*, p. 12) que resultaba obvio que las modificaciones en las concepciones básicas del entorno relacionado con la normativa sustantiva aplicable a los niños y adolescentes, hiciera menester concebir y poner en práctica una nueva “competencia jurisdiccional” propia para la materia de niños y adolescentes (antes Competencia de Menores, e indebidamente denominada “Jurisdicción especial de Menores”). Esta jurisdicción pasó a tener el carácter de “órganos jurisdiccionales especiales y especializados” para conocer todos los asuntos que afectaran directamente la vida civil de niños y adolescentes.

La LOPNA tuvo la intención de brindar una protección integral del niño y del adolescente, y en su propósito de lograrlo, mantuvo el procedimiento especial de

En cuanto a los asuntos de Guarda, al revisar las disposiciones especiales que trajo la LOPNA, encontramos normas más sustantivas que procesales, que con anterioridad eran reguladas en el CC. La LOPNA determinó que se aplicaría el mismo procedimiento empleado para tramitar la materia de alimentos. Las disposiciones que debían ser aplicadas para dicho proceso prácticamente ni se referían a su trámite, con la sola salvedad de lo dispuesto en el artículo 524.

Respecto a los asuntos de Obligación Alimentaria, en lo relativo al aspecto procesal, con las solas excepciones de las modalidades bajo las que debía tramitarse dicho procedimiento (la de reducción del lapso de apelación y sus efectos y la improcedencia del recurso extraordinario de casación), dichas disposiciones eran más de índole sustantiva que de verdadero contenido procesal, por lo que tampoco se justificaba haberlo regulado como procedimiento excepcional y no tramitarlo por el mismo del modelo prototipo.

En lo tocante a la materia antes nombrada, entre las disposiciones de la LOPNA, destacaron las siguientes: La contemplada en el artículo 367, literal e, que estableció una nueva fuente de dicha obligación (la presunción grave de vínculo de filiación apreciable por el juez); la prevista en el artículo 375, relacionado con la posibilidad de establecer por convenimiento la obligación alimentaria, y que para que tuviera fuerza vinculante y ejecutiva debería ser homologado por el Juez de Protección; y lo relacionado con la legitimación activa para accionar en la materia (artículo 376 *ejusdem*).

Asimismo, en la esfera cautelar destacaron las medidas especiales que podían ser adoptadas por dichos jueces (artículo 381), así como las relacionadas con el contenido de la cautela en dicha materia a que hizo referencia el artículo 521 de la LOPNA (constituir al deudor de sueldos, salarios, pensiones, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos, en depositario y ejecutor de la obligación de entregar lo que fuere objeto de la medida; someter a régimen de administración especial el patrimonio del obligado, para fiscalizar el cumplimiento de tales medidas).

Una disposición de carácter procesal que originó problemas debido a su errónea aplicación e interpretación, fue la plasmada en el artículo 384 de la LOPNA, relacionada con la tramitación judicial de la Obligación Alimentaria. Incluso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó un pronunciamiento que generó una especie de “círculo vicioso” (véase sentencia de fecha 15 de Mayo de 2002 en el expediente 01-2612, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz).

La norma prenombrada establecía que con excepción de la conciliación, todo lo relativo a la obligación alimentaria debía ser decidido por vía judicial, siguiéndose para ello el procedimiento previsto en el Capítulo VI del Título IV de la indicada ley especial, vale decir, el procedimiento especial de alimentos y guarda, contenido en los artículos 511 y siguientes.

Debido a la redacción de la mencionada disposición, en la referida sentencia se llegó a afirmar que “dicha disposición expresamente ordena la tramitación de los juicios de fijación, cumplimiento, revisión y extinción de la obligación alimentaria a través de un único procedimiento”.

El no haber incluido la excepción correspondiente llevó a algunos jueces, defensores públicos y fiscales del Ministerio Público del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, a creer que no sólo la fijación, revisión y extinción de la obligación alimentaria se debían tramitar por ese procedimiento, sino incluso, hasta los casos de incumplimiento de sentencias. Craso error procedimental, a nuestro juicio, debido a que el incumplimiento de la obligación alimentaria se pretendió encausar por el procedimiento especial de alimentos y guarda, ocasionando incumplimiento de sentencias, cuando lo lógico y razonable en tal caso era su trámite como ejecución de las mismas, prevista en los artículos 523 y siguientes del CPC.

En el proceso relativo a la Obligación Alimentaria se le otorgó al juez de protección del niño y del adolescente la facultad de acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la Obligación Alimentaria, cuando existiera riesgo manifiesto de que el obligado dejara de pagar las cantidades que por tal

concepto correspondieran a los débiles jurídicos, considerándose probado éste cuando habiéndose impuesto el cumplimiento de dicha obligación, hubiese insolvencia de dos cuotas consecutivas de la misma (artículo 381).

Para la referida materia, también se le otorgó al juez facultad para dictar diversas medidas, antes que se hubiese impuesto judicialmente el cumplimiento de la obligación alimentaria, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la misma (artículo 521). Adicionalmente, tanto en materia de alimentos como de guarda, se dotó al juez de protección del niño y del adolescente de facultad para disponer de las medidas provisionales que juzgara más convenientes al interés del mismo, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación, así como para decretar medida de prohibición de salida del país, la que podía suspenderse con la presentación de caución o fianza (artículo 512).

El procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales.

En cuanto a este procedimiento, la Exposición de Motivos de la LOPNA señaló: “resulta aplicable en asuntos de familia, excepto la adopción, obligaciones alimentarias y guarda, para los cuales se prevén procedimientos especiales; asimismo, se aplica en asuntos patrimoniales, dentro de los que se incluyen los conflictos laborales”.

Interesante resultó la serie de principios rectores en los que estaba enmarcado, que buscaban lograr una eficaz y pronta justicia, teniendo como características relevantes la oralidad, brevedad de los lapsos, gratuidad, amplitud de los medios probatorios, igualdad de las partes y ampliación de los poderes del juez para conducir el proceso. Cabe destacar que dentro del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales se previó la procedencia de los recursos de revocación, apelación y casación, con las particularidades propias de cada uno de ellos.

Los principios rectores aplicables a la interpretación de la normativa que reguló este procedimiento fueron los siguientes: (a) ampliación de los poderes del juez en la

conducción de dichos procesos; (b) ausencia de ritualismo procesal; (c) se mantuvo que dichos procesos se iniciarían a petición de parte, salvo las excepciones contempladas en la ley; (d) gratuidad; (e) defensa y asistencia técnica gratuita; (f) oralidad; (g) inmediatez, concentración y celeridad procesal; ; (h) identidad física del juzgador; (i) igualdad de las partes; (j) búsqueda de la verdad real; (k) amplitud de los medios probatorios; (l) preclusión; y (m) moralidad y probidad procesal.

Respecto a la apreciación de las pruebas: Se le permitió al juez dictar su decisión con fundamento a su libre convicción razonada, se le concedió potestad de apreciación al silencio y conducta remisa del confesante (artículo 473) y se le facultó para fijar en la sentencia las medidas de “ejecución” que estimara convenientes para la mejor protección de los de los derechos de niños y adolescentes.

Para agilizar el desarrollo del proceso se le concedió al juez potestad *ex officio*, para que cumpliera la función del Despacho Saneador. Su objeto fue evitar entorpecimientos innecesarios al proceso; se le instaba para favorecer el trámite del proceso desde su inicio, debiendo proceder a efectuar designaciones expeditas de representantes a los beneficiarios, cuando fuere menester (artículo 457); se le confirió mayor amplitud en las decisiones atinentes a cautela judicial, y se le reconoció potestad cautelar anticipada (artículo 467).

En lo atinente al régimen de los Recursos: La LOPNA consagró, aclaró y dispuso las formas para el Recurso de Revocación, el que podía ser propuesto por las partes o declarado de oficio, y siempre tratándose de asuntos de mera sustanciación o trámite (artículo 485).

Para evitar recursos injustificados o dilación indebida, se impuso la obligación de formalizar las apelaciones, ampliando el espectro de los legitimados para ejercer dicho recurso, el cual se extendió a las partes, al Ministerio Público y a quienes tuvieran interés directo e inmediato en la materia del juicio (artículos 489 y 488).

Materias o asuntos a los que resultaron aplicables el procedimiento contencioso para asuntos de familia y patrimoniales: La LOPNA estableció que dicho procedimiento se aplicaría a todos los casos relacionados con asuntos de familia y los

asuntos patrimoniales señalados en los párrafos primero y segundo del artículo 177 *ejusdem*, a excepción de los relacionados con “adopción, guarda y obligaciones alimentarias”.

Sobre la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales en materia de protección de niños y adolescentes: La LOPNA estableció en su artículo 453 que sería el que debiera ejercerla territorialmente (el de la residencia del niño o adolescente), con la sola excepción de los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, en los que lo sería el del último domicilio conyugal.

En cuanto al desarrollo del procedimiento especial modelo o “prototipo” contemplado en la LOPNA para los asuntos de familia y patrimoniales, tenemos que este procedimiento contempló cinco etapas en que debían cumplirse dichos juicios, a saber: (1) iniciación, contestación, reconvencción y réplica; (2) fase probatoria; (3) sentencia; (4) impugnación; y (5) ejecución.

El procedimiento comenzaba con la presentación del libelo de la demanda, en el que la parte actora debía cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 455 de la misma ley. Como novedad precisó la Ley que en dicho libelo debían indicarse los medios probatorios que serían utilizados por la parte demandante, el cual tenía un doble propósito: Permitía al juez un mejor control y conducción del material probatorio desde el inicio del proceso, y facilitaba a la contraparte su mejor defensa. También respondía a la conveniencia de que el juez pudiera inicialmente depurar el proceso, pronunciándose adecuadamente sobre la pertinencia y legalidad de las pruebas y para facilitar el régimen de evacuación que se establecía para las mismas.

En cuanto a las testimoniales, estableció que además de indicarse claramente la identificación de los testigos que serían promovidos (nombre, apellido y domicilio), debían detallarse los hechos sobre los cuales dichos testigos rendirían sus deposiciones.

Respecto a las experticias, era obligatorio precisar en forma concreta los puntos sobre los cuales los peritos debían dictaminar, y sobre la documental no aportada con el libelo debía indicarse los lugares donde podía el juez solicitarla.

La prueba documental podía ser llevada directamente al juicio por las partes, cuando ésta, siendo actora, la acompañara con el libelo o su reforma voluntaria, si la parte demandada la consignaba con su contestación o defensas, o era impuesta como consecuencia de haberse esgrimido alguna cuestión previa declarada con lugar que así lo permitiera, o bien por la vía de que el juez la solicitara, asumiendo así su potestad probatoria, no como prueba de informes.

La LOPNA destacó que este procedimiento debía llevarse bajo el principio de oralidad y que la demanda podía plantearse oralmente ante el Tribunal. En lo relativo al trámite de admisión, la indicada ley especial no dispuso concretamente nuevas reglas de procedimiento, lo que implicó que resultaban aplicables las disposiciones contenidas en el CPC para el juicio ordinario.

En lo atinente a la potestad saneadora conferida al juez, determinaba la LOPNA que la demanda oral o la escrita sería revisada por el juez que debiera conocer del asunto, y que de no llenar los extremos formales contemplados para cada asunto a tramitar, lo harían pronunciarse *in limine*, aún sin la admisión de la correspondiente demanda, a fin de que fuera subsanado cualquier error que al respecto pudiera detectarse y que pudiera constituir a futuro un motivo de incidencia o retraso para el procedimiento.

Subsanados los errores o defectos conforme lo determinado por el tribunal o si dicho órgano no apreciaba la existencia de alguno, el juez debía disponer la orden de comparecencia con copia del libelo, fijando un plazo de cinco días para que se le contestara. La Ley dispuso que en dicha orden de comparecencia se prevendría al demandado para que tal contestación fuera dada en la forma prescriptiva y detallada que señalaba la misma, so pena de que el juez pudiera tener por ciertos los hechos invocados como fundamento de la pretensión.

La LOPNA nada dijo respecto a las formas de citación ordinarias, y sólo se refirió a la de carteles o edictos, disponiendo que en tales casos bastaría con la publicación de uno solo en un diario de circulación nacional o local. Respecto a la forma de las

citaciones, manera de cumplirlas, orden de precedencia, forma de contestarla y sus efectos, fueron aplicables a este juicio las disposiciones del CPC.

Aunque la LOPNA contempló la existencia de una Sala de Citaciones y Notificaciones, no quedó claro si la misma era otra especie de la Sala de Juicio o de un departamento a cargo de alguaciles especializados, por lo que no se modificó el régimen supletorio del CPC aplicable al respecto, y el propio demandante podía realizarla con notario u otro juez competente.

Sobre las defensas del demandado (cuestiones previas, contestación y reconvencción), los artículos 462 y 475 establecieron innovaciones, pues en el acto de contestación podía ocurrir que el demandado compareciera o no al mismo, o que si lo hiciera no diera su contestación en la forma que lo indicaba la Ley, detalladamente, o en desacato a la prevención del Tribunal, sin que por ello pudiera considerársele confesión o le fuera limitado su derecho a pruebas, pues si el mismo comparecía en la oportunidad de la audiencia fijada para recibir las pruebas, el juez le recibiría todas las que ofreciera en dicho acto, con la advertencia en todo caso que la valoración de las mismas las haría en la sentencia.

En ese mismo acto de comparecencia, podría optar por hacer valer las cuestiones previas que estimara pertinentes, pudiendo solicitar inclusive verbalmente que fueran resueltas en ese mismo acto, siempre y cuando presentara prueba que acreditara su alegato, si tal fuere el caso, y el juez, oyendo al demandado, si estuviera presente, decidiría el asunto con los elementos invocados y los que constaran en autos. De ser rechazadas las cuestiones previas, la contestación se efectuaría al día siguiente, dentro de las horas fijadas por el Tribunal para despachar, en forma oral o por escrito.

De alegarse reconvencción, el juez conferiría al demandante reconvenido tres días de plazo para contestarla, pero con la advertencia que respecto a la misma, el juez debería ejercer el control del Despacho Saneador anticipado, en la misma forma y con idénticas condiciones a las contempladas para la demanda principal, con la previsión de que si no se acataban las disposiciones del Tribunal para efectuar las correcciones, enmiendas o adiciones, sería declarada inadmisibile dicha reconvencción, y admitida

ésta, por igual al reconvenido se le reconocería el derecho de hacer valer cuestiones previas contra esa nueva pretensión, las cuales se tramitarían conforme lo dispuesto en los artículos 462 al 464 *ejusdem*.

Antes de que tuviera lugar la fijación del acto oral para la evacuación de las pruebas, a diferencia de lo que ocurría en los procesos ordinarios civiles, cualquiera de las partes podría invocar hechos nuevos o sobrevenidos durante el proceso hasta antes de la realización del aludido acto de evacuación de las pruebas.

En tales supuestos y para mantener la igualdad de las partes, se determinó que la solicitud de incorporación de nuevos hechos se tramitarían como las incidencias reguladas en el artículo 607 CPC, y la resolución admitiendo o denegando esos pedimentos debería dictarse antes de la fijación del inicio de la nueva etapa de evacuación de las pruebas y sobre lo así resuelto sólo se admitiría Recurso de Revocación.

En la fase probatoria el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales incorporó importantes novedades, para adecuar la modalidad del proceso a los principios que reconoció debían aplicarse al mismo, entre las que destacó no haber establecido un determinado lapso para la promoción, admisión y evacuación de las pruebas, sino que contestada la demanda, o en su caso la reconvenición, y resueltas las cuestiones previas si las hubiere, el juez señalaría una oportunidad única para que tuviera lugar el acto oral para evacuación de las pruebas.

Dicho acto sería único y oral, estableciendo que si éste no se celebraba con las formalidades contempladas o si no se lo realizaba en forma oral o si las pruebas no hubiesen sido evacuadas por el mismo Tribunal, o si el juez que lo presenciaba no era aquél que dictaba el fallo, resultaría nulo el referido acto y, por tanto, la sentencia pronunciada.

Para dicho acto debían comparecer las partes, los testigos, peritos e intérpretes y luego de declarar abierto el debate, el juez decidía en el mismo todas las incidencias que pudieran presentar las partes así como cualquier solicitud de nulidad que se hubiera formulado o se invocara en tal ocasión. Posterior a esto y una vez despejadas

esas incidencias se procedería a recibir o incorporar las pruebas mediante la modalidad de la lectura de un extracto conciso y concreto de las mismas, si se trataban de documentos.

En cuanto a la prueba pericial, recibido en dicho acto los dictámenes de los expertos, se incorporaría sus conclusiones, pero si el juez lo estimaba pertinente podía llamar a los peritos para cualquier aclaratoria y las partes podían interrogarlos en forma directa para aclarar puntos oscuros o contradictorios.

Luego de incorporar las pruebas documentales y periciales, previa lectura de un extracto, cada una de las partes podía interrogar a la otra y el juez a ambas, así como a los peritos y testigos, sobre los hechos de la demanda, contestación, reconvencción y réplica.

Se permitía a las partes pedirse confesión recíprocamente sin límites de preguntas, incorporando el resultado de dicho interrogatorio a los autos, la que sólo podría versar sobre los hechos debatidos e incorporados al proceso, sin que pudiera serlo sobre hechos nuevos, y para tales efectos se ordenaría la citación de las mismas con tres días de anticipación a la celebración del Acto Oral de Pruebas con la advertencia que la no comparecencia, haría que el juez pudiera considerar por contestados afirmativamente los hechos del respectivo interrogatorio, siempre que se refirieran a hechos personales del confesante y que no implicaran responsabilidades penales para los mismos.

El juez actuaría como director del debate procesal conduciendo las actuaciones en busca de la verdad, por lo que estaba facultado para rechazar o admitir las preguntas si fueren inconducentes o impertinentes, así como para repreguntar con el ánimo de aclarar o adicionar lo dicho por los declarantes.

Si el juez lo consideraba conveniente, podía reducir a dos los testigos propuestos por las partes, si estimaba abundante la prueba. No procedía la tacha de testigos, pero se apreciarían sus declaraciones de acuerdo a los criterios de la libre convicción razonada.

La falta de comparecencia de las partes al acto oral de evacuación de pruebas fue regulado por la LOPNA, estableciendo que si la ausencia era del demandante, sin causa justificada a juicio del tribunal, podría continuarse el acto sólo con los presentes, y si lo fuere del demandado, el juez ordenaría su continuación, sin necesidad de nuevo señalamiento.

Así mismo, el juez prescindiría de oficio de toda prueba que no hubiese sido evacuada en ese acto, sin necesidad de pronunciamiento expreso que lo declarara, salvo que la parte demostrara justo impedimento para presentarla, apreciado libremente por el tribunal.

El juez estaba facultado para ordenar la prueba ofrecida por las partes y no evacuada o cualquier otra que estimara imprescindible para la decisión del caso y el esclarecimiento de los hechos.

Contra lo resuelto por el juez en tal oportunidad no cabía recurso alguno, pero las partes podían hacer constar su inconformidad en el acto de conclusiones.

Se dejaría constancia en un acta que ordenaría levantar el Tribunal, en la que se incorporarían de manera sucinta y resumida lo declarado por las partes, testigos, expertos, sin perjuicio de que se procediera a la grabación correspondiente.

La sentencia debía pronunciarse por escrito, pues nada señalaba la ley al respecto, so pena de ser ineficaz ante las partes. Debía cumplir con los requisitos expresos de exhaustividad y sujetarse estrictamente al *thema decidendum*, con lo cual por igual se proscribía la *infra, extra* y *ultra petita*. Debía ser expresa y materialmente motivada.

En lo relativo a la valoración y apreciación de las pruebas se separó de los principios generales del proceso ordinario civil, al admitir que la convicción del juez se fundaría en su absoluta libertad de apreciación (libre convicción razonada), sin importar cuál fuera el medio probatorio y si lo era tasado o no, pero en todo caso en el fallo debía haber expresión concreta y precisa del análisis de las mismas y contener formal y materialmente los principios de equidad y derecho en los que se fundamentaría su apreciación.

Antes y después de la LOPNA, los jueces en materia de protección de niños y adolescentes, han tenido una especial amplitud para resolver ciertos casos, a falta de expresa norma legal, o para interpretar algunas instituciones contempladas en las leyes, teniendo en consideración el interés protegido de los débiles jurídicos para los cuales prestan su ministerio.

La LOPNA reguló la etapa de impugnación para el procedimiento contencioso, eliminando la consulta obligatoria y estableciendo los recursos de revocación y el de apelación. Previó también el recurso de casación, cuando así lo permitiera la Ley y fuera procedente conforme al ordenamiento especial que reguló dicho remedio extremo.

El de revocación debía ser resuelto por el mismo juez que dictó la decisión atacada, y estaba reservado para decisiones de mero trámite o sustanciación, que debía ser decidido de inmediato cuando se lo interpusiera en el acto oral de evacuación de pruebas y en los demás, debía formularse por escrito dentro de los dos días siguientes a la fecha de que se dictó el auto que produjo agravio.

El recurso de apelación procedía en ambos efectos cuando la decisión pusiera fin al proceso, la cual debería ordenarse oír en ambos efectos, y contra las interlocutorias que produjeran gravamen irreparable lo serían en un solo efecto. Para ejercerlo el término sería de cinco días de despacho para los que se interpusieran contra las sentencias que pusieran fin al juicio y en las demás en que fuera admisible el de tres días de despacho. Se requería su formalización en forma oral, para lo cual la Corte Superior fijaría uno cualquiera dentro de los cinco días de despacho siguientes al recibo del expediente. Nada se contempló sobre pruebas.

En lo que resultara compatible la ejecución se lo haría conforme a las disposiciones contempladas en el CPC para el juicio civil ordinario (artículos 523 al 584), con la advertencia de que el juez en su sentencia podría disponer la forma como debía cumplirse en ciertos casos la ejecución con miras a la protección de los niños y adolescentes.

Respecto a la Potestad Judicial Cautelar, un aspecto novedoso que trajo este procedimiento de la LOPNA fue la posibilidad de la jurisdicción especial de protección del niño y del adolescente de poner en práctica la Cautela Anticipada, en forma previa al proceso (artículo 467), pero condicionada a que se interpusiera la demanda correspondiente dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida. Este mecanismo resultó muy útil, ágil y efectivo para atender oportunamente la protección de los intereses de niños y adolescentes.

En relación con las normas aplicables al procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales de la LOPNA en casos de lagunas: Se estableció en el artículo 451 *ejusdem* que se aplicarían supletoriamente las disposiciones del CPC y las del CC, en cuanto no se opusieran a las disposiciones allí previstas, y en los asuntos laborales se aplicarían supletoriamente las normas de la LOT y las de la LOTPT.

El procedimiento judicial de protección.

Según el artículo 318 de la LOPNA el tribunal de protección del niño y del adolescente tramitaría por este procedimiento los asuntos previstos en los párrafos tercero y quinto del artículo 177 de dicha ley.

En el párrafo tercero de dicho artículo se encontraban los asuntos provenientes de los Consejos de Protección o de los Consejos de Derechos: Desacato de los particulares, instituciones públicas o privadas u órganos del Estado, a las medidas de protección impuestas por los Consejos de Protección; disconformidad de particulares, instituciones públicas o privadas u órganos del Estado, con las medidas de protección impuestas por los Consejos de Protección, agotada la vía administrativa; abstención de los Consejos de Protección; (d) disconformidad de las entidades de atención y de las Defensorías del Niño y del Adolescente con las decisiones del Consejo de Derechos que nieguen o revoquen el registro o inscripción de programa.

También se encontraban contenidos en el referido párrafo los asuntos relativos a la aplicación de sanciones a particulares, instituciones públicas o privadas, excepto

las previstas en la Sección 4ª del Capítulo IX del Título III, así como cualquier otra de naturaleza afín que deba resolverse judicialmente.

En el párrafo quinto del referido artículo se encontraba la acción de protección, el cual es un medio concebido para defender y proteger los derechos colectivos y difusos (es decir, el interés general), de los niños y adolescentes. La ley especial limitó a tres los legitimados activos para intentar dicha acción: El Ministerio Público (a instancia propia o de la nación, los estados y los municipios si lo encontraba procedente), los Consejos de Derechos (que constituyen órganos del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente) y las organizaciones legalmente constituidas, con por lo menos dos años de funcionamiento, relacionadas con el asunto objeto de la acción de protección.

Se consagró contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenazaran o violaran derechos colectivos o difusos del niño y del adolescente y para la cual se facultó al Poder Judicial a fin de hacer cesar las amenazas o restituir el derecho amenazado o lesionado mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer.

Aunque el artículo 276 de la LOPNA definió la acción de protección como un recurso, compartimos la afirmación de Longo (2000) en el sentido que “ciertamente es una manifestación procesal del poder jurídico de la acción que se expresa en forma de pretensión y no de recurso *strictu sensu*” (p. 127).

Se creó así una especie de competencia contencioso administrativa de niños y adolescentes especial, atribuyendo a los tribunales que contemplaba la LOPNA el conocimiento en vía judicial, de recursos contra actos emanados de los demás órganos que en el ámbito de lo administrativo contemplaba la ley.

El procedimiento se iniciaba por solicitud presentada por el legitimado – y no por el interesado como lo disponía el artículo 319 *ejusdem* –, la cual no estaba sometida a la rigurosidad de los extremos formales de una demanda previstos en el artículo 340 del CPC, a fin de facilitar el acceso a la jurisdicción especial.

Este procedimiento, para algunos procesalistas patrios como Longo (2000) puede conceptualmente dividirse en varias etapas:

La primera de ellas es de carácter alegatorio y determinativa de la cuestión objeto de la solicitud, que corresponde tanto a las partes como al tribunal. Durante la misma, no sólo se ha de presentar la solicitud, sino también los “antecedentes” de los que se disponga, lo cual incluye la anticipación de cuantos medios objetivos de prueba, de los que tengan vocación de plenitud y de las que sólo pudieran alcanzar rango indiciario o presuntivo. El solicitante lo tendrá que hacer con su petición; al solicitado, llamado por el legislador “requerido”, dentro del plazo de tres días después de su citación. Por su parte, el juez, debe ordenar la realización de todas aquellas diligencias que posibiliten la mejor determinación del objeto sobre el que recae la solicitud (p. 140).

Nos refiere Longo un segundo momento o fase del procedimiento, constituida por la etapa de la audiencia o de la contradicción:

Constituye el juicio como tal y tiene un evidente soporte filosófico en los principios de inmediación judicial y concentración de trámite, cuyo mejor e inexorable aliado es la oralidad. Congrega a las partes, al Ministerio Público y a los sujetos directamente interesados, si es que no han ejercido personalmente su acción, con el juez. La finalidad es escuchar los alegatos, presentar y apreciar las pruebas, controlarlas y contradecirlas en justa reciprocidad, concluir sobre sus posiciones, obtener acuerdos, y de ser estos posibles, impartirles su homologación (*Op. Cit.*, p. 141-142).

Respecto a la oportunidad en que debía celebrarse dicha audiencia y debido a que el legislador sólo estableció en el artículo 320 de la ley especial que la misma tendría lugar dentro de los diez días siguientes, no precisando desde que momento procesal comenzarían a contarse los referidos días, el autor citado señala que conforme las

nuevas tendencias de la oralidad, al ordenar la citación del requerido, seguramente el juez le indicará una data exacta.

Como tercera fase del procedimiento tenemos la decisoria, en la que el juzgamiento se limita a las opciones de “confirmar”, “revocar” o “modificar” la medida impuesta por el Consejo de Derechos o por el Consejo de Protección, así como dictar la que corresponda en caso de abstención de este último. No obstante, en caso de sanción, prevé el artículo 324 que la sentencia debe expresarla con toda claridad e indicar el plazo y las condiciones para que se cumpla.

Acota Longo (2000) que el juicio fue diseñado “con el propósito de no complicarse con incidencias, accidentes o situaciones especiales” (*Ibíd.*, p. 144), y agrega que nada impedía que en el transcurso del trámite, tanto por aspectos estrictamente procesales, tanto por razones relacionadas con la materia del proceso, fuera menester resolver sobre eventos puntuales, pues podían ser resueltas en la audiencia o reservarlas para dirimir las con la sentencia.

En cuanto al sistema de recursos, que constituiría una cuarta fase del procedimiento, Longo (2000) advierte que “está concebido en sintonía con los principios de sumariedad, brevedad y eficacia que se han destacado” (*Ibidem*, p. 145). El procedimiento judicial de protección previó el recurso de revocación (para las resoluciones interlocutorias dictadas en el curso de este procedimiento) y el recurso de apelación (contra las sentencias que resuelvan definitivamente el asunto y las resoluciones que pongan fin al procedimiento), pero bajo ningún concepto admitió el recurso de casación.

La quinta y última fase del procedimiento era la de ejecución, para la cual el Juez Unipersonal de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente estaba facultado legalmente, conforme al artículo 329, para ordenar el efectivo cumplimiento de la sentencia dictada, y cuando se tratase de medidas de protección, para delegar su ejecución en el Consejo de Protección competente.

No obstante que el procedimiento judicial de protección previsto en la LOPNA contempló las fases mencionadas, el Juzgado de Sustanciación de la Sala de Casación

Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante resolución de fecha 6 de mayo de 2003, consideró necesario – para garantizar a las partes los derechos a la defensa y al debido proceso – dictar un auto para aclarar el *íter* procedimental a seguir en el trámite de la acción judicial de protección.

Según el prenombrado auto, la acción de protección debía tramitarse conforme las reglas del procedimiento judicial de protección, previsto en el Capítulo XII de la LOPNA, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 280 *ejusdem*, y en lo no previsto en ese procedimiento, debían aplicarse supletoriamente, conforme al artículo 330 de la ley especial, según la naturaleza del asunto, en primer lugar, las disposiciones del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales previsto en el Capítulo IV del Título IV de la LOPNA, en segundo lugar, las correspondientes al juicio oral previsto en el CPC y, en tercer lugar, las disposiciones del procedimiento ordinario, en todo aquello no previsto expresamente en ese Título.

Pero en esos casos, la Sala procuraría asegurar la oralidad, brevedad, concentración e intermediación del procedimiento oral, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 860 del CPC.

Estableció dicho auto que el procedimiento se iniciaría con la presentación de la solicitud ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, acompañada de las pruebas, en conformidad con el artículo 319 de la LOPNA. Admitida la solicitud, se emplazaría al requerido para que diera contestación a la solicitud, dentro del plazo de cinco días de despacho siguientes a aquel en que constara en autos la citación del requerido o del último de ellos si fueren varios. En el lapso fijado podría el requerido oponer cuestiones previas o contestar la demanda, acompañada de las pruebas, en conformidad con lo establecido en los artículos 320, 330, 461, 462 y siguientes de la misma ley.

Como paso siguiente del *íter* procedimental, señaló el Juzgado de Sustanciación de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que contestada la demanda y decididas las cuestiones previas opuestas, el Tribunal fijaría uno de los cinco días de despacho siguientes para que tuviera lugar la audiencia preliminar, la

cual haría la determinación de los hechos y de los límites de la controversia dentro de los tres días de despacho siguientes, por auto razonado. En la misma oportunidad se admitirían o negarían las pruebas promovidas y se ordenaría la evacuación de aquellas que por su condición no lo pudieran ser en la audiencia de juicio, para lo cual se fijaría un plazo razonable, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 *ejusdem*, en concordancia con el artículo 868 del CPC.

Una vez concluida la fase preparatoria de este procedimiento, el Tribunal así lo declararía y fijaría por auto expreso día y hora para que tuviera lugar la audiencia de juicio y una vez concluida, el Tribunal dictaría sentencia en un plazo no mayor de cinco días de despacho, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 322, 323 y 324 de la LOPNA.

El *íter* procedimental comentado fue puesto en práctica en distintos procedimientos judiciales de protección de algunos jueces unipersonales de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Zulia, en especial por el Juez Unipersonal Número 3, no así por todos ellos.

El procedimiento para la restitución inmediata de la guarda.

Tal pretensión procesal encuentra su asidero en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que establecía:

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

Fue concebido por los redactores de la LOPNA con la intención que de producirse de parte del padre o de la madre, la sustracción del hijo de quien lo tiene bajo su guarda, o quien retuviera indebidamente su entrega a este, debiera ser conminado judicialmente a restituirlo al que tuviera la guarda, de hecho, judicial o legalmente, o del tercero que la tuviera, debiendo además pagar los daños causados al hijo y los gastos realizados para lograr esa restitución.

Aunque se dijo que este tipo de juicios no poseía un procedimiento propio para su tramitación y, en este sentido, los jueces de instancia aplicaron el que creyeron conveniente, tal situación planteó serios inconvenientes en cuanto a la duración de los procesos y al tipo de actuaciones que se ordenaban, cuando en realidad la naturaleza del caso suponía que el trámite fuera muy abreviado, vista la situación de conflicto en que se encontraba el niño o adolescente.

Para Morales (2000) “se trata de un contencioso breve, de manera de procurarle al niño una pronta estabilidad en cuanto a su custodia” (p. 87). La autora resumió su trámite en los términos siguientes:

...el juez oír al progenitor que retiene al niño y a éste, si su grado de madurez lo permite; seguidamente, si el asunto no puede resolverse por vía conciliatoria, abrirá una articulación probatoria innominada conforme al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil de manera que las partes demuestren si el carácter de la retención del niño es indebido o no, y decidirá de inmediato sobre la petición. La decisión será apelable al revestir carácter definitivo (p. 87).

Este procedimiento se refería a los casos de restituciones de niños que se encontraran en nuestro país, pues si el supuesto de retención implicaba un traslado ilícito fuera del territorio nacional se debía aplicar la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Debido a los distintos procedimientos que eran aplicados, unos se limitaron a examinar los recaudos que acompañaban la solicitud y procedieron a decretar la restitución del niño al solicitante sin más trámite, ordenando la entrega de los niños

con una comisión especial a un órgano de policía; otros se detuvieron a revisar atentamente el caso, y de acuerdo con las circunstancias y los hechos narrados, procedieron a citar al supuesto retenedor del niño antes de pronunciarse sobre la petición; y algunos jueces siempre citaron al que se encontraba incurso en la supuesta retención indebida.

Ante esa situación la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estimó conveniente determinar con precisión cuál era la actividad judicial que debía desplegarse, cuando se incoara una solicitud de restitución de guarda ante el juez competente, que garantizaran el ejercicio de los derechos de petición, por una parte, y de defensa por la otra.

Al efecto sentó dicha Sala, a través de la sentencia del 27 de abril de 2007, Expediente N° 07-0130, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, doctrina vinculante, el cual puede resumirse en los términos siguientes: A criterio de la Sala Constitucional, si bien la ley especial en la materia no consagró un procedimiento exclusivo aplicable a la solicitud de restitución, debía dicha institución concluir con la entrega inmediata del niño a su madre, lo cual constituía su fin primordial.

El derecho a la defensa se aseguraría mediante la citación, de manera que el accionado pudiera comparecer y exponer los alegatos que considerara pertinentes con relación a la pretensión planteada; por otra parte, la comparecencia permitiría en interés del niño, garantizarle a éste su derecho de relacionarse con el progenitor de quien se está separando y determinar la periodicidad de los futuros encuentros con su hijo, para lo cual debería garantizársele también su derecho a opinar.

Para que procediera la restitución debía tratarse de una retención indebida de un hijo, por lo que el accionante debería acompañar con su solicitud la prueba de que era titular de la guarda, elemento éste que no era suficiente para que el juez la calificara de indebida; era preciso escuchar los argumentos del accionado sobre los motivos que dieron lugar a mantener al niño a su lado y de ser necesario se abriría una articulación probatoria para que el accionado desvirtuara ese supuesto de hecho.

A pesar de lo anteriormente planteado, consideró el máximo tribunal de la República que ante solicitudes de restitución de guarda, solo si era necesario, el juez debía ordenar la apertura de una articulación probatoria innominada conforme a lo dispuesto en el artículo 607 del CPC, y no distraer el proceso con la realización de exámenes, informes o pruebas que terminaran demorando el trámite y desvirtuando lo preceptuado en el artículo 390 de la LOPNA.

Sin embargo, consideró la Sala que no era posible prescindir de la citación previa del accionado, para que pudiera ser oído, con el fin de que se respetara su derecho a la defensa, e incluso del niño o adolescente en atención a lo dispuesto en el artículo 80 de la referida ley, considerando que su grado de madurez así lo permitiera. Pero ello no debía desconocer el carácter de urgencia que revestía esta solicitud, por lo que no era posible prolongar la tramitación del asunto con fundamento en la dificultad que existiera en hacer efectiva la citación, en tales casos el juez, como director del proceso, debía servirse de todos los medios posibles para lograr decretar cuantas medidas fueran necesarias.

En cuanto a la ejecución de los fallos dictados por los Jueces Unipersonales del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, con el objeto de practicar la restitución forzada del niño de quien lo tenía consigo, esto es, del padre o la madre, bien a través del órgano de policía o por medio de un Juez Ejecutor de Medidas, consideró la Sala que no era adecuada para la estabilidad emocional del niño, en virtud de la relación afectiva que naturalmente existía entre ambos. Estimó la Sala que una orden de esta trascendencia ameritaba de un juez especializado en instituciones familiares; de allí que observó que lo aconsejable era humanizar el sistema de ejecución de este tipo de sentencias para lograr la efectiva materialización de los hijos sin afectar su condición psicológica y la de los parientes involucrados.

En tal sentido, estableció que lo conveniente era que los mismos Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, practicasen este tipo de decisiones que ordenaban una restitución, o cualesquiera otra de la misma índole, preferiblemente con la ayuda de los auxiliares de justicia especializados que considerara pertinente o

de los órganos del sistema de protección del niño y del adolescente previstos en el artículo 119 de la LOPNA que estimara pertinente, de acuerdo con las circunstancias del caso, y también con la presencia del guardador reclamante, a menos que las circunstancias del caso no lo hicieran conveniente.

Sin embargo, juzgó la Sala conveniente dejar establecido que si la urgencia o circunstancias del caso así lo ameritaban, y con la finalidad de evitar cualquier daño o situación que hiciera más gravosa la retención indebida del niño, niña o adolescente, podría el Juez de Protección de Niños y Adolescentes ordenar que la restitución la realizara 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.

El procedimiento de visitas.

En cuanto a la tramitación del Régimen de Visitas, para nosotros careció de sentido el haberlo incluido dentro de los Otros Asuntos contemplados en el Parágrafo Cuarto del artículo 177 de la LOPNA, pues las materias allí indicadas generalmente no revestían carácter contencioso y tenían un trámite propio muy bien regulado en el CPC.

En la práctica forense observamos que la fijación de los Regímenes de Visitas comportó contención en su mayoría, razón por la cual compartimos el criterio de Baumeister (*Ibidem*, p. 33) al afirmar que carecía de sentido que no se lo hubiera contemplado entre los asuntos del parágrafo segundo del artículo 177, pues según el artículo 452 *ejusdem* debía tramitarse por el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales. En todo lo demás, lo novedoso resultó ser haber establecido disposiciones más de orden sustantivo que aclararan el alcance y contenido de dicho régimen y sus legitimados activos.

El trámite procesal de la fijación del régimen de las visitas fue establecido en el artículo 387 de la LOPNA, el cual lo concibió en términos similares a lo pautado en

los artículos 58 del Estatuto de Menores (EM, 1949) y 42 de la LTM, es decir, se inclinó por la sumariedad procesal, al limitarse a efectuar recomendaciones al juez que conociera del caso, pero otorgándole amplia discrecionalidad en su decisión.

Lo anterior revela que en relación al procedimiento de visitas siempre se ha tenido la idea de que tales solicitudes no revisten carácter contencioso y de que el proceso judicial debe ser muy escueto, cuando la práctica forense ha demostrado que en el mismo suele haber mucho conflicto y debate, pues las partes se enfrentan generalmente con mucha saña.

Comenta Morales (2004) que “las peticiones de régimen de visitas nos muestra que se trata de un contencioso complejo que ha dado lugar a no pocos incidentes y desacuerdos entre los operadores de justicia sobre el correcto trámite procedimental que debe seguirse” (p. 188).

Continúa Morales (2004) señalando:

Había funcionarios (*bajo el imperio de la Ley Tutelar de Menores*) que aplicaban estrictamente la sumariedad que pautaba la norma, sin dar cabida, por ejemplo, a la promoción y evacuación de pruebas, puesto que la norma no lo contemplaba; mientras que otros aplicaban el procedimiento previsto para las solicitudes de guarda y alimentos. Situación que, sin lugar a dudas, daba lugar a insatisfacciones de los justiciables, inseguridad jurídica, una discrecionalidad procesal chocante, etc.

Entrada en vigencia la LOPNA, la situación no cambió en este sentido, es decir, una norma única que contempló la acción por visitas: el artículo 387, redactada en términos similares a la ley que se derogaba, un trámite de carácter sumario. Por otra parte, el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales contemplado en los artículos 454 y siguientes de la LOPNA, que podríamos considerarlo como el procedimiento central de esta ley tampoco le era aplicable, por expresa previsión del artículo 452 y, finalmente, el procedimiento especial de los

artículos 511 y siguientes ha sido previsto para las materias de guarda y alimentos. De manera que estábamos frente a la misma situación de la ley derogada: una incertidumbre en cuanto al trámite procesal aplicable por cuanto la disposición del artículo 387 aparentemente no se bastaba para satisfacer procesalmente el contencioso de visitas (p. 189).

Frente a la situación planteada, las Cortes Superiores de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y del Estado Zulia, presentaron distintas soluciones jurisprudenciales: En tanto la primera consideró inicialmente (el 9-10-2000) que debido a que la ley nada estableció en cuanto al procedimiento, debía aplicarse por analogía el procedimiento especial para alimentos y guarda, más tarde (en abril de 2003) cambió esta posición y determinó el carácter sumario del trámite procesal; la segunda Corte nombrada, por su parte, estimó que el procedimiento de visitas contemplado en el artículo 387 de la LOPNA era de carácter sumario y así debía ser tramitado por los jueces de primera instancia, sin aplicar analógicamente otros procedimientos.

Los distintos procedimientos que se aplican en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.

Los procedimientos que hemos estudiado hasta ahora fueron contemplados dentro del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente de la LOPNA. No obstante, como ya lo dijimos, dicha ley especial comprende también el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, en el cual deben aplicarse dos procedimientos por remisión del artículo 537 *ejusdem*, los cuales se encuentran recogidos en el COPP, entre los cuales tenemos el procedimiento ordinario y el procedimiento de faltas.

Además, la propia LOPNA pautó ciertas instituciones procesales, tales como la conciliación, que es una fórmula de solución anticipada, prevista en los artículos 564 y siguientes *ejusdem* y la remisión, pautada en el artículo 569 del indicado texto legal.

Hacemos la mera mención de los indicados procedimientos y de estas instituciones procesales, pero no entramos a estudiarlos por no ser ellos objeto del presente estudio.

Ahora pasamos a estudiar los procedimientos previstos en el Código de Procedimiento Civil, en virtud de la aplicación supletoria a que nos remiten los artículos 451 y 452 de la LOPNA.

Los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, aplicables en los asuntos relacionados con la niñez y la adolescencia

Para otros asuntos, previstos en el Parágrafo Cuarto del artículo 177 de la LOPNA (excepto el régimen de visitas en el cual se aplicaría lo dispuesto en esa ley), y que tradicionalmente se habían considerado dentro del ámbito del Derecho de Familia, el legislador estimó innecesario crear una serie de nuevos procedimientos, por lo que se limitó a hacer la remisión correspondiente a la regulación prevista en el CPC.

Entre esos otros asuntos tenemos el procedimiento de tutela, las autorizaciones requeridas para el matrimonio (cuando uno o ambos contrayentes fueran adolescentes), los pedidos basados en la discrepancia entre los padres en relación con el ejercicio de la patria potestad, las autorizaciones requeridas por los padres, tutores o curadores, la inserción, rectificación o supresión de partidas relativas a los actos del estado civil de niños y adolescentes y cualquier otro de naturaleza afín que deba resolverse judicialmente (verbigracia: la oposición al nombramiento de tutor, protutor y miembros del Consejo de Tutela,).

En el caso de la oposición al nombramiento de tutor, protutor y miembros del Consejo de Tutela, el artículo 727 del CPC ordena su tramitación y decisión a través del procedimiento breve regulado en ese cuerpo procedimental.

Además, las disposiciones del CPC se aplicarían, entre otros casos en el procedimiento contencioso en asuntos de familia para pedir que el juez se pronuncie sobre alguna de las cuestiones previas a las que se refiere el artículo 346 *ejusdem*, si las cuestiones previas fueren resueltas a favor del demandado (por mandato del

artículo 464 LOPNA); para la ejecución de las sentencias (artículos 523 y siguientes del CPC); en los juicios de divorcio cuando haya hijos que sean niños o adolescentes o cuando ambos cónyuges o uno de ellos sea adolescente, para la realización de los actos conciliatorios previstos en los artículos 756 y 757 *ejusdem*.

También se aplicarían en los hechos nuevos o sobrevenidos que durante el proceso y hasta antes de la realización del acto oral de evacuación de pruebas deseen alegar las partes, los cuales se tramitarían de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 607 del CPC; de haber oposición a la adopción que se solicita, el juez abriría un lapso probatorio, en el cual los medios probatorios admisibles son los que establece el CPC; y en todo lo que no se encuentre expresamente regulado en el Título correspondiente al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, se aplicaría supletoriamente la legislación penal, sustantiva y procesal y, en su defecto, el CPC.

Aunque el artículo 746 del CPC estableció que se seguiría por los trámites del procedimiento breve establecido en ese código adjetivo el caso a que se refiere el artículo 275 del CC (cuando se compruebe mala administración de los bienes de los hijos por parte del padre y de la madre que ejerzan la patria potestad, o de uno de ellos), la ley especial (LOPNA) dispuso en su artículo 452 que las materias relativas a los asuntos de familia y los asuntos patrimoniales, señalados en los párrafos primero y segundo del artículo 177, excepto adopción, guarda y obligación alimentaria, se tramitarían por el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales, incluyendo entre ellos el indicado en el literal a) del Parágrafo Segundo del referido artículo (administración de los bienes y representación de los hijos).

Los procedimientos establecidos en el Código Civil

Entre estos cabe mencionar el de divorcio cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco años (artículo 185-A); para realizar actos que exceden de la simple administración (artículo 267); el nombramiento del tutor

interino (artículo 313); el nombramiento del protutor y del suplente del protutor (artículo 335); la prueba de la filiación para proceder a la celebración del matrimonio y la prueba supletoria de las partidas o asientos del estado civil (artículos 459, 505, 506 y 507) y los juicios de rectificación de actas del estado civil (artículo 505).

También se regularían por el CC los efectos de las sentencias definitivamente firmes recaídas en los juicios sobre estado civil y capacidad de las personas y los decretos de adopción una vez insertados en los registros respectivos (artículo 507), así como la disolución y liquidación de la comunidad conyugal (artículo 173 y siguientes) y la conversión de separación de cuerpos en divorcio (artículo 185).

Los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo y en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo

En forma supletoria, cuando se tratara de asuntos laborales, deberían ser aplicadas las disposiciones de la LOT y en la LOTPT.

En estas leyes se recogían, por cierto, los siguientes procedimientos: (a) el de estabilidad en el Trabajo (artículo 116 y siguientes de la LOT); y (b) la aplicación del procedimiento breve pautado en el CPC para la substanciación de los procesos laborales, con las modificaciones que se indican en la LOTPT, para la tramitación de los juicios en reclamación de derechos que competan a trabajadores menores de edad (artículos 56 y siguientes de la LOTPT, así como los artículos 31 y siguientes *ejusdem*).

Sin embargo, la aplicación de las disposiciones contempladas en las mencionadas leyes era procedente siempre que no se opusieran a las previstas en el procedimiento contencioso para asuntos de familia y patrimoniales, establecido en los artículos 450 y siguientes de la LOPNA.

Una vez derogada la LOTPT y vigente la LOPT en el año 2003 (al año siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002), deberían ser aplicados supletoriamente normas del nuevo procedimiento ordinario

establecido en dicha ley (el cual contempla un proceso por audiencias, con una audiencia preliminar contentiva de dos fases –mediación y sustanciación– y una audiencia de juicio) así como el procedimiento de estabilidad laboral en ella recogidos.

Identificados los múltiples procedimientos judiciales de carácter contencioso que existían en relación a la niñez y adolescencia, pasemos a analizar las consecuencias generadas por ellos.

Capítulo II

Consecuencias generadas por los múltiples procedimientos contenciosos que existían para tramitar los asuntos relacionados con los niños y adolescentes

Punto previo: Tener presente lo que es procedimiento y lo que es proceso

Aunque con frecuencia ambos términos eran usados en la doctrina jurídica y en la práctica judicial como si fueran sinónimos, la verdad es que no era así, y de demostrar sus diferencias se encargó la doctrina procesal moderna. Ambos vocablos tienen en común el derivar del latín, connotar en su significación algo que avanza o progresa y aluden a una secuencia de actividades que desarrollan los sujetos que se inmiscuyen en el ámbito judicial para el logro de un fin, pero no por eso podemos quedarnos en el aspecto que salta a la vista o en la apariencia exterior de dichos fenómenos, sino que tenemos que tomar en cuenta su naturaleza jurídica así como sus nexos y relaciones jurídicas. Lo expuesto ha llevado a distinguir dichos términos.

