

# MEDIDAS PREVENTIVAS Y EL PODER TUTELAR EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (2007)

**Mayerling Cantor Arias**

Abogada. Profesora Categoría Agregado.  
Universidad Valle del Momboy. Doctorando en  
Derecho UCV. Jueza de Mediación,  
Sustanciación y Ejecución de Protección de  
Niños, Niñas y Adolescentes de la  
Circunscripción Judicial del Estado Trujillo.  
Email: mcantor@ucat.edu.ve

---

Recibido: 16-2-2012 • Aprobado: 30-3-2012

### **Resumen**

El presente trabajo aborda la temática a una reflexión analítica sobre un tema trascendental y bastante laborado en el foro jurídico venezolano, concerniente con la regulación legal de las medidas preventivas en materia de niños, niñas y adolescentes y la novedad procesal, en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), relacionada con la oposición y la respectiva audiencia de oposición al decreto de cualquier medida preventiva dictada jurisdiccionalmente. Se analizará de manera genérica la figura de las medidas cautelares en el proceso venezolano, para revisar las diferencias que se presentan en las medidas preventivas dentro de un proceso en los tribunales especializados en materia de familia, especialmente, cuando se encuentren vinculados niños, niñas y adolescentes.

### **Palabras claves**

Medidas preventivas. Oposición. Audiencia de oposición. Medidas nominadas. Medidas innominadas. Niños, niñas y adolescentes.

### **Abstract**

The present work approaches the thematic one to an analytical reflection on a transcendental subject and toiled enough in the Venezuelan, concerning legal forum with the legal regulation of the preventive measures in the matter of children, children and adolescents and the procedural newness, in the Statutory law of Protection of Children, Children and Adolescents (2007), related to the opposition and the respective hearing of opposition to the decree of any dictated preventive measure jurisdictionally. The figure of the precautionary measures in the Venezuelan process will be analyzed of generic way, to review the differences that appear in the preventive measures within a process in the courts specialized in the matter of family, especially, when are tie children, children and adolescents.

### **Key words**

Preventive measures. Opposition. Name. Measured hearing of opposition. Measures innominadas. Young, young and adolescent

SUMARIO: Introducción. 1. Medidas Cautelares en el ordenamiento jurídico venezolano vigente. 2. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares. 3. Requisitos de procedencia de las Medidas Cautelares. 4. Función de las Medidas Cautelares. 5. Facultades de Dirección y Tutela Instrumental en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 5. 1 Clasificación de las Medidas Preventivas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 5.2 Clasificación de las Medidas Preventivas Nominadas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes 2007. 5.2.1 Medidas preventivas en juicios de privación de patria potestad. 5.2.2 Medidas preventivas en los asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. 5.2.3. Medidas preventivas en los casos relacionados con obligación de manutención. 5.2.4. Las medidas preventivas y las instituciones familiares. 5.2.5. Las medidas preventivas en materia de Divorcio, Separación de Cuerpos. 6. Oposición a las medidas preventivas. 6.1 Audiencia de Oposición a las Medidas Preventivas. 6.2 El procedimiento de la audiencia de oposición a las medidas. 6.3 Fases de la Audiencia de Oposición. 7. Efectos de la no comparecencia de las partes a la audiencia de oposición a las medidas preventivas. Conclusiones

## **Introducción**

El presente trabajo se delimita a una reflexión analítica y crítica sobre un tema trascendental y bastante laborado en el foro jurídico venezolano, relacionado en forma genérica, con la regulación legal de las medidas preventivas en materia de niños, niñas y adolescentes y la novedad procesal, en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), relacionada con la audiencia de oposición al decreto de cualquier medida preventiva dictada jurisdiccionalmente.

A tales efectos, se revisará de manera resumida la institución jurídica procesal de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico venezolano, su basamento constitucional y el desarrollo doctrinario referido a su definición, límites y alcances, clasificación y fines de las mismas. Para así adentrarnos al poder cautelar e instrumental de los jueces en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

Se hace necesario evaluar la clasificación de las medidas preventivas nominadas que el legislador incluyó en la reforma procesal de la ley, así como la posibilidad de que el justiciable pueda revelarse en contra de tal actuación jurisdiccional, incluyendo para ello los principios rectores en materia procesal de la ley que regula la niñez y la adolescencia en Venezuela. Con ello se tratará de aportar en un punto de vital importancia y de lucha día a día en el foro

jurídico, con la idea sencilla de colaborar o contribuir a la sana y elevada discusión jurídica que debe imperar.