Calamandrei (1997) hace referencia a ambos vocablos, dejando implícita la diferencia existente entre ellos, cuando en un Congreso que reunió a distintos procesalistas procedentes de todas partes del mundo, alude a la finalidad del proceso:

Si el proceso debe servir para garantizar la paz social, cortando a toda costa el litigio con una solución de fuerza, cualquier expeditivo procedimiento, con tal que tenga una cierta solemnidad formal que lleve la impronta de la autoridad, puede servir para esta finalidad, aun el juicio de Dios o el sorteo, o el método seguido por el juez de Rabelais que solemnemente ponía en la balanza los fascículos de los dos litigantes y procedía a dar siempre la razón al que pesaba más. Pero si como finalidad del proceso se coloca, no cualquier resolución autoritaria del litigio, sino la decisión del mismo conforme a la verdad y según la

justicia, entonces también los instrumentos procesales deben adaptarse a estas investigaciones mucho más delicadas y profundas (pp. 233-234).

Dicho autor define jurídicamente el proceso como “la serie de las actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional” (*Op. Cit.*, p. 68). Carnelutti (1997) plantea que “en el lenguaje jurídico llamamos proceso por antonomasia a la serie de actos que se realizan para la composición de un litigio” (p. Ixviii). Este estudioso del derecho procesal esboza el procedimiento “como la combinación o concatenación de los actos en que consiste el proceso” (*Ibid.*, p. 899).

Carnelutti define también el procedimiento como “coordinación de actos que tienden a un efecto jurídico común”, y para el mismo la diferencia cualitativa entre los dos conceptos es tan profunda que “se puede expresar considerando el proceso como continente y el procedimiento como contenido: en realidad, si un solo procedimiento puede agotar el proceso, es posible y hasta frecuente que el desarrollo del proceso tenga lugar a través de más de un procedimiento” (*Ibidem*, p. 900).

Señala Rengel-Romberg (2001a) que hoy “se afirma que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso” (p. 174). Sostiene este jurista que “el procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal”, que “en el curso de un mismo proceso, puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento”, que “algunos autores consideran que ‘*procedimiento*’ y ‘*proceso*’ están en una relación de continente a contenido” y que “el procedimiento es el conjunto de reglas que regulan el juego del proceso, mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva” (p. 174).

Este insigne procesalista patrio trae a colación a Fenech, citado por Carli, quien se vale de un símil para diferenciar ambas nociones: “el procedimiento es el conjunto de instalaciones fijas del ferrocarril, las vías por ejemplo; el proceso es el convoy, el tren en marcha sobre esas vías, que llega o le llevan a un destino” (*Op. Cit.*, p. 174). Cita también a Eduardo Couture para quien el “procedimiento” es el método o estilo propio para la actuación en los tribunales, ya sean de orden civil, penal, de menores,

de hacienda, etc.; y el “proceso” es el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulados por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

Gran influjo de la concepción de Couture se observa sobre los co-redactores del CPC, pues en la Exposición de Motivos de ese Código designan el procedimiento como “el conjunto de reglas positivas que determinan el método o estilo propio para la actuación ante los Tribunales”, y denotan principalmente el proceso como “la finalidad compositiva del litigio que persiguen las partes interesadas y el conjunto de relaciones jurídicas que surgen entre las partes, los agentes de jurisdicción y los auxiliares de ésta” (véase la introducción al Libro Segundo del Procedimiento Ordinario).

Consecuencias que generó la multiplicidad de procedimientos

La multiplicidad de procedimientos contenciosos que existían durante la vigencia de la LOPNA para tramitar los distintos asuntos relacionados con los niños y adolescentes generó lentitud y decisiones tardías en la administración de justicia, dilatando procesos judiciales durante años enteros en una sola instancia en desmedro de los intereses en litigio, lo cual es, de por sí, una injusticia, ocasionando que los pleitos se “durmieran” secularmente y convirtieran la justicia en un “sueño” o anhelo inmaterial, pese a constituir un servicio público de primera necesidad al cual tiene derecho de acceder todo ciudadano.

Esa lentitud causó fastidio, cansó los ánimos más inclinados a la paciencia, eternizó los procesos en mengua de la tranquilidad privada, engendró mayores dispendios a las partes, desprestigió los tribunales e hizo odiosa la necesidad de acudir a ellos, trayendo consigo el encomiable reclamo de la brevedad en la administración de justicia y la necesidad de optimizar la normativa procesal, toda vez

que ello constituía una debilidad procesal, con el objeto de obtener mayores niveles de justicia y celeridad en los procesos ligados a la niñez y a la adolescencia.

La existencia de múltiples procedimientos especiales originaba incertidumbre y confusiones, cuya consecuencia generalmente es el alargamiento del proceso. Además, como señala la Exposición de Motivos del código de procedimiento civil italiano de los años 40, cuando las partes y sus defensores no están en condiciones de conocer de antemano y con seguridad cuál será el trámite del proceso que comienza, se pone en peligro la claridad y la lealtad de los debates, lo cual hace perder al ciudadano común la confianza en la justicia y la adhesión a las instituciones jurídicas.

La falta de uniformidad procedimental redundó en el deterioro de la celeridad, afectando ese aspecto tan importante de la tutela judicial efectiva como es el acceso a la justicia, debido a que los procesos se hacían menos céleres y complicados, ahogando su dinámica, porque no estaban en armonía con los tiempos y necesidades que se vivían y por ello iban en detrimento de la seguridad jurídica.

Con mucho acierto, hace más de seis años, Longo (2005) planteaba:

Tanto para los postulantes como para los órganos jurisdiccionales, la multiplicidad de procedimientos ha sido un escollo de no indiferente peso. La falta de estandarización de los mecanismos, la proliferación de trámites especiales, el incremento de los niveles de error, la complejidad en su comprensión y los efectos letales que muchas inobservancias pueden proyectar hacia los derechos e intereses de los sujetos materiales de los procesos, son algunas de las dificultades que la unicidad de los procedimientos podría evitar (p. 570).

La existencia de una multiplicidad de procedimientos judiciales para encausar dichos asuntos habían tornado muy difícil el desempeño de jueces, defensores públicos, fiscales y abogados en ejercicio en esta rama especial del Derecho, pues debían perder parte importante de su tiempo en el estudio y aplicación de tales

procedimientos, lo que sin duda alguna se tradujo en retardo procesal. Señala Morales (2001):

La singular, o más bien, insólita situación de encontrarnos frente a la duplicidad de procedimientos en algunas materias de familia, como por ejemplo, el divorcio, las acciones de filiación, las cuales pueden ser tramitadas por dos procedimientos (escrito del Código de Procedimiento Civil u oral de la LOPNA) dependiendo del hecho de que haya o no hijos menores de edad. De manera que por esa simple circunstancia el justiciable tendrá derecho a un procedimiento más cercano a los principios constitucionales de oralidad y brevedad. Será que los jueces civiles y mercantiles, que ahora conocen de los juicios de divorcio y otros asuntos familiares en los cuales no hay niños o adolescentes, podrán acoger los principios constitucionales, siguiendo el procedimiento contencioso en asuntos de familia que contempla la LOPNA? Esta es una materia sobre la cual debería haber un pronunciamiento de manera de uniformar el trámite procesal, el cual, a mi modo de ver, debería ser el previsto en la LOPNA por cuanto recoge mejor las previsiones de la Constitución del 99 (p. 282).

Por todo lo expuesto el problema en cuestión generó desconfianza de la ciudadanía hacia su sistema de administración de justicia a la infancia y adolescencia, con la consiguiente desestabilización social y económica que eso provoca, así como sobre sus abogados. Además, cuanto más se retrasa la administración de justicia, más maulas se animan a no pagar, lo cual a su vez aumenta las demandas y el amontonamiento de expedientes, creando un círculo vicioso *in crescendo*.

Por otra parte, al haber exceptuado el legislador del procedimiento general o prototipo para las materias de familia y patrimoniales, diversos casos como los de alimentos y guarda, contemplándole algunas modalidades especiales para su trámite y dándoles tratamiento de procedimiento especial, sustrajo del ámbito de su aplicación un conjunto de principios con carácter de avanzada y que pretendían

garantizar una mejor y más expedita justicia para los niños y adolescentes (tales como la oralidad, ampliación de los poderes del juez en la conducción del proceso, ausencia de ritualismo procesal, inmediatez, concentración y celeridad procesal, búsqueda de la verdad real, amplitud de los medios probatorios, moralidad y probidad procesal), que fueron previstos en el artículo 450 de la LOPNA.

Compartimos lo planteado por Baumeister (2000) quien considera que “con la idea de mejorar la administración de justicia para niños y adolescentes, y para unificar los procedimientos, hubiera sido igualmente preferible, señalar que ellos se tramitarían conforme al modelo del Contencioso para Familia y Patrimoniales...” (p. 31).

La LOPNA, al diseñar además del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales unos procedimientos contenciosos especiales que de alguna manera recogían los procedimientos que se encontraban contenidos en la LTM para los contenciosos de guarda y alimentos y de visitas, ayudó a mantener, en forma indirecta, el viejo paradigma de la Situación Irregular que debía ser superado al derogar la anterior ley especial, puesto que el nuevo paradigma de la Doctrina de la Protección Integral para los niños y adolescentes, ninguna relación tenía con el mismo. Igual situación ocurrió al conservar la aplicación de una amplísima gama de procedimientos previstos en el CPC y el CC, que también estaban sustentados en el derogado paradigma de la Situación Irregular.

Pese a que el procedimiento contencioso en asuntos de familia previsto en la LOPNA consagró como principio rector la oralidad, el haber previsto otros en los cuales no la había, muy similares a la previsión legal anterior en que los debates eran absolutamente escritos, no ayudó a que una vez vigente la CRBV se impusiera la disposición constitucional que prevé un procedimiento oral, breve y público (artículo 257 de la misma), razón por la cual el litigio escrito tan arraigado entre nosotros no dio un significativo cambio y “la oralidad no sea tan fácilmente aceptada por los diferentes operadores de justicia” (Morales, 2002, p. 187).

Esto ocurrió aunque el legislador indicó la oralidad para diversos actos de dicho procedimiento, llamado a ser prototipo, como la demanda, la contestación de la demanda y de la reconvencción, el acto oral de evacuación de pruebas, las aclaratorias de los expertos en el caso de la prueba pericial, las conclusiones de las partes y la formalización del recurso de apelación ante la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente.

La redacción poco prolija, desde el punto de vista procedimental, de varios tipos de solicitudes previstas en la LOPNA, tal como la relativa a la tramitación de la solicitud de restitución de guarda de un niño que ha sido objeto de retención indebida por parte de alguno de sus progenitores, dio lugar en la práctica judicial de los tribunales de protección del niño y del adolescente, a dejar en el criterio personal de cada juez las formas procesales a seguirse, ocasionando en algunos casos criterios absolutamente opuestos para interpretar el trámite procesal que dichos órganos jurisdiccionales debían seguir para resolver dicha solicitud, y en otras, la afectación del derecho a la defensa al momento de llevar a cabo dicho trámite.

La mencionada disconformidad en el trámite procesal dio lugar en ciertos casos a reclamos por parte de los justiciables, a través del recurso ordinario de la apelación o del recurso extraordinario del amparo, argumentando el menoscabo del derecho a la defensa y la violación al debido proceso. Dichos recursos eran interpuestos en razón que algunos jueces se limitaban a examinar los recaudos que acompañaban la solicitud y procedían a decretar la restitución del niño o niña al solicitante sin más trámite, es decir, sin citar y que esté a derecho el supuesto retenedor del niño, para que oponga todas las defensas y excepciones que estime oportunas y pertinentes, antes de pronunciarse sobre la petición.

A raíz de existir distintas formas procesales a seguirse en relación al prenombrado asunto, muchos jueces efectuaron pronunciamientos judiciales con la sola petición del accionante, sin un procedimiento previo, sin participación del accionado, el cual además de haber sido un claro supuesto de inconstitucionalidad, resultó ser gravemente disfuncional desde el punto de vista familiar, pues el niño es una persona

vulnerable, y una decisión a espaldas del otro progenitor resulta para él marcadamente agresiva, profundizando aún más el conflicto familiar al no propiciar la posibilidad de acuerdos futuros entre progenitores.

Similar situación ocurrió también con las peticiones de régimen de visitas, cuya dinámica mostró que se trataba de un contencioso complejo que dio lugar a no pocos incidentes y desacuerdos entre los operadores de justicia sobre el correcto trámite procedimental que debía seguirse, lo cual trajo consigo importantes consecuencias en materia de inseguridad jurídica.

Mientras en dichas peticiones hubo funcionarios judiciales que aplicaron estrictamente la sumariedad que pautaba la norma, sin dar cabida, por ejemplo, a la promoción y evacuación de pruebas (debido a que la norma no lo contemplaba), otros aplicaron el procedimiento previsto para las materias de alimentos y guarda. De manera que estuvimos frente a una incertidumbre en cuanto al trámite procesal aplicable por cuanto la disposición del artículo 387 de la LOPNA no se bastó para satisfacer procesalmente el trámite contencioso de visitas.

La referida situación, al igual que la retención indebida de niños, debió ser objeto de un desarrollo jurisprudencial por parte de las Cortes Superiores del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, pero con disparidad de posiciones, la cual originó en algunos casos la desnaturalización del derecho de frecuentación paterno-filial o visitas, con una regulación adjetiva demasiado ritual que no se ajustaba ni a su esencia ni a su finalidad, haciéndole perder eficacia al derecho que se tutelaba. En otros casos, en cuanto a la facultad de las partes para promover pruebas relacionadas con sus alegatos, se vislumbró tal posibilidad sólo cuando el juez, en su criterio discrecional, lo considerara pertinente para el caso específico, para el cual abriría una articulación probatoria conforme al artículo 607 del CPC.

Otro aspecto que debemos analizar es el impacto producido por la multiplicidad de procedimientos sobre la tutela judicial efectiva, ubicada normativamente en el artículo 26 de la CRBV. Al respecto hay que acotar que la falta de uniformidad procedimental afecta el establecimiento de trámites sencillos, breves, comprensibles

y fáciles de seguir. Afecta también el acceso a la justicia, desestimula la socialización del proceso y la simplificación de los trámites, atentando contra el aseguramiento de un decurso tranquilo, expedito y eficaz hacia la decisión de fondo, o lo que es igual, hacia la solución del conflicto que le da razón de ser a la iniciativa del proceso.

Asimismo debemos considerar el aspecto relacionado con la forma fraccionada de los actos procesales. Cuando los actos de un proceso no se aproximan en el espacio y en el tiempo y no se suceden ininterrumpidamente, es decir, cuando el examen de la causa no se realiza en un período único o a través del desarrollo de una audiencia o de pocas audiencias próximas, el principio que domina es el fraccionamiento.

La mayoría de nuestros procedimientos estaban regidos por dicho principio, dando lugar a que en la ley imperara el principio de orden consecutivo legal, según el cual cada acto en particular debe realizarse en el término que le corresponda o no pueda llevarse a cabo, conforme al principio de preclusión, que dividía verticalmente la causa en fases, razón por la cual tanto el proceso civil venezolano en general, como el de protección de niños, niñas y adolescentes, en particular, seguía el principio de orden consecutivo legal con fases de preclusión.

Consecuencia del principio antes mencionado, es que nuestro proceso fue muy esquemático, con tiempo determinado para cada fase, habiendo una fase para contestar la demanda o para contestar cuestiones previas, la fase probatoria con un lapso para promover y evacuar, la fase de informes, y por último, la fase para pronunciar la sentencia.

La estructura fraccionada del proceso que legalmente tuvimos tendía a alargar más el tiempo de solución del conflicto. En cambio en el sistema oral, como dice Rengel-Romberg (2001a), “las partes y los abogados exponen a viva voz las demandas y excepciones...indican las pruebas de que desean servirse y las realizan de inmediato y en definitiva se dicta la sentencia por el juez” (p. 181). De esa forma, en el sistema oral se concentran todas las actividades de la causa en una audiencia, o en varias audiencias muy cercanas, si no fuera posible terminar la causa en aquella.

Otro principio que fue común a los múltiples procedimientos contenciosos que tuvimos fue la mediación. Con dichos procesos las partes no podían comunicarse directamente entre sí sino a través del tribunal; cada parte o apoderado hablaba por separado, dirigiéndose al juez por escritos o diligencias. Los jueces no tenían contacto directo con las partes, los testigos y los peritos.

A consecuencia de eso, los jueces que pronunciaban las sentencias no asistían al desarrollo de las pruebas de las cuales debían derivar su convencimiento, pues no entraban en relación directa con los sujetos y objetos del juicio, de modo que pudieran apreciar o valorar las declaraciones de dichas personas, para recibir una impresión directa de las mismas, sino bajo la influencia de una relación escrita o comunicación hecha por una tercera persona. Esto generaba que los jueces no derivaran su conocimiento de los hechos de la causa por percepción directa de los mismos. Buitrago (2007) cita a Cappelletti quien señala:

El proceso se desarrolla entre los abogados de las partes y los subalternos del juez, en ausencia de éste, trayendo como consecuencia la poca o ninguna utilidad y ocurrencia de las audiencias; el juez solo falla al final del proceso y apoya su decisión en los escritos que las partes se han cambiado a lo largo del proceso. El temor a que el juez pierda su imparcialidad hace que hasta las pruebas se asuman en ausencia suya y solo las conoce por las actas o escritos que corren en el expediente (p. 341).

Esto último derivó en que nuestro proceso lo fue casi totalmente escrito, documentando todas las actuaciones en el expediente. Debido a la falta de intermediación judicial el lapso para dictar sentencia se hace interminable e inalcanzable, debido a que pasan los años y no hay respuesta del órgano jurisdiccional que ha recibido la demanda o solicitud, ocasionando que en ciertas oportunidades hasta se produzca la muerte de las personas interesadas sin haber logrado que se le haga justicia.

El hecho de que en algunos casos no se comisionara a otros tribunales de menor jerarquía para llevar a cabo un acto determinado del proceso, no significaba a nuestro juicio que se pusiera en práctica el principio de inmediación. En esto disentimos de Rengel-Romberg quien sostiene lo contrario al afirmar que “el proceso civil venezolano, siendo un proceso escrito,..., realiza plenamente el principio de inmediación cuando los jueces no hacen uso de la facultad de *comisionar* a otra autoridad judicial para la práctica de los actos de sustanciación del juicio” (*Op. Cit.*, p. 183). Dicho autor, sin embargo, acepta que el abuso de la comisión era la regla general en la práctica del foro, y por ello concluye que, de hecho, el proceso civil venezolano devino en un proceso regido por la mediación.

Esta ausencia de inmediación procesal no permitió alcanzar la calidad y bondad esperada en muchas sentencias, así como la buena marcha de la administración de justicia. De lo expresado hasta ahora concluimos que el proceso contencioso de niñez y adolescencia participó de esas características del proceso civil venezolano de ser lento, ineficaz y hasta costoso por el largo tiempo de transcurso del mismo.

En cuanto al amplio abanico de competencias que la LOPNA atribuyó a los jueces unipersonales de protección de niños y adolescentes, a nuestro juicio generó un elevado número de causas a resolver, pero además y lo más delicado, es que no todos los jueces tenían especializaciones en todas las materias de su competencia, lo cual resultó sumamente peligroso para la justicia venezolana, debido a que en algunos casos las sentencias dictadas se convirtieron en exabruptos jurídicos. Consideramos que la LOPNNA no incluyó el reparto de la competencia por la materia, continuando con el amplísimo abanico de competencias que tenía la LOPNA.

¿Es inconveniente que existan tribunales especiales y se establezca un procedimiento propio en nuestra jurisdicción, distinto al procedimiento ordinario dispuesto en el actual Código de Procedimiento Civil venezolano?

Aunque no compartimos el criterio que sostienen algunos autores, como

Henríquez (1995a), quienes consideran que “la experiencia ha demostrado que resulta inconveniente e ineficaz la existencia de tribunales especiales y procedimiento propio” (p. 11) y que por ello se inclinan al principio de unidad de la jurisdicción, con fundamento en que “la proliferación de jurisdicciones especiales es un índice de la quiebra del procedimiento ordinario” (Exposición de Motivos del CPC), estimamos que una vez logrado un procedimiento ordinario simple, ágil y eficaz no habrá justificación de mantener otros procedimientos distintos y especiales de carácter contencioso, como ocurrió en nuestra jurisdicción protectora de los niños, niñas y adolescentes.

A su vez tampoco estamos de acuerdo que se haya instituido en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento común, general o principal, denominado ordinario por ser el más utilizado por nuestro sistema procesal, así como distintos procedimientos especiales en asuntos contenciosos, según la controversia que debiera ser solucionada, cuando no hubiera una remisión directa a aquel.

A ello sin duda contribuyó en gran medida la idea de los proyectistas del CPC, quienes considerando que uno de los grandes vacíos del CPC de 1916 era la falta de normas procedimentales para tramitar aquellos asuntos previstos en la ley sustantiva (por no haber establecido un procedimiento específico para sustanciarlos y decidirlos), juzgaron que lo más adecuado en la búsqueda de una tutela judicial efectiva a los derechos de los cuales goza cada ciudadano, era establecer un procedimiento tipo para cada asunto controversial a dirimir.

Autores clásicos como Calamandrei (1997), a quien se le atribuye haber llevado, en su momento, las nociones fundamentales del derecho procesal, a saber: acción, jurisdicción y proceso, a su más alta expresión, consideraron necesario la existencia de diversos tipos de procedimientos:

De acuerdo a las diversas finalidades prácticas que las partes persiguen con la acción, y según el contenido diverso de la providencia a la cual las actividades procesales se dirigen, el procedimiento que se desarrolla hacia esta meta puede asumir diversos

tipos: existe, por esto, en toda legislación positiva una **pluralidad de tipos de procedimiento** que pueden ser clasificados siguiendo diversos criterios (p. 82).

Su concepción lo llevó a clasificar los procedimientos en cuatro tipos de pluralidades: En primer lugar, según la naturaleza de la providencia a la cual se dirigen: en procedimientos de cognición y procedimientos de ejecución. En segundo lugar, por razón de la materia o de la naturaleza sustancial de la causa: procedimientos civiles, penales, administrativos, del trabajo, comerciales, entre otros.

En tercer lugar, los derivados de la diversa composición personal del órgano judicial, ante el cual se desarrolla el procedimiento: Al respecto indica Calamandrei que las actividades que deben cumplirse para llegar a una providencia final, o sea la sentencia, son más simples cuando el que debe decidir está constituido por una sola persona física (órgano unipersonal), y más complicadas cuando el mismo está compuesto por varias personas (órgano colegiado), motivo por el cual concluye que corresponde a cada órgano judicial un tipo distinto de procedimiento. Señala como ejemplo del procedimiento que se sigue ante el órgano unipersonal aquel que se lleva a cabo ante el conciliador, y del procedimiento que se sigue ante el órgano colegiado, al de casación.

En cuarto y último lugar, Calamandrei hace la distinción que se encontraba en el código adjetivo de su país entre procedimientos “ordinarios” y “especiales”, cuya diferenciación tenía un valor esencialmente relativo: cuando hubiera establecido con base a criterios que pudieran variar en cada legislación positiva, como es el procedimiento típico que debiera observarse a falta de disposiciones diversas como normal y ordinario, y el procedimiento especial que la ley permitiera sólo para los casos expresamente previstos, en consideración de particulares exigencias determinadas o por la materia de ciertas causas o por la constitución de ciertos órganos judiciales.

Alsina (2001) luego de examinar la teoría del proceso decía que “el juicio ordinario es la forma común de tramitación de la *litis*, en tanto que los juicios

especiales tienen un trámite distinto según la naturaleza de la cuestión en debate” (p. 2).

El legislador patrio ideó, más o menos con la misma concepción de los autores antes mencionados, diversos mecanismos o medios procesales con el objeto de poder ser utilizado para administrar justicia en ciertas y determinadas causas en las cuales no se consideraba conveniente la remisión al procedimiento ordinario por sus particularidades, tomando en cuenta, por un lado, la importancia económica del caso al momento de determinar la duración de dichos mecanismos, y por otro, razones de interés social, al estimar que hay materias que por su repercusión social requieren una más rápida administración de justicia.

En ese orden de ideas, Cabrera (2005) cita a Borjas, quien al comentar el CPC de 1916 trae a colación la concepción que ha privado, influenciada sobre todo en la significación económica, aunado a la naturaleza de la materia, a razones de urgencia o al carácter sumario, para determinar el trámite procesal a seguir:

No todos los asuntos judiciales necesitan para su mejor esclarecimiento y decisión ser sometidos a los trámites del procedimiento ordinario. Los hay de tan ínfima cuantía que, si debieran sufrir las mismas dilaciones, ser susceptibles de los mismos recursos y someterse a las mismas ritualidades que aquello cuya acción principal tiene un cuantioso valor y reviste una manifiesta importancia, no podrían ventilarse judicialmente, porque el monto de lo litigado no bastaría con frecuencia a cubrir los gastos inevitables de justicia. Hay otros que, dada su naturaleza, no pueden presentar complicaciones procesales que requieran largos lapsos de pruebas y de estudio, y otros, en fin, en que, razones de urgencia o por tener un carácter sumario, se hace necesario prescindir de toda dilación que no sea absolutamente inevitable y de cuantas formalidades embaracen su curso rápido y expedito (p. 18).

En cuanto a la idea de buscar la unidad de la jurisdicción civil (del cual se han desmembrado las jurisdicciones mercantil, agraria, tránsito, laboral y de protección de niños y adolescentes) no participamos de ella, pues, la experiencia nos ha convencido de la importancia y ventajas de que exista la especialización en la jurisdicción, dada la peculiaridad de las normas sustantivas a aplicarse, pero si creemos que un procedimiento que esté guiado por los principios que actualmente están contemplados en el artículo 450 de la LOPNNA, puede conllevar a que se aplique un solo procedimiento en los asuntos contenciosos que se tramiten en todas las jurisdicciones especiales civiles.

Bases para evitar la multiplicidad de procedimientos y avanzar hacia la unicidad procedimental

Nuestro sistema procesal, de inspiración en el proceso romano-canónico del siglo XIII, tuvo durante mucho tiempo influencia del proceso medioeval, caracterizado por la forma escrita, la división del proceso en tiempos, la falta de intermediación, el fraccionamiento y la dispersión de los actos procesales en el tiempo, la proliferación de incidencias dilatorias, entre otros, que llegó a nosotros a través de los juristas pragmáticos españoles, devino en un ordenamiento que no correspondía a las necesidades y exigencias de la vida jurídica de la nación, encontrándose atrasado con respecto a los adelantos de la ciencia jurídica procesal.

La influencia del código de procedimiento civil italiano de 1865 y del código francés de 1806 ayudó a tomar de ellos ciertos principios como la conciliación y el convenimiento y los juicios de alimentos.

Desde 1916 hasta 1986, la evolución legislativa de la rama procesal estuvo estancada en nuestro país, sin rumbo cierto, ni anhelos de renovación, dominando una concepción privatista del proceso civil, apegada a formulismos y ritos contrarios al espíritu moderno, que obstaculizaban el logro de una justicia rápida y sencilla.

Como dijera el 15 de mayo de 1986 José María...

En cuanto a la idea de buscar la unidad de la jurisdicción civil (del cual se han desmembrado las jurisdicciones mercantil, agraria, tránsito, laboral y de protección de niños y adolescentes) no participamos de ella, pues, la experiencia nos ha convencido de la importancia y ventajas de que exista la especialización en la jurisdicción, dada la peculiaridad de las normas sustantivas a aplicarse, pero si creemos que un procedimiento que esté guiado por los principios que actualmente están contemplados en el artículo 450 de la LOPNNA, puede conllevar a que se aplique un solo procedimiento en los asuntos contenciosos que se tramiten en todas las jurisdicciones especiales civiles.

Bases para evitar la multiplicidad de procedimientos y avanzar hacia la unicidad procedimental

Nuestro sistema procesal, de inspiración en el proceso romano-canónico del siglo XIII, tuvo durante mucho tiempo influencia del proceso medioeval, caracterizado por la forma escrita, la división del proceso en tiempos, la falta de intermediación, el fraccionamiento y la dispersión de los actos procesales en el tiempo, la proliferación de incidencias dilatorias, entre otros, que llegó a nosotros a través de los juristas pragmáticos españoles, devino en un ordenamiento que no correspondía a las necesidades y exigencias de la vida jurídica de la nación, encontrándose atrasado con respecto a los adelantos de la ciencia jurídica procesal.

La influencia del código de procedimiento civil italiano de 1865 y del código francés de 1806 ayudó a tomar de ellos ciertos principios como la conciliación y el convenimiento y los juicios de alimentos.

Desde 1916 hasta 1986, la evolución legislativa de la rama procesal estuvo estancada en nuestro país, sin rumbo cierto, ni anhelos de renovación, dominando una concepción privatista del proceso civil, apegada a formulismos y ritos contrarios al espíritu moderno, que obstaculizaban el logro de una justicia rápida y sencilla. Como dijera el 15 de mayo de 1986 José Muci-Abraham, Presidente de la Academia

de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, durante la presentación de conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil: “Lo que ayer era plenamente válido y servible, hoy, por obra de las transformaciones que sufren las sociedades, luce disonante con una Venezuela a la cual el progreso de las últimas décadas alteró por completo su aldeana y bucólica fisonomía de otrora” (p.11).

Aunque el CPC rompió con los antiguos moldes privatistas, al poner a la cabeza de la relación jurídica procesal al juez como representante del Estado en la administración de justicia, pretendió la unificación procedimental en torno al procedimiento ordinario, pero a la vez estableció una gama de múltiples procedimientos especiales, de carácter contencioso unos, y no contenciosos otros.

Las consecuencias generadas por la multiplicidad de procedimientos que mencionamos, los cuales fueron descritos de modo particular en el punto 2.1. de este Capítulo, llevó a poner en entredicho sus ventajas, creando un clima favorable para la búsqueda de la unicidad procedimental. En efecto, como sostiene Rengel-Romberg (2003):

Cuando las formas escogidas por la ley de procedimiento para la realización de las leyes sustanciales, no están en consonancia con los nuevos tiempos, ni con la dinámica social en un espacio dado, a tal punto que por arcaicas, lentas e ineficaces, ofrecen evidente rémora a la pronta obtención y reconocimiento de los derechos en litigio, se hace necesario sustituir aquellas formas por otras nuevas que hagan más sencilla, rápida y leal la actuación de las leyes sustanciales. No son un secreto, en nuestro medio, las constantes críticas que se hacen al sistema de procedimiento vigente, ni desconocen los que con la justicia tienen relación, los sacrificios que realizan los magistrados y las partes en la causa, para que la vieja máquina no se detenga y marche hacia su meta (pp. 189-190).

El prenombrado autor, corredactor del CPC, reconoció incluso la necesidad de frenar dicha multiplicidad, cuando afirma que con el juicio oral previsto en dicho

Código “se abre un campo más amplio para que las disposiciones del procedimiento oral puedan aplicarse a otras materias, y pueda detenerse así la proliferación de procedimientos especiales” (*Op. Cit.*, p. 705).

Todo lo anteriormente planteado justificó que en el ámbito de la normativa procesal relacionada con la niñez y la adolescencia se hablara de la necesidad de una reforma, y que se planteara con energía a la consideración de todos los sectores involucrados. Atrás quedó la regulación variadísima, desde el punto de vista procedimental, de cada uno de los asuntos que comprendía la materia sustantiva relativa al niño, niña y adolescente.

Además, existía un clamor general hacia la reforma procesal, materializándose la necesidad de una justicia más humana, menos ritual, más rápida, más sencilla, menos complicada. La reforma legislativa de la LOPNA se vio influenciada por diversas circunstancias, internas y externas, que la justificaron e hicieron necesaria, al cual se sumó el estado de avance experimentado en ese momento por la ciencia jurídica procesal y por las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que atañen a la materia adjetiva, convirtiéndose dicha reforma no sólo en una manifestación limitada de las necesidades particulares en un tiempo y en un espacio determinado, sino que dicha reforma estaba integrada al movimiento científico universal y al adelanto de la ciencia jurídica procesal y la orientación de la jurisprudencia patria.

No podía, por tanto, nuestro Estado de Derecho, seguir rigiéndose por normas procesales, cuyo contenido resultaba inoperante y caduco, y las cuales en lugar de desarrollar el progreso de la justicia en el país, eran más bien factor de entorpecimiento y de estancamiento de las instituciones existentes.

La unificación en el orden procedimental. Avances constitucionales y legales para superar la ausencia de unicidad procedimental

Desde hace muchas décadas se viene tratando la necesidad de esta unificación. El procedimiento ordinario del CPC pretendió erigirse en nuestro país como el

procedimiento modelo a seguirse en las diversas ramas del Derecho Civil. Por ello comprendió todo el Libro Segundo de ese Código, abarcando dos grandes fases: el juicio de conocimiento y la fase ejecutiva.

La primera de ellas está subdividida en tres etapas: la primera, la introducción de la causa, que comprende la demanda, el emplazamiento, la determinación de las cuestiones previas, la contestación de la demanda, la eventual reconvenición de la demanda y la intervención de terceros (la normaliza el Título I del CPC). La segunda etapa, alusiva a la instrucción de la causa, contentiva del lapso probatorio, los medios de prueba, su promoción y evacuación (regulados en el Título II del CPC). La tercera y última etapa de la primera fase es la decisión de la causa, con vista y sentencia en primera instancia, y con un procedimiento en segunda instancia (sistematizada en el Título III del Código). La segunda fase es la ejecución de la sentencia, recogida en el Título IV del CPC.

A propósito del juicio de conocimiento, el CPCMI reguló el desarrollo del proceso civil en una forma totalmente novedosa respecto a los Códigos tradicionales. Ello llevó a que dicho instrumento denominara al Libro Segundo “Desarrollo de los Procesos”, y que dentro de este comprendiera: Los procesos preliminares de conciliación previa y obligatoria, de provocación (acción de jactancia) y diligenciamiento anticipado de ciertas pruebas (por retardo perjudicial), así como también el proceso cautelar; los procesos incidentales (incluyendo incidentes tales como la acumulación de autos, la recusación, la contienda o conflicto de competencia y la rendición de cuentas y las tercerías); luego se regula el proceso de estructura monitoria, conocido entre nosotros como procedimiento por intimación.

Los procesos de conocimiento propuestos en el CPCMI equiparan el esquema del procedimiento ordinario allí contemplado con el proceso oral previsto en el CPC. De la misma forma, el proceso extraordinario formulado en el CPCMI se asemeja al procedimiento breve de nuestro Código. En cuanto al proceso ordinario de ejecución, el CPCMI lo subdividió en ejecución de sumas de dinero y en otras especies de ejecución.

El CPC facultó el uso del procedimiento breve cuando la cuantía de la demanda no excediera el límite establecido por la autoridad competente. Dicho procedimiento, también participó, en cierta forma, de ese carácter de ordinario, al ser empleado para sustanciar y decidir aquellas demandas que no tuvieran asignadas un procedimiento especial o cuando las leyes especiales indicaran su aplicación o cuando su cuantía no excediera del límite señalado por la autoridad competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 881 *ejusdem*.

El legislador del CPC pretendió respetar el procedimiento especial que tuviese cada materia para sustanciar las pretensiones judiciales, y en caso que no tuvieran uno, supletoria o residualmente se aplicaría el procedimiento ordinario dispuesto en el mismo, al establecer que “las controversias que se susciten en reclamación de algún derecho se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial” (artículo 338).

Henríquez (1995a) plantea que la “unificación [*procedimental es*] necesaria a la administración de justicia civil, no sólo por ser más dúctil y eficaz el procedimiento del nuevo Código, sino también porque aquellos procedimientos especiales fueron diseñados sobre las pautas generales del procedimiento que preveía el Código derogado” (p. 14).

Comenta este autor, en cuanto a la unificación procedimental, que el CPCMI, al igual que el Código General del Proceso de Uruguay (vigente a partir de noviembre de 1989, que adoptó dicho Código Modelo) unificó todos los procedimientos en el llamado proceso ordinario (de conocimiento), por el que se tramitarían todas aquellas pretensiones que no tuvieran establecido un proceso especial para su sustanciación.

El CPCMI dejó un proceso extraordinario de carácter breve, con ciertas variantes, para mejor adecuación a la causa, incluyendo ciertas reglas especiales, en el artículo 310 (350 del Código uruguayo), concernientes a las medidas cautelares en los juicios de divorcio y familia, amplitud de los poderes de instrucción en el juez en las causas de carácter social y en las concernientes a menores (niños y adolescentes) e incapaces.

Añade Henríquez (*Op. Cit.*) que las Bases para la Preparación del mencionado Código Modelo, establecieron al respecto que “los procesos especiales deben limitarse a los que no fueran posible tratar por los procedimientos comunes..., sin perjudicar su celeridad o los derechos sustanciales...Los de conocimiento plenario deben reducirse a tres categorías: ordinario, abreviado o plenario rápido y sumario” (p. 21).

Duque (2004) estima que si bien el principio de uniformidad procesal “es un principio general para todo proceso...no impide que se prevea, para una misma materia, un procedimiento ordinario, general y supletorio, y procedimientos o trámites especiales, según la índole, por ejemplo, sumarias o ejecutivas, de las pretensiones” (p. 163).

Y ciertamente como lo expone dicho autor, el principio general de uniformidad no impide que en la jurisdicción de protección de niños, niñas y adolescentes existan principios generales aplicables a todos los procesos, pero en lugar de diversos procedimientos o trámites especiales, en nuestro ámbito particular lo mejor es que se haya establecido un solo procedimiento para tramitar todos los asuntos contenciosos.

La jurisprudencia también ha brindado su aporte en aras de esta unificación: En sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia del 15 de junio de 1988, se estableció la uniformidad del procedimiento para tramitar el recurso de casación en la jurisdicción civil, señalando que era contraria al principio de igualdad procesal la desigualdad del procedimiento que existía en materia laboral, de tránsito y agraria, pues en dichas materias se reducían a la mitad los lapsos de anuncio del recurso, formalización del mismo, réplica y contrarréplica, lo cual mermaba las posibilidades para obtener una verdadera reparación del agravio jurídico que pudiera haber sufrido una de las partes en el proceso y que por falta de tiempo no pudiera realizar la actuación procesal pertinente encaminada a la obtención de esa reparación.

Otra sentencia, de fecha 9 de agosto de 1989, dictada por la Corte Suprema de Justicia, referida a la sustanciación de los juicios laborales y de tránsito, insiste que debe ser aplicado en la instancia, con preferencia, el procedimiento que contemplan

las leyes especiales en la materia, en lugar del procedimiento oral previsto en el CPC, pues ello sería contrario a la brevedad y economía que tanto el legislador especial como el ordinario han querido otorgarle, debido a que el proceso se haría más largo y oneroso. No obstante, consideramos que tal brevedad y economía procesal no puede suponer en modo alguno la amenaza o violación de la garantía constitucional del debido proceso y al derecho a la defensa.

Henríquez cita un discurso de orden presentado por Luis Darío Velandia en el Acto de Apertura de las Actividades Judiciales de la Corte Suprema de Justicia el 10 de enero de 1991, quien considera que “desde entonces ha surgido una proliferación de procedimientos para resolver los conflictos de acuerdo con las diversas materias, así en trabajo, menores, tránsito, inquilinato, agrario...Que esa proliferación de juicios especiales puede ser reducida a dos...: el ordinario y el breve” (*Op. Cit.*, pp. 14-15).

Si bien la entrada en vigencia del CPC continuó fraccionando el proceso civil venezolano, en general, y el proceso de protección de niños y adolescentes, en particular, en un mosaico variopinto de procedimientos especiales, en sí mismos deficientes e injustificados, los progresos que lentamente hemos obtenido, dan señales de la voluntad legislativa de lograr la unicidad procedimental.

El proceso de protección del niño y del adolescente debido a su excesiva duración, ineficacia, falta de claridad y simplificación procedimental, pesadez, anacronismo y burocratización, había entrado en una crisis que obligaba a su transformación radical, para que resolviera de una manera rápida y expedita los conflictos familiares que en ella se plantean. El modelo de justicia que estuvo vigente en el país se caracterizó, además, por no garantizar el debido equilibrio entre los progenitores.

Desde la aprobación de la CRBV en el año 1999 contamos con una norma programática (artículo 257) que instituyó que las leyes procesales establecerían la uniformidad de los trámites, razón por la cual dicha unificación no resulta dispendiosa en nuestros días.

Con fundamento en la CRBV, otras leyes, como la LOPT, han consagrado un procedimiento único. La eficacia, versatilidad y adaptabilidad de sus normas ha permitido que nuevas leyes orgánicas, como la LOPNNA, consagren también como principio la uniformidad procedimental, superando la proliferación que existía en la derogada ley especial, vale decir, en la LOPNA.

Sin embargo, hay que reconocer que mucho antes de la entrada en vigencia de la LOPT, se habían dado algunos pasos en función de la unificación procedimental en sede laboral. La LOT, por ejemplo, confirmó la especialidad laboral en ese sentido, al establecer que la tramitación especial de los asuntos relacionados con el trabajo, así como la organización de los tribunales, podrían ser objeto de ley especial (artículo 4), al instituir que las normas adjetivas contenidas en esa ley podrían ser modificadas cuando se dictara una ley procesal del trabajo y al pautar que en caso de conflicto de leyes (sustantivas y de procedimiento) prevalecerían las del Trabajo. Ello fue una reacción contra el exceso y complejidad de formulismos del CPC, inspirada en el deseo de celeridad y sencillez.

La adecuación legislativa a nuestra Carta Magna permitió que la LOPNNA acogiera en su artículo 450 literal d este principio, y en aplicación del mismo limitara a solo tres los procedimientos comunes que los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes deben aplicar en materias relacionadas con la niñez y la adolescencia, aunque existan otras leyes que hayan pautado un procedimiento distinto y especial: uno para tramitar los asuntos contenciosos, otro para los casos de jurisdicción voluntaria y uno último para la adopción.

Habiéndose promulgado en el año 1999 la CRBV lo más lógico y coherente sería que en nuestros días todos los procesos, incluidos los relacionados con la niñez y adolescencia, estuviesen orientados por la oralidad, brevedad y uniformidad, pues así lo consagró el artículo 257 de la Carta Magna. Lamentablemente no es así, pues aún existe lentitud, formalismos inútiles y predominio de la escritura, que contravienen la norma constitucional.

Analizadas las consecuencias generadas por los múltiples procedimientos contenciosos existentes para tramitar los asuntos relativos a la niñez y adolescencia, en virtud de su importancia, veamos a continuación como deben estar conformadas las leyes procesales en esta materia especial, de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna.

Capítulo III

Conformación de las leyes procesales en materia de niños, niñas y adolescentes de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna

Generalidades

Nuestra Carta Magna dio un gran salto cualitativo en materia procesal al establecer como norma programática que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia”, y al preceptuar que “las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público” (artículo 257).

Para Perdomo (2007b) la CRBV estableció un conjunto de normas dirigidas a asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y del debido proceso, con el objeto de hacer realidad el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Estas disposiciones, para Perdomo, abarcan desde las referidas estrictamente a lo procesal y procedimental, hasta las relativas a la organización y el funcionamiento del sistema de justicia y sus integrantes, encontrando dentro de ellas una serie de principios revolucionarios, que transforman de raíz los modelos y regulaciones que tradicionalmente se habían implementado en nuestro país, con la finalidad de proteger los derechos humanos de todas las personas y, muy especialmente, de aquellas que han sido históricamente excluidas del acceso a la justicia.

Concluye el autor antes citado que los principios contemplados en el artículo 257 *ejusdem* imponen cambios trascendentales a las leyes que tradicionalmente han regulado el proceso en nuestro país, caracterizadas por el principio de la escritura, la multiplicidad de procedimientos especiales, por la sobrevaloración de muchas formalidades innecesarias, en fin, por modelos procesales y de gestión que generan procedimientos lentos y decisiones tardías, y que existe una plena coincidencia y

adecuación de la LOPNA a la CRBV, tanto en sus aspectos sustantivos como en los orgánicos.

En efecto, en el artículo 78 del texto constitucional se recoge y desarrolla la CIDN y, sobre todo, el paradigma sobre el que ella se fundamenta (la Doctrina de la Protección Integral). Esa norma, en concordancia con el artículo 23 de la Carta Magna, reconoce la jerarquía constitucional de la CIDN como tratado internacional sobre derechos humanos, y contempla claramente los principios fundamentales de la Doctrina de la Protección Integral. Asimismo, reconoció expresamente la oralidad, brevedad, simplificación, uniformidad, eficacia de los trámites y publicidad como principios fundamentales del proceso. La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Procesal de la LOPNA (2005) indicaba su importancia:

La nueva Carta Magna logró cumplir a cabalidad uno de los compromisos fundamentales de la Asamblea Nacional Constituyente en materia de derechos humanos de la infancia y la adolescencia, esto es, reconocer e incorporar expresamente los avances de los últimos cuarenta años en esta materia, tanto en la doctrina como en los tratados y la jurisprudencia internacional. Esto implicaba desarrollar la Convención sobre los Derechos del Niño y, sobre todo, el paradigma sobre el cual ella se fundamenta: la Doctrina de la Protección Integral (p. 9).

En cuanto a la CRBV, Márquez (2007) comenta:

...la reforma constitucional de 1999 (...) incorporó en forma textual y clara, en sus artículos 26, 27, 49 y 257 entre otros, garantías de índole procesal, que constituyen normas de aplicación directa y que le imponen al Estado como encargado de proporcionar el servicio público que comporta la administración de justicia el deber de garantizarlos y ponerlos en ejercicio para la obtención de una verdadera justicia y con ella la paz social.

Así tenemos que en consonancia con estos principios constitucionales de naturaleza procesal, se encuentra el deber de proporcionar a los

ciudadanos un procedimiento oral, rápido y expedito que evite las dilaciones indebidas y garantice el fin último del proceso que es la justicia, y lo cual ha venido implementándose progresivamente, aun antes de la mencionada reforma constitucional, con la creación de un procedimiento oral y público en varias materias, a saber, los juicios de naturaleza penal de niños y adolescentes y los procesos laborales (p.275).

Al determinar el fin del proceso, la CRBV estableció características que deben reunir las leyes procesales y pautó principios fundamentales que guiarán los procedimientos, coadyuvando en la búsqueda del procedimiento modelo para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso.

Para que un procedimiento cualquiera pueda erigirse como prototipo debe tener como sustento o base una serie de principios que permitan concebirle y caracterizarle como ideal. Esta es la razón por la que al efectuar un análisis de los principios procesales que rigen, justifican, condicionan, definen y determinan un procedimiento, podemos tener un cabal concepción de él.

Fundamento de los principios procesales

Dice Anuel (2002) que por principios procesales entendemos “las directivas dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso” (Podetti cp. Vescovi, 1975, p. 149). Longo (2002) refiere al respecto:

La instauración de todo sistema de derecho, justamente por estar apoyada en una visión concreta que pretende unificar instituciones al servicio de una determinada necesidad social, debe ser atendido con base en los principios esenciales sobre los que se construye el modelo que se pretende implementar (p. 89).

Para dicho autor los principios procesales son ordenadores de la misión protectora, con fines de tutela efectiva, y no se puede comenzar una profundización

cabal del contenido de un procedimiento, si antes no se destacan sus principios ordenadores.

En Venezuela, primero con la LOPNA, y luego con la LOPNNA, se ha tratado de establecer un verdadero sistema integral de protección de niños, niñas y adolescentes. En los artículos 450 de ambos instrumentos jurídicos fueron recogidos los principios que sirvieron de cimientos al procedimiento contencioso para tramitar las materias vinculadas con ese sector de la población. La totalidad de ellos tienen plena vigencia aún. No obstante, como todo sistema de protección, es necesario hacer un análisis permanente de los distintos principios procesales para evitar caer en posiciones dogmáticas, distantes a su desarrollo, que nos conduzca a perfeccionar cada día más las instituciones procesales, para lo cual es necesario mantener siempre una visión crítica y autocrítica.

Principios que sustentan el procedimiento ordinario para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia

Partiendo de lo antes planteado, en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el procedimiento contencioso tiene como principios los que se desarrollan a continuación:

Oralidad.

Llevar a cabo los distintos actos de un proceso con predominio de las formas orales o no escritas se traduce no sólo en mayor economía y celeridad procesal, sino también en impartir una pronta justicia con base en la verdad material. No obstante, hay que destacar que lo más importante no es que el sistema sea oral o escrito, sino que el mismo esté articulado de manera que descongestione y simplifique los trámites y el trabajo en los tribunales, que concentre en pocas audiencias y en fases de corto tiempo todas las etapas del proceso, que signifique mayor eficiencia en términos de

tiempo, que nos acerque más a la realización de la justicia y que logre las metas esperadas por todos en la sociedad.

Si un sistema oral no cumple con los preceptos antes mencionados puede estar condenado al fracaso, y por ende al retroceso. Ejemplo de ello lo tenemos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia penal, laboral y de menores (niños, niñas y adolescentes), que fue reformado hacia un procedimiento oral, pero que debido a que resultó más costoso, largo y engorroso que el trámite sumario que rigió por muchos años (por prever mayor número de audiencias, por mediar mayor cantidad de días para evacuar las pruebas solicitadas, porque multiplicó el tiempo para la práctica de dos audiencias en cada juicio, porque duplicó el tiempo para que el juez dictara la sentencia y porque requirió mayor cantidad de recursos materiales y humanos), se convirtió en un dolor de cabeza para la administración de justicia de ese país.

Debido a que hay que reproducir lo ocurrido, surge la necesidad de documentar por escrito en actas la actividad procesal que se desarrolle en forma oral, de viva voz. De allí que resulte imposible tener un sistema oral puro y que sea imprescindible adoptar un sistema mixto. No obstante, la ley debe especificar para cuáles actos serán admitidas las formas escritas.

En el caso de la mediación, que amerita intercambio oral de opiniones, sentimientos y comunicaciones para comprender el asunto y resolverlo de mutuo consentimiento, la forma escrita sólo se puede admitir para plasmar los convenimientos que reflejen los acuerdos logrados, sean totales o parciales. En Venezuela, la CRBV ha dispuesto en su artículo 257 que las leyes procesales adoptarán un procedimiento oral, refiriéndose con ello a las distintas competencias por la materia.

Para Longo F. (2008) la oralidad no es un principio, sino más bien un sistema que influye directamente en el diseño y estructuración de un tipo particular de procedimientos. Por ello, para que la oralidad sea eficaz debe apoyarse fundamentalmente en la inmediación y en la concentración, y el procedimiento debe

estar estructurado por audiencias (las mínimas posibles) y ser corto y con trámites sencillos y simples.

Asimismo, el sistema oral tiene que contar con: (a) un sistema de pruebas cónsono que admita la libertad de medios probatorios y permita construir y desentrañar, con inmediación del juez, la verdad de los hechos en el juicio oral; (b) una adecuada metodología para apreciar o valorar las pruebas; (c) mecanismos civilizados de solución de controversias; (d) el mayor número posible de garantías dentro de las instituciones procesales; (e) el respeto de las partes a las formas esenciales; (f) un papel activo del juez dentro del proceso; y (g) el reconocimiento de la función decisiva que tienen dos audiencias fundamentales: la preliminar y la de juicio.

Inmediación.

Requiere que el juez o jueza que presencie el debate, así como la incorporación o evacuación de las pruebas, sea el mismo que resuelva la controversia. Ello conlleva a que en forma excepcional –cuando sea indispensable para resolver el fondo del litigio- se libren comisiones y exhortos judiciales con la finalidad de evacuar pruebas.

Rengel-Romberg (2001a) dice, citando a Millar, que “el principio de inmediatez caracteriza un proceso en el que el Tribunal actúa en contacto directo con las partes y con los testigos” (pp. 181-182). No compartimos en que sea esto lo que caracterice el principio de inmediatez, pues parafraseando a Longo (2008) no debe entenderse por inmediatez aquella suerte de irreal cercanía entre el Juez y las partes, desde el mismo inicio de la causa y a lo largo de todo el proceso, como si se tratara de un contralor de cada actuación de las partes, e incluso de la presentación de la demanda y de cualquier otra de mero impulso.

Respaldamos la afirmación de este procesalista en el sentido que la violación a este principio ocurre cuando el Juez que pronuncia la decisión no ha tenido la oportunidad de presenciar y dirigir la audiencia en la que se desarrolla todo el trámite de recepción de la prueba, de incorporación de los medios probatorios a la causa, así

como de control y contradicción recíproco entre las partes del juicio. Resulta entonces obvio que si el Juez dicta la sentencia sin haber presenciado el debate probatorio, el fallo debe ser considerado nulo. También cita Rengel-Romberg a Chiovenda, quien plantea:

El principio de inmediación quiere que el juez que deba pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base de la inmediata impresión recibida de ellos, y no a base de la relación ajena.

La inmediación procesal supone, además, que el juez de la causa debe estar desde el principio de la tramitación hasta el fin, constituido por la misma persona física, de modo que sea estrecha la relación que exista entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones él debe valorar (p. 182).

En cuanto al principio de inmediación, plantea Perdomo (2005):

El juez que ha de pronunciar la sentencia debe presenciar el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtiene su convencimiento, salvo los casos en que la Ley permita la Comisión Judicial para la evacuación de algún medio probatorio necesario para la demostración de los hechos controvertidos, las cuales serán discutidas en la audiencia de juicio. Sólo se apreciarán las pruebas incluidas en la audiencia, conforme a las disposiciones de esta Ley (pp. 558-559).

Lo importante es que por la percepción directa de los alegatos de las partes y las pruebas de la causa, el juez o jueza pueda formarse su propia convicción, y sea ésta el fundamento de su decisión. La aplicación de este principio trae como beneficiosa consecuencia mayor calidad y bondad de las sentencias, y por ende, la buena marcha de la administración de justicia.

Concentración.

Se caracteriza este principio por reunir en un único acto integrado o en el menor número de actos más etapas o fases procesales, sin eliminar ninguna. Se busca que la causa sea más consistente, que se llegue prontamente al fondo de la misma y que se logre mayor eficacia en el proceso con la intervención directa de las partes y del juez.

Para Marín (2006) la concentración está estrechamente relacionada con la celeridad procesal, y su propósito es “aproximar los actos procesales unos a otros, reuniendo o concentrando en breve espacio de tiempo la realización de éstos” (p. 48).

Agrega este autor:

Decir oralidad es decir concentración, y para que la oralidad sea eficaz y la inmediación rinda sus frutos, el debate debe ser concentrado o continuado, es decir, debe continuar durante todas las audiencias necesarias hasta su terminación, y la sentencia debe ser dictada inmediatamente después de él, para que lo útil de la observación no se pierda (Chioyenda cp Newman, pp. 48-49).

Aplicando este principio al ámbito laboral Marín (*Op. Cit.*) añade:

La concentración procesal en la Ley Orgánica Procesal de Trabajo se manifiesta en que en la audiencia preliminar no se admitirá la oposición de cuestiones previas (artículo 29)... en la necesidad de promover las pruebas en la audiencia preliminar (artículo 73), y la evacuación de las pruebas en la audiencia de juicio (artículo 152) [p. 49].

Sánchez (1998) indica que la doctrina ha distinguido en este principio dos puntos de vista complementarios:

El que se refiere a la actividad procedimental y el que atañe al contenido del proceso. El primero supone que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia, y si ello no es posible, en varias próximas temporalmente entre sí, de modo que el juez, en el momento de

dictar sentencia, conserve en su memoria las manifestaciones realizadas por las partes y el resultado de las pruebas practicadas.

El segundo de los puntos de vista mencionados refiere la concentración a las cuestiones prejudiciales previas e incidentales, evitando, en la medida de lo posible, su tratamiento separado y las impugnaciones con efectos suspensivos. Se intenta de este modo no paralizar o diferir el negocio principal, dotando el proceso de mayor utilidad y eficacia (p. 36).

Otros autores, como Feltri (2000) consideran que “la concentración procesal no es un principio procesal sino la consecuencia concreta de las normas que regulan un determinado proceso” y por ello creen que “la mayor o menor concentración de los actos procesales dependerá de la manera como el legislador haya regulado la verificación, oportunidad y modalidades de los mismos” (p. 195). Disentimos de este criterio, al considerar justamente que la mayor o menor concentración de los actos procesales depende precisamente de la concepción que sobre este principio maneje, consciente o inconscientemente, un legislador. A juicio de Rengel-Romberg (2001a):

En un proceso domina el principio de la *concentración procesal* cuando el examen de la causa se realiza en un período único, que se desarrolla en una audiencia o en pocas audiencias próximas, de tal modo que los actos procesales se aproximan en el espacio y en el tiempo y se suceden ininterrumpidamente (pp. 179-180).

La mejor expresión de la concentración dentro del procedimiento contencioso previsto en la LOPNNA es la audiencia de juicio, pues desde que se inicia la misma se desarrolla sin interrupciones hasta que concluye, abarcando las alegaciones de las partes, la incorporación de las pruebas, la presentación de los informes y las observaciones así como la decisión de la causa, las que deben cubrirse en un mismo día y de no ser posible, durante el menor número de días consecutivos.

Uniformidad.

Su finalidad es reducir a su mínima expresión los procedimientos que se vayan a aplicar, lo cual redundará en el mejoramiento de la celeridad así como en un aspecto muy importante de la tutela judicial efectiva: el acceso a la justicia, debido a que los procesos se hacen más rápidos y sencillos, al imprimir certeza al *íter* procedimental, en obsequio a la seguridad jurídica. En efecto, la CRBV instituyó en su artículo 257 que las leyes procesales establecerían la uniformidad de los trámites.

La adecuación legislativa a nuestra Carta Magna permitió que la LOPNNA acogiera en su artículo 450 literal d este principio, y en aplicación del mismo limitara a solo tres los procedimientos comunes que los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes deben aplicar en materias relacionadas con la niñez y la adolescencia, aunque existan otras leyes que hayan pautado un procedimiento distinto y especial: uno para tramitar los asuntos contenciosos, otro para los casos de jurisdicción voluntaria y uno último para la adopción.

Medios alternativos de solución de conflictos.

A lo largo de todo el proceso el juez o jueza debe promover su utilización y estar obligados a trabajar con ellos, cuando la materia a abordar por su naturaleza lo haga posible o la ley no lo prohíba. Lo antes expuesto es un mandato constitucional, pues el artículo 258 de la Carta Magna establece en su parte *in fine* o único aparte que “la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Para que los medios alternativos de solución de conflictos sean acogidos por las partes, compartimos lo que hizo el legislador en la LOPNNA, al crear una fase de mediación en la cual las partes están obligadas a comparecer. Tomando en cuenta la experiencia positiva que en materia de mediación se ha tenido con la implementación

de la LOPT, esto resultaba muy conveniente, y más aún en las materias relacionadas con la niñez y la adolescencia, por el carácter y la naturaleza del conflicto familiar.

No bastaba con haber creado una oportunidad para que el juez intentara la conciliación entre las partes, como lo estableció la LOPNA en materia de alimentos y guarda (artículo 514), pues la no obligatoriedad de asistir a ese acto conciliatorio conllevó a que frecuentemente las partes no comparecieran al mismo. Tampoco fue suficiente que el CPC facultara al juez o jueza para que si así lo consideraba conveniente excitara a las partes a la conciliación en cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, como lo pautó el artículo 257 de ese instrumento adjetivo.

Sin embargo, por sí mismo no serán garantizados esos resultados positivos que la mediación podría aportar. Además de designar un número suficiente de jueces que ejerzan funciones de mediación (según el número de causas que ingresen al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de cada jurisdicción) y capacitar a todos los operadores de justicia (jueces, secretarías, alguaciles, asistentes, fiscales y defensores públicos) para que conozcan y manejen con eficacia estos medios, es necesario concientizar a los abogados litigantes, pues a muchos de ellos algunos de sus profesores de pregrado les inculcaron en clase que la conciliación y el convenimiento son “medios anormales de terminación de los procesos”.

También muchos autores han escrito que la sentencia es el “modo jurisdiccional y normal de terminación del proceso”, menospreciando así las bondades que tienen dichos medios alternativos.

Del contenido del artículo 450, literal e de la LOPNNA, referente a este principio, debemos colegir que todos los jueces (los de mediación y sustanciación, los de juicio, los de ejecución y los superiores) deben no sólo permitir a lo largo del proceso la posibilidad de utilizar los medios de autocomposición procesal, sino que incluso deben promoverlos. Rengifo (2005) propuso como artículo en el Proyecto de Articulado del Procedimiento Oral Contencioso en Materia de Niños y Adolescentes

el siguiente:

El juez de sustanciación, mediación y ejecución, así como el juez de juicio y los miembros de la Corte de Apelaciones, podrán promover a lo largo del proceso, la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos tales como la mediación y la conciliación, salvo en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley (p. 204).

Partiendo del planteamiento anterior, insistimos que no se trata de una mera potestad jurisdiccional, sino de un mandato para los jueces y juezas, quienes deben promover a lo largo del proceso la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos.

Así, el mandato anterior (recogido en la prenombrada disposición legal) y el deber personal del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia de que éstas pongan fin a la controversia (que recoge el artículo 133 de la LOPT), aventajan sin duda alguna a las disposiciones que recogen otros instrumentos jurídicos de no vieja data. Tal es el caso de los artículos 168 y 210 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.323 del 13 de Marzo de 2001, que modificó tanto la materia sustantiva como procesal en materia agraria.

Si bien las mencionadas disposiciones fueron redactadas en correspondencia con lo preceptuado en la parte *in fine* del artículo 258 constitucional (al señalar la ley que el juez puede de manera oficiosa o a ruego de parte, buscar vías conciliatorias para la solución del conflicto), el haber consagrado la LOPNNA y la LOPT la obligación y no la facultad del juez de promover los medios alternativos de solución de conflictos, permitirá resolver en el ámbito judicial, con mayor prontitud, mayor cantidad de controversias en las competencias que abarcan las dos últimas leyes nombradas.

A pesar de todo lo planteado, en algunos países, como Austria por ejemplo –según lo expuesto por Limberger (2005) en el II Congreso Internacional de Derecho

Procesal de Trabajo, celebrado en Caracas en el año 2004, bajo la organización de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia— aún hay muchos juristas que en materia laboral esgrimen con frecuencia el argumento de que la mediación sólo trae retrasos y costos adicionales, debido a que en ella las partes en conflicto negocian directamente y se someten a la dirección de un tercero que, sin embargo, no tiene competencia para decidir, aunque si la mediación resulta exitosa el conflicto de intereses se resuelve mediante un contrato.

No obstante lo antes indicado, el aludido ponente expuso, durante su intervención en el Congreso, que en asuntos familiares consideraban posible fijar una audiencia judicial para hacer uso de la mediación, y que en las cuestiones laborales la mediación podría jugar un papel útil e importante, por lo que para ese momento se estaban realizando encuestas en ese sentido. Pese a existir aún algunos pensamientos retrógrados al respecto, afortunadamente en la actualidad priva un nuevo paradigma. Al respecto Zuleta (2004) señala:

El Estado democrático contemporáneo...fomenta e integra al sistema judicial otros medios autónomos de solución de conflictos administrados por los mismos ciudadanos. Es hora ya...de promover nuevos paradigmas, y de producir una nueva cultura normativa que descarte la cultura del litigio basada en la práctica del enfrentamiento y la mala fe que complican el entendimiento entre las partes para la solución del conflicto relegando en el juez la “impersonalización” de la sentencia.

La participación de los ciudadanos en el descubrimiento de otras formas de entendimiento, y de otras actitudes intelectuales para la construcción de sus problemas y soluciones contribuye a seleccionar la ‘mejor decisión’ en el sentido de la solución más satisfactoria. De allí que la introducción en los nuevos textos legislativos de medios alternativos de solución de conflictos con carácter intra-judicial, suponga un aprendizaje colectivo en procura no sólo de reducir la conflictividad social sino de adecuar las respuestas del Derecho a la complejidad de las

relaciones sociales de la contemporaneidad. Las propiedades de estos medios alternativos deben los abogados hacerlos del conocimiento de sus patrocinados por ética profesional...; además de que el fomento de la voluntad conciliatoria de las partes coadyuva concurrentemente al mejor desempeño del sistema judicial (pp. 522-523).

Además de la importancia que tienen los medios alternos de solución de conflictos para la convivencia pacífica y la paz social, Zuleta (*Op. Cit.*) señala el reto que implica esta opción y el carácter obligatorio que debe tener la fase de mediación:

Sin embargo, el gran reto de la justicia alternativa es legitimarse como una opción voluntaria para el ciudadano en función de garantizar justicia efectiva, vale decir, rapidez en la solución de los conflictos, imparcialidad, informalidad y simplificación procesal, sin dispendios inútiles; y por sobre todo, que inspire confianza en los interesados al coadyuvarlos a la búsqueda de soluciones respetando la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto. Estas son las características de reconocimiento de las figuras alternativas de solución de conflictos. Ahora bien, la buena voluntad de las partes no bastaría para el buen desenvolvimiento del proceso que resuelve el conflicto si no se produce certeza jurídica; cabe decir que en caso de inobservancia del ordenamiento jurídico se cuente con una garantía jurisdiccional para hacerla observar.

De la incorporación como fase obligatoria previa en un proceso especial como el laboral de los medios alternativos de solución del conflicto distintos a la sentencia judicial, podríamos adelantar que introduciría en nuestros sistemas judiciales lo que en palabras de un procesalista como Sentís Melendo se definiría como: “un planteamiento histórico nuevo y ya clásico”, cuyo impacto sobre el sistema de Derecho y de Justicia, y sobre la estructura tradicional del proceso podría causar primero sorpresa, luego conformidad, y más luego, admiración, tal como

ocurre con la lectura y relectura de las antiguas leyes de Solón (pp. 523-524).

Publicidad.

Se refiere a que los actos del proceso destinado a hacer justicia al ciudadano, para que sean patentes y adquieran autoridad entre sus miembros, no deben debatirse privadamente, sino que deben estar a la vista de todas las personas que deseen presenciarlo, de manera que pueda ejercer la defensa de sus intereses cualquiera que pueda resultar afectado. También hace referencia al medio empleado para registrar, divulgar o difundir los hechos debatidos en un proceso. Si el proceso judicial se desarrolla en forma pública, la actuación de todos los involucrados se torna transparente, permitiendo tanto la garantía de un debido proceso como el control social de la actividad judicial.

No obstante lo planteado, esta regla general no puede manejarse como un dogma, pues aunque las audiencias deben ser públicas, en el caso de los niños, niñas y adolescentes es menester proteger todos sus derechos y garantías, de modo que la publicidad de los actos procesales no afecte su desarrollo integral. Esto conlleva a la necesidad de establecer determinadas limitaciones a este principio, así como también a la exhibición y divulgación de información de procesos que permitan la identificación directa o indirecta de niños, niñas y adolescentes en ciertos casos, tales como aquellos que sean consecuencia de haber resultado víctimas de hechos punibles.

Por lo precedentemente referido, no pueden celebrarse en forma pública (sino en forma privada) las siguientes audiencias: (a) las así establecidas por la propia ley, verbigracia, las que se lleven a cabo dentro de la fase de mediación de la audiencia preliminar y las audiencias de juicio en el procedimiento de adopción de la LOPNNA; y (b) las que a criterio del juez deban celebrarse a puertas cerradas, para garantizar seguridad, moralidad o la protección de la personalidad de alguna de las partes o de las personas notificadas que deban participar en ella. De esto debe dejarse

constancia por escrito en el acta. Una vez que cese el motivo de la privacidad, se debe permitir de nuevo el acceso del público.

Respecto a los expedientes: Aunque en general tienen carácter público, en el caso de las adopciones no ocurre lo mismo, pues tanto la LOPNA como la LOPNNA establecieron en su artículo 429 que el contenido de los informes previstos en los artículos 420 (adaptabilidad) y 421 (idoneidad o aptitud para adoptar) así como el contenido de los expedientes de adopción tienen naturaleza confidencial, por lo que para su archivo y conservación deben tomarse las precauciones necesarias que garanticen dicha confidencialidad.

En la LOPNNA tanto la fase de sustanciación de la audiencia preliminar como la audiencia de juicio del procedimiento ordinario establecido en el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son públicas. Participa de este mismo carácter la audiencia de oposición a las medidas preventivas y las audiencias de jurisdicción voluntaria. Distinto ocurre en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente cuya audiencia de juicio es reservada (artículo 588 *ejusdem*).

Simplificación.

Abarca este principio tanto la sencillez como la brevedad que deben caracterizar los actos procesales, así como el deslastre y supresión en los mismos de ritos (que en el artículo 450 anterior a la reforma se conocía como Ausencia de Ritualismo Procesal) y de fórmulas que los hagan complicados, o que no sean necesarias para su realización.

Refiriéndose al principio de abreviación –el cual aunado al de ausencia de ritualismos procesales engloba el principio de simplificación– González y González (2003) señalan que “constituye una esperanza de la justicia en general debido a que todo el mundo quiere que la misma sea lo más breve posible” (p. 16). Esto implica que la controversia se resuelva en el tiempo más corto posible, para el cual resulta necesario establecer no sólo la oralidad, concentración e inmediación en las diversas

audiencias y fases del procedimiento, sino además que se fijen lapsos cortos para todas sus fases e instancias.

Ciertamente la brevedad es fundamental porque (tal como lo han sostenido diversos autores y lo recogen diversas leyes procesales en su Exposición de Motivos, entre ellas la LOPT) “justicia tardía no es justicia”.

Tomando en cuenta que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, todas las personas y órganos que ejercen el poder público están sujetas a ella. Es por ello que habiendo preceptuado el artículo 257 *ejusdem* que las leyes procesales establecerán la simplificación de los trámites, adoptarán un procedimiento breve y no se podrá sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, se hacía necesario incorporar a la normativa procesal vigente en la materia el referido principio. Esto se logró a través de la inclusión del literal g del artículo 450 en la LOPNNA.

Al respecto de la simplicidad, Marín (2006) refiriéndose al Derecho Procesal del Trabajo expresa:

Aún cuando no puede existir proceso sin formalismo, ya que a través de las formas se determinan con precisión los actos procesales, el Derecho Procesal del Trabajo no es ni puede ser formalista; por el contrario, la simplicidad y la sencillez (artículo 5 LOT) de sus formas, le son inherentes y caracterizan su pureza.

La LOPT recoge este principio, cuando establece la posibilidad de interponer verbalmente la demanda (Parágrafo Único Artículo 123). El CPC fue audaz cuando incorporó algunas normas procesales que reducen notoriamente el formalismo, como por ejemplo: libertad probatoria (Artículo 395) y valoración de las pruebas según la sana crítica (Artículo 507); también cuando combate las reposiciones inútiles (Artículo 206) [p. 49].

También en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, la vigente ley especial privilegia el *ius postulandi* sobre la forma de los actos procesales, al

establecer que los mismos carecerán de ritualismos y de formalismos innecesarios. El *ius postulandi* se encuentra recogido en el artículo 451 que dispone que los y las adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio, por lo que pueden, en consecuencia, realizar de forma personal y directa actos procesales válidos.

No obstante lo planteado, existen formas esenciales a los actos que no pueden ser obviadas para que el proceso sea válido. Es por eso que se requiere definir los vocablos “formalismo” y “formalidad” para comprender su alcance, así como su repercusión en el proceso, de modo que pueda diferenciarse del “formulismo”. Debido a la importancia que reviste esta diferenciación, reproducimos a continuación las ideas esenciales de algunos párrafos de la conferencia dictada por Yannuzzi (2006) en el aula magna de la Universidad Católica Andrés Bello con ocasión de las Jornadas sobre Tendencias Actuales del Derecho Procesal llevadas a cabo en el mes de abril de 2004, y cuyos criterios en este aspecto compartimos:

Cuando se habla de “**formalismo**”, se hace referencia a una rigurosa aplicación y observancia, en la enseñanza o en la indagación científica, del método, procedimiento y manera externa recomendados por alguna escuela. La definición del aludido vocablo (...) es diferente al “**formulismo**”, que corresponde a la tendencia exagerada a guiarse (...) por fórmulas tradicionales o rutinarias... Siguiendo la definición que de dicho término expresa el Diccionario de la Lengua Española, puede decirse que el formulismo es el excesivo apego a las fórmulas en la resolución y ejecución de cualquier asunto (...) que corresponde a una primera acepción; y, una segunda acepción, la define como “la tendencia a preferir la apariencia de las cosas a su esencia”...

Dentro de la actual concepción jurídica (...) lo que se ha tratado de desterrar del ámbito procesal, es precisamente el “formulismo” y no el “formalismo”. En efecto (...) las formas quedan subordinadas al fondo...

De allí que (...) en consonancia con el artículo 257 constitucional, pueden distinguirse entre las formalidades esenciales para la validez de un acto de aquellas que no lo son. Para diferenciarlas podemos seguir el criterio de que la formalidad esencial es aquella exigida por la Ley, de tal modo que su omisión produce la nulidad del acto...

Si bien la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el principio finalista, estimamos que su concepción está referida a los formulismos y no a las formalidades que necesariamente deben ser cumplidas. De allí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (...) sentó el criterio siguiente:

“No es que el formalismo se encuentre desterrado del proceso, ya que las formalidades esenciales son garantías del derecho de defensa de las partes, sino que el acto superfluo, el procedimentalismo que choca con los principios quedó condenado a muerte...” (pp. 151-155).

Por todo lo anteriormente señalado, debemos admitir que el proceso está sometido a determinadas formalidades, por lo que no puede haber una libertad de formas ilimitada. De allí que las ellas sean medios para garantizar el debido proceso, y en consecuencia, la ley debe establecer el tiempo, lugar y modo de los actos procesales.

Iniciativa y límites de la decisión.

Si bien en materia de protección de niños, niñas y adolescentes son las partes quienes pueden iniciar el proceso (por aquel influjo del artículo 11 del CPC, según la cual en materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, también conocido como principio dispositivo), también lo puede hacer el juez cuando aquellas previamente se lo requieran.

Más aún, el órgano jurisdiccional puede actuar de oficio por mandato expreso de la ley o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. No

obstante, dicho órgano siempre estará limitado en su sentencia a lo que las partes hayan alegado y probado en autos, manteniendo la facultad de efectuar la interpretación de la ley con base a los principios establecidos en la Carta Magna.

No hay, por tanto, ni absoluta aplicación del principio dispositivo (como para dejar todo el impulso del proceso al interés o la necesidad de las partes, lo que implica que el juez no podrá emitir ninguna providencia sin la previa solicitud de las partes) ni completa aplicabilidad del principio inquisitivo (que ve al juez como supremo impulsor del proceso hasta su conclusión, y que por ello no puede permitir dilación alguna que pueda paralizar la causa, facultándolo además con un amplio poder de dirección e impulso para investigar la verdad real sobre la procesal por todos los medios legales a su alcance), sino una mezcla de ambos, porque si bien en principio el proceso es de corte dispositivo el mismo se encuentra penetrado por el inquisitivo.

Aunque este principio lo recogió la LOPNA con la denominación “Instancia de parte para iniciar el proceso, salvo las excepciones aquí previstas”, así como el CPC en sus artículos 11 (al establecer que en materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes) y 12 (el cual pauta que el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados), la LOPNNA expresó de nuevo estos principios.

Esto lo hizo ampliando los límites de decisión del juez, al autorizarle en diversas normas para que continuara los procedimientos en ciertas circunstancias, hasta en casos en los cuales las partes habían olvidado el proceso, con el objeto de preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ejemplos de ello lo tenemos en el contenido de los artículos 477, 486 y 488C *ejusdem*.

Dirección e impulso por el juez o jueza o rectoría del juez en el proceso.

Lo recoge la LOPNNA en el literal i de su artículo 450. También la LOPNA recogió este principio bajo el calificativo de “Ampliación de los poderes del juez en la conducción del proceso”. Creemos que la LOPNA tomó del artículo 14 del CPC su fundamento, pues en la prenombrada disposición legal se establece que el juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Distinto ocurría mientras estuvo vigente el CPCD, pues el mismo dejó en manos de las partes el impulso del proceso. Al respecto, nos dice Rodríguez (2010b) lo siguiente:

El Código de Procedimiento Civil, otorga al Juez mayores poderes que en materia probatoria, y éstos a su vez se complementan con el poder de dirección e impulsión oficiosa del proceso hasta su conclusión, que consagra el artículo 14 del citado Código, facultad que no tenía el Juez bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil derogado, que dejaba el impulso procesal en manos de las partes, al establecer en su artículo 158, que la causa cuyo curso esté en suspenso por cualquier motivo, permanecería en el mismo estado hasta que alguno de los interesados en ella pidiera su continuación. Se trata, pues, de haberle dado mayor entrada al principio inquisitivo, frente al principio dispositivo que rigió el proceso civil venezolano durante la mayor parte del siglo pasado (p. 11).

Otra disposición del CPC que guarda relación con el principio *in comento* es el artículo 401, que faculta al juez a ordenar de oficio la práctica de varias diligencias instructoras una vez concluido el lapso probatorio.

La aplicación del principio bajo análisis constituye la expresión, en diversas formas, de los poderes del juez en la conducción del proceso. Para garantizar que se haga justicia se requiere que el juez o jueza de protección de niños, niñas y adolescentes esté revestido de poderes especiales en el proceso, más no quiere decir

Dirección e impulso por el juez o jueza o rectoría del juez en el proceso.

Lo recoge la LOPNNA en el literal i de su artículo 450. También la LOPNA recogió este principio bajo el calificativo de “Ampliación de los poderes del juez en la conducción del proceso”. Creemos que la LOPNA tomó del artículo 14 del CPC su fundamento, pues en la prenombrada disposición legal se establece que el juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Distinto ocurría mientras estuvo vigente el CPCD, pues el mismo dejó en manos de las partes el impulso del proceso. Al respecto, nos dice Rodríguez (2010b) lo siguiente:

El Código de Procedimiento Civil, otorga al Juez mayores poderes que en materia probatoria, y éstos a su vez se complementan con el poder de dirección e impulsión oficiosa del proceso hasta su conclusión, que consagra el artículo 14 del citado Código, facultad que no tenía el Juez bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil derogado, que dejaba el impulso procesal en manos de las partes, al establecer en su artículo 158, que la causa cuyo curso esté en suspenso por cualquier motivo, permanecería en el mismo estado hasta que alguno de los interesados en ella pidiera su continuación. Se trata, pues, de haberle dado mayor entrada al principio inquisitivo, frente al principio dispositivo que rigió el proceso civil venezolano durante la mayor parte del siglo pasado (p. 11).

Otra disposición del CPC que guarda relación con el principio *in comento* es el artículo 401, que faculta al juez a ordenar de oficio la práctica de varias diligencias instructoras una vez concluido el lapso probatorio.

La aplicación del principio bajo análisis constituye la expresión, en diversas formas, de los poderes del juez en la conducción del proceso. Para garantizar que se haga justicia se requiere que el juez o jueza de protección de niños, niñas y adolescentes esté revestido de poderes especiales en el proceso, más no quiere decir esto que dichas facultades sean entendidas como la concesión a aquellos de

atribuciones que le permitan el ejercicio arbitrario del derecho. Por el contrario, los poderes del juez en la dirección e impulso del proceso están limitados por los principios constitucionales, legales y procedimentales (establecidos estos últimos en el artículo 450 de la LOPNNA).

Dichos poderes o facultades le permiten al juez o jueza en la LOPNNA:

1. Impulsar de oficio el proceso hasta su conclusión, una vez iniciado, cuando se traten de asuntos de orden público, como los previstos en los Parágrafos Tercero y Quinto del artículo 177 *ejusdem* (artículo 319);

2. Dictar medidas preventivas de carácter inmediato que sean necesarias para garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad personal o la educación de los niños, niñas y adolescentes, cuando exista una amenaza grave e inminente o una violación contra estos derechos y conste prueba que constituya, al menos, una presunción grave de estas circunstancias (artículo 322);

3. Dictar (en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio) las medidas provisionales, en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente (artículo 351);

4. Fijar el Régimen de Convivencia Familiar provisional que juzgue conveniente para garantizar este derecho y tomar todas las medidas necesarias para su cumplimiento inmediato, así como fijar en la audiencia preliminar un Régimen de Convivencia Familiar provisional (artículo 387);

5. Ordenar la prórroga del período de prueba para la adopción nacional o internacional (artículo 423);

6. Disponer de todas aquellas diligencias preliminares, medidas preventivas o decretos de sustanciación que considere convenientes (artículo 457);

7. Decretar medidas preventivas en cualquier estado y grado del proceso (artículo 466);

8. Decretar las medidas preventivas para garantizar la protección y seguridad del niño, niña o del adolescente mientras dure el juicio de privación o extinción de Patria Potestad, si se presenta un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por la parte demandante, así como ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados, siempre que lo estime indispensable (artículo 466-A);

9. Dirigir la audiencia de oposición a las medidas preventivas, así como revisar con las partes los medios de prueba indicados en la oposición (artículo 466-D);

10. Dirigir con la mayor autonomía el desarrollo de la mediación, para lo cual podrá entrevistarse de forma conjunta o separada con las partes o sus apoderados y apoderadas, con o sin la presencia de sus abogados o abogadas, pero actuando con imparcialidad y confidencialidad. Asimismo, también podrá solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación (artículo 470);

11. Declarar la improcedencia de la fase de mediación de la audiencia preliminar en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la Ley, tales como la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención e infracciones a la protección debida, y en consecuencia, ordenar realizar directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar en el auto de admisión (artículo 471);

12. Ordenar las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios en la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, así como llamar a terceros interesados indisolublemente en la causa, ordenando su emplazamiento y convocando a una nueva audiencia preliminar, para que los terceros, como partes derivadas de la causa, puedan ejercer el mismo derecho que corresponde a las partes originarias del proceso (artículo 475);

13. Dirigir la audiencia de juicio (artículo 484);

14. Hacer pronunciamiento expreso, para anular el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que en él encontrare, aunque no se les haya denunciado, cuando corresponda decidir a un juez superior (artículo 488-D); y

15. Hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucional que ella encontrare, aunque no se les hayan denunciado, cuando corresponda sentenciar al Tribunal Supremo de Justicia (artículo 489-H).

La LOPT establece en su artículo 6 este principio, bajo la denominación Rectoría del Juez en el Proceso. No obstante que el juez o jueza dirija el proceso y deba impulsarlo de oficio hasta su conclusión no le permite -y por el contrario le está prohibido- que supla argumentos de hecho a las partes o que saque elementos de convicción fuera de las actas, pues para garantizar el derecho a la defensa y de los demás medios para defenderlos, debe atenerse a los hechos alegados y probados.

Lo que si puede, en particular el juez de juicio en materia laboral, es ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, siempre que no hayan sido pagadas.

Primacía de la realidad o prioridad de la realidad de los hechos.

Este principio se encuentra recogido en literal j del artículo 450 de la LOPNNA, pero no es nuevo en la normativa procesal relacionada con la niñez y la adolescencia, pues en la LOPNA se enunció con el mismo literal y numeración bajo el nombre de “Búsqueda de la verdad real”. La CRBV lo estableció como principio procesal en materia laboral al consagrarlo en el numeral 1 del artículo 89. Dubuc y Cornieles

(2007) explican lo que involucra para ellos este principio:

La primacía de la realidad implica que en la búsqueda de la verdad y en las decisiones del juez o jueza debe prevalecer la realidad sobre las formas o apariencias, por lo que [están] convencidos que será de gran utilidad para garantizar la justicia en los casos concretos, particularmente cuando se intentan utilizar artimañas jurídicas para esconder la verdad (pp. 381-382).

Para Perdomo (2005) la aplicación de este principio conlleva a que el juez oriente su función en la búsqueda de la verdad, razón por la cual debe inquirirla por todos los medios a su alcance, y en sus decisiones debe prevalecer la realidad sobre las formas y apariencias.

En el Proyecto de Reforma del Procedimiento Contencioso Oral en materia de niños y adolescentes presentado por Rengifo (2005) lo denomina “Principio de Veracidad Procesal”, el cual a su juicio implica que el juez debe tener por norte la búsqueda de la verdad, que procurará conocer en los límites de su oficio.

En el Anteproyecto del Procedimiento Oral Contencioso en Materia de Niños y Adolescentes, presentado por la Comisión de Fortalecimiento de la LOPNA del Tribunal Supremo de Justicia, se le dio a este principio la denominación de “Primacía de la Realidad”, que finalmente fue el acogido por la LOPNNA. El Anteproyecto estableció este principio como sigue: “Primacía de la realidad. El juez orientará su función en la búsqueda de la verdad y debe inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias” (*Op. Cit.*, p.124).

Finalmente este principio fue redactado en el literal j del artículo 450 de la LOPNNA casi de la misma manera: “Primacía de la realidad. El juez o jueza debe orientar su función en la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias”.

En materia laboral este principio es identificado como Prioridad de la Realidad o de los Hechos en el literal c del artículo 8º del Reglamento de la Ley Orgánica del

Trabajo. Según el artículo 5 de la LOPT, que contiene este principio, los jueces, en el desempeño de sus funciones, deben tener por norte de sus actos la verdad, la cual están obligados a inquirirla por todos los medios a su alcance, y por tal causa, tienen que intervenir en forma activa en el proceso.

En la Exposición de Motivos de la LOPT se habla del Principio contrato de trabajo como contrato realidad. Al respecto acota que este principio consiste en que el juez no debe atenerse a la declaración formal de las partes acerca de la naturaleza laboral o no laboral de su relación jurídica, sino que debe indagar en los hechos la verdadera naturaleza jurídica de la relación. Henríquez (2006) explica el alcance de este principio:

El principio de primacía de la realidad o de los hechos sobre las formas o apariencias no significa otra cosa que la preeminencia de la verdad sobre la falsedad, por lo que en cierto modo es un principio general, rigurosamente ético, que, en razón de las máximas de experiencia, ha parecido conveniente expresarlo legislativamente. Este principio y el deber de los jueces de tener por norte de sus actos a la verdad, con obligación de inquirirla por todos los medios a su alcance, previstos en los artículos 2° y 5° no son privativos o exclusivos, dicho sea de paso, de la justicia laboral; porque todo juez debe juzgar según verdad y no en base a las apariencias de las cosas o los atisbos que surjan en su cavilación (p. 24).

Por lo expresado por este autor podemos afirmar, que además de la LOPT y la LOPNNA, la tendencia es que este principio con el tiempo sea común a todo el Derecho Social. “Los órganos jurisdiccionales en materia laboral deberán, en ejecución de sus potestades, desentrañar la verdad más allá de la mera apariencia y de las formalidades que pudiere revestir un determinado acto” (Carballo y Villasmil citado por Henríquez, 2006, p. 24).

Además del contenido general que trae este principio en el artículo 450 de la LOPNNA, en dicho instrumento legal hay diversas disposiciones que coadyuvan al mismo.

Ejemplos de ellas son las que establecen al juez de protección de niños, niñas y adolescentes: (a) ordenar la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad [artículo 476]; (b) decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus respectivos alegatos, verificar la idoneidad cualitativa o cuantitativa de los mismos, evacuar las pruebas y ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización [artículo 466-D]; y (c) ordenar en la audiencia de juicio la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad [artículo 484].

Libertad probatoria.

Se trata de un principio que tiende a resguardar el derecho a la defensa. Permite que tanto las partes como el juez puedan valerse de todos los medios de prueba que consideren conducentes para comprobar los hechos. Los límites para la dinámica del principio es que el medio no esté expresamente prohibido por la ley.

En materia probatoria no es nueva la aparición de este principio, pues en el CPC quedó recogido en su artículo 395: “Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones...”.

Pese a los avances tecnológicos y científicos habidos en el siglo 20, el derecho probatorio estuvo afectado por un anacronismo normativo, pues la interpretación literal del CC y del CPCD nos había llevado -como resultado de la estrechez interpretativa- a consagrar que los únicos medios de prueba que podrían emplearse en juicio eran los determinados en esos Códigos. Habíamos heredado del derecho canónico e intermedio el sistema de la legalidad de los medios, conforme al cual el

juez no podría fundar su convencimiento en medios de prueba no contemplados como tales por la ley, y para defender esta restricción de los medios de prueba la doctrina invocaba el interés público y el interés privado. Por ello, la libertad de los medios de prueba que estableció el vigente CPC fue toda una novedad.

Rengel-Romberg (2001b) cita a Cappelletti quien afirma:

No se ve por qué razón no se deberá admitir que el juez base su convicción también sobre pruebas no expresamente previstas por la ley, especialmente en un mundo en el cual, también los instrumentos de investigación científica de los hechos se van multiplicando y perfeccionando. Me parece que sería verdaderamente inoportuno encerrar en la rígida armadura de una ley, que desde el punto de vista de los instrumentos científicos resultará siempre rápidamente envejecida, la disciplina de las pruebas. El sistema de la prueba legal no está enteramente superado sino en el momento en que se rompe aquel anillo de cierre que está representado precisamente por el *numerus clausus* de las pruebas (pp. 331-332).

Y realmente tanto las partes como el juez necesitan libertad para acceder a las pruebas que sean pertinentes, pues de lo contrario los hechos no podrán aproximarse a la realidad e incorporarse al proceso. No obstante, tal libertad concierne al medio y al objeto, y no al sujeto de la prueba, por lo que se requiere imponer límites en cuanto a la moralidad (lealtad y probidad), utilidad y pertinencia de la prueba.

La LOPT recoge el principio de libertad probatoria en su artículo 70, al señalar que si bien son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina dicha Ley, el CPC, el CC y otras leyes de la República, las partes pueden también valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley (como las posiciones juradas y el juramento decisorio que fueron excluidas) y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones.

El COPP recogió este principio en su artículo 215 (que corresponde al artículo

198 del COPP de 2009) de la siguiente forma:

Libertad de prueba. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas...

En el literal k del artículo 450 de la LOPNA también encontrábamos la mención de este principio con la denominación “Amplitud de los medios probatorios”, el cual devino como consecuencia de otros principios, sobre todo el de “ampliación de los poderes del juez en la conducción del proceso” y el de “búsqueda de la verdad real”, que consagraban los literales a y j de la indicada disposición legal. Se buscó con dicha regla una mayor libertad en la utilización de los medios probatorios, que permitieran tanto a las partes como al juez, dentro del ámbito de su actuación procesal, contar no sólo con los medios de prueba establecidos en la ley, sino con aquellos no regulados por la misma que sirvieran al juez a establecer los hechos dentro del proceso y a formarse su libre convicción razonada.

Los medios de prueba deben ser apreciados por el juez según las reglas de la libre convicción razonada.

En materia de protección de niñez y adolescencia los medios de prueba deben ser apreciados por el juez según las reglas de la libre convicción razonada, por disposición expresa del literal k del artículo 450 de la LOPNNA.

En el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales previsto en la LOPNA también el legislador consagró que el juez debía apreciar la prueba de acuerdo a los criterios de la libre convicción razonada y sin sujeción a las normas de derecho común, pero, en todo caso, al analizarla debía expresar los principios de equidad y derecho en los cuales fundamentaba su apreciación (artículo 483). Además,

la prenombrada norma establecía que el juez debía hacer un análisis de la prueba en relación a los hechos tenidos como demostrados y no demostrados (el cual también lo recoge el artículo 509 del CPC), así como del derecho aplicable y de las excepciones planteadas por las partes, debiendo hacer pronunciamiento expreso sobre las pretensiones planteadas en la parte resolutive.

El CPC establece un sistema mixto de apreciación de los medios de prueba, pues “a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica” (artículo 507), lo cual debe entenderse en el sentido que, en general, el juez ha de apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica y excepcionalmente, cuando exista, por medio de la tarifa legal. A propósito, este instrumento legal establece varias reglas expresas para la valoración de pruebas (también conocida como sistema de la tarifa o prueba legal), tales como: (a) la referida a la apreciación de la prueba de testigos (artículo 508); (b) la atinente a la apreciación de todas las pruebas que se hayan producido (artículo 509); y (c) la relativa a la apreciación de los indicios que resulten de autos (artículo 510).

Mientras en el sistema de la tarifa legal el valor de la prueba está regulado en la ley, obligando al juez a darle a la prueba el valor que le ordena el legislador, así su convicción personal sea distinta, en la Sana Crítica –que fue un sistema originado en el derecho español del siglo 19, aunque desarrollado y propugnado en América por el profesor uruguayo Eduardo Couture– el valor de las pruebas se remite a criterios de lógica y de experiencia, para que la prueba fije en el juez una convicción lo más cercana posible a la verdad.

Marín (2006) señala que para Eduardo Couture la Sana Crítica constituye una categoría intermedia entre el sistema de la tarifa legal y el sistema de la libre convicción.

Rengel-Romberg (2001b) analiza y cita la doctrina de Couture, para quien la diferencia entre el sistema de la libre convicción y el de la sana crítica consiste, en

esencia, en lo siguiente:

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar —dice Couture— no sería sana crítica, sino libre convicción; la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia... Para Couture pues, en resumen, la sana crítica es lógica y es experiencia. Es lógica, porque las reglas de la sana crítica consisten, en su sentido formal, en una operación lógica... Es experiencia, porque las máximas de experiencia — dice Couture— contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba, pues el juez, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica —concluye Couture— es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida (pp. 416-417, *negrillas agregadas*).

Advierte Rengel-Romberg en la misma obra que “en la doctrina de los autores hay discrepancias en el modo de entender el sistema de la libre convicción” (p. 413). Al respecto acota:

Así, v.gr., Couture lo entiende como “aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes”; esto es, como el sistema “reservado para ciertos casos en los cuales la ley permite al juez, como ocurre en el juicio criminal, juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado, sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba”.

En cambio, la doctrina europea es bastante concorde en considerar que la libre convicción, o apreciación discrecional, no significa en absoluto,

facultad para el juez de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario, sino mediante el uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiado por las reglas de la experiencia de la vida.

La idea de la libre convicción sostenida por Couture, reservada para aquellos procesos en los cuales el juez puede adquirir el convencimiento de la verdad ‘con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos’, entre los cuales incluye Couture los delitos de proxenetismo, casos de arrendamientos y otros sobre ciertas materias políticas, ha sido combatida por autores latinoamericanos, por considerar que el juez no puede en manera alguna prescindir de la prueba de autos (Sentís Melendo), y más en general, que la libre convicción o convicción íntima, no puede distinguirse de la sana crítica, porque la libertad del juez no lo exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología, de la técnica, con un criterio objetivo y social (Devis Echandía) [pp. 413-414].

Algunos autores venezolanos, como Hernández (2006), consideran al igual que Couture, que la sana crítica es un sistema de apreciación de la prueba que se contrapone tanto al sistema de la tarifa legal como al de la libre convicción o de conciencia.

No obstante, algunos procesalistas modernos, como Parra (2002), consideran que el sistema de las reglas de la sana crítica no es un tercer género, sino el mismo sistema de la libre convicción pero que debe ser entendido como una libertad reglada o controlada, en todo fundada en las pruebas del expediente, no en la arbitrariedad. Arguye que la prueba se controla con los excedentes extralegales, es decir, con las reglas de la experiencia, con las reglas de la lógica, etc.

Según el autor *supra* citado, las reglas de la sana crítica son: (a) pautas que elaboramos para juzgar utilizando como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión (“pequeña historia del proceso”), las máximas de la experiencia y si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial); (b) sana (objetiva, sincera); y (c) crítica: Juzgar de conformidad con las reglas de la lógica,

para lo cual se debe narrar y hacer discurso para convencer (es decir, informar o dar cuenta). Para este jurista, la lógica que aplicamos a los hechos, a las reglas de la experiencia y a la prueba pericial, apunta con nitidez a pensar que se trata propiamente de las reglas de la razón o de la racionalidad común.

Por ello sostiene ese autor que es la razón común (sus reglas) la que nos posibilita afirmar la regla de la experiencia, y a establecer esa conexión entre los hechos. Plantea que se puede compartir o no el juicio, pero éste se puede captar por la razón (común), y que en una apretada síntesis y mirada desde el lado de la razón, podríamos decir que para juzgar, la razón tiene que escrutar los hechos del proceso, utilizar las reglas de la experiencia, las reglas de la pericia correspondiente cuando sea necesario y dar cuenta de lo que se decide.

Con un ejemplo Parra explica su concepción de las “reglas de la sana crítica”. En el hurto de una joyería, se construyó una pequeña historia: La llamada “campanera” debía distraer a una vendedora que se encontraba frente y a unos seis metros de la joyería. Por estar tan cerca, la llamada “campanera” podía incidir en la ejecución o no del hurto, evitando que sus compañeros fueran sorprendidos en “flagrancia” (regla de la experiencia).

Esto que se está diciendo se demostró en el proceso (la proximidad a los ejecutores: objetiva y sincera, sana), por tanto se dijo: “(...) cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y (...) cuando se destaca que quien realizó la labor de ‘campanero’ controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia y se termina por condenar la autora” ... Esto es lo que él llama crítica: la narración y el discurso para convencer (o informar), es decir, para dar cuenta. Además, la ordenación de los hechos, el empleo adecuado de las reglas de la experiencia y de la pericia –dice Parra Quijano- es igualmente una labor de la razón.