## **1 Medidas Cautelares en el ordenamiento jurídico venezolano vigente**

Hablar de medidas cautelares dentro del derecho procesal venezolano es tratar sobre un tema que se ha estudiado durante décadas, sin embargo, la diversidad de criterios doctrinarios y el arduo proceso de desarrollo doctrinario y jurisprudencial, es quizás lo que nos lleva una vez mas a analizar y estudiar con mayor ahínco las medidas cautelares y preventivas, para adentrarnos en la creación legal de las mismas en los procesos llevados en sede jurisdiccional en los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Es de destacar, que las medidas cautelares surgen como un remedio despejado y especial para responder de alguna manera a violaciones o lesiones de los derechos fundamentales, o cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. No obstante, en la esforzada y laboriosa tarea de administrar justicia como actividad exclusiva y propia del Estado Venezolano, se compromete con ciertas bases o principios que deben garantizar la seguridad jurídica, como cimiento de la armonía indispensable de la sociedad.

Entre otros de esos principios debemos recordar, la celeridad procesal, donde así surge para el Estado la obligación de ejercer efectivamente la tutela judicial de los derechos de los particulares de solicitar, de manera urgente, el reestablecimiento de la situación jurídica infringida, premura que sin duda lo que busca, y sin ánimo de redundar, es la eliminación del daño ocasionado. En esta materia tan sensible y especial de la niñez y la adolescencia en Venezuela, se hace pertinente el estudio de las medidas preventivas o cautelares dentro de la presente investigación, para determinar su relación y debida aplicación de las mismas dentro del proceso que estableció la reforma procesal de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), donde además de describir y enumerar una serie de medidas nominadas, y denominarlas de tipo preventivas, en vez de cautelares, introdujo la novedad procesal de oponerse a la medidas, desarrollando una la audiencia de oposición de las medidas, la cual cumple con los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como son, la oralidad, la inmediación, la concentración, la celeridad, entre otros.

## **2. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares**

En primer término es de advertir, que la tutela judicial efectiva, es considerada como un derecho fundamental, que se encuentra consagrado en casi todas las Constituciones del mundo, en Venezuela existe una verdadera constitucionalización del referido derecho, ya que nos fundamentamos en una consagración de un Estado de derecho, social y de justicia que se caracteriza en garantizarles a sus ciudadanos y ciudadanas una real y verdadera realización de la justicia.

En Venezuela, la tesis de defender la existencia de medidas cautelares se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, derecho cardinal y primario que implica directamente el derecho cautelar efectivo y realización y consagración de la justicia. Por lo tanto, los jueces y juezas venezolanos deben disponer de un sistema amplio de poderes cautelares, porque como bien lo señala Ortiz L.<sup>1</sup> "(...) El problema no versa ya sobre la existencia o no de tales posibilidades, (...), si no que versa sobre la articulación técnica de tales medidas y sobre la actitud de renovación". Desde esta perspectiva, están en la obligación todos los jueces y juezas de proveer de un sistema garantista a los ciudadanos que se encuentran dentro de un proceso judicial, de la existencia de medidas cautelares que respondan las resultas del proceso.

El profesor Chavero<sup>2</sup> señala que "Lo que si luce a todas luces inconstitucional -por ser contrario al derecho a la defensa y al debido proceso- es que pueda existir un proceso judicial carente de medidas preventivas que tiendan a resguardar la igualdad de las partes en el proceso y la garantía de la efectividad de la futura decisión". En iguales términos, el profesor Hernández, V.<sup>3</sup>, aduce que "La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen el control de la ejecutividad y en general, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere". La facultad de decretar medidas cautelares o preventivas dentro de cualquier proceso se hace imperiosa por la falta de celeridad en los diversos procesos jurisdiccionales, constituyéndose en una garantía de eficacia de las providencias cautelares, visto como la necesidad de un medio efectivo, y rápido que intervenga en desarrollo una situación de hecho, que sea solucionada o suplida por las medidas cautelares.

Ese real ejercicio de protección de tutela judicial reflejado en un derecho constitucional se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil Venezolano en los artículos 585 y 588. En palabras del catedrático Henríquez, R.<sup>4</sup> las medidas cautelares "(...) están previstas en las leyes para asegurar la eficacia de los procesos, garantizando la eficacia de la sentencia, evitando el menoscabo del derecho que el fallo reconoce". Por tanto, la función jurisdiccional cautelar tiene como fin primordial un cometido eminentemente de orden público, el cual es evitar por todos los medios que la inexcusable tardanza de los diversos procesos, se convierta en una burla o zanga a la justicia y, por consiguiente, en una disminución de la autoridad del Estado. De tal manera, que considerar lo contrario, vale decir, la no existencia de un poder cautelar amplio en Venezuela sería cegarse, e involucionar ya que el retardo en la situación jurisdiccional,

1 ORTIZ, L. (1995) *Jurisprudencias de Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. pp. 24

2 CHAVERO, R. (2001). *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood. pp 268

3 HERNÁNDEZ, V. (2003). "El Amparo Constitucional desde la Perspectiva Cautelar". *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I, Civitas. Madrid. pp 163

4 HENRÍQUEZ, R. (1987) *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Maracaibo: Editorial Maracaibo SRL. pp. 305

trajo consigo buscar una solución inmediata, eficaz, como son las medidas cautelares.