En el criterio de Devis Echandía, según lo referido por Rengel-Romberg (2001b) la libre convicción o convicción íntima no puede distinguirse de la sana crítica, porque en las reglas de la sana crítica el juez se somete a las reglas de la lógica y de

la experiencia en su decisión. Marín (2006) refiere que Devis Echandía no admite la existencia de sistemas mixtos, ya que para el mismo el juez tiene libertad de apreciación o no la tiene, porque no existe libertad a medias. Para Rengel-Romberg (2001b) la libre convicción razonada sólo pareciera estar apoyada en las reglas lógicas que gobiernan el buen juicio y en las máximas de experiencia que indican lo que generalmente ocurre en la vida ordinaria.

Rivera (2003) señala que en el sistema de la libre convicción se otorga al juez plena libertad en la estimación de las pruebas, debido a que “la ley no le demanda cuentas al juez de los medios probatorios que le hayan llevado a la convicción de su conciencia sobre la existencia de un hecho y sus relaciones” (p. 698), por lo que no se exige al juez la motivación racional y razonada de su fallo.

En cuanto al sistema de la sana crítica, Rivera (*Op. Cit.*) expone que según Fábrega este sistema implica: (1) que las pruebas deben haberse practicado con arreglo a las disposiciones legales; (2) que la apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y dejarse constancia de ello en el fallo; (3) que cada medio de prueba debe someterse a un examen integral, entrelazado con los distintos medios que obran en el expediente, para lo cual se requiere, obviamente, hacer el análisis del valor probatorio de cada medio en sus particularidades; y (4) que la apreciación del juez está sujeta a control del superior.

En cuanto a las máximas de experiencias, Guerrero (2008) cita a Stein, quien las conceptuó así:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (p. 70).

Por la definición anterior Guerrero deduce que las reglas de la experiencia constituyen una suposición (imaginación) de un hecho o cosa posible o imposible para obtener una consecuencia, que se desliga de los hechos que se juzgan en la

causa, que se obtiene de la experiencia adquirida de la vida de la naturaleza y del hombre mismo, que se deducen de la observación de los hechos que se pretenden probar, por lo que no son pruebas sino inferencias del juzgador, pero no de su libre arbitrio, debido a que debe corresponder a lo que se deriva lógicamente de la experiencia común, pues el juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en esa experiencia.

En definitiva, las máximas de experiencia constituyen para este autor juicios o criterios de carácter abstracto y general, que pueden ser aplicados y que no tienen naturaleza jurídica, sino técnica, ética, científica, artística y otras, no obstante que tienen especial relevancia para la aplicación de normas de derecho o jurídicas. Salcedo (2009) también nos habla de las máximas de experiencia:

Las máximas de experiencia, que son conocimientos que el juez tiene del mundo y de las cosas (...) le servirán de guía, camino, orientación, para su persuasión, convencimiento judicial. La experiencia de vida lo orienta al sentenciar...

Ese conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas también le puede venir de la vida misma, de vivir... De allí que los proverbios y refranero popular son reglas de vida, son máximas de experiencia...

Un juez que, por ejemplo, esté sentenciando, y tenga delante a un acusado por un delito cuya víctima sea una dama, y que de autos se concluya que ese acusado es un patán, que maltrata a las mujeres, tiene ese juez, por regla de vida, máxima de experiencia, un hecho indicador, que si la víctima es una mujer, hay probabilidades de que pueda ser verdadera la acusación...

Otro ejemplo (...): Sabemos (...) que las bebidas alcohólicas (...) al excedernos en beberlas nos puede causar una intoxicación etílica... Si el acusado sabía que al excederse en la bebida alcohólica, por experiencia propia, o porque testigos se lo han manifestado, se ponía agresivo, violento, y dentro de esa violencia cometió un delito, el juez afina su

percepción judicial sobre el caso, por una máxima de experiencia técnica: que en esa persona en particular las bebidas alcohólicas en exceso lo hacían agresivo.

Pensamos que estas máximas de experiencia, esta experiencia común, le viene al juez por su experiencia de vida como ciudadano, jurista y juez (pp. 62-67).

El CPC recoge la importancia de las máximas de experiencia en el artículo 12 al establecer que los jueces pueden fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

En cuanto al proceso penal venezolano, la Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal del 2001 estableció en su artículo 22 el sistema de la sana crítica, al expresar que las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia. El primer COPP, a diferencia de la reforma indicada, establecía el sistema de libre convicción en el artículo 22, en los siguientes términos: “Las pruebas se apreciarán por el tribunal según su libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia”.

En materia laboral, la LOPT también preceptúa que los jueces del trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica y en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador (artículo 10). Al consagrar la LOPNNA que en materia de niñez y adolescencia los medios de prueba deben ser apreciados por el juez según las reglas de la libre convicción razonada, significa que las pruebas deben valorarse observando las reglas de la lógica, de los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Cuando nos referimos al conocimiento científico, estamos hablando de todos los campos del saber humano, incluidos la técnica (que está orientada a crear objetos artificiales con la finalidad práctica de satisfacer las necesidades humanas modificando la naturaleza) y la tecnología (que es la aplicación práctica de los conocimientos científicos).

Perdomo, R. (2009) define la lógica como “la ciencia que estudia el concepto, el juicio y el razonamiento desde el punto de vista formal” (p. 45) y señala que en todas las ciencias existen principios que actúan de guías, porque “nos permiten orientarnos inequívocamente en razón a la cantidad de información que manejamos gracias a ellos” (p. 63), conllevando a que millones de casos se reduzcan a una regla, y que muchas reglas se reduzcan a una ley, dando las bases para adquirir la maestría en cualquier arte, profesión y oficio.

Comenta el referido autor que el Derecho Romano posee diversos principios fundamentales lógico - jurídicos que aún están vigentes en los ordenamientos que tienen por base el Código Napoleónico, los cuales constituyen grandes síntesis jurídicas o conceptos normativos que nos iluminan hoy en día en la solución de problemas jurídicos, y son a la vez pilares esenciales del Derecho. Entre ellos están los que emanan del Código de Justiniano, del Digesto y de los Aforismos Jurídicos.

Del Código de Justiniano (que es una recopilación de constituciones imperiales promulgada por el emperador Justiniano) tenemos por ejemplo que “los que han de acusar han de tener pruebas”, “si el actor no prueba, el reo es absuelto” y “el documento privado no hace fe contra terceros”.

Del Digesto (que es una recopilación de la jurisprudencia romana que servía en forma de "citas" a los juristas de la época) encontramos, verbigracia, “nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio”, “nadie puede transferir a otro más derechos de los que tiene” y “ni por pacto ni por estipulación se pueden suprimir los hechos”.

De los Aforismos Jurídicos (que son frases obtenidas de la evolución paulatina de la experiencia procesal, del tiempo y de la costumbre en los foros de todo el mundo en los que se practica y vive el derecho) han salido frases como “al confeso se le tiene por juzgado”, “el dolo no se presume, debe probarse” y “quien calla otorga”.

Respecto a las leyes de la lógica, para Salcedo (2009) son “las leyes más universales [que] sirven de fundamento a las distintas operaciones lógicas, a los razonamientos y demostraciones” (p. 59), siendo extraordinariamente amplio su

campo de aplicación pero no ilimitado, pues según él hay cuatro leyes fundamentales de la lógica: identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, los cuales explica en la siguiente forma:

La **ley de identidad** se enuncia como: (...) Una cosa es idéntica a sí misma. Todo es igual a sí mismo. ...

Ley de la contradicción: dos juicios, en uno de los cuales se afirma algo acerca del objeto del pensamiento (A es B) mientras que en el otro se niega lo mismo acerca del mismo objeto del pensamiento (“A” no es “B”), no pueden ser a la vez verdaderos...

Ley del tercero excluido: De dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero...

El principio del tercero excluido (...) dice que la “formulación tradicional del principio es: algo es A o es no-A; no hay un tercero”. Cita a... Fatone al decir: “cuando dos juicios se contradicen no pueden ser los dos falsos; basta, pues, que reconozcamos la falsedad de uno para que podamos afirmar la verdad del otro...”.

Ley de la razón suficiente: “Para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera”. Es necesario demostrar y fundamentar. “El cumplimiento de la ley de la razón suficiente confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado” (pp. 60-62).

Llevar a cabo las distintas operaciones lógicas, razonamientos y demostraciones no es fácil para el sentenciador, pues ello requiere que se efectúe un proceso inductivo-deductivo en la mente del juez, es decir, que partiendo de los propios alegatos y pruebas aportados por las partes, pueda formar su propia convicción por medio de la lógica, las máximas de experiencia y el auxilio de los conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos que le sea posible aplicar.

Por lo antes expuesto no participamos de aquel modo de razonar que no se apoye necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, o aquel en que la ley permita al juez juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, o sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, o que el juez pueda utilizar su saber privado, sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba, o que el juez puede adquirir el convencimiento de la verdad fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.

Para nosotros que el juez deba apreciar los medios de prueba según las reglas de la libre convicción razonada (o sana crítica) significa que el juzgador deba valorar la prueba dando cuenta, en la parte motiva de su decisión, de los resultados obtenidos y criterios adoptados, por lo que utilizando la argumentación *a contrario sensu* no puede entenderse por libre convicción razonada que el juez no tenga límites para dar cuenta de esos resultados y criterios. Así se evita que dicho principio se use de manera arbitraria.

Por el contrario, en este sistema de valoración de pruebas los jueces deben explicar, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, cómo han valorado la prueba, analizándolas una por una, en lo fundamental, y a todas en conjunto, para establecer en qué se refuerzan y en qué se contradicen, y de ser éste el caso, expresar cómo resuelven esas contradicciones.

Especial importancia reviste en nuestros días que la decisión adoptada por el juzgador en materia de protección de niños, niñas y adolescentes exprese con claridad los motivos que le llevaron a esa decisión y el criterio utilizado para valorar de una forma determinada las pruebas que le fueron presentadas, por razones de seguridad jurídica, certeza y política judicial que permitan el control del fallo en las instancias superiores.

Lealtad y probidad procesal.

Este principio aparece en el literal l del artículo 450 de la LOPNNA. Se refiere al comportamiento o conducta esperada de las partes y sus abogados asistentes o apoderados dentro del proceso, la cual, basándose en la ética y la moral procesal y profesional, debe llevar a que los mismos actúen de manera leal y proba dentro del proceso, sin malicia, falsedad ni temeridad.

Asimismo, el indicado artículo se refiere también al deber u obligación de los jueces de protección de niños, niñas y adolescentes de tomar todas las medidas que sean necesarias para prevenir o sancionar las faltas a la lealtad y a la probidad que ocurran dentro del proceso, tales como el empleo en diligencias y escritos de expresiones o conceptos injuriosos o indecentes, el abuso del proceso, el fraude, el dolo, la estafa, la colusión y cualquier acto contrario a la buena fe procesal y a la majestad y finalidad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes. Dichas medidas pueden ser tomadas por el órgano jurisdiccional bien a instancia de parte o de oficio.

En cuanto al abuso de los procesos judiciales, se pueden llevar a cabo de distintas formas, como dilatando la causa con incidentes que son consecuencia de una pretensión o defensa infundada o de una temeraria impugnación o de un falso alegato o de un inexistente interés legítimo o de multiplicar sin razón la prueba o de negarse a aportar la que el juez hubiera ordenado.

El literal m del artículo 450 de la LOPNA recogió este mismo principio bajo el nombre de “Moralidad y Probidad Procesal”, por lo que la LOPNNA sólo modificó el término de “moralidad” por “lealtad”, el cual según la doctrina es más indicado. Nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia han determinado el contenido y alcance de este principio. Respecto al ordenamiento jurídico, resalta la atención que le ha brindado el CPC en los artículos 17, 170 y 171, además del Código de Ética Profesional del Abogado venezolano y la Ley de Abogados. El artículo 17 del CPC

establece la obligación del juez de tomar todas las medidas contra la falta de lealtad y probidad en el proceso.

Por su parte el artículo 170 *ejusdem* dispone la forma cómo deben actuar las partes y sus abogados dentro del proceso. El artículo 171 *ibidem* pauta el deber de las partes y sus abogados de abstenerse de emplear expresiones o conceptos injuriosos o indecentes.

El Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, publicado en la Gaceta Oficial 33.357 de fecha 25 de noviembre de 1985, estableció en el numeral 1 del artículo 4 como Deber Esencial del Abogado “Actuar con *probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad*” y en el numeral 5 del referido artículo “Fortalecer la fraternidad de sus colegas, mediante el *respeto mutuo* con trato cordial y racional tolerancia”.

En el artículo 20 del mencionado Código de Ética se establece que la conducta del abogado deberá caracterizarse siempre por la honradez y la franqueza, y que no deberá aconsejar ni ejecutar actos que puedan calificarse de dolorosos, hacer aseveraciones o negaciones falsas, citas inexactas, incompletas o maliciosas, ni realizar acto alguno que pueda entorpecer una eficaz y rápida administración de la justicia.

De igual forma el artículo 21 *ejusdem* pauta que el abogado que en el ejercicio de su ministerio, directa o indirectamente, intente o ejecute actos en concusión, soborno o cualesquiera otros de corrupción, incurre en grave falta contra el honor y la ética, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.

La Ley de Abogados, aprobada por el Congreso de la República de Venezuela el 16 de diciembre de 1966 y publicada en la Gaceta Oficial N° 1.081 del 23 de enero de 1967 dispone en el artículo 15 que el abogado tiene el deber de proceder con lealtad y colaborar con el Juez en el triunfo de la Justicia.

Además del aludido ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha hecho diversos aportes al desarrollo del principio *in comento*. Tal es el caso de la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 06-05-1993,

que al referirse a la conducta de la parte demandada (quien opuso en dos oportunidades la falta de jurisdicción del juez en la misma causa y en iguales términos), declaró que ello constituía una violación de los deberes morales que las partes deben guardarse durante el curso del proceso y que integran los principios de lealtad y probidad que deben regir el mismo, razón por el cual la hizo responsable de los daños y perjuicios que su conducta hubiera causado en el proceso.

El principio de lealtad y probidad procesal amplía la función controladora del juez en lo que atañe a la continua y perspicaz vigilancia que debe ejercer para impedir cualquier desviación del proceso de sus propios fines y garantizar un adecuado comportamiento de las partes y de los demás sujetos que puedan intervenir en la causa, por lo que además acarrea para el juez un mayor nivel de responsabilidad en el ejercicio de su cargo.

La inobservancia de este principio puede originar no sólo sanciones disciplinarias, sino incluso responsabilidades civiles (como el pago de daños y perjuicios a que hubiere lugar), responsabilidades administrativas y hasta responsabilidades penales según el proceder de las partes o sus abogados, es decir, de acuerdo con la gravedad de la falta o delito que se haya cometido.

Creemos que la LOPNNA, con el artículo 482 que se refiere a los indicios por conducta procesal, creó un arma muy eficaz para que el juez de protección de niños, niñas y adolescentes combatiera la mala fe procesal: el poder de extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, especialmente cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas de obstrucción.

Notificación única.

Por cuanto este tema reviste especial interés para el investigador, lo trataremos ampliamente en el Capítulo IV del presente trabajo.

Defensa técnica gratuita.

Además de ser un principio, constituye un derecho y una garantía del debido proceso. El artículo 49 de la CRBV lo establece así: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso...”.

La legislación especial en materia de protección de niños, niñas y adolescentes lo consagra como un derecho. En efecto, la LOPNA dispuso en su artículo 87 que todos los niños y adolescentes tenían derecho de acudir ante un tribunal competente para la defensa de sus derechos e intereses, y que para el ejercicio de este derecho el Estado garantizaría asistencia y representación jurídica gratuita a los niños y adolescentes que carecieran de medios económicos suficientes.

La LOPNNA consagró el mencionado derecho en los mismos términos. No obstante, para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con asistencia y representación jurídica gratuita, se dispuso en el artículo 169-B que “el Servicio Autónomo de la Defensa Pública deberá contar con defensores y defensoras especiales para la protección de niños, niñas y adolescentes en cada localidad donde se constituya un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”.

Para la mejor defensa de sus derechos e intereses, las partes pueden solicitar los servicios de la Defensa Pública del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, o el juez o jueza de protección puede designarles un defensor (a) público (a) cuando lo considere conveniente.

Cabe destacar que la Defensa Pública tiene asignada en la ley especial, entre otras, las siguientes atribuciones: (a) brindar asesoría jurídica gratuita a niños, niñas y adolescentes y demás interesados e interesadas; (b) brindar asistencia y representación técnica gratuita a niños, niñas y adolescentes y demás interesados e interesadas, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, para la defensa de sus derechos, garantías e intereses individuales, colectivos o difusos; y (c) realizar

gratuitamente los demás servicios propios de la abogacía en interés de niños, niñas y adolescentes.

No obstante lo planteado, aunque la asistencia jurídica gratuita debe ser garantizada fundamentalmente por los defensores públicos del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, quienes ejercen su ministerio en nombre ajeno y en interés ajeno, la representación plena de los derechos y garantías de estos sujetos beneficiarios forma parte de ciertas atribuciones acordadas a los Fiscales del Ministerio Público que actúan en el indicado Sistema, quienes a diferencia de los defensores públicos si pueden ejercer en nombre propio ese interés ajeno, por estar legitimados para ello.

Tal ocurre, por ejemplo, con la legitimación de los representantes del Ministerio Público para solicitar la fijación de la Obligación de manutención, prevista en el artículo 376, tanto de la LOPNA como de la LOPNNA; para interponer la acción de privación de patria potestad (artículo 353); para interponer ante el órgano jurisdiccional competente los asuntos contenciosos del trabajo de niños, niñas y adolescentes (numeral 11 del artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); para solicitar la colocación familiar o la revocatoria de la misma (numeral 17 del artículo 43 *ejusdem*).

Asimismo, los Fiscales del Ministerio Público están legitimados para intentar la acción de nulidad de la adopción (numeral 19 del artículo 43 *ibídem*), para solicitar la apertura de los procedimientos de tutela y curatela para aquellos niños, niñas y adolescentes que carezcan de representante legal (numeral 24 del artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); y para intentar la acción judicial de protección contra aquellos hechos, actos u omisiones de personas naturales o jurídicas que violen o amenacen derechos colectivos y difusos de niños, niñas y adolescentes (artículo 278 de la LOPNNA).

En la LOPNNA fue incluida también la Defensoría del Pueblo, organismo que está legitimado para ejercer en nombre propio y en beneficio de niños, niñas y adolescentes, la acción judicial de protección, la acción de amparo, de habeas corpus,

de habeas data, así como para la interposición de recursos judiciales contra actos de efectos particulares.

Además de los principios antes nombrados, existen otros, como los de celeridad procesal, igualdad de las partes y preclusión, que fueron contemplados en el artículo 450 de la LOPNA, pero suprimidos en forma expresa en el mismo artículo de la reforma parcial que se refiere a los principios rectores que rigen la normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Nuevos principios, como los de redefinición de las funciones judiciales y modernización de la organización de los tribunales, que también sustentan el procedimiento contencioso vigente, figuran de manera expresa en la Exposición de Motivos de la LOPNNA, más no en la aludida disposición. Tal vez ello se deba a que al formularlos, el legislador emplea los términos “entre otros”, sugiriendo que no se trata de una lista taxativa sino enunciativa.

Se observa del desarrollo del presente Capítulo que las actuales normas procesales en esta materia se han conformado de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna, ampliando incluso los principios ordenados por dicha Constitución, lo cual nos allana el camino para el análisis que en los próximos dos capítulos haremos del procedimiento ordinario establecido en la LOPNNA, comenzando de seguidas por la Audiencia Preliminar, y estudiando las dos fases que la comprenden.

Capítulo IV

Análisis del procedimiento modelo para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

El nuevo procedimiento ordinario

La LOPNNA cambió la denominación “procedimiento contencioso” que establecía la LOPNA para referirse a aquél que regía los asuntos de familia y patrimoniales por “procedimiento ordinario”, lo cual guarda relación con la idea del legislador de no dar preeminencia al conflicto sino más bien a los medios alternativos de solución de conflictos, que por cierto es uno de los principios de la reforma procesal.

Sostiene Carrillo P. (2008) que “el procedimiento de la antigua ley daba preeminencia a la contención sobre la conciliación. Si bien había posibilidad de conciliar en sede judicial, la regulación era escueta y estructurada de forma defectuosa” (p. 263).

Compartimos con Carrillo que ello no quería decir que las partes no pudieran llegar a acuerdos, sino que la normativa realmente no facilitaba su consecución. Esto quedó evidenciado en el altísimo porcentaje de actos conciliatorios ordenados por los tribunales en los cuales no se plasmó la comparecencia las partes, debido a que no existían normas que establecieran la obligatoriedad de asistir a los mismos.

Se pensaba que eran las Defensorías del Niño y del Adolescente (artículo 202 de la LOPNA, literal f) y las Fiscalías del Ministerio Público para la Protección del Niño y del Adolescente (artículo 170 ejusdem, literal f) las que debían promover la conciliación, conllevando a que fuesen estos órganos los que generaban gran número de acuerdos conciliatorios totales y parciales, mientras tanto eran pocos los logrados en el Tribunal correspondiente. Además, las propias partes llegaban a acuerdos de

hecho dentro del ámbito familiar, sin regulación legal. Hay que reconocerle a la LOPNNA el haber estructurado un proceso por audiencias que pone énfasis en la mediación, como medio para llegar a la autocomposición procesal.

Además de haber creado para el trámite de asuntos contenciosos que involucran a niños, niñas y adolescentes una fase de mediación dentro de la audiencia preliminar, también dispuso la LOPNNA una fase de sustanciación para el caso que no se pudiese arreglar “amistosamente” la controversia o que los asuntos a tramitar no tuviesen contemplada la mediación, que persigue completar la introducción de la causa con la contestación de la demanda y las pruebas de las partes, así como establecer adecuadamente la relación jurídico procesal, a través del empleo de la figura del despacho saneador, para que en caso de que el conflicto deba ser dirimido en la audiencia de juicio, el juez respectivo pueda decidir el fondo del asunto.

El nuevo procedimiento previsto en la LOPNNA introdujo algunas modificaciones en los recursos de revocatoria, apelación y casación, y agregó dos nuevos recursos: el control de legalidad y la interpretación.

La demanda

Con su interposición, en forma escrita u oral, se inicia el proceso. En la reforma efectuada se incluyó la novedad de poderla formular con o sin asistencia de abogado. Aunque ello se inspiró en la buena intención de eliminar “un obstáculo importante que impide el acceso a la justicia en perjuicio de niños, niñas y adolescentes”, consideramos que dicha asistencia jurídica debe ser garantizada por el Estado en todas las fases del procedimiento, previas y posteriores a su inicio, por ser un derecho de rango constitucional, pues conforme al numeral 1 del artículo 49 de la Carta Magna la asistencia jurídica es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Ello se justifica, además, ante la existencia de requisitos mínimos a cubrir en la demanda y la obligación de la parte actora de promover con el libelo los

instrumentos, públicos o privados fundamentales, esto es, aquellos de los cuales se derive de manera inmediata el derecho deducido.

Según la LOPNNA (artículo 456) debe contener: (a) nombre, apellido y domicilio de la parte demandante y de la demandada; (b) sí se demanda a una persona jurídica, los datos concernientes a su denominación, domicilio y los relativos al nombre y apellidos de cualquiera de sus representantes legales, estatuarios o judiciales; (c) el objeto de la demanda, es decir, o que se pide o reclama; (d) una narrativa resumida de los hechos en que se apoye la demanda; y (e) la dirección de la parte demandante y de la demandada y, de ser posible, su número telefónico y la dirección de correo electrónico.

Admisión de la demanda

Tomando en cuenta los principios de simplificación y celeridad procesal la LOPNNA consideró que lo más prudente es que el juez de protección admita cuanto antes la demanda incoada y emplace a la parte demandada, aunque el libelo tenga defectos, siempre y cuando la pretensión en ella contenida no sea contraria al orden público, a la moral o a alguna disposición expresa de la ley.

Por su parte, la LOPNA había dispuesto en caso que la demanda presentada careciera de algunos de los requisitos establecidos por esa ley, que en el mismo auto de admisión el tribunal prevendría la corrección de oficio (artículo 459). La gran cantidad de expedientes cuyos trámites permanecieron paralizados durante mucho tiempo después de haber llevado a cabo tal prevención, nos ha demostrado que lo más recomendable es que antes de admitir la demanda, el juez de protección de niños, niñas y adolescentes le ordene al solicitante corregir el libelo, apercibiéndolo de perención en un breve tiempo al efecto, y de no corregirlo en su oportunidad, proceda de inmediato a declarar perimida la instancia.

Notificación de la demanda

Los proyectistas de la reforma procesal precisan que “se optó por la notificación del demandado y la eliminación de la citación prevista en la LOPNA para hacer más simple y expedito el proceso”, persiguiendo que la parte demandada comparezca ante el tribunal el día y hora fijado para que tenga lugar la audiencia preliminar. También señalan que “se reguló la notificación de tal manera que brindara seguridad jurídica a las partes, sin menoscabar el principio de celeridad”. Al respecto, en el siguiente punto haremos algunos comentarios.

A continuación presentamos varias definiciones que se han hecho de la notificación contemplada en la LOPNNA, comenzando por la explanada por uno de los autores de la reforma procesal de la LOPNA, el Dr. Perdomo.

Definición de notificación.

Perdomo (2007a) la define así:

La notificación es el acto jurídico mediante el cual se comunica de una manera auténtica al demandado o demandados, el contenido del auto de admisión de la demanda y de ésta, que va anexa a la boleta que el alguacil entrega. Mediante este acto se le hace saber al demandado que cursa en su contra una pretensión que debe atender en un plazo no menor de cinco (5) días ni mayor de diez (10) días, término fijado en el artículo 457 de la Reforma. El objeto de la notificación es garantizarle el debido proceso a la persona requerida para que pueda ejercer los recursos que estime pertinentes y se le oigan todos los argumentos (art. 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) [p. 21].

Longo (2005) refiere que aún cuando una larga tendencia nacional, continental y universal, habla de citación al momento de referirse al mecanismo para materializar el llamamiento al proceso de la parte demandada y de las personas que deban

intervenir en él, bajo el influjo de la LOPT, se suprimió la figura de la citación. Dubuc y Cornieles (2007), co-redactores de la reforma, señalan las razones de esta nueva forma de llamamiento a juicio:

Otro de los grandes obstáculos que tiene el proceso judicial en Venezuela, surge al momento de dar aviso a la parte demandada de la interposición de una demanda en su contra, pues por todos es conocido que en miles de juicios desde que se admite y se emplaza a la parte demandada hasta que se logra darle aviso para oírla, pueden transcurrir años. Por ello se estimó impostergable cambiar el excesivo rigor y formalismo de la citación por la flexibilidad y el dinamismo de la notificación pero manteniendo el carácter de notificación única, ya tradicional entre nosotros desde el Código de Aranda, porque tal como ha ocurrido con otros procedimientos judiciales como el amparo constitucional, de larga data entre nosotros, y el procedimiento laboral en vigencia desde 2003, la notificación es más rápida y garantiza el derecho a la defensa de la parte demandada, permitiendo que las partes puedan concurrir a la audiencia preliminar en breve lapso, en efectiva aplicación de los principios procesales de celeridad y simplificación (p. 387).

De las anteriores consideraciones podemos conceptualizar la notificación como el acto procesal por medio del cual se comunica a la parte demandada de manera simple y expedita que en su contra se ha incoado una demanda, con el objeto de que comparezca en forma obligatoria a la audiencia preliminar fijada por el tribunal para promover acuerdos entre las partes.

En cuanto a que la notificación “haya sido regulada de tal manera que brindara seguridad jurídica a las partes y sin menoscabar el principio de celeridad”, consideramos que si bien es cierto dicho medio de llamamiento a juicio no menoscaba en forma alguna el principio de celeridad (pues en él se fundamenta) no brinda a nuestro entender suficiente seguridad jurídica a la parte demandada, en

particular, en cuanto se refiere al derecho a la defensa y a la garantía de un debido proceso, como veremos más adelante.

Respecto al planteamiento formulado por Dubuc y Cornieles en el sentido que resultaba impostergable cambiar el excesivo rigor y formalismo de la citación por la flexibilidad y el dinamismo de la notificación, porque a juicio de ambos desde que se admite y se emplaza a la parte demandada hasta que se logra darle aviso para oírlos pueden transcurrir años, consideramos –y más adelante lo demostraremos- que en los juicios relacionados con derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes dicho retraso no se ha debido a la citación en sí misma como forma de llamamiento a juicio, sino a que en la mayoría de los expedientes en los que se ha presentado prolongado retraso, los abogados de la parte actora no han mostrado la diligencia necesaria para impulsar tanto la citación como el resto de las etapas del proceso.

Principios rectores.

En cuanto a los nuevos procedimientos, la reforma procesal estableció una lista enunciativa de los principios que la rigen, siendo los principios procesales más relevantes en materia de notificación la simplificación y la notificación única, los cuales revisaremos brevemente.

Simplificación (breve y sencilla).

Para evitar obstáculos en el proceso judicial en Venezuela al momento de dar aviso a la parte demandada de la interposición de una demanda en su contra, se estimó impostergable cambiar el rigor y formalismo de la citación, sustituyéndola por la flexibilidad y el dinamismo de la notificación. Tal como ha ocurrido con otros procedimientos judiciales como el amparo constitucional y el procedimiento laboral vigente desde 2003, la notificación es más rápida, permitiendo que las partes puedan concurrir a la audiencia preliminar en breve lapso.

Notificación única.

Se mantiene el carácter de notificación única, ya tradicional entre nosotros desde el Código de Aranda. Al igual que la citación, una vez que se ha practicado, las partes quedan a derecho, y no se requerirá una nueva notificación para realizar algún otro acto del proceso, a excepción de aquellos casos que expresamente la ley señale.

Según el Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (2005):

[Este principio] es una garantía para asegurar la celeridad y brevedad del proceso, que constituye una de las características esenciales de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Su objeto es evitar las dilaciones generadas por notificaciones innecesarias, muchas veces empleadas como estrategias procesales desleales dirigidas a demorar el trámite del proceso (p. 15).

Se pretende a través de este principio que tanto el tribunal como las partes pongan mayor diligencia una vez puesto en marcha el proceso.

Características de la notificación.

Son características de la notificación prevista en la LOPNNA las mismas de esta forma de llamamiento a juicio que se practica en el ámbito laboral, siendo los caracteres de la citación extensibles a aquella. Por tal motivo, sus características son las siguientes: (a) es formalidad necesaria para la validez del juicio, pero no es esencial; (b) las reglas de la notificación no son de orden público; y (c) la práctica de la notificación debe constar por escrito.

Tipos de notificación.

Se establecieron todas las clases de notificación posibles, unas principales como la boleta, la electrónica, la voluntaria, la tácita y la presunta, y otras subsidiarias como el cartel, el edicto y el correo, realizando los debidos ajustes. Este elenco de notificaciones tiene por objeto permitir que el demandado sea llamado a juicio rápidamente.

Se estableció una severa sanción en caso de fraude en la notificación, a fin de persuadir a todos aquellos intervinientes en el proceso de incurrir en tal delito. No obstante, hay que recordar que en el artículo 222 del C.P.C. también se prevé sanciones por fraude.

Se mantuvo el deber de las partes de señalar su domicilio procesal a los fines de las notificaciones que excepcionalmente deban realizarse y en caso de incumplimiento, se tendrán por notificadas después de veinticuatro horas de dictadas las decisiones.

Notificación por boleta.

Recoge la LOPNNA este tipo de notificación en los siguientes términos:

Artículo 458. Admitida la demanda, se ordena la notificación de la parte demandada mediante boleta, a la cual se adjuntará copia certificada de la demanda, con indicación de la oportunidad para que comparezca ante el Tribunal a los fines de conocer la oportunidad fijada para el inicio de la fase de mediación de la audiencia preliminar. El alguacil entregará la boleta al demandado, demandada o a quien se encuentre en su morada o habitación y, en caso de ser una persona jurídica, en la oficina receptora de correspondencia si la hubiere, dejando constancia del nombre y apellido de la persona a la que la hubiere entregado, quien deberá firmar su recibo, el cual será agregado al expediente de la causa. Si el notificado

o notificada no pudiere o no quisiere firmar el recibo, el alguacil le indicará que ha quedado igualmente notificado y dará cuenta al Tribunal en el mismo día. El secretario o secretaria debe dejar constancia en autos de haberse cumplido dicha actuación.

Perdomo (2007a) describe este tipo de notificación así:

...La simplicidad de este procedimiento, garantiza que el alguacil entregará la boleta al demandado o demandada, o a quien se encuentre en el lugar (morada o habitación). Si se trata de una persona jurídica, se entregará la boleta en la oficina de correspondencia, previa identificación de la persona que la reciba, quien deberá firmar el recibo. En caso de que se negare a firmar el recibo, el alguacil le comunicará que ha quedado igualmente notificado y dará cuenta en el tribunal el mismo día. El secretario o secretaria debe dejar constancia en los autos de haberse producido esta actuación (art. 458). Para cumplir esta función el Circuito otorga al funcionario los medios de transporte necesarios y no debe acompañarlo la parte interesada en la notificación. Es una gestión gratuita y al realizarse ese acto queda reflejado en el sistema informático. Sin embargo, hay que estar vigilante para evitar la desviación de estos actos hacia formas indeseables de administración de justicia (pp. 22-23).

Tal y como fue dispuesto por el legislador en la citada norma, tratándose de personas naturales, el alguacil puede entregar la boleta a quien se encuentre en la morada o habitación del demandado o demandada en caso que a éste o ésta no se le halle allí.

Si no se establecen regulaciones adicionales que deba cumplir el alguacil del tribunal durante la práctica de las notificaciones, esto en la práctica podría dar lugar a muchos fraudes procesales, debido a que es la parte actora quien indica a dicho funcionario la dirección donde será notificada la parte demandada, y si ésta no es localizada personalmente y el alguacil no verifica exhaustivamente ese lugar, cualquier persona que se encuentre en dicha dirección al momento del traslado del

mismo y que se haya puesto de acuerdo con la parte demandante, podría -en caso de actuar de mala fe- forjar una falsa notificación.

A los efectos de celeridad procesal estamos de acuerdo con que el legislador haya pautado que si el notificado o notificada no pudiere o no quisiere firmar el recibo, el alguacil le indique que ha quedado igualmente notificado y luego dé cuenta al Tribunal, para que el secretario o secretaria deje constancia en autos de haberse cumplido dicha actuación.

Así queda eliminada la carga procesal prevista en el artículo 218 del CPC y que conllevaba a que la secretaria del Tribunal se trasladara al domicilio o residencia del citado, o a su oficina, industria o comercio, para llevarle una boleta de notificación comunicándole la declaración del alguacil relativa a su citación, después que el alguacil había hecho su exposición, a pesar de tener fe pública este funcionario auxiliar del tribunal.

Notificación electrónica.

La LOPNNA pauta este tipo de notificación de la manera que sigue:

Artículo 459. El Tribunal también puede practicar la notificación de la parte demandada por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando estén adscritos al Tribunal o al Poder Judicial. A efectos de la certificación de la notificación, se debe proceder de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su Reglamento en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios procesales de esta Ley. De no ser posible la plena certificación electrónica de estos mensajes de datos, por no existir en el país los medios necesarios para ello, el Tribunal utilizará todos los medios a su disposición para asegurar que los mensajes enviados contengan medios de seguridad suficientes para asimilar, en el mayor grado posible, los mensajes enviados a los requisitos previstos en

dicha Ley. En todo caso, el secretario o secretaria debe dejar constancia en el expediente, que efectivamente se materializó la notificación del demandado o demandada. Se presume cierta la certificación que haga el secretario o secretaria de la efectiva concreción de esta notificación, salvo prueba en contrario por quien alegue no haber sido efectivamente notificado o notificada.

Para practicar este tipo de notificación la prenombrada disposición legal establece varios requisitos: (1) que los medios electrónicos, de los cuales disponga, estén adscritos al Tribunal o al Poder Judicial, (2) que se cumplan los requisitos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su Reglamento en todo lo que sea aplicable, y (3) que de no existir en el país los medios necesarios para la plena certificación electrónica de los mensajes de datos, el Tribunal tenga a su alcance los medios para asegurar que los mensajes enviados contengan medios de seguridad suficientes para asimilar, en el mayor grado posible, los mensajes enviados a los requisitos previstos en dicha Ley.

Estima Longo (2005) que mientras no se tenga en pleno desempeño el sistema de certificaciones de datos, el riesgo estaría presente en la notificación electrónica, agregando:

...sin dejar de mencionar que no necesariamente cada ciudadano debe tener obligatoriamente una cuenta de correo electrónico a su disposición. Obviamente, sorteados los obstáculos de certificación y siempre que el demandado o las partes en general dispongan de un servicio, pudieran generarse un sistema de soporte que ofrezca suficientes garantías y cumpla con los fines que la institución persigue” (p. 577).

Peñaranda (2008) formula críticas, las cuales compartimos, a la notificación electrónica en los siguientes términos:

...la notificación por correo electrónico (...) crea inseguridad jurídica y podría llegar a violar el derecho de defensa de las personas, porque para utilizar el correo electrónico como mecanismo de citación o

- Sólo se notificará por correo electrónico a la parte que lo hubiere solicitado: Esta premisa acepta, por tanto, el envío de documentos del juzgado hacia la parte, más no de la parte hacia el juzgado.

- Los gastos quedan incluidos en la condena de costas: Sin embargo, a nuestro parecer, los gastos en que incurra una parte o el propio juzgado por haber instalado un programa de correo electrónico, o haberlo adquirido, o el pago de la línea telefónica por conectarse a Internet, deben ser asumidos por la parte que solicitó recibir las notificaciones a través del correo electrónico. Asimismo, el Poder Judicial debe, mediante su presupuesto público, equipar a los juzgados con la adecuada tecnología para cumplir con la Ley de Notificación por Correo Electrónico.

- Se dejará constancia en el expediente del ejemplar de la notificación entregado para su envío. Así también, se anexará al expediente el reporte técnico: La acumulación de fojas a que conllevan estos requisitos no permiten considerar la posibilidad de contar posteriormente con un expediente, ya que aún se otorga mayor valor probatorio al documento en soporte papel.

- La notificación por correo electrónico contendrá los mismos datos que la cédula de notificación judicial (notificación tradicional): La notificación electrónica deberá ajustarse a las pautas establecidas en el Código Procesal Civil Peruano (Velarde cp. Peñaranda, 2008, pp. 78-79).

A modo de síntesis tenemos que decir que la implementación eficiente y segura de la notificación electrónica en nuestro país requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que los medios electrónicos disponibles estén adscritos al Tribunal o al Poder Judicial.
2. Que se cumplan los requisitos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su Reglamento en todo lo que sea aplicable.

3. Que existan en el país los medios necesarios para la plena certificación electrónica de los mensajes de datos, y en caso negativo, el Tribunal debe tener a su alcance los medios para asegurar que los mensajes enviados contengan medios de seguridad suficientes para asimilar, en el mayor grado posible, los mensajes enviados a los requisitos previstos en dicha Ley.

4. Que existan sistemas de seguridad que acrediten fiabilidad de la información contenida en la citación o notificación electrónica.

5. Que estén instalados en los tribunales que vayan a emitir la notificación a través de correos electrónicos, un programa por medio del cual dichos órganos jurisdiccionales puedan saber en qué momento el correo fue abierto y por lo tanto leído, y quede constancia en tal sentido en el expediente que determine la validez de la notificación electrónica. (El correo electrónico para ser utilizado debe permitir la confirmación de la recepción).

6. Que tanto el Poder Judicial como los usuarios estén actualizados desde el punto de vista tecnológico. (Los programas de correos utilizados deberán estar en capacidad de emitir un recibo de entrega, apertura y estado del correo).

7. Que sólo se notifique por correo electrónico a la parte que lo hubiere solicitado. (En este sentido sólo se puede admitir que sea el tribunal el que envíe documentos electrónicos hacia la parte).

8. Que el Poder Judicial cuente con el presupuesto necesario para equipar a los tribunales con la adecuada tecnología para cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su Reglamento.

9. Que se deje constancia en el expediente del ejemplar de la notificación entregado para su envío. Así también, se anexe al expediente el reporte técnico, que permitan tener la posibilidad de contar posteriormente con estos recaudos en el expediente, debido a que en la actualidad se otorga mayor valor probatorio al documento en soporte papel.

10. Que la notificación por correo electrónico adjunte el contenido del libelo de la demanda e indique expresamente la oportunidad en la que la parte demandada deberá

comparecer ante el tribunal para el inicio de la fase de mediación de la audiencia preliminar, con expreso señalamiento de las consecuencias jurídicas que produciría su falta de comparecencia.

11. Que haya tecnología que asegure el contenido del mensaje-notificación y evite que terceras personas lo intercepten.

Notificación por fijación de cartel.

Está instituida en el artículo 460 de la LOPNNA que textualmente dice:

Si la notificación por boleta o por medio electrónico no fuere posible y la parte demandada fuere una persona jurídica, la parte demandante puede solicitar, a su elección, la notificación por fijación de cartel o por correo.

La notificación por fijación de cartel se debe realizar mediante un cartel que fijará el alguacil en la puerta de la sede de la persona jurídica y la entrega de una copia del mismo al representante legal o judicial de la persona jurídica, a uno cualquiera de sus directores, directoras o gerentes, o la consignación en su secretaria o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere. El alguacil debe dejar constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito en este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió...

Se lleva a cabo a través de un solo cartel fijado o publicado en un diario de circulación nacional, según el caso. Es subsidiaria de las formas principales de notificación. En este caso se trata de colocar un cartel en la puerta de la sede de la persona jurídica, a uno cualquiera de sus directores, directoras o gerentes o la consignación en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere. En este caso el alguacil está obligado a dejar constancia de haber cumplido con su función, indicando la identidad de la persona que recibió el cartel.

Notificación a través de la oficina de correo.

También está recogida en el artículo 460 de la LOPNNA, así:

La notificación por correo de la parte demandada se puede practicar en su oficina o en el lugar donde ejerza su comercio o industria, o preste su servicio, en la dirección que previamente indique la parte demandante. El alguacil depositará la boleta de notificación en la respectiva oficina de correo. El funcionario o funcionaria de correo dará un recibo con expresión de los documentos incluidos en el sobre, del remitente, del destinatario, la dirección de éste y la fecha de recibo del sobre y lo cerrará en presencia del alguacil. A vuelta de correo, el administrador, administradora, director o directora enviará al Tribunal remitente el aviso de recibo firmado por el receptor o la receptora del sobre, indicándose en todo caso, el nombre, apellido y cédula de identidad de la persona que lo firma. El aviso de recibo debe ser firmado por el o la representante legal o judicial de la persona jurídica, o por uno cualquiera de sus directores, directoras o gerentes, o por el receptor o la receptora de correspondencia. El secretario o secretaria debe dejar constancia en autos de haberse cumplido dicha actuación.

Es también subsidiaria de las dos primeras formas de notificación mencionadas. Se puede practicar en la oficina de la parte demandada, o en el lugar de su comercio o industria, preste su servicio en la dirección que previamente indique la parte demandante. El funcionario que haya recibido la notificación dará un recibo con expresión de los documentos incluidos en el sobre del remitente y del destinatario, la dirección de éste y la fecha de recibo del sobre y lo cerrará en presencia del alguacil (artículo 460). Todo este trámite debe ser debidamente suscrito por el receptor del sobre, y la oficina de correo debe enviar al tribunal remitente dicho aviso.

Notificación por publicación de cartel o edicto.

Está prevista en la LOPNNA en los términos que se expresan a continuación:

Artículo 461. Si la notificación por boleta o por medio electrónico no fuere posible, de requerirse cartel o edicto, bastará, en caso de encontrarse en el país o fuera de él, una sola publicación en un diario de circulación nacional o local. Dicho cartel contendrá: el nombre apellido de las partes; el nombre y apellido de los niños, niñas y adolescentes salvo en los casos en los cuales el procedimiento sea confidencial conforme a la ley; el objeto de la demanda; el término de comparecencia; y, la advertencia de que si no compareciese la parte demandada en el plazo señalado, se le nombrará defensor o defensora, con quien se entenderá dicha notificación. Se debe dejar constancia en autos por el secretario o secretaria del Tribunal de estas formalidades y se agregará al expediente por la parte interesada un ejemplar del diario en que haya aparecido publicado el cartel. Si la parte demandada no se encuentra en la República se le concederá un plazo de treinta días adicionales para la comparecencia de las partes.

Adicionalmente, el juez o jueza debe solicitar inmediatamente a las autoridades competentes información sobre la ubicación de la parte demandada, entre ellas, las competentes en materia de registro electoral, de identificación y bancarias. En caso de recibir información sobre su ubicación ordenará su notificación mediante boleta, en caso contrario, procederá a fijar oportunidad para la fase de mediación de la audiencia preliminar.

En cuanto a su procedencia, Longo (2005) señala que “esta forma de notificación sólo puede tener lugar si ninguna de las formas principales de imponer al demandado sobre la existencia del juicio ha resultado eficaz” (p. 576). Respecto a la cantidad de publicaciones a realizar, resalta dicho autor que se trata de una sola publicación en un

diario de circulación local o nacional, de acuerdo con lo que indique el juez en su demanda, y respecto a la necesidad de crear un único órgano de publicación de carteles o edictos comenta:

En cuanto a la publicación de carteles o edictos, el costo de los mismos y la inmensa cantidad de diarios de circulación nacional o local, hacen que resulte sumamente frecuente el que determinados anuncios no sean recibidos a tiempo por aquellas personas a los que van dirigidos. Sería una tarea imposible de cumplir, si para evitar una sorpresa, se tuviera que adquirir todos los días y durante todos los años, todos los periódicos que circulan en el país o en la localidad, según el caso, para revisar con atención la publicación de carteles o edictos y saber si alguno le compromete. **Quizás sea tiempo de constituir una gaceta judicial de circulación nacional e instituir la como único órgano de publicación de carteles o edictos, que además tenga que ser encartada en los periódicos de circulación nacional o local:** y aún así, bajo los tiempos que corren, no se estaría frente a un sistema seguro (p. 577, resaltado añadido).

Notificación voluntaria.

Según Longo (2005) “es la que hace el mismo demandando, al manifestar su voluntad de considerarse notificado en el juicio, una vez que por cualquier modo tiene conocimiento de la existencia de un juicio en su contra” (p. 576). El artículo 462 de la LOPNNA establece que dicha manifestación de voluntad puede provenir del mismo demandado o de su representante, señalando además que se realizará mediante diligencia suscrita ante el secretario o secretaria del tribunal.

Notificación presunta.

La notificación presunta se materializa, según el artículo 462 de la LOPNNA, siempre que resulte de autos que la parte o su apoderado o apoderada, antes de la notificación, ha realizado alguna diligencia en el proceso o ha estado presente en algún acto del mismo.

Longo (2005) explica que “ocurre cuando el sujeto pasivo de la pretensión realiza actos procesales de cualquier naturaleza que hagan suponer que está en conocimiento del juicio” (p. 576).

Notificación tácita.

Señala el artículo 464 de la LOPNNA:

Domicilio procesal y notificación tácita. En la primera oportunidad en que se hagan presentes en autos, las partes deben señalar el lugar donde se le remitirán aquellas notificaciones que excepcionalmente prevé la ley y, si no lo hicieren, se tendrán por notificadas después de veinticuatro horas de dictadas las decisiones.

Longo (2005) la define de la siguiente manera:

Es aquella que se produce cuando el demandante o el demandado no han señalado su domicilio procesal, evento en el cual, si se requiriese alguna notificación de las partes para determinados efectos del proceso, estos se entenderán notificados pasadas que fueran veinticuatro horas después de dictado el acto que se intenta notificar. No opera, pues, para emplazar al demandado, sino para notificaciones posteriores (p. 577).

A juicio del autor prenombrado, la notificación tácita, que también la recoge el CPC, plantea no pocos debates sobre la pulcritud constitucional de la solución que en ella se contiene y en que determinados casos pudiera afectar incluso a uno de los sujetos protegidos por el sistema integral, a pesar de estar en pleno uso la institución

del “despacho saneador”, filtro que en todo caso tendría que haber funcionado para evitar la omisión de señalamiento del domicilio procesal de las partes.

Efectos y finalidad de la notificación.

Los efectos procesales y sustanciales de la citación son extensibles a la notificación prevista tanto en la LOPT, como en la LOPNNA, en virtud que en ambos instrumentos jurídicos, se regula la notificación como medio para llamar a la parte demandada a comparecer en juicio. De allí que sus efectos sean los siguientes:

Los efectos procesales de la notificación son: (a) pone las partes a derecho; (b) origina en el demandado la carga de comparecer a la audiencia preliminar; (c) determina la prevención (la situación jurídica en que se haya un órgano del Poder Judicial, cuando ha tomado conocimiento de un asunto antes que otros órganos, también competentes, y que por ese hecho dejan de serlo); y (d) perpetúa la competencia.

Son efectos sustanciales de la notificación todos civiles, salvo la interrupción de la prescripción, a saber: (1) obliga al poseedor de buena fe a restituir los frutos que percibiere después que se le haya notificado legalmente de la demanda; (2) interrumpe la prescripción cuando es practicada dentro del lapso previsto para ésta (artículo 1969 CC); y (3) constituye en mora al deudor.

Entonces, modernamente la notificación se entiende con un carácter distinto al clásico, pues ahora no tiene como finalidad informar resoluciones judiciales sino que constituye un medio de emplazamiento de la parte demandada, no ya para contestar la demanda, sino para comparecer a la audiencia preliminar.

El proceso por audiencias.

El proceso por audiencias se encuentra fundamentado por normas constitucionales que garantizan la tutela efectiva y el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso previstos en los artículos 26 y 49 de la CRBV. La estructuración del proceso mediante el sistema por audiencias como elemento central del sistema adjetivo, tiene ciertas características que exige sean cumplidas a efecto de poder mantener equilibrio e igualdad procesal entre las partes. Entre esas características encontramos las previstas en el artículo 257 constitucional (simplificación, uniformidad, oralidad, brevedad y publicidad), así como otras no mencionadas allí como la concentración y la inmediación.

Todo proceso debe buscar, a través de la publicidad, la transparencia de todas las actividades que desarrollan las partes y el juez, hasta la resolución definitiva que se pueda obtener con la sentencia. Ello se logra permitiendo que pueda participar como espectador en los juicios la comunidad o cualquier persona. El proceso por audiencia tiene ventajas, frente a los otros tipos de proceso, pues como lo afirma Buitrago (2007):

La audiencia permite que el juez conozca de cerca todos los acontecimientos que ocurren dentro del proceso, debido a que escucha directamente de los actores, testigos y/o peritos todos los acontecimientos y así de esta manera conoce mejor los hechos y decide apegado a la verdad y a la justicia, fin universal que se busca en todo proceso (p. 340).

Cuenca (1969) criticó fuertemente el sistema distinto al de audiencia, que hasta hace poco tiempo predominó en todos los ámbitos en nuestro país, y que aún tiene vigencia en algunas materias, con las siguientes palabras:

La audiencia.- En nuestro proceso las partes no pueden comunicarse directamente entre sí sino a través del tribunal; no está permitido el diálogo entre ellas porque aun en el acto de informes, cada parte o apoderado hablan por separado, dirigiéndose al juez. Tampoco pueden,

como en otras legislaciones, dirigirse escritos. A su vez la comunicación que las partes tienen con el tribunal, ya lo hemos dicho, no es de viva voz sino por escritos o diligencias. Surge una vez más el repudio que Chiovenda hacía a este sistema: las partes quedan mudas ante el juez, se cruzan correspondencia con él como si en vez de estar presentes, estuvieran ausentes (n. 172). Ya hemos visto que los actos orales son tan escasos que nuestro proceso es abrumadoramente escrito (n. 175). De manera que la audiencia es la única oportunidad que las partes tienen para comunicarse con el tribunal [p. 485].

Las audiencias deben desarrollarse preclusivamente con la presencia del juez, y la participación de las partes, donde harán sus exposiciones en forma oral. Dado que cada una de ellas tiene carácter preclusivo y son de consecuencia tales como conclusivas, definitivas o constructivas, debe el juez ordenar u organizar la audiencia.

Audiencia preliminar.

En cuanto a los antecedentes de esta institución, en la doctrina no se encuentra una ubicación unánime sobre su origen de la audiencia preliminar. Se ha dicho que se encuentran rastros de este instituto en el derecho germánico de la Edad Media. Se atribuye también como origen la *concordantia dubiorum* del Derecho Canónico. El origen que más goza de aceptación en la doctrina iberoamericana es el de la ZPO austriaca, que a su vez proviene del sistema inglés, del Instituto del *Summon of Direction*.

Para algunos procesalistas, como Vécovi, la función de la audiencia preliminar dentro de un proceso es la ordenación de éste con el objeto de que la audiencia final, de mérito o de vista de la causa, se concentre en lo posible a resolver cuestión de fondo, eliminando todas las cuestiones accesorias que impidan o interfieran en tal propósito.

En este sentido, la doctrina clasifica la función y finalidad de la audiencia preliminar en: (a) función conciliadora (exclusión del proceso); (b) función saneadora (saneamiento del proceso y depuración de cuestiones no referidas al mérito); y (c) función ordenadora (fijar o establecer el objeto del proceso y de la prueba).

Para nosotros, la audiencia preliminar tiene tres propósitos: El primero, solucionar el conflicto mediante el empleo de la mediación; el segundo, eliminar todos los obstáculos en el proceso que en la segunda etapa frenan tomar la decisión de fondo; y el tercero -en el caso de no haber logrado un acuerdo que ponga fin al proceso- preparar el juicio y resolver la controversia.

Fase de mediación.

A través de esta fase se persigue que una vez iniciada la causa, un juez o jueza especializada resuelva el conflicto promoviendo una solución alterna.

Concepto de mediación familiar.

Morales (2009) cita a Topor, quien en su obra *La médiation familiale* la define de la siguiente manera:

La mediación familiar la entendemos como un proceso que tiende hacia el arreglo amigable de los conflictos, gracias a la intervención confidencial de una tercera persona neutral y calificada, el mediador, cuya misión es escuchar, rebajar las tensiones, aclarar las pretensiones respectivas y restablecer el diálogo a través de la proposición de soluciones susceptibles de acercar a los interesados (p. 99).

La misma autora (*Op. Cit.*) también señala que San Juan refiere un concepto de mediación familiar elaborado por la Asociación Interdisciplinaria Española de

consecuencias o efectos negativos hacia los hijos; (d) ayudar a que las partes comprendan en qué medida son responsables del conflicto surgido; y (e) contribuir a que las partes identifiquen las áreas de coincidencias y diferencias entre ambas.

Debido a la importancia de la mediación, la LOPNNA contempló el uso de este medio alternativo de solución de conflictos. En esta materia tiene mayor significación, tomando en cuenta que en muchos de los casos el trato subsiste, pese a los conflictos entre las personas que en un momento tenían excelentes relaciones que los unían pero después por diversas razones se separaron.

La mediación ayuda a evitar que esas relaciones familiares, ya afectadas por un conflicto interpersonal, se deterioren más a consecuencia de un juicio, mediante el arreglo total o parcial del problema existente. A través del uso de esta herramienta las partes pueden sopesar el o los problemas planteados, así como verse y escucharse en un espacio en el cual pueden lograr un acuerdo.

Un uso adecuado de este medio podría ayudar a las partes a superar resentimientos, producto de malos recuerdos e historias, y sin que estos queden por escrito, lo cual ocasiona generalmente más rabia, contrariedad, daño en la relación y alejamiento, situaciones éstas que resultan inconvenientes debido a que la existencia de hijos comunes trae como consecuencia la necesidad de tomar decisiones en forma conjunta.

Principios rectores de la mediación familiar.

Para Morales (2009) la mediación tiene varios principios que le sirven de eje sobre el cual gira la misma, siendo algunos de ellos los que siguen:

Voluntariedad: Las partes acuden al proceso de mediación sin coacción alguna, libremente...

Flexibilidad: Permite que la mediación se adapte a las particulares necesidades y características de las partes y al tipo de conflicto que se esté tratando.

Participación activa y personal: (...) Amerita también la mediación que sea la propia parte (y no un apoderado o representante) el partícipe o interlocutor.

Imparcialidad: El juez de mediación no puede propender a una de las partes u otorgar privilegios a alguna de ellas, para evitar desigualdades que puedan afectar la mediación.

Neutralidad: (...) no puede el mediador imponer soluciones o ejercer influencia para que las partes acojan su criterio de cómo solucionar el conflicto.

Confidencialidad: Todo lo tratado durante la mediación debe quedar bajo reserva de las partes y el mediador...

Limitado en el tiempo: La mediación no es indefinida, pues tiene un tiempo o plazo determinado.

Libre decisión de las partes: (...) son las propias partes quienes deben tomar libremente las decisiones que le parezcan más convenientes.

Defensa del interés superior de niños, niñas y adolescentes: (...) es obligatorio tanto para el mediador como para las partes defender su interés superior. Ello supone suprimir los propios deseos e intereses de las partes al momento de tomar la decisión y supeditarlos al interés superior de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Oportunidad y duración de la fase de mediación.

En la reforma procesal se estableció que dentro de los dos días siguientes a la constancia en actas de la notificación de la parte demandada, el Tribunal tiene la obligación de fijar el día y la hora para el inicio de la fase de mediación de la audiencia preliminar, dentro de un plazo que no puede ser menor a los cinco días ni mayor a los diez días.

Consideramos que tales lapsos se encuentran establecidos razonablemente. En nuestra vigente ley, la fase de mediación de la audiencia preliminar no puede exceder de un mes, salvo que exista acuerdo expreso de las partes.

Procedencia e improcedencia.

En materia de protección de niños, niñas y adolescentes, la mediación se aplica a casi todas las pretensiones, siendo obligatoria la comparecencia personal de las partes, asistidas o no por abogados, en los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de manutención y Régimen de Convivencia Familiar.

Esta obligación de las partes tiene por objeto garantizar la eficacia de la ley, lo cual se justifica debido a que se haría más difícil resolver el problema sin que las partes estén presentes, toda vez que sus abogados apoderados tendrían que estar consultándoles de manera constante las fórmulas de solución que se propongan.

En la LOPNNA figura que la fase de mediación de la audiencia preliminar no procede en aquellas materias cuya naturaleza no lo permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley, tales como la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención e infracciones a la protección debida. En estos casos la ley dispone que en el auto de admisión el juez o jueza debe ordenar realizar directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar.

Características.

Son características de la esta fase las siguientes: (1) es privada (las partes no quedan de modo alguno afectadas en el proceso por su conducta o señalamientos realizados durante la mediación); (2) si una de las partes acude sin la asistencia o representación de abogado (a) y la otra no, el juez le informará de su derecho a contar con la misma; (3) el juez debe actuar con imparcialidad y confidencialidad; y (4)

tanto las partes como el juez (a) tienen mucha flexibilidad para buscar opciones de salida al o los problemas planteados.

Desarrollo o tramitación.

Para la tramitación de esta fase, en la LOPNNA se dispuso convenientemente lo siguiente:

Artículo. 470. Tramitación de la fase de mediación. Al inicio de la audiencia preliminar, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe explicar a las partes en qué consiste la mediación, su finalidad y conveniencia. La fase de mediación puede desarrollarse en sesiones previamente fijadas de común acuerdo entre las partes o, cuando ello fuere imposible, por el juez o jueza.

El juez o jueza tiene la mayor autonomía en la dirección y desarrollo de la mediación, debiendo actuar con imparcialidad y confidencialidad. En tal sentido, podrá entrevistarse de forma conjunta o separada con las partes o sus apoderados y apoderadas, con o sin la presencia de sus abogados o abogadas. Asimismo, podrá solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación.

La mediación puede concluir con un acuerdo total o parcial que homologará el juez o jueza de mediación y sustanciación, el cual se debe reducir en un acta y tendrá efecto de sentencia firme ejecutoriada (...) El juez o jueza no homologará el acuerdo de mediación cuando vulnere los derechos de los niños, niñas o adolescentes, trate sobre asuntos sobre los cuales no es posible la mediación o por estar referido a materias no disponibles...

Efectos de la mediación.

Constituyen efectos de la mediación los que de seguidas se indican: (a) si se logra un acuerdo total o parcial, y es homologado por el juez de mediación y sustanciación, el mismo tendrá los efectos de la cosa juzgada; (b) si el acuerdo logrado es total pondrá fin al proceso; (3) en caso que el acuerdo logrado sea parcial, los asuntos a debatir se reducirán.

Efectos de la no comparecencia.

En la LOPNNA la falta de comparecencia personal o mediante apoderado (a) de la parte demandante, sin causa justificada, a la fase de mediación de la audiencia preliminar, conlleva a considerar desistido el procedimiento y extinguida la instancia, terminando el proceso mediante sentencia oral. De producirse este efecto, la parte actora deberá dejar transcurrir un mes para presentar de nuevo su demanda.

En caso que sea la parte demandada la que no comparezca sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar, la ley prevé como presunción *iuris tantum* de admisión de los hechos, es decir, que los hechos alegados por la parte demandante son ciertos, hasta prueba en contrario.

De no oponerse prueba alguna el juez de mediación y sustanciación debe declarar la conclusión de dicha fase. Quedan excluidas de esta *confesión ficta* aquellas materias en las cuales esta no procede en virtud de su naturaleza o por provisión de la ley.

Fase de sustanciación.

Esta fase se abre inmediatamente después de la terminación de la fase de mediación de la audiencia preliminar sin haberse logrado acuerdo entre las partes, bien porque así fue voluntariamente resuelto por ellas o porque se trata de aquellas

materias cuya naturaleza no lo permite o expresamente lo prohíbe la ley, lo cual conlleva a que el juez o jueza en el auto de admisión ordene la realización directa de esta fase.

Trataremos a continuación la oportunidad, duración y finalidad de esta fase, así como la contestación de la demanda (oportunidad, requisitos, contenido, efectos, reconvencción, cita de terceros y falta de contestación), el despacho saneador (defectos, audiencia, incomparecencia, decisión, efectos y recursos) y la audiencia de juicio (fundamentación, principios, oportunidad para celebrarla, características, funciones del juez, tramitación de la audiencia y los nuevos medios probatorios admitidos).

Oportunidad y duración.

El artículo 473 de la LOPNNA estableció que el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes por auto expreso fijara día y hora para el inicio de esta fase, dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte, siguientes a aquel en que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o del auto de admisión en los casos en los cuales no procede la mediación.

Al respecto, consideramos que este tipo de fijación (por día y hora) brinda mayor seguridad jurídica a las partes que del modo que se hacía antes de la reforma procesal de la LOPNA (por días de despacho del tribunal para algunos casos y por lapsos para otros), pues esto imponía la carga a las partes de tener que revisar diariamente el calendario del mismo para determinar cuáles días había despachado efectivamente dicho órgano jurisdiccional. Además, nos parece apropiado el tiempo fijado, tomando en cuenta el principio de celeridad procesal.

No obstante, Longo (2008) realiza una crítica, la cual compartimos, sobre la forma como el legislador señaló el inicio de esta fase en los casos en los cuales no procede

la mediación:

...La ley, quizás por error señala que en los casos en que no exista mediación judicial obligatoria dicho lapso comienza desde que se dicta el auto de admisión de la demanda. No es muy claro el mandato del legislador, ya que si se cuenta el plazo previsto desde que se admite la demanda y necesariamente se convoca a una audiencia de sustanciación a las partes, pudiera ocurrir que el demandado aún no haya sido notificado, con lo cual se pudiera generar un desequilibrio evidente entre los sujetos que integran la pretensión. Cobra mayor importancia este argumento si se observa que esa fase de sustanciación se inicia con una audiencia en la que el actor y el demandado deben hacer intervenciones sobre todos los aspectos formales referentes a presupuestos procesales que consideren menester hacer valer, constituyendo su única oportunidad para ellos (...). Surge como es evidente que si esto ha sido regulado con tal rigidez, el lapso para que el tribunal establezca el día y la hora de la audiencia de sustanciación ha de comenzar siempre que las personas que han de concurrir a la misma hayan sido previa y válidamente notificadas (p. 311).

En cuanto a su duración, el legislador dispuso que en ningún caso puede exceder de tres meses, tiempo dentro del cual debe llevarse a cabo el segundo despacho saneador.

Finalidad.

Respecto al propósito de esta fase, Dubuc y Cornieles (2007), refiriéndose a la reforma procesal de la LOPNA, plantean:

Se persigue, en primer lugar, completar la introducción de la causa con **la contestación de la demanda y las pruebas de las partes,** actividad que se estimó que no era conveniente realizar con anterioridad sin

la otra, oír a las partes en relación con las pruebas promovidas, a ser evacuadas antes o durante la audiencia de juicio, de acuerdo con su naturaleza, su calidad y cantidad, a fin de verificar su sobreabundancia o insuficiencia, para limitarlas o ampliarlas y así garantizar la demostración de los hechos controvertidos, el establecimiento de la verdad y la justicia del caso concreto (pp. 83-84, resaltado añadido).

Contestación de la demanda.

La LOPNNA logró la uniformidad de este aspecto del procedimiento, a diferencia de la LOPNA que trató sin lograrlo, de concretar la simplificación de la misma (creando un procedimiento contencioso único, con una mixtura entre oralidad y escritura, para las diferentes pretensiones y algunos procedimientos especiales). Por su parte con la LTM ocurrió algo distinto: durante su vigencia los requisitos y el contenido de la contestación respondió al procedimiento y a la pretensión que era invocada.

Veamos varios aspectos relacionados con dicha contestación:

○ Oportunidad para contestar la demanda

En la LOPNNA se estableció que la contestación de la demanda debe presentarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o en que conste en autos la notificación de la parte demandada (o del último de ellos si fueren varios), en los casos en los cuales no procede la mediación.

○ Requisitos de la contestación de la demanda

1. Se presenta ante el tribunal de mediación y sustanciación de la circunscripción y el circuito que corresponde;
2. Se puede presentar en forma escrita u oral, caso en el cual debe levantarse un acta.

o Contenido de la contestación de la demanda

El contenido puede variar según la posición que se adopte:

- a) Se puede optar por convenir en forma absoluta;
- b) Puede contradecirse la demanda en todo, es decir, tanto en los hechos como en el derecho;
- c) Puede contradecirse la demanda en parte, admitiendo la parte demandada los hechos, pero contradiciendo el derecho (en este caso el asunto se resuelve como de mero derecho, sin pruebas);
- d) Puede la parte demandada admitir tácitamente hechos, en forma voluntaria o involuntaria, al no contestar o no rechazar o contradecir de forma expresa alguna parte de la pretensión;
- e) Puede la parte demandada contestar la demanda alegando excepciones, tales como hechos extintivos (como el pago) o hechos impeditivos (como vicios del consentimiento) o hechos modificativos (como la compensación parcial);
- f) Puede la parte demandada oponer: la falta de jurisdicción, la incompetencia (por la materia o el territorio), la cosa juzgada, la caducidad de la acción, la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta o cuando solo puede ser admitida por determinadas causales que no son de las alegadas en la demanda; y
- g) Puede la parte demandada atacar a la parte actora mediante la reconvencción.

o Efectos de la contestación de la demanda

Para Dubuc (2009) la contestación acarrea varias consecuencias:

La contestación de la demanda trae aparejada la **preclusión del derecho de la parte actora de reformar la demanda y delimita la controversia** (principio de congruencia), por lo que **no se admiten hechos nuevos** (Art. 364 CPC), salvo las excepciones legalmente establecidas en la LOPNNA y otras leyes, en las cuales se faculta al juez para decidir sobre hechos no alegados por las partes si han sido discutidos y están probados (Art. 50 LOPT). Tal rigidez se atempera mediante figuras como: la acumulación subsidiaria de pretensiones; la admisión de alegatos de

derecho después de la contestación, vgr. en la audiencia de juicio o de apelación, si son solicitudes trascendentales para la suerte del proceso, tales como: la confesión, nulidad, pruebas surgidas en el proceso, o con posterioridad al libelo y la contestación. En general, alegatos de derecho pues la preclusión es para los hechos no para el derecho (pp. 159-160, resaltado añadido).

○ Reconvención de la demanda

En caso de ser opuesta por la parte demandada, debe presentarse por ante el mismo tribunal de mediación y sustanciación ante el cual corresponde contestar la demanda. En cuanto a la forma, como la contestación, puede interponerse en forma oral (reduciéndola luego a acta sucinta) o escrita.

Se estipuló en la LOPNNA que debe presentarse dentro de los diez días siguientes a la conclusión de la fase de mediación o de la notificación de la parte demandada en el caso que no haya lugar a la mediación.

Si no es contraria al orden público o a alguna disposición expresa de la ley, el juez debe proceder a su admisión inmediata. En caso de defectos u omisiones en la reconvención, el juez puede ordenar el despacho saneador, otorgando un plazo de cinco días para que la parte demandada-reconviniendo subsane. Luego de que el juez admite la reconvención, la parte demandante-reconvenida tiene un plazo de cinco días para contestar.

○ Cita de terceros

A través de ella el debate se amplía, pues se admiten en la causa otras personas distintas de aquellas entre las cuales se ha originado el proceso. Rengel-Romberg (2001b) la justifica así:

Si bien en todas las legislaciones modernas se admite el principio según el cual “*res inter alios iudicata tertiis non noce*” (Art. 1.395 Cód. Civ.), hemos visto, al tratar de los límites subjetivos de la cosa juzgada (...), que dicho principio no es absoluto, porque los terceros pueden sufrir los efectos reflejos o indirectos de la sentencia dictada entre las partes, a

causa de la coexistencia, al lado de la relación jurídica que ha sido objeto de la decisión sobre la cual incide la cosa juzgada, de otras relaciones conexas con ella por diversos motivos. En estos casos, razones de técnica y de política procesal aconsejan admitir la intervención del tercero, antes que obligarle a hacer uso de un nuevo proceso para la defensa de su interés, porque de este modo no se favorecería la economía procesal y se correría el riesgo de sentencias contradictorias. Por ello, en algunas legislaciones, al lado del instituto de la oposición del tercero, que va dirigida contra la sentencia que afecta el interés del tercero (medio reparativo), se admite la intervención en la causa (medio preventivo), que tiende a evitar la sentencia perjudicial al tercero (p. 158).

El artículo 370 del CPC sistematiza la intervención de los terceros en el proceso, quienes pueden intervenir o ser llamados a la causa que se encuentra pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

1º Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos.

2º Cuando practicado el embargo sobre bienes que sean propiedad de un tercero, éste se opusiere al mismo de acuerdo a lo previsto en el artículo 546.

Si el tercero sólo es un poseedor precario, a nombre del ejecutado, o si sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, podrá también hacer la oposición a los fines previstos en el aparte único del artículo 546.

3º Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.

4° Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente.

5° Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa.

6° Para apelar de una sentencia definitiva, en los casos permitidos en el artículo 297.

Esas diversas formas de intervención de terceros, han sido denominadas por la doctrina como **voluntaria** o por voluntad del tercero (cuando se produce la tercería, la oposición al embargo, la adhesión a una de las partes y la apelación del tercero) y **forzada** o por voluntad de una de las partes (cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente y cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa).

En el artículo 452 de la LOPNNA (que trata de las materias y normas supletorias aplicables) se estableció que en el procedimiento ordinario para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de esa Ley (salvo las excepciones previstas expresamente en la misma) se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la LOPT, del CPC y del CC en cuanto no se opongan a las allí previstas.

En la LOPNNA el legislador sólo alude a la intervención de terceros para referirse al primer caso de la intervención forzada (cuando alguna de las partes pida su intervención por ser común a éste la causa pendiente), pues en el artículo 475, relativa a la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, se estableció que una vez resueltas las observaciones de las partes sobre las cuestiones formales ya mencionadas, se deben ordenar las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios, los cuales deben ser tramitados e implementados con la mayor diligencia y prontitud, sin que para ello se detenga el proceso, a menos que por efecto de lo decidido por el juez o jueza sea necesario llamar a terceros interesados indisolublemente en la causa.

En ese caso, el juez o jueza ordenará su emplazamiento, convocando a una nueva audiencia preliminar, que tendrá lugar el día y hora que indique el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte días siguientes a aquel en que conste en autos su notificación, todo ello a fin de que los terceros, como partes derivadas de la causa, puedan ejercer el mismo derecho que corresponde a las partes originarias del proceso.

Sin embargo, no por ello podemos pensar que sólo es admisible en el procedimiento contencioso relacionado con la niñez y la adolescencia la intervención forzada, toda vez que como ya dijimos antes, la LOPT y el CPC son fuentes supletorias de la LOPNNA.

En cuanto a la LOPT, la intervención de terceros en el proceso fue regulada en los artículos 52, 53, 54, 55 y 56. Así, en el artículo 52 de la LOPT se recoge la intervención voluntaria adhesiva y en el artículo 54 *ejusdem* se trata la intervención forzada cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por pretender un derecho de garantía respecto al mismo o por ser común a éste la controversia pendiente o a quien la sentencia pueda afectar.

Es por ello que Dubuc (2009) señala que “la LOPNNA admite la intervención de terceros, voluntaria y forzada” (p. 161); en el caso de la voluntaria, puede ser en forma principal o adhesiva, “en tanto que en la forzada puede darse si es común al tercero la causa pendiente; o, si pretende una de las partes un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero (Arts. 370.4°.5° CPC y 475 LOPNNA)” [p. 161]. En cuanto a la denominación, procedimiento y oportunidad plantea este autor textualmente:

En cuanto al procedimiento la cita (*rectius: notificación*) debe plantearse por las partes o terceros notificados, por escrito, aunque según los principios procesales que rigen en la LOPNNA, nada impide que se realice oralmente, lo cual se reducirá a un acta sucinta, dando cumplimiento a los requisitos de la demanda, a la cual se deberá acompañar el instrumento fundamental.

En cuanto a la oportunidad, si es por vía incidental, precluye con el despacho saneador (Art. 475 LOPNNA); si es por vía principal, precluye para las partes, con la sentencia de primera instancia (Art. 387 CPC). Una vez notificado el tercero se fijará nueva audiencia preliminar en un lapso entre quince y veinte días siguientes a aquel en que conste en autos su notificación, a fin de que los terceros ejerzan sus derechos (Art. 475 LOPNNA) [p. 161].

○ Falta de contestación

En la LOPNNA se prevé que la falta de contestación dentro del plazo establecido (dentro de los diez días siguientes a aquel en que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o en que conste en autos la notificación de la parte demandada o del último de ellos si fueren varios, en los casos en los cuales no procede la mediación), trae como consecuencia la *confesión ficta*, esto es, la presunción *iuris tantum* de confesión sobre los hechos alegados en el libelo. Sin embargo, para que haya *confesión ficta* se tienen que dar tres requisitos: 1º que la parte demandada no dé contestación a la demanda en el plazo indicado; 2º que la pretensión no sea contraria a derecho; y 3º que el demandado nada pruebe que le favorezca.

Según el artículo 474 de dicha ley la parte demandada debe exponer los alegatos de su contestación dentro de ese plazo preclusivo y no se admitirán nuevos alegatos, salvo aquellos que hayan surgido durante el proceso o, que a criterio del juez o jueza, sean anteriores al proceso pero no se tuvo conocimiento de ellos.

Al precluir el lapso de contestación - el es simultáneo al lapso de promoción de pruebas de las partes- ya el juez está al tanto si hay o no *confesión ficta*. Si esto se verifica, el juez de mediación y sustanciación debe remitir el expediente al juez de juicio para que dicte sentencia ateniéndose a la confesión, el cual es un auto que no tiene apelación, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Social.

La *confesión ficta* es diferente a la figura de la admisión de hechos por no dar contestación en la forma establecida en la ley, la cual está prevista en el artículo 135

de la LOPT, así como también difiere a la carga de hacer oposición calificada en el juicio de partición, que acarrea que no haya tal oposición, preceptuada en el artículo 778 del CPC.

La contumacia se produce, pues, por la incomparecencia de la parte demandada a dar contestación. En nuestro país, no hay obligación de confesar o negar cada hecho, salvo disposición legal en contrario, pues en materia laboral, según el artículo 135 de la LOPT, no basta la contradicción de la demanda en todo o en parte y la expresión de las defensas y razones, para que se consideren contradichos todos los alegatos no admitidos expresamente.

En la mencionada disposición se establece que el demandado deberá, al consignar la contestación de la demanda, determinar con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que crea conveniente alegar. Igualmente dispone que “se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso”.

Según jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia si la parte demandada no contesta sólo se le permite la contraprueba de los alegatos de la parte actora, no de excepciones que han debido alegarse en la contestación.

Despacho Saneador.

Durante la vigencia de la Ley Tutelar de Menores en Venezuela, los aspectos concernientes a la relación procesal se tramitaban -cuando el conocimiento de las partes y los jueces lo permitían- a través de la aplicación supletoria de las excepciones dilatorias y de inadmisibilidad previstas en el CPCD, y luego de las cuestiones previas dispuestas en el CPC.

Más tarde, al entrar en vigencia la LOPNA, se establecieron ciertas normas especiales para ventilar las cuestiones previas del CPC. Dicho instrumento legal estableció que en el acto de la contestación, el demandado podía pedir verbalmente al juez que se pronunciara sobre algunas de las cuestiones previas a que se refiere el artículo 346 del CPC, presentando al efecto la prueba que acreditara la existencia de su alegato, si tal fuere el caso; y que el juez, en el mismo acto, oyendo al demandante si estuviese presente, decidiera el asunto con los elementos que se le hubieran presentado y los que constaran en autos (artículo 462).

Sin embargo, como la forma de tramitar tales asuntos era mixta (en parte oral y en parte escrita), no se logró el fin esperado cuando no se planteaba bien la demanda, ocasionando largo retardo procesal. La creación de la LOPT permitió que este instituto -nacido en Brasil- apareciera por vez primera en nuestro sistema procesal, el cual ha resultado muy exitoso.

La LOPNNA, al igual que la LOPT, también lo consagró en el artículo 457, disponiendo al efecto que presentada la demanda, el juez o jueza debe admitir la misma si no fuera contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico, y luego de admitirla, ejercerá el despacho saneador, si fuere el caso, ordenando la corrección mediante auto motivado e indicando el plazo para ello que, en ningún caso, excederá de cinco días.

En igual sentido, el artículo 474 de la reformada ley, que trata la reconvencción, establece que el juez o jueza debe ejercer el despacho saneador, admitiendo la demanda reconvenccional y ordenando su corrección mediante auto motivado, indicando el plazo para ello. En caso de errores materiales u omisiones en el libelo de la demanda que puedan denegar el acceso a la justicia de la parte actora, el juez o jueza de protección debe ordenar la corrección de dichos errores o la subsanación de las omisiones en corto tiempo.

El despacho saneador representa un mecanismo que permite “depurar al juicio de cualquier anomalía que pueda en el futuro atentar contra la estabilidad del fallo definitivo” (Longo, 2008, p. 311). De esta forma, como dice este autor, se logra que

“los procesos judiciales no generen reposiciones que aletarguen la sentencia de mérito” (*ibíd.*), cuya prontitud en el desenlace judicial está emparentada, a su juicio, con el concepto de tutela judicial efectiva. Sobre este aspecto de la fase de sustanciación añade:

Si se puede evitar que en la fase de juicio se trunque la decisión definitiva por la sobre existencia de vicios o quebrantamiento de orden público, mucho mejor para colmar tal garantía constitucional. Pues bien, esa es la finalidad principal de esta audiencia de sustanciación, en la cual las intervenciones de las partes “versarán sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso que tengan vinculación con existencia y validez de la relación jurídico procesal, especialmente para evitar quebrantamientos de orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva” (p. 312).

○ Defectos

Las partes pueden -en la audiencia respectiva- formular ante el juez todos los defectos que a su juicio pueda existir en el proceso o en la relación procesal.

Entre esos defectos tenemos:

1. Los defectos de actividad, tales como los que producen indefensión, la perención, la confesión ficta o la existencia de pruebas desconocidas.

2. Los defectos relacionados con los presupuestos procesales, entre los que se encuentran la falta de competencia, la falta de jurisdicción, la litispendencia, que el asunto debe ser acumulado a otro y la ilegitimidad de la parte actora.

3. Los defectos referentes al derecho de acción, como son la cosa juzgada, la caducidad de la acción, la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta o cuando solo debe admitirla por determinadas causales que no son de las alegadas en la demanda y la falta de caución o fianza.

○ Audiencia

La audiencia para ejercer el despacho saneador se lleva a cabo dentro de la fase de sustanciación, que no puede exceder de los tres meses; la preside el juez de mediación y sustanciación de primera instancia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Dicha audiencia tiene carácter público, y la fija el tribunal por auto expreso, indicando el día y la hora en que se llevará a cabo. Es preciso aclarar que estamos hablando del segundo despacho saneador, toda vez que el primero se lleva a cabo en la oportunidad de admitir la demanda.

○ Incomparecencia

Es necesario distinguir la incomparecencia de alguna de las partes de la falta de comparecencia de ambas. En el primero de los casos, la fase de sustanciación continúa con la parte que esté presente; en el segundo caso, el proceso debe declararse extinguido, a través de sentencia oral que el juez respectivo dicte y publique el mismo día, y contra la cual pueden las partes interponer recurso de apelación en ambos efectos y hasta casación si fuera el caso, alegando y probando en el juzgado superior los motivos o razones justificadas de su incomparecencia (fuerza mayor y caso fortuito).

No obstante, también puede ocurrir que buscando el juez brindar tutela o protección de niños, niñas y adolescentes o habiendo elementos de convicción suficientes, decida éste proseguir la causa.

○ Decisión

La decisión sobre el despacho saneador -sea la corrección o los ajustes que se requieran hacer- debe dictarse el mismo día de la audiencia que se celebre, tomando en cuenta el carácter oral y público de la misma, siendo inmediata su ejecución.

○ Efectos

Los efectos que se acarreen dependerán del caso, así:

1. Si hubo indefensión, se debe declarar la nulidad y reposición de la causa;
2. En caso de perención de la instancia, se debe declarar la extinción del proceso;

3. Si hay confesión ficta, se debe pasar el expediente al juez de juicio para que sentencie;

4. Si existen pruebas que se desconocían, se debe ordenar recabarlas;

5. Si se da la falta de competencia, o la falta de jurisdicción, o la litispendencia, o que el asunto debe ser acumulado a otro, debe remitirse el expediente a quien competa;

6. Si la situación es por ilegitimidad de la parte demandante o de su representante, o que el libelo de la demanda sea defectuoso o que se llevó a cabo una acumulación que está prohibida por la ley, el juez debe ordenar a la parte actora que subsane los defectos o las omisiones.

7. Si se materializa la cosa juzgada, la caducidad de la acción, la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta o cuando solo debe admitirla por determinadas causales que no son de las alegadas en la demanda y la falta de caución o fianza, el juez debe declarar la inadmisibilidad de la demanda.

o Recursos

Creemos que en el campo de la LOPNNA, Dubuc (2009) resume con gran destreza este tema:

En principio, si la interlocutoria causa un gravamen que puede ser reparado en la sentencia que ponga fin a la controversia, tiene apelación diferida con ésta. Si la interlocutoria tiene fuerza de definitiva tiene apelación de inmediato en ambos efectos. Si es un auto de mera sustanciación como el que ordena pasar los autos a juicio para sentenciar ateniéndose a la confesión ficta, no tiene apelación.

Si la interlocutoria declara la falta de jurisdicción, incompetencia, litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro por razones de accesoriedad, conexión o continencia, sólo hay recurso de regulación de la jurisdicción o de la competencia, según el caso (Artículo 349 CPC).

Si la interlocutoria declara la ilegitimidad de la parte actora, y de su representante, el defecto de forma del libelo o por haberse hecho la acumulación prohibida en la ley, no tiene apelación.

Por otra parte, si la interlocutoria declara la falta de caución o fianza, cosa juzgada, caducidad de la acción y prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda, tiene apelación de inmediato en ambos efectos [p. 168].

Analizadas las fases de mediación y sustanciación de la Audiencia Preliminar del Procedimiento Ordinario establecido en la LOPNNA, pasemos ahora a examinar la Audiencia de Juicio del mismo.

Capítulo V

Análisis de la Audiencia de Juicio, los recursos y la ejecución de la sentencia

En el capítulo anterior nos referimos a la Audiencia Preliminar del Procedimiento Ordinario previsto en la LOPNNA. En este estudiaremos las últimas etapas del mismo. Dada la importancia que reviste abordaremos también la declaración de la terminación del proceso cuando esté involucrado el Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes.

La Audiencia de juicio

La Audiencia de Juicio es un mecanismo procesal compuesto, donde se puede perfectamente llevar a cabo todo cuanto sea necesario para resolver el conflicto, pudiendo ser realizada durante las horas hábiles o fuera de ella, siempre y cuando lo ordene el juez y deje constancia de ello por escrito. Igualmente puede ordenar su continuación en días posteriores si no ha podido concluir las actividades procesales en una sesión.

Perdomo (2007a) se refiere a ella en la forma que sigue:

La audiencia de juicio es un acto judicial que se caracteriza por la oralidad, donde la escritura se reduce a su mínima expresión, porque se pretende que la secuencia del proceso sea realmente oral...La doctrina, sin embargo, señala que no existe un proceso oral puro sino mixto. Este es el caso de la Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En realidad la audiencia de Juicio es un acto procedimental, transparente, tanto en la forma como en el contenido, pues la intermediación, adquiere con la publicidad y concentración su mayor fuerza. La argumentación de las partes puede contribuir al

esclarecimiento de los hechos y escritos presentados al juez o jueza, por ello es transparente el acto (...) La garantía constitucional que el Estado ofrece a los ciudadanos y ciudadanas de este país, mediante este proceso, es el de una justicia imparcial, donde el juez o jueza no puede ni debe tomar una posición a favor o en contra de ninguna de las partes, sino sentenciar conforme al principio del interés superior del niño, niña o adolescente consagrado en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que establece que dé obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes...(pp. 32-33).

Constituyendo el procedimiento contencioso un proceso por audiencias, debemos reconocer que es esta audiencia la central de la causa. Esta audiencia es dirigida por un juez de primera instancia diferente al juez de la sustanciación. Aunque el Juez de Mediación y Sustanciación recibe las pruebas y la contestación a la demanda (en los casos en que haya sido imposible lograr un acuerdo total entre las partes), es el Juez de Juicio quien en definitiva va a saber cuáles de los medios promovidos serán efectivamente evacuados en la audiencia, conforme a los hechos controvertidos, razón por la cual puede conocer en forma previa las fortalezas y debilidades de cada parte.

Fundamentación y principios.

A juicio de Longo (2005) esta audiencia se fundamenta en la concentración procesal que busca la consistencia en la causa, su más rápida llegada a la cuestión de fondo y la directa intervención de las partes y del juez, en la búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia procesal, por tratarse de un acto que premia la celeridad, consustancial a la idea de justicia y su tutela judicial efectiva.

Los principios que según la I Convención Nacional de Jueces del Trabajo (2005) se aplican a la audiencia de juicio prevista en la LOPT, también los hacemos valer

determinará los límites de la controversia bajo los cuales debe decidirse la causa (cuáles de los hechos alegados por las partes están controvertidos y cuáles no), tomando en cuenta lo expuesto en el libelo de la demanda o en su reforma, en la contestación y en los acuerdos parciales a los cuales hayan llegado las partes en la audiencia preliminar.

Asimismo, establecerá en el auto de admisión cada uno de los medios promovidos por las partes y se pronunciará sobre su admisibilidad. Así el juez de juicio puede tener un mayor control sobre la audiencia en lo que respecta a los alegatos de las partes y al contenido del interrogatorio de los testigos, los expertos, las partes y los terceros.

En tercer lugar, el juez notificará la oportunidad en que será celebrada la audiencia, para evitar su nulidad y consiguiente reposición. En cuarto lugar, el Juez presidirá y dirigirá la audiencia, explicará a las partes su finalidad, presenciará el debate y la evacuación de las pruebas, dotado de todas las facultades legales para asegurar la mejor celebración de la misma, a los fines de materializar una justicia más humana.

En dicha audiencia el juez podrá rechazar alegatos nuevos o diferentes a los expuestos por las partes en la demanda y en su contestación, salvo los que hayan surgido durante el proceso, que sean anteriores al proceso pero no se tuvo conocimiento de ellos y los alegatos de caducidad, prohibición de la ley de admitir la acción y falta de jurisdicción, que tanto la extinta Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil como la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia han acogido como criterio reiterado de excepción a este principio, permitiéndolas como defensas perentorias oponibles en todo estado y grado del proceso. No permitirá el juez a las partes que presenten o lean escritos, salvo que se trate de un extracto de alguna prueba existente en autos.

En el desarrollo de la audiencia será el juez la persona que conceda a las partes el tiempo para: La presentación oral de sus alegatos, para la evacuación de las pruebas (las cuales debe conducir en búsqueda de la verdad y con los poderes de corrección a

las partes, pudiendo admitir o rechazar las preguntas que estime inconducentes o impertinentes), para la formulación oral de las observaciones que consideren oportunas, para la presentación oral de las conclusiones de las partes y para oír la opinión del niño, niña o adolescente, en forma privada o en presencia de las partes. El juez deberá ordenar que la audiencia sea reproducida en forma audiovisual, a través de cinta o medio electrónico de reproducción, salvo casos de excepción en la cual resulte manifiestamente imposible dicha reproducción.

En quinto lugar, el juez valorará todas las pruebas conforme a la sana crítica, pudiendo aplicar analógicamente disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, siempre que las mismas no contraríen principios fundamentales de la ley.

En sexto lugar, el juez decidirá la controversia, pronunciando oralmente el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual debe reducir a su forma escrita. En caso de *confesión ficta*, al finalizar la audiencia decidirá si la hay o no.

Por último, publicará el fallo dentro del lapso de los cinco días siguientes al pronunciamiento oral de la sentencia y lo agregará a las actas.

Tramitación de la audiencia.

La audiencia de juicio se realizará el día y hora que se fije por auto expreso. En la audiencia de juicio las partes expondrán sus alegatos. Seguidamente se evacuarán las pruebas permitiendo a la parte contraria un tiempo para sus observaciones luego de evacuar cada prueba. Inmediatamente después, se oirán las conclusiones de las partes. En todo caso, el Juez podrá ordenar la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.

De seguidas se oirá la opinión del niño o adolescente, pudiendo solicitarse los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal. Finalmente, el juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de sesenta (60) minutos, para

pronunciar su sentencia oralmente, reduciendo de inmediato su dispositiva a forma escrita. En casos excepcionales, el juez podrá diferir, por una sola vez, la oportunidad para dictar sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles. Dentro del lapso de cinco (5) días hábiles siguientes al pronunciamiento oral de la sentencia, el juez deberá publicarla. Perdomo (2008) indica los distintos trámites de esta audiencia:

... la misma es anunciada formalmente a las puertas del tribunal por el alguacil; las partes deben hacerse presentes en el acto.

Una vez identificadas estas y con la presencia del juez en estrados, explica en qué consiste el acto judicial...

... el juez o jueza abre el acto para que tenga lugar el debate. Las partes, según su posición en el proceso, deben exponer oralmente sus alegatos...

En cuanto a la materialización de las pruebas la audiencia de juicio es la oportunidad para ello, con las salvedades que contiene la Ley. Las partes se consideran juramentadas para contestar al juez o jueza las preguntas que este formule y las respuesta de aquellas se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogó. Las partes deben presentar los testigos que hubieron promovido en la audiencia preliminar...; los dictámenes periciales se incorporarán previa lectura, la cual se limitará a las conclusiones de aquellos, estando los y las peritos obligados y obligadas a comparecer para cualquier comparación que deba hacerse en relación con los mismos, pudiendo las partes, el juez o jueza interrogarlos. La prueba documental se incorporará mediante lectura total o parcial de los mismos por las partes o el juez o jueza. El juez o jueza (...) podrá admitir o rechazar las preguntas si estimare que son inconducentes o impertinentes, así mismo podrá ordenar a petición de parte y de oficio la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.

Culminada la evacuación de pruebas se oirán las conclusiones de las partes, primero la del demandante, y luego de la demandada. Seguidamente se oirá la opinión del niño, niña y adolescente, de forma privada o en presencia de las partes pudiendo solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del tribunal si se estimare conveniente a su condición personal y desarrollo evolutivo...

Concluidas las actividades procesales en la audiencia de juicio, el juez o jueza se debe retirar de la audiencia por un tiempo que no debe exceder de sesenta minutos. Mientras tanto las partes deben permanecer en la sala de audiencias. El juez o jueza debe pronunciar su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositiva, a forma escrita (pp. 327-328, 334).

Declaración de parte.

Está permitido a los jueces de juicio (así como a los de apelación y de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia) interrogar a las partes sobre cualquier aspecto de la controversia, para el cual queda entendido están juramentadas, por lo que sus respuestas pueden constituir una confesión.

Para Baumeister (2004) este novedoso medio probatorio “para algunos es un nuevo modo de obtener la confesión” (p. 681), con el cual no está de acuerdo por estimar que las declaraciones de parte no son “ni siquiera remotamente actos probatorios procesales con mecánica ni finalidad de confesión” [*Ibid.*, p. 68]. No obstante, advierte que es un adecuado medio para mejor ilustrar al Juez que conoce del caso sobre la verdad de los hechos.

En torno a este medio de prueba, también previsto en la LOPT (pero lamentablemente limitado sólo a la “prestación de servicios”), observa este autor:

Si bien hemos dicho la LOPT excluye la prueba de posiciones juradas o confesión provocada, lo cual a nuestro juicio y el de otros autores parece injustificado, se regula en el artículo 103 una particular modalidad de la prueba de declaración de parte, conforme a la cual se permite que en la audiencia de juicio, el juez de Juicio pueda realizarle preguntas a las partes, pudiendo extraer de las respuestas a las mismas “confesiones”, todo en el entendido que las partes se considerarán juramentadas para responder las preguntas.

Henríquez La Roche adversa esta posición, con base a que el Art. 76 prohíbe las confesiones....

Empero, a nuestro juicio, de la lectura del Art. 104, seguido del antes examinado, no nos cabe duda que para el legislador “si es una confesión con plenos efectos”...

De esta manera, no se les permite a las partes proponer la prueba posiciones juradas o confesión provocada, pero el operador de justicia sí puede extraer de las preguntas que les formule a las partes en la audiencia de juicio, las confesiones correspondientes... (p. 682).

Concluye Baumeister (*Op. Cit.*) planteando:

Así, la doctrina tanto nacional como extranjera, de antigua data, dentro de la cual podríamos precisar el pensamiento de los ilustres procesalistas Hernando Devis Echandía y Eduardo J. Couture, se ha venido pronunciando sobre la problemática que trae consigo la juramentación de las partes para que respondan en el interrogatorio de parte, por ser un resabio, un elemento anacrónico y un fósil jurídico, lo cual a la luz de la nueva Constitución y como expusiéramos, pudiera traer como consecuencia un infundado alegato de inconstitucionalidad de la confesión obtenida de las declaraciones de las partes, ello conforme al numeral 5° del artículo 49 Constitucional, por lo que hubiese sido más idóneo dejar no sólo la viabilidad de la proposición de

la prueba de posiciones juradas o eventualmente el interrogatorio libre de las partes, sino que también hubiese sido prudente eliminar el juramento previo, bien en la forma tradicional, o por imperativo de Ley como sucede en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, todo lo cual evitaría eventuales problemas al respecto (pp. 683-684).

Por nuestra parte, compartimos con Bello (2004) que si bien “toda confesión es una declaración de parte, más toda declaración de parte no es confesión, pues el elemento determinante para apreciar si estamos frente a una declaración de parte o confesión es el perjuicio del hecho que se reconoce” (p. 741). De allí que esa circunstancia no pueda conllevar a que esta prueba sea inconstitucional.

Al respecto señala este autor que cuando el constituyente se refiere a que nadie está obligado a declarar en su contra debe entenderse que “se refiere exclusivamente a hechos (...) que acarrearán responsabilidad penal, lo cual conlleva a que no siendo de esta naturaleza los hechos que se confiesan en materia laboral, incluso civil o mercantil, la prueba en comento es totalmente constitucional” (p. 742).

En cuanto a que las partes deban ser juramentadas previamente y que dicho juramento constituya una coacción para las mismas, también compartimos con Bello que “el juramento no se utiliza como una forma de coacción para que el declarante confiese, sino para que de considerar confesar, diga la verdad de los hechos que se le preguntan” (*Ibid.*, p. 742). Consideramos que mejor hubiese sido abrir la posibilidad de un interrogatorio libre entre las partes y del juez hacia las partes, para que de sus respuestas el juez extrajera elementos de convicción. La LOPNNA (artículo 479), al igual que la LOPT (en su artículo 106), normó que el juez o jueza podrá tener como hecho cierto el contenido de la pregunta ante la negativa o evasiva de la parte a contestarla.

Testigos.

En los procesos que involucran niñez y adolescencia, especialmente los relacionados con instituciones familiares o los contenidos en el Título III de la LOPNNA, se estiman hábiles para rendir sus testimoniales las siguientes personas:

1. Los parientes consanguíneos y afines de las partes;
2. Las personas que integren una unión estable de hecho;
3. Los amigos íntimos;
4. Los trabajadores domésticos;
5. Los niños o niñas sin juramento interrogados por el juez o jueza (en estos casos será el juez o jueza quien realice las preguntas y repreguntas, para lo cual las partes le informarán en la oportunidad procesal, sin la presencia del niño o niña, aquellas que desean formular; en todos estos casos el juez o jueza puede solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal).
6. Los niños, niñas y adolescentes que declaren fuera de la sala de audiencias y con el auxilio del equipo multidisciplinario si fuere necesario (en los espacios dispuestos especialmente para su atención en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, quedando prohibido hacerlo en la sala de audiencias);
7. Los padres, madres, representantes, responsables y parientes de los niños, niñas y adolescentes, así como cualquier persona que se encuentre presente en la audiencia, a quien el juez o jueza puede solicitarle su testimonio para determinar la verdad.

La intención del legislador fue contar objetivamente con el testimonio de las personas que realmente están en conocimiento del conflicto familiar, incluyendo aquellas que forman parte de este círculo.

Según el artículo 480 de la LOPNNA pueden ser testigos bajo juramento todas las personas mayores de doce años de edad, que no estén sujetas a interdicción o que no hagan profesión de testificar en juicio. No procede la tacha de testigos, pero se apreciarán sus declaraciones de acuerdo con la libre convicción razonada. Para la evacuación de esta prueba, las partes tendrán la carga de presentar los testigos que

hubieren promovido en la audiencia preliminar, con su identificación correspondiente, los cuales deben comparecer sin necesidad de notificación.

Informes del Equipo Multidisciplinario.

Estos Informes, bien de los niños, niñas o adolescentes, o de sus progenitores, representantes o responsables, son elaborados por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes especialmente en los casos de responsabilidad de crianza, con el objeto de conocer las relaciones familiares y su situación material y emocional, y en los casos de régimen de convivencia familiar, obligación de manutención o patria potestad, sólo cuando se estime indispensable para la decisión del asunto.

Son calificados por la LOPNNA como una experticia que prevalece sobre las otras experticias que pudieran realizarse en el mismo proceso judicial. Señalan Dubuc y Cornieles (2007) que ello se debe a que “el legislador asume que se trata de personal debidamente calificado y experimentado en el área” (p. 394).

Deben ser presentados dentro de los dos meses a la fecha en que fueron ordenados por el juez. El equipo multidisciplinario debe remitirlo al juez o jueza dentro de los cinco días siguientes a que finalicen las actividades necesarias para su preparación, y sus miembros deben estar presentes en la audiencia de juicio, para que el juez les haga las preguntas que estime necesarias para aclarar el contenido de sus Informes. Su incomparecencia está sancionada con destitución.

Indicios por conducta procesal.

A través de ellos el juez o jueza puede extraer las conclusiones que su prudente facultad le inspire de la conducta de las partes en el proceso, cuando se nieguen a cooperar con la sustanciación del juicio, por ejemplo, deduciendo pretensiones o defensas manifiestamente infundadas o alterando u omitiendo hechos esenciales, o

cuando asuman de manera evidente una conducta para impedir u obstaculizar el desarrollo del proceso.

El juez o jueza tiene la obligación legal, conforme a la parte *in fine* del artículo 482 de la LOPNNA, de fundamentar debidamente tales conclusiones. Sobre el particular Perdomo (2008) acota que “El juez o jueza tiene que fundamentar por qué él o ella, ha extraído esas conclusiones en relación con las partes y qué actos o hechos dieron lugar a que él [o ella] pueda concluir lo señalado anteriormente” (p. 332).

Derecho a observaciones de las partes a la prueba evacuada por la parte contraria.

La LOPNNA en su artículo 484 estableció que “evacuada la prueba, se concederá a la parte contraria un tiempo breve, para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas”. Sobre el particular, Henríquez (2006) comentando el artículo 155 de la LOPT, concordante con la prenombrada disposición legal, refiere:

Como hemos dicho, cada litigante tiene derecho a formular sus observaciones sobre el valor probatorio de las pruebas presentadas por su antagonista, pero tales consideraciones no podrían extenderse a la admisibilidad de la prueba, ya que en este estado del proceso habrá tenido lugar el pronunciamiento de admisibilidad que prevé el artículo 76. Esta última disposición señala que contra la negativa de las pruebas promovidas en la audiencia preliminar, procede apelación por ante el Tribunal Superior laboral, pero nada establece respecto a la admisibilidad de una prueba que en realidad sea inadmisibile, como por ejemplo la prueba de posiciones juradas que expresamente está prohibida en la Ley (Art.70). Por ende, en esta hipótesis y en muchas otras, la parte contraria del promovente, puede extender sus argumentos a la inadmisibilidad de una prueba admitida expresamente por el Tribunal de Sustanciación,

Mediación o Ejecución; o tácitamente, mediante la consabida frase dilatoria de admitir “cuanto ha lugar en derecho” (p. 558).

Esta facultad que tienen las partes de formular las observaciones que consideren oportunas a las pruebas evacuadas por su contraparte es una manifestación del derecho de ejercitar el control y fiscalización de la prueba, como expresión que es del contradictorio y del derecho de defensa.

Dichas observaciones no se refieren al medio de prueba, puesto que ya ha sido previamente admitido antes de su evacuación, “sino propiamente al hecho que se trata de probar con el medio, a las condiciones de forma, lugar y tiempo en las cuales se está practicando la prueba” (Rengel-Romberg, 2001b, p. 381).

Los documentos.

Los documentos (tanto públicos como privados), así como los informes y cualquier otro instrumento poseído por el interesado, se producen o materializan al ser entregados o consignados ante el tribunal. Para preparar dicho material probatorio se exige, pues, que durante la audiencia preliminar los documentos que estén en manos de las partes puedan ser aportadas directamente ante el juez “sin requerir ninguna actuación del órgano jurisdiccional que no sea facilitar su recepción conforme a las oportunidades legalmente previstas para ello” (Longo, 2008, p. 314). En cuanto a la evacuación de los mismos en materia penal, el COPP de 2009 establece:

Artículo 358. Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todas las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial...

Comenta Longa (2001) que la prueba documental y las actas de reconocimiento, registro o inspección, realizadas conforme a lo previsto en el COPP, podrán ser incorporadas al juicio por su lectura, pero que “puede ocurrir que dichos instrumentos hayan sido de conocimiento de las partes, o son de una extensión exagerada, entonces, previo acuerdo de todas las partes, la lectura se hará de forma parcial o extractando lo más esencial de su contenido” (p. 607).

Aunque se faculta la lectura de documentos, debemos acotar que en tal circunstancia, la misma no contraría el principio de oralidad que rige al juicio oral, sino por el contrario, a través de ella, como han dicho algunos autores se “oraliza” lo escrito.

Evacuación de pruebas adicionales.

El juez o jueza debe conducir la prueba en búsqueda de la verdad, por tal razón tendrá los poderes para ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.

Expresa Perdomo (2008) que “Abundando en sus poderes de dirección puede [el juzgador entre otras actividades probatorias] solicitar las experticias correspondientes, pedir la remisión de informes necesarios a las oficinas públicas o privadas [o a terceros extraños a la causa] donde estos se encuentren” (p. 325).

Inasistencia de las partes.

La asistencia de las partes a esta audiencia es obligatoria, sea personalmente o a través de apoderado (cuando la materia no sea responsabilidad de crianza, obligación de manutención y convivencia familiar). La falta de comparecencia de alguna de las partes, por motivos injustificados, no impide que siga la audiencia de juicio con la parte que esté presente hasta que termine el mismo.

Si ninguna de las partes asiste a la audiencia, el juez debe suspender el juicio y designar *defensores ad litem* que se requieran, fijando una nueva oportunidad para su continuación. Pero si está presente el Ministerio Público y se requiere dar protección a derechos de niños, niñas y adolescentes o hay suficientes elementos de convicción, el juez puede continuar la audiencia y decidir la causa.

Conclusiones de las partes.

Antes del CPC los informes (o conclusiones de las partes) eran presentados oralmente, y se estableció la forma escrita como la forma única de presentarlos. Nos recuerda Duque (2000) que antes:

...los informes eran *verbales*, porque, aunque se consignaban por escrito, tenían que ser leídos antes de agregarlos a los autos. No obstante, si alguna de las partes informaba oralmente, en el mismo acto debía consignar sus conclusiones escritas, so pena de darse por no hechos los informes orales (p. 382).

Actualmente, una vez finalizado o concluido el debate probatorio, el operador de justicia oír las conclusiones de las partes, primero de la parte demandante y luego de la parte demandada. Llama la atención que en la LOPNNA en su artículo 484 no estableció el tiempo que el juez otorgaría a las partes o a sus abogados, a estos efectos. Creemos que en aras de garantizar la aplicación del principio de igualdad, esto hubiera sido lo recomendable.

En el trabajo preparado por la Dra. Adagilsa García, para ese momento Presidenta de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y el abogado Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, como propuesta para la reforma del Procedimiento Contencioso en asuntos de familia y patrimoniales, que se encuentra publicado en el libro de Rengifo (2005), al respecto fija un tiempo que nos parece

tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso probatorio, según fije el tribunal” [p. 216].

En el campo penal, el COPP también dispone que terminada la recepción de pruebas, el juez presidente concederá la palabra sucesivamente a las partes (al fiscal, al querellante y al defensor del enjuiciado) para que expongan sus conclusiones, prohibiendo al efecto que se lean escritos (salvo extractos de citas textuales de doctrina o de jurisprudencia para ilustrar el criterio del tribunal, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria), y seguidamente, se otorgará al fiscal, al querellante y al defensor la posibilidad de replicar, para referirse sólo a las conclusiones formuladas por la parte contraria que antes no hayan sido discutidas. Moreno (2004) describe las conclusiones como un discurso de cierre con las siguientes características:

...debe constituir igualmente una exposición concreta, inteligible y convincente, organizada en una secuencia lógica y cronológica mediante un resumen de las pruebas y los hechos que se derivan de las mismas, destacando tanto los elementos demostrativos de los argumentos y alegatos propios de la posición que se representa en el juicio, y aquellos que desde su óptica desvirtuaron los argumentos de la otra parte, como los hechos no demostrados y alegados por ésta, pues, en este caso, a diferencia del de apertura, sí es un discurso conclusivo, y, por ende, debe versar sobre el resultado mismo del debate, analizado en toda su extensión, desde el punto de vista de cada parte...

Igualmente resulta recomendable tomar nota del discurso de la otra parte a los efectos de la *posibilidad de réplica* que, conforme a la misma disposición y para referirse sólo a las conclusiones formuladas por la parte contraria, se otorgará seguidamente: Al fiscal, al querellante y al defensor.

Estableciendo la misma disposición que quien preside impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. En caso de manifiesto

abuso de palabra, llamará la atención al orador, y, si este persiste, podrá limitar el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en el examen, las pruebas recibidas y las cuestiones por resolver (p. 480).

La sentencia.

Una vez que se ha terminado el debate, el juez se retira a deliberar por un lapso no mayor a sesenta minutos, luego del cual regresa a la Sala para pronunciar el fallo en forma oral, so pena de ser destituido; no obstante, por razones ajenas a su voluntad o por fuerza mayor puede decidir diferirla –pero solo por una vez– hasta por un lapso de cinco días. La manera como ha sido concebida impide lo que antes era muy frecuente: que por trabajo acumulado se retrase el pronunciamiento de la sentencia.

Luego del pronunciamiento oral, el juez tiene cinco días para expresarla en forma escrita, la cual debe contener: las partes, los motivos de hecho y de derecho y la determinación del objeto o cosa sobre la que recaerá el fallo. Si lo estima necesario, podrá también ordenar la experticia complementaria del mismo. En la sentencia no es necesario indicar narrativa.

Constituye la sentencia el desenlace decisorio del proceso de audiencias llevado a cabo por el tribunal, contentivo del dispositivo del fallo y una síntesis breve de los hechos y del derecho, que debe quedar explanada en un acta.

Son características de este fallo las siguientes:

1. Debe redactarse en términos claros, precisos y lacónicos, sin necesidad de narrativa ni transcripciones de actas, ni documentos que consten en el expediente;
2. Debe contener la identificación de las partes, de los apoderados, los motivos de hecho y de derecho que se estimen procedentes;
3. Debe indicar el objeto o la cosa sobre la cual recaiga su decisión;
4. Los niños, niñas y adolescentes no serán condenados en costas.

Los Recursos

La LOPNNA introdujo modificaciones en los recursos de revocatoria, apelación y casación, pero el resto de los recursos quedaron iguales. También agregó dos recursos nuevos: el recurso de control de la legalidad (que ya regulaba la LOPT en sus artículos 178 y 179) y el recurso de interpretación, los cuales pasaremos a verificar de seguidas.

Revocatoria.

En cuanto al recurso de revocatoria (el que sólo procede contra los autos de sustanciación o de mero trámite, los cuales pueden ser revocados o reformados por el mismo Tribunal que los dictó de oficio o a solicitud de parte), la LOPNNA suprimió los plazos establecidos para solicitarlo y decidirlo, estableciendo en el artículo 607 que en las audiencias orales este recurso será resuelto de inmediato y que en los casos restantes se interpondrá por escrito dentro de los tres días siguientes al auto, resolviéndose dentro de los tres siguientes, debiendo la decisión que recaiga ser ejecutada, salvo en el caso que el recurso haya sido interpuesto conjuntamente con el de apelación subsidiaria, cuando sea admisible.

En la LOPNA (artículo 485) se establecía que el recurso de revocación procedía mientras no se haya dictado sentencia definitiva, y que se resolvería de inmediato cuando se interpusiera en el acto oral de evacuación de pruebas, y en los casos restantes, se podía interponer dentro de los dos días siguientes al auto, teniendo que ser resuelto dentro de los dos días siguientes.

Apelación.

Respecto a este recurso, la LOPNNA limitó su interposición inmediata en relación con las sentencias interlocutorias, pues en el artículo 488 *ejusdem* se estableció que la

apelación se interpondrá en forma escrita ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que dictó la sentencia dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la sentencia. Por su parte, el artículo 487 de la LOPNA había establecido que contra las sentencias interlocutorias que produjeran gravamen irreparable se pondría ejercer recurso de apelación en el término de tres días.

Además, en el artículo 488 de la LOPNNA se estableció que 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. A diferencia, en el artículo 486 de la LOPNA sólo aparecía que contra las sentencias o resoluciones dictadas por la Sala de Juicio que pusieran fin al proceso se oiría apelación en ambos efectos. Estas modificaciones guardan relación con los principios que sirven de base a la nueva normativa procesal.

Dispone también el prenombrado artículo que 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, y si la sentencia definitiva es sobre el 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.

En lo tocante al procedimiento en segunda instancia, la LOPNNA llevó a cabo las siguientes modificaciones:

1. Incrementó la oralidad, toda vez que según el artículo 488-C en el día y la hora señalados por el Tribunal para la realización de la audiencia, las partes deberán formular sus alegatos y defensas oralmente, y conforme al artículo 488-D, concluido el debate oral, el juez o jueza superior pronunciará su fallo en forma oral.

En relación a la oralidad, el artículo 489 de la LOPNA sólo establecía que el apelante debía formalizar oralmente el recurso ante la Sala de Apelaciones, con indicación precisa del o de los puntos de la sentencia con los cuales no estaba conforme y las razones en que se fundamentaba;

2. Aumentó la concentración, en virtud que las pruebas de las partes se evacuarán en la audiencia de apelación, y según el artículo 488-B el juez o jueza superior puede dictar auto para mejor proveer en la misma oportunidad en que fije la audiencia de apelación, pudiendo acordar la presentación de algún instrumento, la práctica de una inspección judicial o de una experticia, o que se amplíe o aclare la que existiere en autos, y en general, la evacuación de cualquier prueba que estime indispensable para la decisión del asunto. El juez o jueza superior podrá igualmente interrogar a las partes en la audiencia y de considerarlo necesario podrá oír la opinión del niño, niña o adolescente;

3. Unificó el lapso para apelar ante el juez o jueza que dictó la sentencia a cinco días;

4. Estableció la obligación de las partes de presentar sus alegaciones por escrito antes de la audiencia de apelación (según el artículo 488-A el o la recurrente tendrá un lapso de cinco días contados a partir del auto de fijación, para presentar un escrito fundado, en el cual debe expresar concreta y razonadamente cada motivo y lo que pretende, y transcurridos los cinco días antes establecidos, si se ha consignado el escrito de fundamentación, la contraparte podrá, dentro de los cinco días siguientes, consignar por escrito los argumentos que a su juicio contradigan los alegatos del recurrente). El objeto de esto es que el juez pueda sentenciar la causa en forma oral en la misma oportunidad;

5. Instituyó que la parte apelante que no compareciera a la audiencia sufrirá como sanción el desistimiento del recurso, al pautar el artículo 488-C que en el supuesto que no compareciere a dicha audiencia la parte apelante, se declarará desistida la apelación, salvo las excepciones establecidas en la ley. En caso que no comparezca la otra parte se continuará con la celebración de la audiencia.

Casación.

La LOPNNA, en su artículo 489, literal a, estableció la posibilidad de acceder a casación contra las sentencias de última instancia que dieran por terminado los juicios en materia patrimonial, cuando el interés principal exceda los cien salarios mínimos nacionales, monto que representa una cuantía inferior a la que se exige en materia ordinaria, pues con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el máximo tribunal de la República conocerá y tramitará, en la Sala que corresponda, los recursos o acciones que deban conocer de acuerdo con las leyes, cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (artículo 18).

Tomando en cuenta que el valor actual de la unidad tributaria es de Bs.F 76 (por providencia administrativa del Seniat, publicada en la Gaceta Oficial No. 39.623 de fecha 25-02-2011), esto significaría que la cuantía ordinaria exigida debe sobrepasar la cantidad de Bs.F 228.000,00.

Como el salario mínimo nacional está fijado actualmente en la cantidad de Bs.F 1.548,36, cien salarios mínimos equivalen a Bs.F 154.836,00. De allí que en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, cuando se trate de sentencias de última instancia que pongan fin al juicio en materia patrimonial, el interés principal de las demandas o acciones que deba conocer la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia debe tener un *quantum* que exceda actualmente ese monto (Bs.F 154.836,00).

Por otra parte, mientras el artículo 490 de la LOPNA establecía que el recurso de casación podía proponerse contra las sentencias que la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente dictara en materia de estado civil de las personas, el artículo 489 de la LOPNNA establece que el recurso de casación puede proponerse contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios en materia de estados familiares, capacidad de las personas y de establecimiento de un nuevo acto del estado civil.

Con respecto a los motivos de casación, mientras en la LOPNA (artículo 491) el recurso de casación se interponía, tramitaba y resolvía conforme a lo dispuesto por el CPC, en la LOPNNA (artículo 489-A) los motivos del recurso de casación se redujeron a dos, esto es, cuando se haya incurrido en una infracción de norma jurídica o de una máxima de experiencia, pero en estos casos, la infracción tiene que haber vulnerado los derechos constitucionales que rigen la actividad jurisdiccional, contenidos en la CRBV o en tratados internacionales, suscritos y ratificados por la República, o haber sido determinante en el dispositivo de la sentencia. En cuanto a los dos casos que el CPC establece para declarar con lugar el recurso de casación, el artículo 313 señala los siguientes:

1º Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa; o cuando en la sentencia no se hubieren cumplido los requisitos del artículo 243, o cuando la sentencia adoleciera de los vicios enumerados en el artículo 244 (siempre que contra dichos quebrantamientos u omisiones se hayan agotado todos los recursos, o que la omisión o quebrantamiento lesionen el orden público); y

2º Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley o aplicado falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma que no esté vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté; o cuando se haya quebrantado una máxima de experiencia.

Respecto a la improcedencia o inadmisibilidad por la materia: Mientras el artículo 525 de la LOPNA establecía la improcedencia de conceder el recurso de casación en el procedimiento de alimentos y guarda, y en el mismo sentido el artículo 328 *ejusdem* establecía que para el procedimiento judicial de protección no se admitía recurso de casación, el artículo 489 de la LOPNNA establece que no se concederá recurso de casación cuando se trate de pretensiones relativas a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Acciones de Protección.

Adicionalmente, con la reforma procesal se ampliaron las materias en las cuales no se concederá recurso de casación, incluyendo también los casos que traten de

Régimen de Convivencia Familiar (antes Régimen de Visitas), Colocación Familiar y en Entidades de Atención e Infracciones a la Protección Debida.

Como poderes de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia que conozca del recurso, el artículo 489-H de la LOPNNA establece que si esta hubiere detectado alguna infracción, se debe abstener de conocer las otras denuncias de infracción formuladas, y debe decretar la nulidad y reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido, siempre que dicha reposición sea útil; o debe casar el fallo y decidir el fondo de la controversia, extendiéndose al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los tribunales de instancia, sin posibilidad de reenvío.

También podrá dicha Sala, en su sentencia, hacer pronunciamiento expreso para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucional que ella encontrare, aunque no se les haya denunciado, y en la sentencia del recurso hacer pronunciamiento expreso sobre las costas, siendo su condenatoria obligatoria en caso de desistimiento o cuando se le deje perecer.

Al igual que lo dispuso el CPC en su artículo 312, la LOPNNA pautó que al proponerse el recurso contra la sentencia que puso fin al juicio, quedan comprendidas en él las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado por ella, siempre que contra dichas decisiones se hubieren agotado, oportunamente, todos los recursos ordinarios (artículo 489 *eiusdem*).

Control de la legalidad.

Podemos definir este recurso como un medio para atacar una sentencia que viola normas de orden público o es contraria a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sala de Casación Social, con el objeto de anularla.

Se interpone por escrito, sin exceder de tres folios útiles y sus vueltos. La limitación se inspira en el artículo 178 de la LOPT, que regula la extensión de dicho escrito de la misma forma. El escrito que exceda en extensión de tres folios útiles y

sus vueltos, podría ser declarado inadmisibile. Sin embargo, será la jurisprudencia la encargada de ir indicando cuáles son los límites para considerar satisfechos los requisitos de forma establecidos.

En relación con el órgano jurisdiccional ante el cual se interpone, es el tribunal superior que dictó la sentencia. Sin embargo hay la posibilidad de interponer el recurso ante otro tribunal, registrador o notario de la circunscripción, para garantizar que no pueda impedirse u obstaculizarse el ejercicio oportuno del recurso.

Aunque nada dice la ley, creemos que habiendo dispuesto la LOPNNA en el artículo 452 la aplicación supletoria del CPC, debe aplicarse lo preceptuado en el artículo 314 ejusdem, en el cual se establece que el recurso de casación se anunciara ante el Tribunal que dicto la sentencia contra la cual se recurre, y solo en caso de haber imposibilidad material de hacerlo ante aquel, podrá anunciarse ante otro Tribunal o ante un Registrador o Notario de la Circunscripción, para que este lo pase de inmediato al Tribunal que debe admitirlo o negarlo, a los fines del pronunciamiento de ley.

Debe presentarse dentro de los cinco días hábiles siguientes, contados a partir del vencimiento del término que se da para la publicación de la sentencia de segunda instancia, que es también de cinco días hábiles siguientes a la conclusión del debate oral. Si contra la decisión del tribunal superior no se presenta el recurso de control de la legalidad en dicho lapso, queda firme también la sentencia de última instancia y el expediente se debe remitir al juez competente para la ejecución de la decisión o para el archivo del expediente, según sea el caso.

Este recurso no puede interponerse en los siguientes casos: (a) en casos de error de trámite o conducta irregular del tribunal superior para frustrar u obstaculizar la interposición del recurso [en este caso lo conveniente sería que la parte interpusiera una acción de amparo constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia], y (b) en los procedimientos en los cuales es admisible el recurso de casación;

En cambio se puede interponer el recurso de control de legalidad en los siguientes juicios: (a) contra las sentencias dictadas en materia patrimonial si su cuantía no es suficiente para acceder a casación, (b) en todos aquellos asuntos que no tienen casación, y (c) en materia de protección si se trata de responsabilidad de crianza, obligación de manutención, convivencia familiar, acciones de protección, colocación familiar y en entidades de atención e infracciones a la protección debida.

Por este medio se pueden atacar las sentencias que sean recurribles y sólo son recurribles las sentencias definitivas de segunda instancia, o sea, las sentencias de última instancia que pongan fin al juicio, no las interlocutorias. Por supuesto que dentro de las sentencias recurribles se encuentran: (a) las definitivas, que son las decisiones que resuelven el mérito del asunto; y (b) las interlocutorias con fuerza de definitiva, que son decisiones dictadas para resolver inconvenientes procesales y que al hacerlo ponen fin al proceso.

No se pueden atacar por este medio: (a) las interlocutorias *stricto sensu*, es decir, aquellas cuyo gravamen puede o no ser reparado por la definitiva; y (b) las interlocutorias en materia de medidas preventivas cuando ponen fin al procedimiento cautelar, resuelven incidentes de inhibición y recusación, regulaciones de competencia de oficio o como medio de impugnación, entre otras.

Para admitir este recurso deben cumplirse los siguientes requisitos: (a) es necesario que se hayan agotado todos los recursos ordinarios; (b) es necesario que el recurso esté fundado en la violación o amenaza de violación de normas de orden público legal y/o que la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada jurisprudencia de la Sala, por lo que no puede tratarse de una simple decisión aislada; (c) es necesario que la Sala valore si el recurso presentado está debidamente fundado, de forma tal que exista, por lo menos una presunción grave de que será procedente el mismo; y (d) la admisión del recurso corresponde a la propia Sala de Casación Social una vez vencido el lapso de cinco días hábiles que da la Ley.

Dubuc (2007), quien analiza ampliamente este nuevo recurso agregado en la LOPNNA, considera que el recurso de hecho es un medio que otorga la ley a la parte

para controlar la legalidad de la decisión que niega la admisión del recurso de casación por ella interpuesto y como la admisibilidad o no del recurso de control de la legalidad corresponde a la propia Sala de Casación Social y no a los tribunales superiores, estima que no deberían presentarse inconvenientes sobre el particular.

Sin embargo, de llegar a presentarse el caso de que un tribunal superior declare inadmisibile el recurso, en tal supuesto, aun cuando ello no ha sido previsto expresamente por la Ley, se debe aceptar el ejercicio del recurso de hecho, aplicando por analogía las disposiciones de la LOPNA, para que la Sala en definitiva se pronuncie sobre la legalidad de la decisión.

En tal circunstancia el recurso de hecho se debe presentar por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que el Tribunal negó por auto expreso la admisión del recurso de control de la legalidad. Vencido el plazo para su ejercicio, la Alzada remitirá el expediente a la Sala de Casación Social para que ésta lo decida, sin audiencia previa, dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo de las actuaciones.

Si el recurso es declarado con lugar, comienza a transcurrir desde la fecha de la decisión un lapso para la contestación del recurso, más el término de la distancia si fuere el caso, caso contrario el expediente se debe remitir al juez competente, para la ejecución de la decisión o para el archivo del expediente, según corresponda.

Dubuc (2007) resume la sustanciación de este recurso en los siguientes términos:

El recurso de control de la legalidad tiene que ser interpuesto dentro del lapso de cinco días hábiles siguientes a la publicación del fallo. La parte que interpone el recurso deberá hacerlo ante el tribunal superior que dictó la decisión y mediante un escrito que en ningún caso exceda de tres folios útiles, en el que exprese los argumentos que soportan las denuncias presentadas contra el fallo impugnado y que en su opinión ameritan su nulidad.

... una vez interpuesto el recurso y remitido el expediente a la Sala de Casación Social, ésta tiene un lapso de tres días hábiles (...) para

pronunciarse sobre la inadmisibilidad o admisibilidad del recurso. En el primero de los casos la Sala declara inadmisibile el recurso, sin necesidad de motivar su decisión.

En el segundo de los casos se le concede al contrarrecurrente un plazo de veinte días calendarios consecutivos para que presente su contestación al recurso... En aplicación del principio de igualdad de las partes en el proceso, el escrito de contestación no podrá exceder de tres folios útiles y sus vueltos.

Después de vencido este plazo la Sala tiene un lapso de tres días hábiles para fijar, por auto expreso, día y hora a fin de que tenga lugar la audiencia oral, pública y contradictoria en la que el recurrente sostendrá oralmente las razones que sustentan su recurso y la otra parte sus defensas. Si el recurrente no comparece se declara desistido el recurso. Una vez concluida la audiencia se dicta sentencia de inmediato, también oralmente...

En la sentencia, la Sala se pronunciará sobre las infracciones denunciadas y si declara con lugar el recurso de control de la legalidad, bien por violación de normas de orden público o bien por contradicción de la jurisprudencia de la Sala... (pp. 132-134).

Veamos ahora los efectos de la declaratoria con lugar o sin lugar de este recurso: Si la Sala declara procedente una denuncia por violación de normas de orden público o contradicción de jurisprudencia que ocasione indefensión, se decretará la nulidad y reposición de la causa al estado procesal en el cual se originó la situación que generó el menoscabo al derecho de defensa, siempre y cuando la reposición no sea inútil por haber alcanzado el acto el fin para el cual había sido dictado.

Si la Sala declara procedente una denuncia por violación de normas de orden público o contradicción de jurisprudencia y éstas no producen indefensión, se decretará la nulidad de la sentencia, sin reponer la causa para que el tribunal superior vuelva de nuevo a dictar una sentencia definitiva de segunda instancia. Una vez

anulado el fallo, en capítulo separado la Sala dictará la sentencia a que hubiere lugar, tanto estimatoria como desestimatoria de la pretensión, o aquella que corresponda, de acuerdo con la forma en la cual se desarrolló el juicio, poniendo fin a la controversia. Si la Sala declara sin lugar el recurso de control de la legalidad, la sentencia de última instancia queda firme y el expediente se remite al juez competente, para que ejecute el fallo o archive el expediente, según sea el caso.

Interpretación.

La CRBV, en artículo 266, ordinal 6º, establece que el conocimiento de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos acordados en la ley, será ejercido por las diversas Salas conforme a lo previsto por dicha Constitución y la ley.

En torno a la prenombrada disposición constitucional, Zambrano (2004) señala:

Es competencia del Tribunal Supremo de justicia, como más alto Tribunal de la República, de conformidad con el número 52 del artículo 5º de la Ley Orgánica que rige sus funciones, conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere (p. 372).

Para Henríquez (2006) dicho recurso “presupone la incoación de una acción autónoma ante la Sala, con llamamiento *in genere* a todos los interesados” (p. 144), teniendo por objeto único del proceso la interpretación, es decir, la determinación del contenido y alcance de una norma jurídica. Se trata de la actuación de una “jurisprudencia normativa”. Para dicho jurista esto presupone un estudio concienzudo de las alegaciones y de la norma en cuestión, confrontada con los textos constitucionales, siendo la sentencia un producto acabado y suficientemente

analizado. Al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Núm. 706 de fecha 18-12-2002, resolvió:

Como ha quedado establecido en múltiples decisiones, **es atribución de cada Sala que conforma este Supremo Tribunal, el conocimiento de los recursos de interpretación acerca del alcance e inteligencia de normas legales, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad de la Sala**, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 266 de la vigente Constitución. Por su parte, el artículo 262 de la Carta Magna establece que la Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores ...” (Resaltado añadido).

A pesar que la LOPT es fuente supletoria de la LOPNNA, conforme al artículo 115 *ejusdem*, la LOPT no reguló este recurso, como si lo hizo la LOPNNA. Por ello, señalaremos a continuación el objeto de este recurso y los requisitos que se deben cumplir para su interposición, según esta ley especial.

El objeto de este recurso es aclarar las dudas que surjan en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas contenidas en la LOPNNA. Para cumplir los requisitos el recurrente debe indicar la conexidad entre el recurso intentado y un caso concreto para determinar su legitimidad. Además, son exigibles los requisitos que para el ejercicio de este recurso ha establecido en forma pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, tales como:

- Debe existir una duda razonable sobre la correcta inteligencia de la disposición legal;
- Debe precisarse en qué consiste el motivo de la interpretación;
- La Sala no ha debido pronunciarse con anterioridad sobre el punto requerido y, en tal sentido no debe ser necesario modificar el criterio sostenido;
- El recurso de interpretación no debe buscar sustituir los recursos procesales existentes, u obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva;

- No puede ser acumulable la pretensión a otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias;
- El objeto de la interpretación no debe buscar conseguir una opinión previa del órgano jurisdiccional para la solución de un caso concreto que esté siendo conocido por otro órgano jurisdiccional, bien sea entre particulares o entre éstos y los órganos públicos.

Por su parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 257 del 16-03-2004, estableció ciertas exigencias:

Ha sostenido la jurisprudencia de este Alto Tribunal que la admisibilidad de este particular recurso está sujeto al cumplimiento de ciertas exigencias y, en tal sentido, se han establecido como requisitos concurrentes: i) que la norma cuya interpretación y análisis se solicite sea de rango legal; ii) que la propia Ley permita o establezca el ejercicio de tal recurso; y iii) que se verifique la conexidad entre el recurso intentado y un determinado caso concreto.

La Ejecución de la Sentencia

Por cuanto en la LOPNNA no está regulada la ejecución de la sentencia, debemos recurrir, por mandato expreso de su artículo 452, a la aplicación supletoria de las disposiciones de la LOPT y del CPC. En la LOPT encontramos en los artículos 180 al 186 el procedimiento de ejecución, en tanto en el CPC hallamos a partir del artículo 523 y hasta el artículo 584 todo lo relativo a la ejecución de la sentencia. En lo atinente a la ejecución voluntaria: La LOPT prevé tres días hábiles para la misma (artículo 180), a diferencia del CPC que establece un lapso que no podrá ser menor de tres días ni mayor de diez (artículo 524).

Tratándose ambas de leyes adjetivas, por ser la LOPT una ley especial y posterior priva sobre el CPC que es una ley general y anterior. Al respecto, Cuenca

(1969) comenta:

Es lugar común la idea de que las leyes procesales, en general, siguen el efecto fundamental de las leyes materiales, pues realmente tampoco actúan sobre lo pasado, por lo menos en el proceso civil, ya que bajo el imperio de la nueva ley mantienen su efecto jurídico los actos bajo leyes anteriores, y **los posteriores se rigen por la nueva ley** (p. 292, resaltado añadido).

Asimismo, señala el referido autor, sobre la aplicación de las normas procesales, que:

El tiempo es un gran regulador del proceso: crea, modifica o extingue cargas, deberes, facultades, etc. y es por ello por lo que ejerce influencia decisiva en el juicio. Si durante el curso de un proceso, una nueva ley impone otras normas procesales, se presenta un conflicto, a menudo complejo y difícil de resolver, sobre todo, en cuanto a los defectos y eficacia jurídica de los actos bajo la vieja ley.

Diversos sistemas se han propuesto para solucionar este conflicto con la aplicación del principio, ya enunciado, de que en materia procesal no hay retroactividad. La doctrina tradicionalmente distingue tres situaciones: a) Procesos no iniciados, cuya acción debe deducirse conforme a la nueva ley, b) Procesos pendientes, en los cuales debe distinguirse entre los actos procesales ya realizados, que se rigieron por la vieja norma y cuyos efectos se valoran por ella misma y **los actos no realizados, que deben verificarse conforme a la nueva ley**, y c) Procesos ya terminados, que son intangibles, bajo el imperio de la vieja ley (*Op. Cit.*, p. 293, resaltado añadido).

Respecto a la ejecución forzosa, la LOPT dispone que se llevará a cabo al cuarto día hábil siguiente, si dentro de los tres días hábiles que la preceden no ha habido cumplimiento voluntario (artículo 180), en tanto el CPC tiene dispuesto que

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

La LOPT, en su artículo 181, atribuye a los tribunales del trabajo competentes de primera instancia (los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo), la ejecución de las sentencias definitivamente firmes y ejecutoriadas o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, así como los que dicten los Tribunales Superiores del Trabajo o el Tribunal Supremo de Justicia, mientras el CPC establece 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 (artículo 523).

Similar a la LOPT, la LOPNNA ha dispuesto en su artículo 175 que en cada circuito judicial, los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes están constituidos en primera instancia por jueces o juezas de mediación y sustanciación y, jueces o juezas de juicio, y en segunda instancia, por jueces o juezas superiores. Asimismo, se prevé que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura determinará en cada circuito judicial, según las necesidades del servicio, si la ejecución corresponde a los jueces o juezas de mediación y sustanciación, a los jueces o juezas de juicio o, si es necesario crear jueces o juezas de ejecución en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes.

La LOPT establece que para la ejecución de las sentencias y demás decisiones se observará lo dispuesto en el Título IV del Libro Segundo del CPC, en cuanto no se oponga a lo preceptuado en esa ley. En ningún caso la aplicación de esta supletoriedad puede contrariar los principios de brevedad, oralidad, inmediación y concentración consagrados en la LOPT.

En lo relativo al anuncio del remate, mientras el CPC establece en su artículo 551 que el remate de los bienes muebles se anunciará, en tres distintas ocasiones, de tres en tres días, mediante carteles que se publicarán en un periódico del lugar donde tenga su sede el Tribunal y, además, en uno del lugar donde estén situados los bienes,

si tal fuere el caso, la LOPT dispone que se anunciará el remate con la publicación de un solo cartel.

El CPC establece en su artículo 556 que el justiprecio de las cosas embargadas se hará por peritos que se nombrarán uno por cada parte, asociados a un tercero que elegirán las mismas partes, o que en defecto de ellas por inasistencia o desacuerdo en su nombramiento, designará el tribunal. Por su parte la LOPT establece que el justiprecio de los bienes a rematar los hará un solo perito designado por el tribunal (artículo 183).

A diferencia del CPC –que según el artículo 527 sólo permite que el mandamiento de ejecución ordene 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, que se depositen los bienes embargados siguiendo lo dispuesto en los artículos 539 y siguientes de ese Código y que a falta de otros bienes del deudor, se embargue cualquier sueldo, salario o remuneración de que disfrute el embargado, siguiendo la escala indicada en el artículo 598– la LOPT faculta al juez de ejecución para disponer de todas las medidas que considere pertinentes, a fin de garantizar la efectiva ejecución del fallo y que esta discusión no se haga ilusoria.

Podrá también el juez en materia laboral dictar cualquier disposición complementaria para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere dictado (artículo 184). Referente a los recursos contra las decisiones que dicte el juez en fase de ejecución, la LOPT prevé la admisión del recurso de apelación a un solo efecto, el cual debe ser ejercido dentro de los tres días hábiles siguientes, contados a partir del acto que se impugna. Dicho recurso debe ser decidido en forma oral y de inmediato, previa audiencia de parte, dentro de los cinco días hábiles siguientes por el Tribunal Superior, y contra el fallo dictado por el mismo no se admite recurso de casación.

La declaración de la terminación del proceso cuando esté involucrado el Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes

Según la sentencia número 1064 del 07-05-2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no puede declararse la terminación del proceso cuando esté involucrado el interés superior de niños, niñas y adolescentes, ya que esto es materia de orden público.

Dicha sentencia guarda relación con el amparo interpuesto contra la decisión que homologó un convenio en el cual la parte actora alega que se dio en pago una vivienda propiedad de quienes eran menores de edad al momento del convenio y dicho acuerdo fue homologado sin la autorización del Juez de Protección del Niño y del Adolescente, pese a que los menores no fueron demandados en el proceso donde se acordó la dación en pago.

Sobre el particular, según el extracto que de dicha sentencia elaboró Zuleta (2009), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado sentado partiendo del caso José Mejía Betancourt (sentencia de fecha 1º de febrero de 2000), que cuando el tribunal considere que los hechos alegados afecten el orden público, la falta de comparecencia del presunto agraviado a la audiencia constitucional no dará por terminado el procedimiento.

En ese sentido, la indicada Sala considera que si en un procedimiento judicial el tribunal dicta una decisión supuestamente lesiva a los intereses, derechos y/o garantías constitucionales de los niños, niñas y adolescentes involucrados, y la naturaleza del bien jurídico que pretende tutelarse es de estricto orden público, en virtud de la protección especial que debe brindar el Estado y el principio del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, si los hechos que se alegan involucran el orden público, es posible revocar la sentencia que declaró terminado el procedimiento y reponer la causa al estado de que el tribunal de primera instancia dicte una nueva sentencia.

Cosa similar de nulidad de la sentencia debiera ocurrir si la terminación del proceso se produjere, verbigracia, por desistimiento, siendo que en la relación jurídica procesal esté involucrado el Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, pues según la LOPNNA y la prenombrada sentencia, dicho interés constituye una materia estrechamente ligada al orden público.

Plantea Henríquez (1995b) que el desistimiento es un acto de retiro o abandono temporal de la petición de otorgamiento de tutela jurídica que conlleva la extinción de la relación procesal (y por tanto del proceso) por falta de impulso, la omisión de la consiguiente sentencia de fondo, la inexistencia de cosa juzgada en el juicio desistido y la desaparición también de las medidas preventivas que hayan podido dictarse *pendente litis*.

Sin embargo, en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, no puede el juzgador actuar en forma simplista, aplicando ciegamente lo pautado en el artículo 263 del CPC, pues dicha norma prevé que en cualquier estado y grado de la causa el demandante puede desistir de la demanda y en ese caso el cual el juez debe dar por consumido el acto y proceder como en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Asimismo, dicha disposición legal contempla que el acto por el cual desiste el demandante o conviene el demandado en la demanda, aún antes de la homologación del tribunal, es irrevocable.

En materia de protección de niños, niñas y adolescentes, si la parte demandada representa sus intereses, tampoco puede quedar terminada la causa por convenimiento total de parte de la misma, homologarse a continuación dicho acto procesal de autocomposición procesal y procederse como en cosa juzgada, tal como en materia ordinaria lo prevé el artículo 363 del CPC. Al contrario, existen en la LOPNNA diversas disposiciones destinadas a tutelar o garantizar el interés superior de niños, niñas y adolescentes, entre las cuales podemos citar las siguientes:

1. En ejercicio de su representación, los defensores públicos y las defensoras públicas para la protección de niños, niñas y adolescentes no pueden convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la

- decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio. En estos casos sólo podrán actuar mediante asistencia de las partes (artículo 170-B).
2. El juez o jueza no homologará el acuerdo conciliatorio cuando éste vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescentes, trate asuntos sobre los cuales no es posible la conciliación, por estar referidos a materias no disponibles o derechos irrenunciables, o verse sobre hechos punibles (artículo 317).
 3. Excepcionalmente los padres podrán convenir la Custodia compartida, cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija (artículo 359).
 4. Los convenios sobre obligación de manutención deben ser sometidos a la homologación del juez o jueza, quien cuidará siempre que los términos convenidos no sean contrarios a los intereses del niño, niña o adolescente (artículo 375).
 5. El Régimen de Convivencia Familiar debe ser convenido de mutuo acuerdo entre el padre y la madre, oyendo al hijo o hija. De no lograrse dicho acuerdo, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente, podrá solicitar al juez o jueza que fije el Régimen de Convivencia Familiar, quien decidirá atendiendo al interés superior de los hijos e hijas (artículo 387).
 6. En caso que la persona o personas a quienes corresponda otorgar el consentimiento para viajar se negare a darlo o hubiere desacuerdo para su otorgamiento, el padre o madre que autorice el viaje, o el hijo o hija si es adolescente, puede acudir ante el juez o jueza y exponerle la situación, a fin de que éste decida lo que convenga a su interés superior (artículo 393).
 7. No pueden homologarse los acuerdos extrajudiciales cuando vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, o cuando versen sobre materias cuya naturaleza no permita la conciliación o mediación, o que se encuentre expresamente prohibido por la ley, tales como, la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención y las infracciones a la protección debida (artículo 519).

En protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia, el CC dispuso:

Artículo 267.- El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres (3) años, recibir la renta anticipada por más de un (1) año, **deberán obtener la autorización judicial del Juez de Menores.**

Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, **desistir del procedimiento,** de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

Tampoco podrán reconocer obligaciones ni **celebrar transacciones, convenimientos o desistimientos en juicio** en que aquellas se cobren, cuando resulten, afectados intereses de menores, **sin la autorización judicial.**

La autorización judicial sólo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor, oída la opinión del Ministerio Público, y será especial para cada caso.

El Juez podrá asimismo, acordar la administración de todos o parte de los bienes y la representación de todos o parte de los intereses de los hijos a uno solo de los padres, a solicitud de éste, oída la opinión del otro progenitor y siempre que así convenga a los intereses del menor (Resaltado añadido).

Implica la norma antes citada que en los procedimientos judiciales en los cuales tengan interés directo niños, niñas y adolescentes, sólo podrá desistirse del

procedimiento, de la acción o de los recursos, celebrarse transacciones o convenimientos judiciales y someterse los asuntos en que tengan los mismos a compromisos arbitrales, con la opinión favorable del Fiscal Especializado del Ministerio Público y la autorización previa del juez de protección, la cual será concedida sólo cuando la misma sea de evidente necesidad o utilidad para los respectivos niños, niñas y adolescentes, es decir, cuando no resulten afectados sus intereses.

Aunque las formas anteriores de terminación del proceso (desistimiento, convenimiento, transacción y sometimiento del asunto a compromiso arbitral) requieren que el juez de protección cuide que ellos no sean contrarios al interés superior de niños, niñas y adolescentes o lesionen sus intereses, existe una forma de terminación del proceso muy frecuente en las instancias judiciales, el cual opera no por voluntad expresa de las partes, sino por su inactividad, lo cual tiene su fundamento en la “presunta intención de las partes de abandonar el proceso”, así como en “el interés público de evitar la pendencia indefinida de los procesos para ahorrar a los jueces deberes de cargo innecesarios” (Henríquez, 1995b, p. 329).

Nos referimos a la figura de la perención de la instancia, cuya aplicación en esta materia especial está prevista en el artículo 268 del CPC y que los jueces de instancia vienen aplicando en las distintas materias de instituciones familiares, incluyendo la obligación de manutención.

En este último caso dichos órganos jurisdiccionales –pese al principio general de la insolubilidad de la perención y que conlleva a que si el proceso es extinguido, también debe ocurrir lo mismo con las medidas cautelares que se hayan dictado– la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 1.102 del 12-05-2003 ha dicho que declarada la perención de la instancia, no se impide la protección integral de los menores a través de la imposición de medidas cautelares.

En la referida sentencia quedó establecido que si bien la institución de la perención “castiga” la negligencia de las partes, sin diferenciar si ellas son menores o no, pues la negligencia no puede ser premiada fundada en el interés de los menores ni

se puede mantener indefinidamente al demandado sujeto a juicio, ya que tal situación *sub judice* indefinida contraría el debido proceso y la propia finalidad del mismo, si se toma en cuenta que **el efecto de la perención de la instancia no es extinguir el derecho, sino a raíz de su declaración, postergar por espacio de tres meses que se incoe de nuevo la acción para reclamar el derecho**, en principio, ningún perjuicio causa la declaratoria de perención al demandante, así se trate de un menor.

No obstante lo planteado, se debe mantener mientras tanto la medida preventiva decretada, para que la accionante, pasados los tres meses de la sentencia firme en ese sentido, pueda demandar de nuevo la obligación de manutención y no se corra el riesgo que el presunto deudor cobre sus prestaciones, si es que ellas se liquidan en ese término, y se haga nugatorio para los niños, niñas y adolescentes la obtención de la manutención.

En virtud que los órganos jurisdiccionales de protección deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, así como poner en práctica el principio de subsistencia de la obligación de manutención, a dichos órganos le corresponden mantener la medida sobre las prestaciones al menos durante tres meses después que se decretase —si ello fuese así— la perención de la instancia, de manera que si se incoase de nuevo la acción, no se perjudique a los mismos.

Ya estudiada la materia precedentemente tratada, pasaremos en el siguiente capítulo a analizar los resultados del estudio realizado.

Capítulo VI

Análisis de los Resultados de la Investigación

Como resultado de la aplicación de las técnicas de recolección de datos diseñados para tal fin, relativas a las entrevistas y estudios de expedientes, los cuales serán presentados en dos apartes con sus correspondientes análisis, se refiere lo siguiente:

Entrevista a Expertos

Dada la importancia del estudio realizado y a los efectos de contrastar en la realidad los elementos teóricos expuestos, fue necesario aplicar este instrumento de recolección de datos, los cuales fueron dispuestos en dos Guías del Entrevistador, constituida cada una de ellas por una lista de ítems (preguntas), cuya elaboración tomó en cuenta el planteamiento del problema, la formulación del tópico o problema y los objetivos del Trabajo de Grado, en efecto bajo los anexos a y b se presentan al lector no solo el instrumento sino las respuestas instadas.

Con la primera Guía: Se entrevistó a uno de los Jueces Unipersonales de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Maracaibo. Los asuntos tratados se relacionan con diversos tópicos del procedimiento ordinario regulado en la LOPNNA.

Con la segunda Guía: Se entrevistó a uno de los Jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Maracaibo. Los temas tratados se relacionan con diversos tópicos del procedimiento ordinario regulado en la LOPT, debido la similitud del procedimiento ordinario existente en la LOPNNA y en la LOPT, que además es fuente supletoria de aquella.

Análisis de los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas.

De los resultados obtenidos a través de la aplicación de las referidas entrevistas se extrajeron las siguientes conclusiones parciales:

- En cuanto a la admisibilidad o no del libelo de la demanda que deba ser corregido: Si dicho libelo no cumple con todos los requisitos de ley, en nuestra opinión no debería ser admitido. Tomando en cuenta que un elevado número de los expedientes que reposan en la jurisdicción de protección de niños, niñas y adolescentes evidencian una notable inactividad de la parte actora, con el objeto de evitar la negligencia, promover la celeridad de los procedimientos y contribuir a corregir esta situación, lo más conveniente es que el legislador establezca que, antes de admitir, el juez debe ordenar al solicitante la corrección del libelo, apercibiéndolo de perención, tal como lo pautó la LOPT en el procedimiento laboral.
- Respecto a si la notificación, como forma principal de llamamiento a juicio de la parte demandada, garantiza el derecho a la defensa: Las nuevas formas de notificación previstas en la LOPNNA garantizan la brevedad del procedimiento (porque ya no van a tener que irse a otras formas de citación en caso de no lograrse la citación personal), pero en cuanto al derecho a la defensa no es garantista, porque con la notificación por boleta podría suceder que la parte demandada no viva en la dirección que fue provista por la parte actora al alguacil y que éste, sin embargo, deje la boleta allí, originando que esa persona que fue demandada nunca se llegue a enterar que ha sido demandado para que se pueda defender.

Esto puede suceder porque durante la aplicación de la LOPNA hubo casos en los cuales los abogados proveyeron a los alguaciles una dirección falsa para gestionar después la citación por carteles, que casi nadie lee. Precisamente uno de los problemas que tiene la norma que regula la

notificación por boleta es que no estableció los mecanismos de seguridad jurídica para garantizar que no se altere el derecho a la defensa.

Por ello es muy importante tomar en cuenta la eficacia de la notificación: Si el alguacil del tribunal va a notificar a la parte, la consigue y esta la recibe, es eficaz, pero si el alguacil no la consigue o la parte actora ha proveído al alguacil una dirección falsa, y no hay más oportunidades para que esa persona se dé cuenta que en su contra hay un proceso y pueda ir al mismo a defenderse, no es eficaz.

Por esto en materia laboral resulta factible la aplicación de la notificación por cuanto generalmente la parte demandada es una persona jurídica, que posee una sede física, en la cual se fija un cartel de notificación que indica el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar, y se le entrega una copia del mismo al empleador o se consigna en la oficina receptora de correspondencia si la hubiere.

En la notificación existente en el ámbito laboral se busca que la empresa, que es una persona jurídica con una sede física, se entere que hay una demanda en su contra y comparezca a la audiencia preliminar.

En la LOPNNA es diferente, porque generalmente la parte demandada a quien tiene que buscar el alguacil para que vaya a juicio es una persona natural y no una persona jurídica.

Consideramos que el haber incluido como modificación de la LOPT que se adjunte una copia certificada de la demanda, además de la indicación de la oportunidad en que debe comparecer a juicio, no adecua aquella norma prevista para las relaciones laborales a las circunstancias y especificidades propias de las relaciones familiares, y no ofrece por ello mayores garantías al demandado para su adecuada defensa.

- En lo referente a la función clave o de mayor importancia de la audiencia preliminar: Tenemos que con esta se procura el acuerdo total o parcial entre las partes, haciendo uso de los medios alternos de solución de conflictos. Sin embargo, si no se logra el acuerdo hay que sustanciar, y si hay defectos que subsanar, se debe recurrir al despacho saneador.
- Sobre la obligatoria comparecencia personal de las partes o sus apoderados en la audiencia preliminar: Ese carácter obligatorio constituye precisamente un mecanismo que contribuye a garantizar que la audiencia preliminar se celebre. Para que la mediación pueda alcanzar su propósito (que se logren acuerdos) tienen que estar presentes las dos partes, para que puedan dialogar y presentar proposiciones, no el mediador.
- En lo relativo a la prueba denominada Declaración de Parte: Además de garantizar el principio de inmediación, resulta de gran utilidad para el juez, quien no se ve sujeto al principio de instancia de parte para conocer o aclarar la verdad, pues si lo considera procedente hace uso de ese medio, en presencia de las partes que garantizan en la audiencia el principio del contradictorio.
- En lo atinente con la interposición, en forma escrita u oral, de la demanda, sin asistencia de abogado: Si alguien presenta su demanda sin asistencia de abogado, el tribunal debe garantizarle de inmediato el derecho a estar asistido de abogado, designándole uno.
- En relación a la duración que el legislador estableció en la LOPNNA para las fases de mediación y sustanciación de la audiencia preliminar: Un mes máximo para la mediación y tres meses máximos para la sustanciación, consideramos que están acordes con las leyes sobre mediación familiar a nivel internacional.
- En lo tocante a la pertinencia o no de la mediación en las materias de adopción y colocación familiar: Para que no se desvirtúe la esencia de ambas

medidas de protección (adopción y colocación), es correcto que no se haya considerado admisible en la LOPNNA la mediación en dichas materias.

Ello se debe a que no son susceptibles de negociación: (a) los consentimientos requeridos a las personas indicadas en el artículo 414 *ejusdem*; (b) las opiniones que deben recabarse al candidato a adopción si tiene menos de doce años o a los hijos o hijas del solicitante de la adopción, que prevén el artículo 415 *ibídem*; (c) que el padre, la madre o alguno de ellos entregue hijos, siendo éstos niños, niñas o adolescentes, para su crianza a un tercero, sin autorización social y sin la elaboración previa de informes (lo cual violaría el artículo 400 de la ley especial que regula la “entrega por los padres a un tercero”, ocasionando que se incurra en el delito de “entrega ilegal”, previsto y sancionado en el artículo 232 de la misma).

Sin embargo, hay cuestiones dentro del trámite para la adopción o para la colocación que pueden generar mediación, por ejemplo, cuando hay conflicto entre los hijos de quienes pretenden adoptar o tener en colocación y sus padres, allí puede haber a instancias del tribunal una mediación para solucionar el conflicto presente. En cuanto los casos de violencia, hay que distinguir entre los casos extremos (en los cuales la presencia de la misma no posibilita el diálogo) y los casos que no revisten tal gravedad, en los cuales la experiencia ha demostrado lo beneficioso que resulta la mediación.

- En lo que concierne a si la fijación por día y hora establecida en la LOPNNA, brinda mayor seguridad jurídica a las partes que del modo que lo establecía la LOPNA, que era por días de despacho del tribunal para algunos casos y por lapsos para otros: Al haber una notificación única, la forma más segura de llevar el control de los distintos actos procesales es estableciendo los días y horas específicas para la celebración de los mismos.
- En torno a si el plazo para dar inicio a la fase de sustanciación en los casos que no procede la mediación judicial debe computarse desde que se admita

la demanda, o desde que las personas que han de concurrir a la audiencia respectiva hayan sido notificadas: Para no violar el derecho a la defensa, el plazo para dar inicio a dicha fase debe computarse desde el momento en que las personas que han de concurrir a la audiencia respectiva hayan sido previa y válidamente notificadas.

- De la aplicación en materia de protección de niños, niñas y adolescentes de la figura de la admisión de hechos por no dar contestación en la forma establecida en la ley, prevista en el artículo 135 de la LOPT: Aunque se llegara a consagrar dicho principio en esta materia especial y la parte demandada no contestara determinados hechos que resultaran importantes ser aclarados para la decisión de la causa, el juez -por contar con amplios poderes para indagar la verdad, la cual puede inquirir por todos los medios a su alcance- puede ordenar la evacuación de aquellas pruebas que estime convenientes realizar en la búsqueda de la verdad, debido a que priva el interés superior de niños, niñas y adolescentes.
- Relacionado con la habilitación o no de las testimoniales de personas que según el derecho procesal común resultaban inhábiles para rendir su testimonio, tales como los amigos íntimos, los trabajadores domésticos (a favor o en contra de quien lo tenga a su servicio), los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, los parientes afines hasta el segundo grado de las partes y los niños y niñas, entre otros, en los procesos que involucren niñez y adolescencia: Partiendo del actual desarrollo doctrinario y jurisprudencial, resulta lo más útil y conveniente que se estimen hábiles sus testimoniales, sobre todo en aquellos procesos en los cuales es muy escaso el material probatorio.

Con todo, se tendría que tomar en cuenta diversos aspectos, como la materia, la profesión del testigo y el caso concreto que se ventile, para la apreciación de las testimoniales aportadas por dichas personas.

- En lo pertinente al carácter de experticia que tienen los Informes, bien de los niños, niñas o adolescentes, o de sus progenitores, representantes o responsables, que son elaborados por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: Compartimos lo establecido por el legislador en la LOPNNA en el sentido que los informes del equipo multidisciplinario emitidos en un proceso judicial constituyen una experticia que prevalecen sobre las demás experticias.
Eso tiene su fundamento en que dicho equipo constituye un servicio auxiliar del Tribunal, de carácter independiente e imparcial, que elaboran informes integrales en diversos planos y que está integrado por profesionales de distintas disciplinas científicas y que en su mayoría son funcionarios de carrera que prestan sus servicios con carácter exclusivo a esos tribunales.
En este sentido, apoyamos que el legislador le haya dado rango legal a la atribución dispuesta administrativamente en el literal b del artículo 6 de la Resolución N° 76 de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de fecha 04 de octubre de 2004, que estableció como atribución del equipo multidisciplinario: “Intervenir como expertos independientes e imparciales del Sistema de Justicia en los procedimientos judiciales, realizando experticias mediante informes técnicos integrales”.
- Acerca del Despacho Saneador: La LOPNA se quedó corta, pues aunque estableció que si la demanda presentada carecía de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 455 *ejusdem*, el juez ordenaría su corrección dentro de un plazo de tres días, puntualizando los errores u omisiones que se hayan producido (artículo 459), pues como consecuencia jurídica al incumplimiento de la prevención hecha por el juez, se limitó a sancionar con la remoción del cargo al representante judicial nombrado por el tribunal para que le brindara asistencia técnica al niño y al adolescente.

En cuanto a la LOPNNA: Dispuso la admisión de la demanda presentada que no fuera contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico, y luego de ésta se ejercerá el despacho saneador, si fuere el caso, ordenando la corrección e indicando el plazo para ello que, en ningún caso, excederá de cinco días. Sin embargo, aunque establece un plazo máximo para la corrección, no indica de manera expresa la consecuencia jurídica del incumplimiento de la orden judicial de corrección, motivo por el cual para nosotros también se quedó corta. Consideramos que desde el punto de vista procesal lo mejor sería que si el escrito libelar no cumple con los requisitos exigidos, el juez de mediación y sustanciación no admita la demanda y lo aperciba con perención para que la corrija, como lo estableció el artículo 124 de la LOPT en materia laboral.

- Correspondiente al carácter, objeto, instancias y requisitos para decretar medidas cautelares si sobrevienen los motivos o las causas que justifiquen su declaratoria: Consideramos acertado haber dispuesto que el juez o jueza, a solicitud de parte o de oficio, pueda dictar medidas preventivas que no hubieren sido ya pronunciadas en el auto de admisión y que se consideren necesarias para garantizar derechos de los sujetos del proceso o a fin de asegurar la más pronta y eficaz preparación de las actuaciones que sean necesarias para proceder a la audiencia de juicio y que dichas medidas puedan decretarse en cualquier estado y grado del proceso (es decir, por cualquiera de los jueces de primera instancia o superior).

Asimismo, estimamos conveniente que en los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de la LOPNNA, sea suficiente para decretar la medida preventiva que la parte solicitante señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para requerirla, y que en los demás casos, sólo procederán cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se

acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama (artículo 466 *ejusdem*).

- Inherente a la interposición de cuestiones previas: Juzgamos correcto que la LOPNNA haya dispuesto para la fase de sustanciación de la audiencia preliminar la posibilidad de que las partes en sus intervenciones versen sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso, que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, especialmente para evitar quebrantamientos de orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva y que las observaciones de las partes deben comprender todos los vicios o situaciones que pudieran existir, so pena de no poder hacerlos valer posteriormente.

Esto obliga al juez o jueza a que decida en la misma audiencia todo lo conducente, las cuales una vez resueltas, conlleven a que se ordenen las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios, los cuales deben ser tramitados e implementados con la mayor diligencia y prontitud, sin que para ello se detenga el proceso, a menos que por efecto de lo decidido por el juez o jueza sea necesario llamar a terceros interesados indisolublemente en la causa. Tramitada de esta manera las cuestiones formales se evita la dilación del proceso.

- Respecto a la actitud o posición que debe asumir el juez mediador: Aunque el juez no puede asumir posiciones o partido en la audiencia preliminar, porque debe mantener su imparcialidad, que es una característica propia de la función jurisdiccional, esto no implica que el juez no pueda asomar propuestas de arreglo, o hacer ver a cada parte por separado y sin presencia de la otra parte, los puntos débiles o fallas procesales que tiene en el proceso, con el objeto de bajar el nivel de conflictividad y facilitar la conciliación o acuerdos entre las partes.

- Referido al efecto principal de la aplicación de los principios de oralidad, concentración, brevedad e inmediatez en el proceso: El efecto principal es el de conferir al proceso una gran transparencia, que evitan que los actos sean ocultos o que se hagan distribuciones de solicitudes o demandas, admisiones de estas, sustanciaciones o juicios bajo el influjo de intereses personales.
- Concerniente a la posibilidad de admitir la representación sin poder en la audiencia preliminar: No se puede admitir la representación sin poder en la audiencia preliminar porque a ella se va a convenir, y esto comporta la capacidad de disponer del derecho en litigio, la cual es una facultad expresa que no tiene un abogado que actúe como representante sin poder.
- En lo tocante a la procedencia o improcedencia de la reconvencción en el proceso contencioso que involucra a niños, niñas y adolescentes: A diferencia del juicio laboral (en el que la LOT establece que cuando el trabajador es deudor del patrono, sólo puede compensar hasta el cincuenta por ciento de lo que el trabajador le debe y cualquier deuda que el trabajador pueda tener con el patrono constituye una deuda de carácter civil, que debe ser tramitada por la jurisdicción civil competente por la cuantía), en materia de protección de niños, niñas y adolescentes la parte demandada puede, de no lograrse acuerdo en la fase de mediación, decidirse por reconvenir en la oportunidad de dar contestación a la demanda.

La necesidad de la reconvencción en esta materia especial surge de la posibilidad de existencia de una pretensión independiente en la parte demandada, que debe ser propuesta como demanda principal (o reconvenccional) contra la parte actora, pero que se acumula por razones de economía procesal en el proceso pendiente a la pretensión principal con otro objeto, que amplía la demanda inicial, pero que a lo mejor está fundada en

título diferente a la de la parte actora, para que sea decidida por el mismo juez que conoce la demanda principal y en el mismo proceso.

- En cuanto al carácter del proceso (oral, escrito o mixto): Luego de la reforma procesal de 2007, el proceso contencioso en materia de protección de niños, niñas y adolescentes es mixto; no es ni exclusivamente oral ni escrito.

El proceso es oral y sólo se admiten las formas escritas previstas en la Ley, tales como el escrito de pruebas, los convenimientos, el dispositivo de la sentencia, la publicación de la sentencia, el anuncio de la apelación, el escrito fundamentado de la apelación, el escrito para contradecir o contestar los alegatos del recurrente y el anuncio de recurso de casación. Ese carácter permite que el proceso sea más breve, como es lo deseable.

Algunos actos, pueden presentarse en forma oral o escrito, pero si es presentada en forma oral será reducida a un acta sucinta que comprenda los elementos esenciales. Tal es el caso de la demanda y la contestación de la demanda.

Además, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar debe ser reproducida en forma audiovisual, debiendo el Tribunal remitir junto con el expediente y en sobre sellado, la cinta o medio electrónico de reproducción para el conocimiento del juez o jueza de juicio, del juez o jueza superior o de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, según corresponda. De allí que resulte imposible tener un sistema oral puro y que sea imprescindible adoptar un sistema mixto.

- De la oportunidad de las partes para presentar su escrito de pruebas y para contestar la demanda: Para que haya mayor seguridad jurídica y certeza para las partes lo recomendable es que se haya establecido en la LOPNNA una oportunidad única para que se conteste la demanda y para que ambas partes presenten sus pruebas. De allí que sería un contrasentido permitir a las partes que dispongan de todos los meses que dure la audiencia preliminar para

promover pruebas, pues podría ser utilizado por las partes como un ardid profesional.

- Acerca de las cualidades que debe tener el juez de protección de niños, niñas y adolescentes: Entre otras debe poseer las siguientes: (a) rectitud de conciencia y probidad, (b) poseer los conocimientos técnicos necesarios, (c) sensibilidad social, (d) ser proactivo, y (e) estar altamente comprometido con el ideal de justicia.
- En relación a la afectación de las partes en el proceso por su conducta o señalamientos realizados durante la mediación: Lo dispuesto en la LOPNNA (que lo se diga en la fase de mediación de la audiencia preliminar no tenga ninguna influencia en el proceso) es lo idóneo para impulsar acuerdos. Por ello puede suceder que en la fase de mediación la parte demandada admita como ciertos determinados hechos y que, de no haber acuerdo, en la contestación de la demanda negara los mismos.
- En lo atinente a la consecuencia de la falta de comparecencia de la parte actora a la audiencia de juicio: Ante la importancia del acto que se efectúa, que implica poner a funcionar el aparato jurisdiccional del Estado (con el consiguiente costo para el mismo, la pérdida de energía para distintos funcionarios públicos y la acumulación de expedientes), consideramos acertados los efectos dispuestos por el legislador en la LOPNNA en lo relativo a la continuación de la audiencia de juicio con la parte que esté presente o con el Ministerio Público si hubiere hecho acto de presencia o en aquellos casos en los cuales a su criterio existen elementos de convicción suficientes para proseguir el proceso.
Importancia mayor cobra lo planteado en esos dos últimos casos, cuando se trata de proteger los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.
- Sobre el sistema más idóneo para la apreciación o valoración de las pruebas: Tomando en cuenta los sistemas de apreciación de las pruebas que han

existido (libre convicción, tarifa legal y libre convicción razonada o sana crítica) creemos que el sistema adoptado por la LOPNNA (que el juez o jueza aprecie las pruebas según las reglas de la libre convicción razonada, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica) es el mejor, por cuanto el valor de las pruebas se remite a criterios de lógica y de experiencia, lo cual implica que la prueba fije en el juez una convicción lo más cercana posible a la verdad.

Nos apartamos del sistema de la libre convicción debido a que el juez no tiene que motivar su decisión, y del sistema de la tarifa legal porque el valor de la prueba está regulado en la ley, que obliga al juez a darle a la prueba el valor que le ordena el legislador así su convicción personal sea distinta.

Técnica de Estudio de Casos (Expedientes)

Para el análisis de las causas o expedientes que cursan por ante el Tribunal de Protección de Niños Niñas y Adolescentes, se diseñó un instrumento cuya aplicación permitió verificar las causas que originan atraso en los procesos judiciales, en especial se buscó determinar si dicho atraso era consecuencia de la anterior forma de llamamiento a juicio (la citación).

La técnica para la recolección de datos relativa al estudio de casos (expedientes), estuvo conformada por un cuadro que contenía en su primera fila los siguientes elementos:

- Número de expediente.
- Fecha de admisión de la solicitud o demanda.
- Fecha en que la parte actora gestionó la citación de la parte demandada.
- Fecha en que el alguacil hizo la citación.
- Fecha en que el alguacil expuso no haber localizado al demandado.
- Fecha en que se gestionó la citación por carteles.
- Fecha en que el tribunal acordó la citación por carteles.

- Fecha en que se publicó el cartel ordenado por el tribunal.
- Fecha en que el tribunal ordenó nombrar defensor *ad litem*.
- Fecha en que el defensor *ad litem* aceptó el cargo y tomó juramento.
- Fecha de citación del defensor *ad litem*.

Utilizando el libro cronológico de causas del tribunal, correspondiente a los meses de febrero, marzo, abril y mayo del año 2008, se seleccionó del Archivo del Juzgado Unipersonal No. 2 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, una muestra mixta de 128 expedientes.

Dichas causas eran contentivas de asuntos de carácter contencioso objeto de interés particular a los efectos del estudio emprendido, tales como: divorcios ordinarios, obligación de manutención (excepto homologación de convenimientos), custodia y responsabilidad de crianza (excepto homologación de convenimientos), privación de patria potestad, Régimen de Convivencia Familiar (excepto homologación de convenimientos), Inquisición e Impugnación de Paternidad, Liquidación y Rendición de Cuentas de la Comunidad Hereditaria y Acción Reivindicatoria.

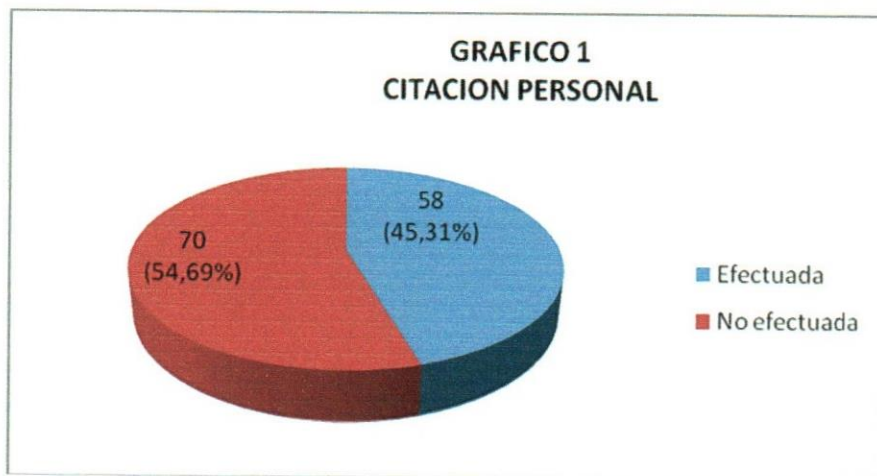
Además de las solicitudes de homologación de convenimientos, también fueron excluidas causas de carácter no contencioso, verbigracia: los divorcios basados en el artículo 185-A del CC, las separaciones de cuerpos voluntarias y las rectificaciones e inserciones de partidas.

Con base en los datos recogidos con la aplicación del instrumento aludido a continuación se presenta su análisis y el tratamiento dado a los mismos los cuales se hizo a través de sus correspondientes gráficos.

Análisis de los resultados de la aplicación de la técnica de Estudio de Expedientes.

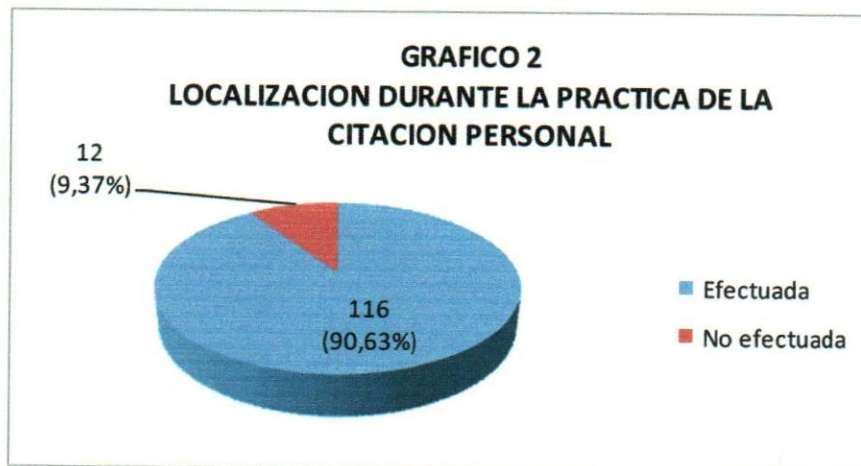
De los datos recogidos en los 128 expedientes mencionados, se extrajeron los siguientes resultados:

- En 58 expedientes, es decir, en el 45,31% de las causas, el alguacil logró efectuar la citación personal de la parte demandada.



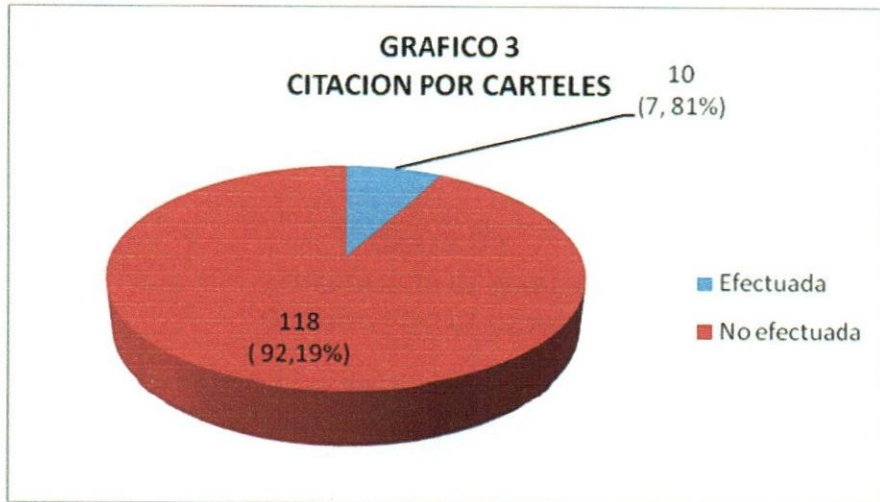
Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 12 expedientes solamente, es decir, en el 9,37% de las causas, el alguacil expuso no haber podido lograr la localización personal de la parte demandada.



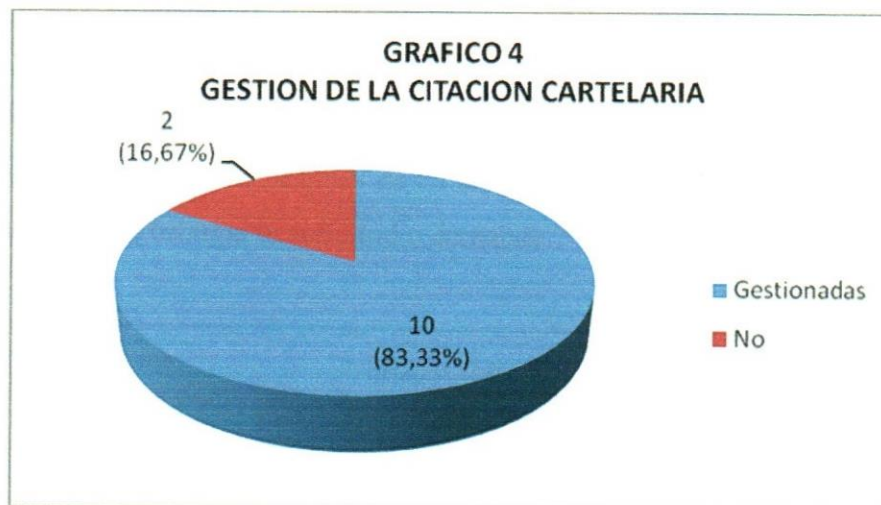
Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- Sólo en 10 expedientes, es decir, en el 7,81% de las causas, la parte actora gestionó la citación de la parte demandada por carteles. De estos 10 expedientes, en 9 el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, acordó la citación por carteles, pues en el que falta hubo acuerdo entre las partes y no hubo necesidad de ella.



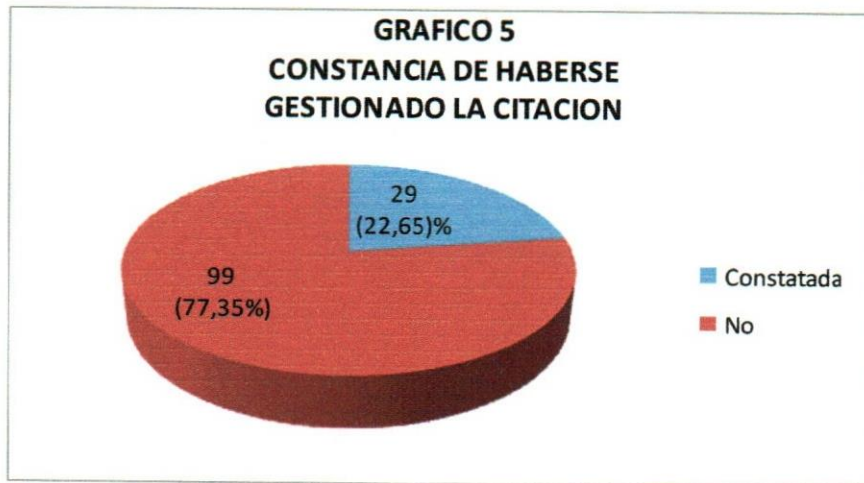
Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- De los 12 expedientes en los cuales el alguacil expuso no haber podido lograr la localización personal de la parte demandada, la parte actora gestionó la citación cartelaria en 10 causas, es decir, en el 83,33% de ellas.



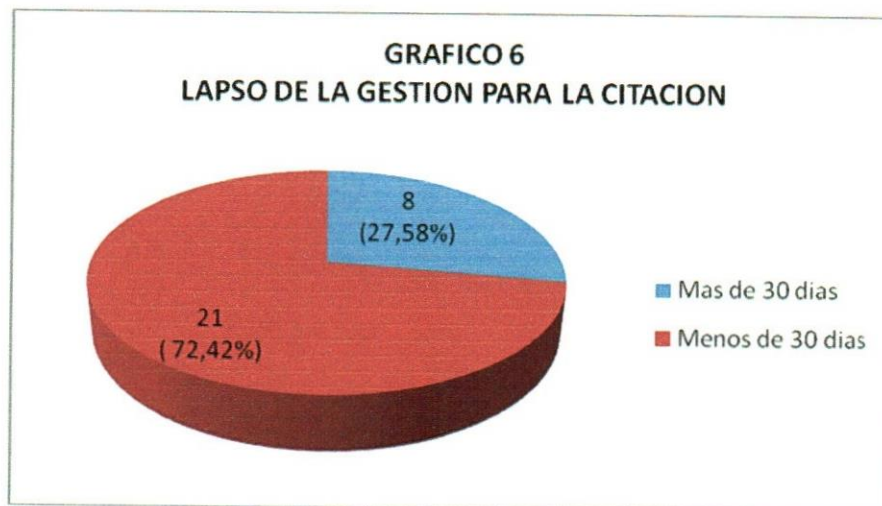
Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- Sólo en 29 expedientes, es decir, en el 22,65% de las causas, consta de alguna forma que la parte actora gestionó la citación de la parte demandada.

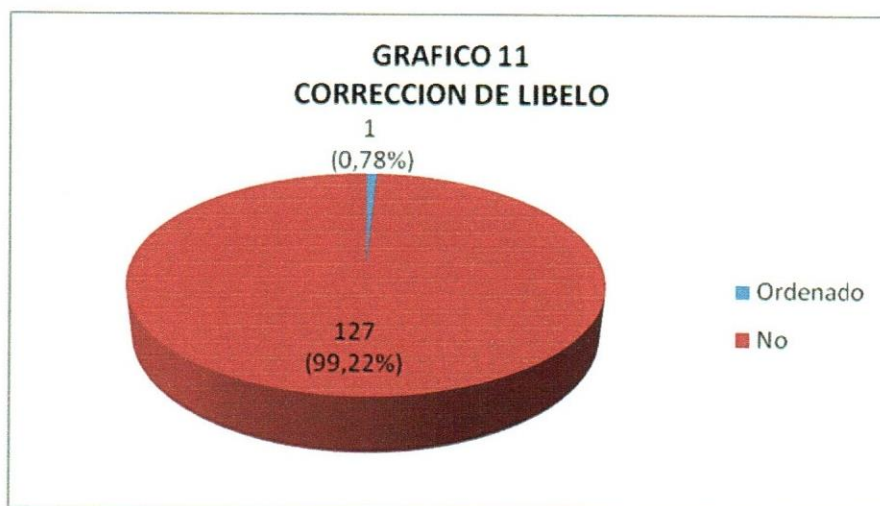


Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- De los 29 expedientes en los cuales la parte demandante gestionó la citación de la parte demandada, en 8 expedientes, es decir, en el 27,58 de ellos, se gestionó la citación después de haber transcurrido más de 30 días de haber admitido el tribunal la solicitud o demanda.



- En 1 de los expedientes, es decir, en el 0,78% de las causas, el tribunal ordenó corregir el libelo y hasta el momento de la revisión la parte actora no lo había hecho.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 1 sólo de los expedientes, es decir, en el 0,78% de las causas, el alguacil expuso que la parte demandada se negó a firmar el recibo de la citación, y hubo que perfeccionar la citación con el traslado de la secretaria, conforme al artículo 218 del CPC.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

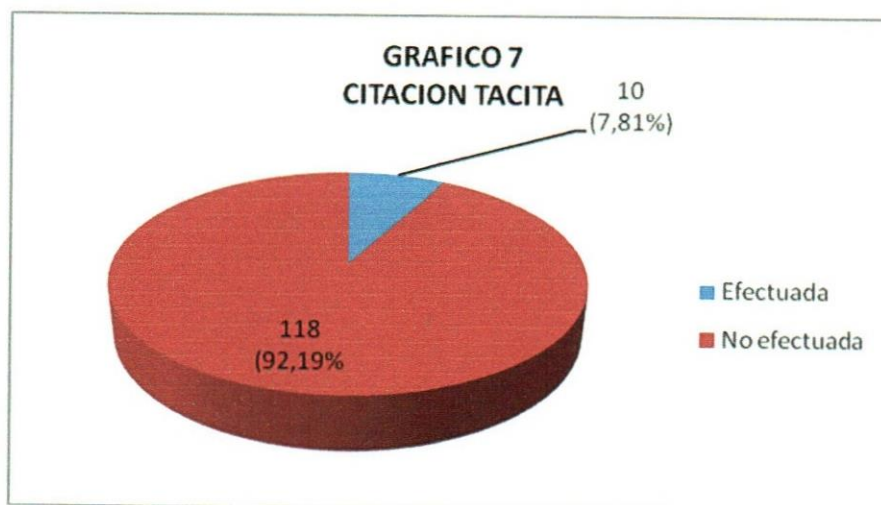
Análisis de los resultados obtenidos con la aplicación de la técnica de estudio de casos (expedientes).

El estudio exhaustivo de un número limitado de casos objeto de investigación, nos permite obtener un conocimiento amplio y detallado de un fenómeno, con fundamento en la idea de que lo singular reproduce lo universal. Por eso, al estudiar los resultados obtenidos en dichos expedientes, estamos en condiciones de realizar no solo una serie de consideraciones propias del análisis sino ciertas conclusiones parciales:

- En cuanto a los expedientes estudiados, reconocemos que la muestra de expedientes seleccionada para este estudio es pequeña en comparación al universo de expedientes que cursan por ante la Sala 2 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Zulia desde la entrada en vigencia de la LOPNA en el mes de abril del año 2000.
Sin embargo, es importante advertir que los 128 expedientes seleccionados del año 2008 representan una muestra no menos significativa de ese mismo año, pues la población de expedientes ingresados a ese órgano jurisdiccional no suman más de 1.500 expedientes en el año 2008, de lo que se desprende que la muestra escogida representa más del 8% de los mismos.
- No es cierto que la citación contemplada en la LOPNA causaba y aún cause (en aquellos estados del país en los cuales aún no ha entrado en vigencia la reforma procesal) el retraso de los procesos judiciales. Tal y como se observa en los datos recogidos en los 128 expedientes objeto de esta investigación, el retraso se debió a que sólo en el 22,65% de las causas (en 29 expedientes) la parte actora de alguna forma gestionó la citación de la parte demandada, de los cuales hubo 8 expedientes, es decir, en el 27,58 de ellos, en los que se gestionó la citación después de haber transcurrido más de 30 días de haber admitido el tribunal la solicitud o demanda.

Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 10 expedientes, es decir, en el 7,81% de las causas, hubo citación tácita o expresa de la parte demandada.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 5 expedientes, es decir, en el 3,90% de las causas, hubo desistimiento de la parte actora antes de producirse la citación.



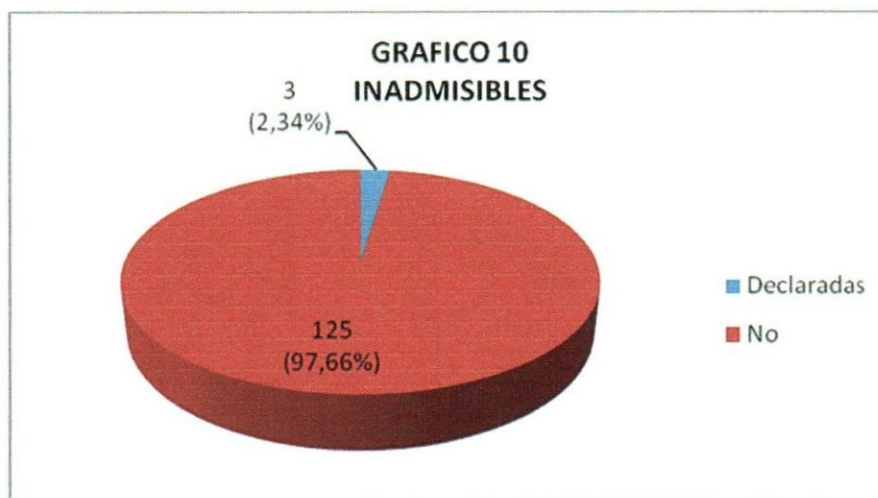
Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 4 expedientes, es decir, en el 3,12% de las causas, las partes celebraron convenio, sin haber mediado antes la citación formal de la parte demandada.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 3 expedientes, es decir, en el 2,34% de las causas, el tribunal declaró inadmisibles la solicitud o demanda presentada.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 1 de los expedientes, es decir, en el 0,78% de las causas, el tribunal ordenó corregir el libelo y hasta el momento de la revisión la parte actora no lo había hecho.



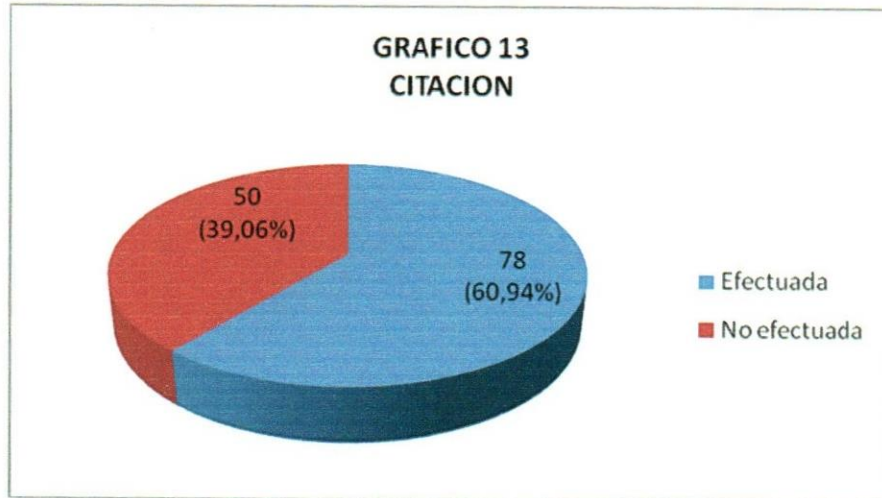
Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 1 sólo de los expedientes, es decir, en el 0,78% de las causas, el alguacil expuso que la parte demandada se negó a firmar el recibo de la citación, y hubo que perfeccionar la citación con el traslado de la secretaria, conforme al artículo 218 del CPC.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- En 50 expedientes, es decir, en el 39,06 de las causas, aún no se ha efectuado la citación, sea en forma personal o a través de carteles.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

- Sólo en tres (03) expedientes la parte actora tramitó todo el procedimiento completo, desde la solicitud de la citación cartelaria por haber expuesto el alguacil que no pudo practicar la citación personal, hasta la citación del defensor *ad litem*.



Fuente: Montenegro, Víctor (2011)

Análisis de los resultados obtenidos con la aplicación de la técnica de estudio de casos (expedientes).

El estudio exhaustivo de un número limitado de casos objeto de investigación, nos permite obtener un conocimiento amplio y detallado de un fenómeno, con fundamento en la idea de que lo singular reproduce lo universal. Por eso, al estudiar los resultados obtenidos en dichos expedientes, estamos en condiciones de realizar no solo una serie de consideraciones propias del análisis sino ciertas conclusiones parciales:

- En cuanto a los expedientes estudiados, reconocemos que la muestra de expedientes seleccionada para este estudio es pequeña en comparación al universo de expedientes que cursan por ante la Sala 2 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Zulia desde la entrada en vigencia de la LOPNA en el mes de abril del año 2000.
Sin embargo, es importante advertir que los 128 expedientes seleccionados del año 2008 representan una muestra no menos significativa de ese mismo año, pues la población de expedientes ingresados a ese órgano jurisdiccional no suman más de 1.500 expedientes en el año 2008, de lo que se desprende que la muestra escogida representa más del 8% de los mismos.
- No es cierto que la citación contemplada en la LOPNA causaba y aún cause (en aquellos estados del país en los cuales aún no ha entrado en vigencia la reforma procesal) el retraso de los procesos judiciales. Tal y como se observa en los datos recogidos en los 128 expedientes objeto de esta investigación, el retraso se debió a que sólo en el 22,65% de las causas (en 29 expedientes) la parte actora de alguna forma gestionó la citación de la parte demandada, de los cuales hubo 8 expedientes, es decir, en el 27,58 de ellos, en los que se gestionó la citación después de haber transcurrido más de 30 días de haber admitido el tribunal la solicitud o demanda.

El hecho que de 128 expedientes existan 50 de ellos, es decir, el 39,06% de las causas, en el que aún no se haya efectuado la citación personal o a través de carteles, denota **poco interés procesal de la parte actora en impulsar los procesos judiciales** en esta circunscripción judicial.

- Si el alguacil logró practicar la citación personal en 58 expedientes, es decir, en el 45,31% de las causas, significa que en casi la mitad de los casos **se puede lograr la citación personal de la parte demandada**, lo cual demuestra la eficacia de este medio de llamamiento a juicio.
- Si en 12 expedientes solamente, es decir, en el 9,37% de las causas, el alguacil expuso no haber podido lograr la localización personal de la parte demandada, y en 10 de estos 12 expedientes la parte actora gestionó la citación de la parte demandada por carteles, logrando que en su casi totalidad (9 expedientes) -el 83,33% de ellos- el tribunal la acordara, es porque igualmente ella puede funcionar.

No obstante, sólo en tres (03) expedientes, es decir, en el 25% de los casos en los cuales la parte actora solicitó la citación cartelaria, tramitó completo el procedimiento hasta lograr la citación del defensor *ad litem*. En este tipo de citación, se observó sin embargo, que desde la fecha en que la parte demandante solicitó la citación cartelaria hasta la citación del defensor *ad litem* transcurrieron varios meses: en el primer expediente fueron nueve (09) meses, en el segundo fueron catorce (14) meses y en el tercero fueron menos de dos (02) meses. Este último expediente demuestra que **el retraso** en el primer y segundo expediente **debe ser imputado a la propia parte actora**, puesto que no es necesario que se extienda tanto tiempo.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

Una vez identificado los múltiples procedimientos contenciosos que existían en relación a los niños y adolescentes antes de la LOPNNA, se concluye que en la práctica se hacía difícil para los operadores de justicia su aplicación durante la vigencia de la LOPNA, debido a que eran numerosos, de variadas características y con trámites diferentes.

Examinadas las consecuencias generadas por ellos, se concluye que había lentitud, incertidumbre, confusiones, lo cual ocasionaba decisiones tardías y alargamiento de los procesos, lo cual iba en detrimento de la administración de justicia.

En cuanto a la conformación de las leyes procesales en la materia de protección de niños y adolescentes de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna, se puede concluir que si se han incorporado a la legislación procesal especial los principios procesales ordenados por dicha Constitución, ampliando incluso los mismos, lo cual deviene de un mandato constitucional

Analizado en dos capítulos el procedimiento ordinario creado con la LOPNNA, se concluye que es el procedimiento modelo para tramitar los asuntos contenciosos relacionados con la niñez y la adolescencia, porque eliminó la multiplicidad de procedimientos, adecuó sus principios a los preceptuados en la CRBV, le brindó mayor celeridad al trámite de las causas y le dio preeminencia a los medios alternos de resolución de conflictos y le confirió al proceso gran transparencia.

Sin embargo, todavía tiene que hacer algunas correcciones, tales como las siguientes: (a) en las nuevas formas de llamamiento a juicio se debe cuidar que se garantice el derecho a la defensa; (b) en caso que sea presentado un libelo de demanda defectuoso, antes de admitirlo el juez de protección debe ordenar al solicitante la corrección del libelo, apercibiéndolo de perención; (c) el cómputo del plazo para dar inicio a la fase de sustanciación, en los casos que no procede la mediación judicial, debe establecerse a partir de

la constancia en actas de la notificación de la parte demandada y no del auto de admisión, para no violar el derecho a la defensa; y (d) el Despacho Saneador debe establecer no sólo el plazo máximo para la corrección sino también pautar en forma expresa la consecuencia jurídica del incumplimiento de la orden judicial de corrección.

Recomendaciones

- Se sugiere que el Estado decrete la creación de un órgano informativo, de carácter público y circulación nacional, para la publicación de los distintos carteles o edictos judiciales en materia de protección de niñez y adolescencia, estructurado por estados y tipos de causas, para la ubicación más rápida de la información, con soporte físico y automatizado.
- El órgano competente del poder judicial o de los tribunales debe dictar una resolución que establezca las pautas de cómo el alguacil debe practicar la notificación por boleta, con expresa indicación de las obligaciones (como comprobar que en la dirección indicada por la parte actora efectivamente tiene la morada o habitación la persona que va a ser notificada, a través de sus vecinos) y prohibiciones (como dejar la boleta con vecinos del demandado o demandada, o con personas que no tengan fuertes lazos familiares con ellos) durante su práctica.
- Se sugiere también que dicho órgano dicte una resolución indicando cómo realizar una notificación electrónica con seguridad jurídica. En cuanto a este tipo de notificación, en una próxima reforma legal se debería incluir la obligación de las partes de proveer su correo electrónico al tribunal.
- Exhortar a los jueces a que oficien a las distintas instituciones que puedan coadyuvar a ubicar o localizar personalmente a la parte demandada, tales como el Consejo Nacional Electoral (CNE) y el SAIME, cuando no se pueda determinar que la misma tenga su morada o habitación en la dirección indicada por la parte actora. Asimismo, a que ordenen la publicación de un cartel en un medio escrito de comunicación y la convocatoria a través de la radio en dicho caso.

- Se sugiere que el Poder Judicial ponga a funcionar una Escuela de Mediación, con el objeto de que todos los integrantes del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y en especial los funcionarios judiciales, realicen capacitación por un tiempo mínimo de seis meses, con intervención de otras disciplinas científicas.
- Incluir en la próxima reforma de la LOPNNA que, antes de admitir la solicitud o demanda, el juez de mediación y sustanciación la examine previamente para determinar si cumple o no los requisitos de admisibilidad, y en caso negativo ordene corregir el libelo dentro del término de tres días, con la prevención que si no lo hace en el plazo indicado, se declarará perimida la instancia.
- Aunque el Despacho Saneador previsto en la LOPNNA establece un plazo máximo para la corrección, se sugiere para su futura reforma incluir las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la orden judicial de corrección.

Referencias

- Alsina, H. (2001). *Derecho Procesal Civil: Parte Procedimental*. México: Editorial Jurídica Universitaria. (Serie Clásicos del derecho procesal civil, vol. 3).
- Anuel, C. (2002). Los principios procesales en el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales. EN *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: Terceras jornadas sobre la LOPNA*. Coordinadores: Cristóbal Cornieles y María G. Morais. Caracas, Venezuela. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Baumeister, A. (2000). Anotaciones sobre la nueva normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente relacionadas con los procedimientos en materia de familia y menores. EN *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Coordinador: Cristóbal Cornieles. Valencia-Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.
- Baumeister, A. (2004). Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). EN *Ley Orgánica Procesal del Trabajo -Ensayos-* (vol. II). Coordinador: Fernando Parra Aranguren. Serie Normativa No. 4. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.
- Bello, H. (2004). Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: Un enfoque procesal. EN *Ley Orgánica Procesal del Trabajo -Ensayos-* (vol. II). Coordinador: Fernando Parra Aranguren. Serie Normativa No. 4. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.
- Buitrago, B. (2007). ¿Por qué la necesidad de un proceso civil por audiencias?. EN *Pruebas y Oralidad en el Proceso*. Compilador: Rodrigo Rivera Morales. San Cristóbal, Venezuela. Editorial Horizonte C. A.
- Cabrera, G. (2005). *El Procedimiento Breve: Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Vivencias Judiciales*. Valencia-Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.
- Calamandrei, P. (1997). *Derecho Procesal Civil*. Traducción y compilación de Enrique Figueroa A. y Editorial Pedagógica Iberoamericana. México: Editorial Mexicana. (Biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 2).
- Calvo, E. (1990). *Diccionario de Derecho Procesal Civil Venezolano* (2da. ed). Caracas, Venezuela. Ediciones Libra.

- Carnelutti, F. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal*. Traducción y compilación de Enrique Figueroa A. y Editorial Pedagógica Iberoamericana. México: Editorial Mexicana. (Biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 5).
- Carrillo, M. (2004). Los elementos fundamentales de la conciliación en la LOPNA. EN *Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: V Jornadas sobre la LOPNA*. Coordinadores: Cristóbal Cornieles y María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello.
- Carrillo, M. (2008). La fase de mediación en la audiencia preliminar según la reforma parcial de la LOPNA. EN *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente: La reforma*. Coordinadora: María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Código de Procedimiento Civil. (1986). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 3.694 (Extraordinaria), enero 22, 1986.
- Código Orgánico Procesal Penal (1998). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.208 (Extraordinaria), enero 23, 1998.
- Código Orgánico Procesal Penal (2009). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.930 (Extraordinaria), septiembre 4, 2009.
- Cuenca, H. (1969). *Derecho Procesal Civil Tomo I* (2da. ed.). Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca.
- Dubuc, E. y Cornieles, C. (2007). Comentarios a la reforma procesal de la LOPNA. EN *XXXIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: La nueva LOPNA*. Barquisimeto, Venezuela. Editorial Horizonte C. A.
- Dubuc, E. (2007). Los recursos de la reforma procesal de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente. EN *Derecho de la infancia y la adolescencia*. Serie Eventos No. 24. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.
- Dubuc, E. (2009). La Fase de sustanciación de la Audiencia Preliminar en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente. EN *II jornadas sobre sistema de protección de niños, niñas y adolescentes en la reforma de la LOPNA*. Barquisimeto, Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

- Duque, R. (2000). *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario Tomo I* (2da. ed.). Caracas, Venezuela. Ediciones Fundación Pro justicia.
- Duque, R. (2004). Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. EN *Ley Orgánica Procesal del Trabajo - Ensayos-* (vol. I). Editor: Fernando Parra Aranguren. Serie Normativa No. 4. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.
- Feltri, M. (2000). *Estudios de Derecho Procesal Civil* (2da. ed.). Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.
- González, A. y González, Á. (2003). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Caracas, Venezuela. Editado por Ediciones Liber.
- Guerrero, G. (2008). *Objeto de la prueba judicial y su alegación* (2da. ed. corregida y aumentada). Caracas, Venezuela. (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 11).
- Gullón, J. (2005). La solución de los conflictos de trabajo y seguridad social en España. EN *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo*. Coordinador: Juan Rafael Perdomo. Caracas, Venezuela. (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Eventos No. 16).
- Henríquez, R. (1995a). *Código de Procedimiento Civil Tomo I*. Caracas, Venezuela. Impreso por Altolitho, C. A.
- Henríquez, R. (1995b). *Código de Procedimiento Civil Tomo II*. Caracas, Venezuela. Impreso por Altolitho, C. A.
- Henríquez, R. (1998). *Código de Procedimiento Civil Tomo V*. Caracas, Venezuela. Editado por el Centro de Estudios jurídicos del Zulia.
- Henríquez, R. (2006). *Nuevo proceso laboral venezolano* (3ra. ed. actualizada). Caracas, Venezuela. Editado por el Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Hernández, L. (2006). La sana crítica como sistema de valoración o apreciación de la prueba en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Sobre la forma de valorar los medios de prueba tasados por el Código Civil y las respuestas a la declaración de parte durante la audiencia de juicio. EN *Revista de Derecho Probatorio N° 14*. Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, Venezuela. Ediciones Homero.

- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.266 (Extraordinaria), octubre 02, 1998.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.504, agosto 13, 2.002.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.859, diciembre 10, 2.007.
- Limberger, Herbert. (2005). El proceso laboral por audiencias en Austria. El principio de la oralidad. Balance y perspectivas. EN *II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo*. Coordinador: Juan Rafael Perdomo. Caracas, Venezuela. Editorial Texto. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Eventos, No. 16.
- Longa, J. (2001). *Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas, Venezuela. Ediciones Libra C. A.
- Longo, P. (2000). El procedimiento judicial de protección del niño y del adolescente. EN *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Coordinadora: María G. Morais. Caracas, Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello.
- Longo, P. (2002). La Acción de protección. Principios y procedimientos. EN *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: Terceras jornadas sobre la LOPNA*. Coordinadores: Cristóbal Cornieles y María G. Morais. Caracas, Venezuela. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Longo, P. (2005). Un nuevo procedimiento para la LOPNA. Aproximación al procedimiento ordinario. EN *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente: VI Jornadas sobre LOPNA*. Coordinadores: Cristóbal Cornieles y María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Longo, P. (2008). El momento preliminar en el nuevo procedimiento de protección de la LOPNA. EN *IX jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente: La reforma*. Coordinadora: María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Marín, F. (2006). *Curso de procedimiento laboral venezolano* (3ra. ed. corregida). Caracas-Valencia, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, C.A.

- Márquez, J. (2007). Aplicabilidad del procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil vigente en la actual práctica jurídica. EN *Pruebas y Oralidad en el Proceso*. Compilador: Rodrigo Rivera Morales. San Cristóbal, Venezuela. Editorial Horizonte C. A.
- Montenegro, V. (2009). *Las nuevas formas de notificación en los procedimientos judiciales: Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes* (Trabajo Especial de Grado no publicado). Universidad del Zulia, Maracaibo.
- Morales, G. (2000). Los procedimientos Especiales Familiares contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. EN *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Coordinador: Cristóbal Cornieles. Valencia-Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.
- Morales, G. (2001). Los procedimientos familiares contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente a un año de su vigencia (abril 2001). EN *Primer año de vigencia de la LOPNA: Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Coordinador: Cristóbal Cornieles. Caracas, Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Morales, G. (2002). Temas de Derecho del Niño: Instituciones familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas-Valencia, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.
- Morales, G. (2004). El procedimiento especial de visitas. Una visión desde la práctica forense. EN *Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente: V Jornadas sobre LOPNA*. Coordinadores: Cristóbal Cornieles y María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello.
- Morales, G. y San Juan, M. (2005). *Familia: Intervenciones protectoras y mediación familiar*. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, C. A.
- Morales, G. (2009). Audiencia preliminar: Fase de mediación. EN *II jornadas sobre sistema de protección de niños, niñas y adolescentes en la reforma de la LOPNA*. Barquisimeto, Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.
- Moreno, C. (2004). *El Proceso Penal venezolano: Manual Teórico Práctico*. (1ra. reimp.). Caracas-Valencia, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, C. A.

- Muci-Abraham, José (1986). Presentación del ciclo ordinario de conferencias de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. EN *Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil*. Serie Eventos No. 4. Caracas, Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Núñez, E. (2002). Congreso latinoamericano de Derecho Procesal. El nuevo proceso agrario en Venezuela. EN *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*. Mérida, Venezuela. Editado por Acamid.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S. R. L.
- Parra, J. (2002). Las reglas de la experiencia y la sana crítica. EN *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*. Mérida, Venezuela. Editado por Acamid.
- Peñaranda, H. (2008). *El documento electrónico (comercio electrónico, actos iuscibernéticos procesales)*. Maracaibo, Venezuela. Editorial de la Universidad del Zulia (Ediluz).
- Perdomo, J. (2005). Fortalecimiento del sistema de protección en el área judicial. EN *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: VI jornadas sobre la LOPNA*. Coordinadores: Cristóbal Corneiles y María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Perdomo, J. (2007a). Reforma procesal de la LOPNA: Proceso por audiencias. EN *Derecho de la infancia y la adolescencia*. Serie Eventos No. 24. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.
- Perdomo, J. (2007b). Los principios en la propuesta de reforma procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. EN *Proyecto de reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Serie Eventos. Caracas, Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Perdomo, J. (2008). La audiencia de juicio en el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. EN *IX jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente: La reforma*. Coordinadora: María G. Moráis. Caracas, Venezuela. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

- Perdomo, J. (2009). Comentarios a la reforma procesal de la LOPNA. EN *II jornadas sobre sistema de protección de niños, niñas y adolescentes en la reforma de la LOPNA*. Barquisimeto, Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.
- Perdomo, R. (2009). *Introducción a la lógica jurídica* (2da. ed. revisada y actualizada). Mérida, Venezuela. Universidad de Los Andes.
- Rengel-Romberg, A. (2001a). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (vol. I). 9na. ed. Caracas, Venezuela. Impreso en Organización Gráficas Capriles C.A.
- Rengel-Romberg, A. (2001b). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (vol. 3). 9na. ed. Caracas, Venezuela. Impreso en Organización Gráficas Capriles C.A.
- Rengel-Romberg, A. (2001c). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (vol. II). 9na. ed. Caracas, Venezuela. Impreso en Organización Gráficas Capriles C.A.
- Rengel-Romberg, A. (2003). *Estudios Jurídicos: Estudios Procesales - Escritos Periodísticos - Pareceres Jurídicos*. Caracas, Venezuela. Impreso por Anauco Ediciones, C. A., por auspicio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Rengifo, R. (2005). *Propuesta para la reforma del procedimiento contencioso en materia de niños y adolescentes*. Caracas, Venezuela. Editado por LIVROSCA, C. A.
- Rivera, R. (2003). *Las Pruebas en el Derecho Venezolano*. 2da. ed. San Cristóbal, Venezuela. MMII Editorial Jurídica Santana C. A.
- Rodríguez, O. (2010a). *Jurisdicción y procedimientos en materia agraria, procedimiento oral y sentencia definitiva*. Caracas, Venezuela. Editorial Atenea C.A.
- Rodríguez, O. (2010b). *La oralidad y el principio inquisitivo en el procedimiento civil venezolano*. Caracas, Venezuela. Editorial Atenea C. A.
- Rodríguez, I. (1995). *El nuevo procedimiento laboral*. Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

Zambrano, F. (2004). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999 comentada Tomo II*. Caracas, Venezuela. Editorial Atenea.

Zuleta, C. (2004). Los medios alternativos en el nuevo proceso laboral venezolano. EN *Ley Orgánica Procesal del Trabajo -Ensayos-* (vol. I). Coordinador: Fernando Parra Aranguren. Serie Normativa No. 4. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.

Zuleta, C. (2009). *Derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional*. Caracas, Venezuela. (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial No. 33).

Fuentes Consultadas (Bibliográficas y Otras)

- Cabrera, J. (1999). Algunas apuntes sobre el sistema probatorio del COPP en la fase preparatoria y en la intermedia. EN *Revista de Derecho Probatorio N° 11*. Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, Venezuela. Ediciones Homero.
- Carrillo, M. (2001). Consideraciones hermenéuticas sobre la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en materia de conciliación: Los casos de patria potestad, guarda, obligación alimentaria y régimen de visitas. EN *Primer año de vigencia de la LOPNA: Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Coordinador: Cristóbal Cornieles Perret Gentil. Caracas, Venezuela. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Longo, P. (2001). *Procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales*. Clases grabadas durante el Diplomado de Estudios Avanzados en Derecho del Niño y del Adolescente, organizado por la UCAB en convenio con la Dirección de Post Grado del Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo, Venezuela.
- Marín, F. (2006). Comentarios a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. Núm. 17 Enero-Junio 2006. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc>.
- Molina, R. (1994). La prueba de testigos. EN *Revista de Derecho Probatorio N° 3*. Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L.
- Morales, G. (2001). Los procedimientos familiares contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. EN *Primer año de vigencia de la LOPNA: Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Coordinador: Cristóbal Cornieles Perret Gentil. Caracas, Venezuela. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Ochoa, A. (s.f.). *La Oralidad en el proceso laboral venezolano*. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc>.

- Rosich, A. (2000). Principios probatorios y de valoración de las pruebas en el proceso dispositivo civil y en el procedimiento administrativo (estudio comparativo). EN *Revista de Derecho Probatorio N° 12*. Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L.
- Toselli, C. (2006). Principios del Derecho Procesal del Trabajo y su aplicación jurisdiccional. EN *III Congreso Internacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social 2006*. Coordinador: Juan Rafael Perdomo. Serie Eventos N° 22. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.

Trabajo de grado para optar al Título de Maestría
El procedimiento modelo para tramitar los diversos asuntos judiciales de carácter
contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia
Noviembre de 2011

ANEXOS

Anexo A

Entrevista realizada con la primera guía

NOMBRE DE LA INVESTIGACION: “El procedimiento modelo para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia”.

DIRIJIDA A: Jueces del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Zulia, con sede en Maracaibo.

OBJETIVO: Conocer la opinión de algunos jueces del referido Tribunal en torno a las fallas y aciertos de la reforma procesal de la LOPNA 1998.

1. En relación con la interposición, en forma escrita u oral, de la demanda, en la reforma procesal efectuada a la LOPNA 1998 se incluyó la novedad de poderla formular con o sin asistencia de abogado, el cual se inspiró en la buena intención del legislador de eliminar un obstáculo que a su juicio impide el acceso a la justicia en perjuicio de niños, niñas y adolescentes. ¿Considera usted que dicha asistencia jurídica debe ser garantizada por el Estado en todas las fases del procedimiento, previas y posteriores a su inicio, o debe privar la mencionada novedad, de poder presentar la demanda con la asistencia o no de abogado?

R= Esa novedad está referida sólo al acto de presentación de la demanda, que puede ser en forma oral o escrita, por lo que si alguien presenta su demanda en forma oral, se levanta un acta que debe contener todos los requisitos, pero el tribunal debe garantizar el derecho a estar asistido de abogado, razón por lo cual debe designárselo.

2. ¿Cree usted que tomando en cuenta los principios de simplificación y celeridad procesal, lo más prudente para el juez o jueza de protección sería admitir cuanto antes la demanda incoada y emplazar a la parte demandada aunque el libelo tenga defectos, o más bien en ese caso no admitirla y ordenar su corrección?

R= La tendencia actual es que se debe admitir primero y que si debe subsanarse algún defecto o reformar el libelo para cumplir los requisitos de ley, el juez con sus amplios poderes debe ordenar subsanar si está en manos de la parte actora hacerlo, verbigracia, si falta un documento fundamental, como una partida, debe ordenar al demandante que la consigne u oficiar al Registro del Estado Civil para que se presente dicho documento.

No obstante, desde el punto estrictamente procesal si no se cumplen los requisitos no se puede admitir, pero en la materia especial de protección de niños, niñas y adolescentes, el juez debe admitir, ordenar subsanar y si la parte interesada no subsana o completa el resto de requisitos, debe atenerse a las consecuencias jurídicas de su negligencia. Por supuesto, si la demanda es contraria a la moral, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley, no se puede admitir.

3. ¿En caso que el libelo de la demanda no cumpla con todos los requisitos de ley, cree usted mejor que el juez de mediación y sustanciación admita la demanda y lo aperciba con perención para que corrija la demanda o que frente a la falta de subsanación o defectuosa subsanación declare la inadmisibilidad de la demanda?

R= Desde el punto de vista estrictamente procesal lo más idóneo sería declarar la inadmisibilidad de la demanda, pero en materia de protección de niños, niñas y adolescentes lo mejor es que se admita y como el juez tiene amplios poderes si no subsana la parte y lo puede hacer el juez, si está en sus manos, sustituyendo la parte pueden beneficiarse los niños (como en el ejemplo anterior, en que el juez puede oficiar al Registro del Estado Civil de Nacimientos para que remita una partida que no ha sido consignada por la parte actora).

4. La doctrina considera actualmente que la Audiencia Preliminar tiene las funciones de solucionar el conflicto mediante el empleo de la mediación, eliminar todos los obstáculos en el proceso que en la segunda etapa frenan tomar la decisión de fondo y preparar el juicio en el caso de no haberse logrado un acuerdo que resuelva la controversia. Por su parte, ¿Cree usted que la Audiencia Preliminar deba cumplir otra función?

R= La función clave o de mayor importancia de la Audiencia Preliminar es la de buscar, mediante la mediación, que las partes dialoguen para que se llegue a un acuerdo y no se tenga que pasar a la audiencia de juicio o a la fase de sustanciación. Sin embargo, si no se logra el acuerdo hay que sustanciar, y si hay defectos que subsanar hay que recurrir al despacho saneador.

5. ¿Considera usted adecuado el lapso establecido en la LOPNNA 2007 para que el Tribunal fije el día y la hora para el inicio de la fase de mediación de la audiencia preliminar (o sea dos días, que deben ser siguientes a la constancia en actas de la notificación de la parte demandada) así como el lapso o plazo para que se inicie dicha fase (que no puede ser menor a los cinco días ni mayor a los diez días), o le parece mejor otro lapso o plazo?

R= Tomando en cuenta el principio de brevedad que rige para este tipo de procedimientos en la reforma procesal de la LOPNA 1998, consideramos que dichos lapsos son adecuados, porque todos deseamos que el proceso sea breve.

6. ¿Considera muy corta o muy larga la duración que el legislador estableció en la LOPNNA 2007 para las fases de mediación y sustanciación de la audiencia preliminar, la cual en el primer caso no puede exceder de un mes, salvo que exista acuerdo expreso de las partes, y en el segundo, en ningún caso puede exceder de tres meses?

R= Al revisar las leyes sobre mediación familiar a nivel internacional, nos encontramos que esa es la tendencia en cuanto a la duración de la fase de mediación, a que no dure más de un mes. Sobre la duración de la fase de sustanciación, tres meses parece estar bien.

7. En materia de protección de niños, niñas y adolescentes, la LOPNNA 2007 dispuso que para la mediación es obligatoria la presencia personal de las partes, asistidas o no por abogados, en los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de manutención y Régimen de Convivencia Familiar. ¿Está de acuerdo con ello, o considera necesario reformar algo al respecto?

R= Para que la mediación pueda alcanzar su propósito tienen que estar presentes las dos partes. Al estudiar las leyes españolas, encontramos que el mediador propicia que las partes dialoguen y para ello se requiere la comparecencia personal de las partes. Para que el juez desarrolle la mediación como tal, se requiere que estén las partes, no sus apoderados o sus abogados, porque entonces allí no habría mediación; la mediación la hay cuando comparecen ambas partes personalmente, dialogan y entre ellas logran un acuerdo, que es propuesto por las mismas, no por el mediador.

La mediación, como medio para facilitar el diálogo, puede ser utilizada en cualquier tipo de materias, porque incluso hasta en materia penal hay la tendencia a que puede haber mediación sobre ciertos puntos. Se ha dicho que en materia de divorcio no puede haber mediación y obviamente sobre lo que es la disolución del vínculo matrimonial no puede haber mediación en el juicio ordinario, pero sin embargo en divorcio pueden haber puntos que pueden estar sujetos a mediación, porque también se van a tratar otros aspectos, relacionados con la Responsabilidad de Crianza, la Patria Potestad, entre otros.

8. ¿En materias como la adopción y la colocación familiar o en entidad de atención estima pertinente que se dé la mediación?

R= Igualmente en los procedimientos de adopción, sabemos que por ser un procedimiento especial no admite la mediación con respecto a la adopción, pero hay cuestiones dentro del procedimiento de adopción que pueden generar mediación, verbigracia, cuando hay conflicto entre los hijos de quienes pretenden adoptar y sus padres, allí puede haber, a instancias del tribunal, una mediación para solucionar el conflicto. La mediación es un medio alternativo de resolución

de conflictos que puede ser utilizado prácticamente en casi todas las materias, a no ser de casos extremos en los que haya habido violencia que no haga posible el diálogo.

En el caso de la Colocación Familiar, creemos que puede haber mediación sobre ciertos puntos, como en el caso que hayan problemas o conflicto entre los hijos de las personas que van a recibir en Colocación Familiar y sus padres, porque a lo mejor los hijos no quieren la Colocación que están tramitando sus padres, en este caso el tribunal puede hacer una sesión de mediación para gestionar entre ellos la solución del conflicto, lo que no quiere decir que la Colocación se vaya a decidir a través de una mediación, sino que puede utilizarse ésta como herramienta para solucionar conflictos que puedan surgir dentro de un proceso.

9. ¿Está de acuerdo en que la falta de comparecencia personal o mediante apoderado (a) de la parte demandante, sin causa justificada, a la fase de mediación de la audiencia preliminar, debe conllevar a considerar desistido el procedimiento y extinguida la instancia?

R= Si, por el hecho de que si es la parte interesada y la mediación es un acto personalísimo la parte solicitante debe estar presente.

10. ¿Está de acuerdo en que el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes por auto expreso fije día y hora para el inicio de la fase de sustanciación, dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte, siguientes a aquel en que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o del auto de admisión en los casos en los cuales no procede la mediación?

R= Si, porque es un plazo relativamente breve en el tiempo y la idea es que el procedimiento sea breve, para que en corto tiempo se solucione el caso.

11. ¿Considera que este tipo de fijación (por día y hora) brinda mayor seguridad jurídica a las partes que del modo que se hacía antes de la reforma procesal de la LOPNA 1998, que era por días de despacho del tribunal para algunos casos y por lapsos para otros?

R= En virtud de existir una notificación única, la fijación de los actos procesales debe ser de esa manera, porque si la fijación se hace por días de despacho puede suceder que se pierda el control, y la idea es que por encontrarnos ante un procedimiento breve, con lapsos breves y con notificación única, se establezcan los días específicos para la celebración de los distintos actos procesales.

12. En los casos en que no procede la mediación judicial, el plazo de inicio de la fase de sustanciación, que de acuerdo con la LOPNNA 2007 no podrá ser menor de 15 días ni mayor de 20, comenzará a correr desde que se dicte el auto de admisión de la demanda. ¿Considera usted que dicho plazo debe contarse desde que se admita la demanda, o desde que las personas que han de concurrir a la audiencia respectiva hayan sido previa y válidamente notificadas?

R= Obviamente si se admite y se fija y la otra parte no ha sido notificada, la audiencia no puede llevarse a efecto, porque se le estaría violando el derecho a la defensa.

13. ¿Está de acuerdo en que la parte demandada dé contestación a la demanda y promueva sus pruebas dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación, y que sea también en esta misma oportunidad que la parte demandada pueda reconvenir a la parte actora o solicitar la intervención de terceros, según sea el caso? Asimismo, ¿está de acuerdo en que remitido el expediente al juez de juicio, éste fije que tenga lugar la audiencia de juicio dentro de un lapso no menor de diez días ni mayor de veinte días siguientes a aquel en que recibió el expediente?

R= Los lapsos de tiempo en la LOPNNA 2007 están bien distribuidos y se encuadran dentro de la estrategia que sigue la reforma procesal de la LOPNA 1998, toda vez que se persigue que el procedimiento sea lo más breve posible, garantizando

siempre el derecho a la defensa. No se ve ningún problema en ese sentido en los diversos lapsos establecidos en la LOPNNA 2007, tales como para la contestación de la demanda, la promoción de las pruebas, para reconvenir o el fijado para la celebración de la audiencia de juicio.

14. ¿Está usted de acuerdo con que la falta de contestación dentro del plazo establecido, traiga como consecuencia la *confesión ficta*, es decir, la presunción *iuris tantum* de confesión sobre los hechos alegados en el libelo?

R= En materia de *confesión ficta* existe jurisprudencia. Si la parte demandada no contesta la demanda y se va a realizar una audiencia de juicio, si ésta concurre y presenta pruebas, tal como instrumentos públicos, el juez tendrá que recibírselas.

15. ¿Considera conveniente que en la LOPNNA 2007 se disponga la figura de la admisión de hechos por no dar contestación en la forma establecida en la ley, la cual está prevista en el artículo 135 de la LOPT?

R= Tomando en cuenta que uno de los principios en la LOPNNA 2007 es que el juez o jueza debe orientar su función en la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance y que para ello cuenta con amplios poderes que le facultan a indagar, así no conteste ciertos aspectos o no aporte pruebas, si tales hechos resultan importantes ser aclarados para la decisión de la causa, el juez puede ordenar la evacuación de aquellas pruebas que oficiosamente estime conveniente al interés superior del niño. Esto cambia la perspectiva con respecto a la LOPT.

16. ¿Está usted de acuerdo o no con ese novedoso medio probatorio de obtener la confesión llamado “declaración de parte”?

R= Este medio probatorio, en virtud del principio de inmediación que rige el procedimiento contencioso, resulta de gran utilidad para el juez, pues si necesita hacerle una pregunta a la parte y ésta se encuentra en la audiencia y la contesta, no habría ningún problema. Sin embargo, hay materias en las cuales no se admite la confesión, como en materia de divorcio.

17. ¿Está usted de acuerdo que en los procesos que involucren niñez y adolescencia, especialmente los relacionados con instituciones familiares, se estimen hábiles para rendir sus testimoniales los parientes consanguíneos y afines de las partes, las personas que integren una unión estable de hecho, los amigos íntimos, los trabajadores domésticos, los niños o niñas sin juramento interrogados por el juez o jueza, y los padres, madres, representantes, responsables y parientes de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren presentes en la audiencia?

R= Sobre la base del actual desarrollo doctrinario y jurisprudencial, parece ser que lo más conveniente es que se estimen hábiles sus testimoniales. Además, podrían resultar muy útiles en aquellos procesos en los cuales es muy escaso el material probatorio. No obstante, habría que tomar en cuenta la materia o caso concreto que se ventile, para la valoración de las testimoniales aportadas por estas personas.

18. ¿Está usted de acuerdo en que los Informes, bien de los niños, niñas o adolescentes, o de sus progenitores, representantes o responsables, que son elaborados por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes especialmente en los casos de responsabilidad de crianza o de régimen de convivencia familiar, obligación de manutención o patria potestad, tengan el carácter de una experticia que prevale sobre las otras experticias que pudieran realizarse en el mismo proceso?

R= Tomando en cuenta que el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es un servicio auxiliar de carácter independiente e imparcial; que brinda al ejercicio de la función jurisdiccional que realiza el mencionado tribunal informes integrales en los planos psicológicos, sociales, legales, entre otros, necesarios para cada caso; que está integrado por profesionales de la medicina psiquiátrica, de la psicología, del trabajo social y del derecho; y que son en su mayoría funcionarios de carrera que prestan sus servicios exclusivamente a esos tribunales, su intervención debe ser como expertos. Por tanto sus informes deben tener el carácter de experticia.

19. ¿Constituye la notificación electrónica prevista en la LOPNNA un sistema seguro de llamamiento a juicio de la parte demandada?

R= No lo creo. Con la notificación electrónica se dice que la secretaria verificará que se realizó, pero lo cierto es que no puede verificar que se realizó la notificación porque no sabe si la parte demandada recibió o no el mensaje electrónico. Lo que puede hacer es verificar que se envió la notificación. En algunos casos funcionará porque era el correo correcto, pero no podemos partir de esa perspectiva, de un supuesto, sino de un patrón general para garantizar como ente jurisdiccional el derecho a la defensa.

También puede suceder que la parte actora se equivoque o malintencionadamente indique otro correo electrónico, o que la parte demandada lo haya cambiado, o que esta no lo revise todos los días, sino cada uno, dos o tres meses, eso no lo sabemos. Por ello deben existir mecanismos de seguridad, programas especiales que verifiquen que la parte notificada abrió el correo electrónico y leyó el mensaje de notificación. En el caso del demandado no se debe notificar por correo electrónico si no es ella quien lo proveyó.

No hay los programas de seguridad electrónicos para certificar tanto que se envíe el mensaje como que sea recibido (porque es muy fácil enviar, difícil es para el tribunal saber que de verdad la parte demandada abrió el correo electrónico y leyó el documento electrónico llamado notificación), porque lo que asegura el derecho a la defensa es que lo haya leído.

Por otra parte no todos los tribunales tienen las herramientas informáticas necesarias ni Internet para implementar las notificaciones electrónicas. No hay la cultura informática para garantizar el derecho a la defensa a través de la tecnología, porque la tecnología no puede estar por encima del derecho a la defensa, sino que con la tecnología tiene que garantizarse el derecho a la defensa. Aún no se ha dado la formación necesaria a los funcionarios judiciales (alguaciles, secretarios, jueces y empleados) sobre la materia.

Anexo B

Entrevista realizada con la segunda guía.

- NOMBRE DE LA INVESTIGACION: “El procedimiento modelo para tramitar los asuntos judiciales de carácter contencioso relacionados con la niñez y la adolescencia”.
- ENTREVISTA DIRIJIDA A: Jueces y Secretarias de Juzgados de Primera Instancia del Trabajo (Sustanciación, Mediación y Ejecución así como Juicio) del Estado Zulia, con sede en Maracaibo.
- OBJETIVO: Conocer la opinión de jueces y secretarias de los referidos Juzgados en torno al impacto positivo y negativo (fallas y aciertos) de la LOPT.
1. ¿Prevé de manera expresa la LOPT la posibilidad de reformar la demanda? En caso de ser negativa su respuesta, ¿jurídicamente se puede hacer?
- R= En materia laboral se puede reformar la demanda en los mismos términos en que se reforma la demanda en el proceso ordinario civil. Antes de la citación el demandante puede reformar la demanda todas las veces que sea necesario. Una vez que ha sido citado (notificado según la LOPT) el demandado, sólo puede reformarla una sólo vez antes que el demandado dé contestación, el cual “sale” de los términos que utiliza el legislador en el artículo 343 del CPC (referido a la reforma de la demanda), y así lo ha interpretado la jurisprudencia.
- En ausencia de disposición expresa, el juez del trabajo puede aplicar analógicamente disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento

jurídico, conforme al artículo 11 de la LOPT. Si ya el demandado está notificado no se requiere nueva notificación, sino que se le concede un nuevo término, el cual en el juicio ordinario es de veinte días para que conteste, y en materia laboral es para la celebración de la audiencia preliminar, porque según el artículo 7 de la LOPT practicada la notificación para la audiencia preliminar, las partes quedan a derecho y no habrá necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del proceso.

2. ¿Cree usted que la LOPT en los diversos actos procesales (como la notificación en sus dos formas principales, por cartel y electrónica, por ejemplo), ha concedido a la parte demandada las debidas garantías al derecho a la defensa?

R= La experiencia adquirida durante los siete años de funcionamiento del Circuito Judicial Laboral ha demostrado que no ha habido ningún tipo de fraude en cuanto a la notificación. Además, eso tiene un antecedente legislativo en los artículos 51 y 52 de la LOT, que estableció la citación en las personas que según los prenombrados artículos cumplen funciones de dirección o administración, con el requisito adicional de que el alguacil exponía y luego se requería que se notificara al patrono con un cartel que debía fijar el alguacil a la puerta de la sede de la empresa y se entregara una copia del mismo al patrono, o se consignara en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere.

Eso fue un antecedente legislativo y nunca hubo problemas con la ley anterior, menos lo ha habido ahora, porque lo único que quiso el legislador fue simplificar los trámites atinentes al acto comunicacional de la citación.

Aquí no se cita sino que se notifica, porque no se busca personas, no hay aquella vieja obligación prevista en el artículo 218 del CPC, que practicaba la citación del demandado *in faciem*, es decir, cara a cara, necesariamente el alguacil debía entrevistarse con el demandado, entregarle la compulsa y éste debía otorgar recibo.

Ahora no, porque la notificación de la parte demandada se practica conforme a los términos del artículo 126 de la LOPT, fijando el cartel a la puerta de la sede de la empresa, entregándole una copia del mismo al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. No podemos perder de vista que en el procedimiento laboral uno de los principios que lo rige es el principio de celeridad, por eso se estableció así.

3. ¿En la forma cómo está concebido en la LOPT y con las facultades otorgadas al juez para ello, puede a través del Despacho Saneador de la demanda y del proceso, resolver y eliminar todos los vicios procesales que se detecten?

R= De hecho todos los jueces de sustanciación lo hacen, porque tienen las facultades que les confiere el artículo 124 de la LOPT que alude al Despacho saneador, de examinar previamente la demanda a ver si cumple o no los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 123 *ejusdem*.

Si no los cumple, el tribunal ordena corregir el libelo dentro del término perentorio de dos días. Si no se corrige se declara la perención de la instancia.

De manera que puede afirmarse que en el proceso laboral no se aplican las cuestiones previas que si se aplican en el proceso ordinario civil, los defectos de forma previstos en el numeral 6º del artículo 346 del CPC, que si el libelo no cumple los requisitos se requiere una actividad del demandado, que denuncia la falta de cumplimiento de los requisitos legales y solicita la interposición del Despacho Saneador.

Hay dos despachos saneadores: El despacho saneador que recoge el artículo 124 de la LOPT y el despacho saneador previsto en el artículo 134 *ejusdem*, que es aquel por medio del cual el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución resuelve en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte, en caso que no haya sido posible la conciliación, para que el juez de juicio pueda resolver la causa conforme a derecho.

4. En caso que el libelo de la demanda no cumpla con todos los requisitos de ley, ¿qué cree usted sea más conveniente para las partes, que el juez de sustanciación y mediación admita la demanda y ordene corregirla (como se dispuso en el artículo 457 de la LOPNNA 2007) ó a que antes de admitirla, si el libelo no cumple con todos los requisitos, se ordene al solicitante que lo corrija, apercibiéndolo con perención si no lo hace, como se estableció en el artículo 124 de la LOPT?

R= Al juez no le interesa examinar lo que sea más conveniente para las partes, él está obligado a garantizarle a ambas el derecho a la defensa y al debido proceso. El actor, en la LOPT, tiene como carga cumplir con todos los requisitos exigidos en el artículo 123, y el demandado tiene el derecho a que la demanda esté planteada en los términos adecuados que le permitan a él ejercer el derecho a la defensa. El juez lo que hace es que aplica el derecho y no puede entrar a analizar lo que sea más conveniente para las partes. No obstante, si la pregunta va dirigida a conocer la opinión desde el punto de vista procesal, considero que no se debe admitir y al mismo tiempo ordenar corregir.

En materia laboral el legislador ha considerado que antes de admitir debe el juez ordenar al solicitante la corrección del libelo, apercibiéndolo de perención, lo cual contribuye a evitar la negligencia o la inactividad de la parte actora, ayudando a acelerar el proceso, lo cual estimo correcto haya hecho el legislador en la LOPT.

Si se admite la demanda, ya el próximo paso sería la notificación (llamada citación en el proceso civil) y la consiguiente celebración de la audiencia preliminar.

Por ello no creo que sea conveniente para ninguna de las partes que se admita antes de corregir la demanda, porque a ambas partes le interesa evitar reposiciones inútiles, que sólo traen consigo dilación en el proceso. Además, si el artículo 129 de la LOPT establece que en materia laboral no se admite la

oposición de cuestiones previas, no podría considerarse conveniente el admitir a una de las partes (la solicitante) un libelo defectuoso.

5. ¿Si sobrevienen los motivos o las causas que justifiquen el decreto de una medida cautelar, considera usted que sólo el juez de sustanciación puede decretarla o pueden acordarla también el juez de juicio o el de una instancia superior si el peticionario ha acreditado su procedencia?

R= La potestad cautelar está implícita a todos los jueces, y por ello en el Circuito Judicial Laboral del estado Zulia hay precedentes de que los jueces superiores han decretado medidas cuando se les ha acreditado el cumplimiento de los extremos de ley. No basta con cumplir el requisito del artículo 137 de la LOPT, porque dicha disposición sólo exige la presunción grave del derecho que se reclama, y por vía jurisprudencial se ha establecido que deben cumplirse los requisitos que establece el artículo 585 del CPC: el *periculum in mora* (la presunción grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo) y el *fomus bonis iuris* (la presunción grave del derecho que se reclama).

6. ¿Cuáles considera usted son las funciones y la finalidad de la audiencia preliminar, y si ellas están cubiertas totalmente en la LOPT?

R= Primero tenemos que definir etimológicamente que significa audiencia preliminar.

Audiencia viene de *audire*, que significa escuchar, de manera que la audiencia preliminar es el acto en el cual el juez escucha los planteamientos de las partes. Haciendo uso de los medios alternativos de solución de conflictos, como son la mediación y la conciliación, el juzgador procura resolver por la vía más rápida, con la celeridad característica de los juicios laborales, la controversia que se ha suscitado entre partes en reclamación de algún derecho.

De manera que la función de la audiencia preliminar es una sola: Procurar la conciliación haciendo uso de los medios alternos de solución de conflictos.

El saneamiento es previo a la celebración de la audiencia preliminar, porque antes de admitir, el juez debe revisar la demanda y si observa que no cumple

con los requisitos del artículo 123 de la LOPT, ordena corregir los defectos que pudiera observar en el libelo, haciendo uso del despacho saneador.

Existe un segundo despacho saneador, que no es propiamente una función de la audiencia preliminar: Antes de dar por finalizada la audiencia preliminar, conforme a los términos del artículo 74 de la LOPT, si el juez observa que ya no va a ser posible la conciliación, y se detectan algunos vicios de oficio o a petición de parte, el juez antes de dar por finalizada la audiencia preliminar ordena corregir esos vicios, y una vez corregidos, da por finalizada la audiencia preliminar, ordena la incorporación al expediente de las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio, y el expediente queda en espera de contestación, conforme a los términos del artículo 135 *ejusdem*.

7. ¿Está usted de acuerdo, como lo establece el artículo 129 de la LOPT, en que no se admita en la audiencia preliminar la oposición de cuestiones previas?

R= La LOPT establece en su artículo 129 el imperativo legal de no admitir en la audiencia preliminar la oposición de cuestiones previas, y la práctica ha demostrado que la oposición de cuestión previa de defecto de forma en el libelo de la demanda ha sido utilizada reiteradamente por los profesionales del derecho como una manera de dilatar el proceso, careciendo dicha oposición de fundamento legal la mayoría de las veces.

8. ¿Cree usted que el juez de la mediación, para mediar las posiciones entre las partes y buscar la conciliación de sus intereses, debe comportarse como un simple tercero neutral que facilita la comunicación entre las partes en contienda y les expone las razones de conveniencia para que ellas mismas busquen directamente la solución al conflicto mediante un acuerdo, o debe jugar un papel activo y sugerir o presentar propuestas o bases de un acuerdo para resolver el caso?

El juez no puede asumir partido o posiciones en la audiencia preliminar, porque debe mantener su imparcialidad. Si analizamos el contenido del artículo 1º de

la LOPT, nos encontramos que el objeto de dicha ley es garantizar a trabajadores y empleadores una jurisdicción laboral imparcial, autónoma y especializada. La imparcialidad del juez es una característica propia de la función jurisdiccional. Esto no implica que el juez no pueda asomar –como se hace en la práctica- propuestas de arreglo, o no pueda hacerle ver a cada parte por separado y sin presencia de la otra parte, los puntos débiles o fallas que tiene en el proceso.

Por ejemplo, al trabajador que está reclamando las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la LOT, el juez le puede hacer ver lo ilógico de demandar preaviso si existe una carta de renuncia. Eso va bajando el nivel de conflictividad y facilita la conciliación, que es un acuerdo entre las partes.

La mediación es la intervención de un tercero en un conflicto ajeno, y por ello el juez no puede asumir posiciones, debe mantener imparcialidad.

9. ¿Está usted de acuerdo en que el legislador haya dispuesto como obligatoria la comparecencia personal de las partes o sus apoderados en la audiencia preliminar, so pena de que si la parte demandante no comparece se considere desistido el procedimiento y si no comparece la parte demandada se presuma la admisión de los hechos alegados?

R= Si el legislador no le hubiera asignado carácter obligatorio a la comparecencia de las partes y las consecuencias que acarrea la incomparecencia según los artículos 130 y 131 de la LOPT (el desistimiento del procedimiento, si el demandante no compareciere, y la presunción de admisión de los hechos alegados por la parte actora, si fuera la parte demandada la que no compareciere), la audiencia preliminar no se celebraría nunca. Fue un acierto que el legislador haya establecido ese carácter y acarreado esas consecuencias.

10. ¿Cree usted que los principios fundamentales que caracterizan el actual proceso laboral (oralidad, concentración, brevedad e inmediación), sirven de controles a la actividad judicial y le confieren a las partes en conflicto, al juez y a los terceros intervinientes un mejor marco de actuación?

R= Sobre todo confiere al proceso una gran transparencia, característica de la justicia laboral actual. En el Circuito Judicial Laboral del estado Zulia, todo se hace bajo el principio de la transparencia. Acá no hay nada oculto, hay un doble sorteo de los expedientes, de manera que el juez que sustancia no es el mismo que va a admitir; se hacen sorteos públicos y abiertos, que es lo mejor; en cuanto a la sustanciación, el juez siempre tiene como norte la obligación de garantizar a las partes el derecho al debido proceso: que el acto de notificación se practique de conformidad con lo establecido en la ley, para que cumpla la función de enterar al demandado que existe un proceso en su contra; de evitar los fraudes procesales en la notificación; entre otros.

11. ¿Está usted de acuerdo con la procedencia de admitir la representación sin poder en la audiencia preliminar?

R= No se puede admitir la representación sin poder en la audiencia preliminar porque a ella se va a conciliar, y esto comporta la capacidad de disponer del derecho en litigio, la cual constituye una facultad expresa, según lo dispone el artículo 154 del CPC. La facultad expresa para convenir no la podría tener nunca un abogado que actúe como representante sin poder.

12. ¿Cree usted procedente o improcedente la reconvencción en el proceso laboral?

R= Podría resultar, pero el problema de la reconvencción es que técnicamente hablando es una contrademanda, y la LOT establece que cuando el trabajador es deudor del patrono, sólo puede compensar hasta el cincuenta por ciento de lo que el trabajador le debe. Además, cualquier deuda que el trabajador pueda tener con el patrono constituye una deuda de carácter civil, de la cual podría devenir una incompetencia del tribunal por la materia. De allí que se requiera analizar cada caso concreto.

13. ¿Cree usted que en las actuaciones judiciales en las que se hace constar la fijación del debate, es decir, en la demanda y en la contestación, así como en el resultado de las pruebas, debe consagrarse exclusivamente el principio de escritura?

R= El proceso laboral es mixto, no es ni esencialmente oral ni esencialmente escrito. Como las palabras se las lleva el viento, debe quedar una constancia escrita, y reforzando eso las audiencias de juicio y las de apelación son filmadas, para que quede el registro filmico de las mismas.

14. ¿Considera usted que la única oportunidad de promover pruebas para ambas partes debe ser en la primera oportunidad de la audiencia preliminar, es decir, en el mismo momento en que se abre el acto, o en su opinión podrían presentarse en sus prolongaciones?

R= La disposición legal establece que es al inicio de la audiencia preliminar, ese es el criterio reiterado que existe y que también comparto, porque vivimos en un estado de derecho, que implica seguridad jurídica, certeza, y de no ser así podríamos caer en un estado en que los profesionales del derecho, como un ardid profesional, pretendieran estar promoviendo pruebas durante todos los meses que dure la audiencia preliminar (en materia laboral cuatro meses máximo).

Además hay otra razón de peso, y es que el juez de sustanciación maneja las pruebas como herramienta para lograr la conciliación, y verbigracia, como ya se ejemplificó antes, si la parte demandada promueve una carta de renuncia y el trabajador está reclamando conceptos derivados del artículo 125 de la LOT, con la anuencia del promovente de la prueba, el juez cita al trabajador y le pregunta el porqué de ese reclamo si renunció. Por ello lo mejor es que sea en una sola oportunidad.

15. ¿Considera usted que la admisión de todas las pruebas debe corresponder exclusiva y excluyentemente al juez de juicio?

R= El artículo 17 de la LOPT establece cuáles son las fases del proceso en primera instancia. La fase de sustanciación, mediación y ejecución está a cargo de los jueces unipersonales que se denominan Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución, y la fase de juzgamiento corresponde a los tribunales de juicio del trabajo. Es función del juez de juicio admitir y evacuar las pruebas, porque es al mismo a quien en definitiva le corresponde apreciar o no las pruebas.

16. ¿Considera usted acertado, a los fines de la celeridad procesal y al propósito de establecer sobre qué hechos recaerán los medios probatorios, que el juez de sustanciación, mediación y ejecución implemente a medida que avanza la fase de mediación, la fijación de los puntos en los cuales las partes convergen y son coincidentes?

R= No tiene por qué estar haciendo esas fijaciones, porque la audiencia preliminar se reserva solamente para las partes, y de lo que se diga en ella no se deja registro escrito. Simplemente en cada una de las prolongaciones se va puntualizando los aspectos que se manejen en ese momento, utilizando los medios al alcance para bajar los niveles de conflictividad.

17. ¿Además de contar con una buena preparación, ser probos, tener una alta sensibilidad social, ser proactivo y estar altamente comprometido con el ideal de justicia, considera usted que el juez de trabajo debe estar revestido de otras cualidades?

R= Lo más importante es que el juez esté dotado de rectitud de conciencia y probidad, y por supuesto, poseer los conocimientos técnicos necesarios, porque si el juez aplica el derecho, debe conocerlo adecuadamente para poderlo aplicar. Las principales virtudes de un juez son la probidad y el conocimiento que pueda tener.

18. ¿Cuál debe ser la conducta del juez de sustanciación, mediación y ejecución en la Audiencia Preliminar frente a un vicio procesal?

R= Eso va a depender de la etapa en que se detecte de oficio o a petición de parte el vicio, porque la solución para que se corrija ese vicio está, antes de que finalice la audiencia preliminar, en el segundo despacho saneador previsto en el artículo 134 de la LOPT.

19. ¿Qué vicios considera usted que pueden imposibilitar la celebración de la Audiencia Preliminar?

R= Entre ellos tenemos la imprecisión en los conceptos reclamados y que no se indique las alícuotas que conforman el salario integral y el salario normal, porque el demandado tiene derecho a saber con precisión lo que se le reclama, para que pueda ejercer adecuadamente el derecho a la defensa.

20. ¿Es posible, en virtud de los argumentos explanados en una Audiencia Preliminar por parte de la demandada en cuanto a la posibilidad de insolventarse, que el juez de sustanciación, mediación y ejecución, cumplido el requisito de *fomus bonis iuris*, establezca el *periculum in mora* en función de tal argumento y decrete la medida preventiva si le es solicitada por la parte actora?

R= No es el juez de sustanciación, mediación y ejecución quien tiene que acreditar el *fomus bonis iuris* y el *periculum in mora*, es una carga del que pide la medida acreditar los extremos del artículo 585 del CPC.

Otro aspecto a considerar es el artículo 184 de la LOPT, que faculta al juez de ejecución para disponer de todas las medidas que considere pertinentes a fin de garantizar la efectiva ejecución del fallo y que no se haga ilusoria la medida, así como a dictar cualquier disposición complementaria para asegurar la efectividad y el resultado de la medida que hubiere decretado, pero en este caso, que no requiere ni caución o fianza ni cubrir los extremos del artículo 585 del CPC, estamos en la fase de ejecución de la sentencia definitiva que haya quedado definitivamente firme o de un acto equivalente a ella.

En cuanto a lo que se diga en la audiencia preliminar, debemos tener presente que no tiene ninguna influencia en el proceso, pues pudiera suceder que en la audiencia preliminar la parte demandada admitiera la existencia de la relación de trabajo y que negara la misma en la contestación de la demanda.

21. ¿Está usted de acuerdo en que la falta de comparecencia de la parte actora a la Audiencia de Juicio traiga como consecuencia el desistimiento de la acción?

R= Tomando en cuenta que el actor pone a funcionar el aparato jurisdiccional, el cual acarrea un gasto para el Estado, pérdida de energía a distintos funcionarios judiciales y acumulación de expedientes, debe establecerse una sanción para aquellas personas que después que han motorizado el órgano judicial luego no comparecen a la audiencia de juicio.

22. ¿Está usted de acuerdo en la sustitución de la prueba de Posiciones Juradas por la Declaración de Parte?

R= La prueba de Declaración de Parte se adecúa más al principio de concentración. Las posiciones juradas eran a instancia de parte, se realizaban bajo el esquema de un interrogatorio que formulaba la parte promovente de la prueba. En cambio, la Declaración de Parte es una prueba que está bajo el control directo del juez y él es quien hace uso de ese medio si lo considera procedente, en presencia de las partes que garantizan en la audiencia el principio del contradictorio.

23. ¿Está de acuerdo en que los jueces de juicio deben apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica y que en caso de duda deben preferir la valoración más favorable al trabajador?

R= Según el artículo 10 de la LOPT los Jueces del Trabajo deben apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica y en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador. Tomando en cuenta que en definitiva siempre hay una dosis de subjetividad, porque el juez hace su valoración en privado, sin que nadie lo esté controlando, porque está facultado legalmente para hacerlo de esa manera, basta que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el

artículo 509 del CPC que establece que el juez debe analizar y juzgar cuantas pruebas se hayan producido, incluso aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, señalando siempre cuál sea el criterio o las razones que tuvo para apreciar o desechar cada prueba.

24. ¿Está de acuerdo en que la contestación de la demanda se produzca una vez concluida la Audiencia Preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje?

R= Debido a que en la audiencia preliminar se va a tratar de poner fin a la controversia existente entre las partes haciendo uso de los medios alternos de solución de conflictos, si la utilización de esos medios no fue fructífera, debe pasarse a la siguiente fase del proceso que es la contestación de la demanda, para que se trabé la *litis*, y se resuelva entonces en audiencia de juicio, que no es más que la facultad que tiene el juez de declarar el derecho. Mediante la sentencia el juez va a declarar, con la valoración de las pruebas, entre otras cosas, cuál de las partes le asiste el derecho.