En efecto, por vía jurisprudencial, se ha venido reconociendo el poder cautelar de los jueces y juezas, vale decir, la posibilidad de dictar medidas cautelares dentro de cualquier proceso, donde "(...) supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los jueces o juezas de la República y, que se dirige indudablemente al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes"<sup>5</sup>. Hecho que demuestra plenamente la necesidad de que se presenten, se soliciten y se acuerden medidas cautelares dentro de cualquier proceso judicial a los efectos de obtener una justicia accesible, equitativa breve, eficaz y expedita, por que como bien lo ha señalado en distintas oportunidades la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, podrían quedar frustrados los resultados del juicio.

Del estudio del derecho procesal de las medidas cautelares se han conocido los siguientes elementos definidores, dependiendo desde las ópticas y variaciones en el tiempo:

1. *Instrumentalidad*: Tal como se ha descrito las medidas cautelares se caracterizan por no ser un fin en si mismas, sino que buscan asegurar el resultado o la eficacia del proceso. El catedrático Calamandrei<sup>6</sup> señala que "las medidas cautelares son instrumento del instrumento". Constituye la característica especial y esencial de las providencias cautelares, pues se anticipan pero no son definitivas, en palabras de Henríquez<sup>7</sup> "el concepto denota dos elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo". Esa instrumentalidad es eventual pues se encuentra destinada a precaver el resultado práctico del futuro o los resultados del juicio, pues presentan una anticipación que duran sus efectos hasta que se produzca la sentencia definitiva.

2. *Temporalidad*: otra de los caracteres que limitan el poder cautelar se encuentra reflejado en el factor tiempo, el cual se refiere a los efectos de la providencia cautelar. Es conocido que las mismas duran hasta que se produzca sentencia definitiva, vale decir, tienen subsistencia hasta que dure el proceso. Sin embargo, durante el proceso las circunstancias que dieron lugar a la aprobación de las medidas cautelares pueden variar y, por ende, las medidas pueden ser modificadas o revocadas antes de la sentencia definitiva.

3. *Necesidad o Urgencia*: Se otorgan como una garantía de eficacia de los resultados del juicio, vista la necesidad de un medio efectivo y rápido que proteja una situación fáctica. Según Hernández<sup>8</sup> las medidas que se conceden

5 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 83 de fecha 09 de marzo de 2000. [www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve)

6 CALAMANDREI, P. (1984) *Providencias Cautelares*. Editorial Depalma. pp. 75

7 HENRÍQUEZ, R. (1997). *Código de Procedimiento Civil*. Tomo IV. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. pp. 292.

8 HERNÁNDEZ, V. (1998). *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. 2ª Ed. Caracas. pp. 22

"deben ser necesarias para evitar la producción de perjuicios graves e irreparables, o de tal naturaleza que no puedan repararse por la sentencia que ponga fin al proceso principal". Esta premura viene a menguar, el retardo en la aplicación del derecho por parte de la administración de justicia lo cual por su puesto deja que se satisfaga la pretensión del solicitante. A su vez puede entenderse, esta emergencia como una simplificación de los tramites procesales para lograr una justicia eficaz, accesible y rápida.

4. *Idóneas o de Derecho Estricto*: esta característica se describe de forma restringida, vale decir, que se garantice la tutela judicial que efectivamente se avalen los resultados del proceso, vista la discrecionalidad del juez o jueza el poder cautelar general que le otorga el Código de Procedimiento Civil Venezolano a los jueces debe ser prudente, equitativo y resguardar el mejor derecho reclamado.

5. *Judicialidad*: vista la procedencia del poder cautelar de los jueces o juezas, necesariamente debe estar presente un juicio, en palabras del profesor Henríquez<sup>9</sup> "es de vital importancia la conexión vital de las medidas cautelares con un proceso judicial".

### 3. Requisitos de procedencia de las Medidas Cautelares

No se discute en la actualidad que los jueces o juezas deben tener un amplio margen de poder cautelar, a los fines de tutelar los intereses en litigio, sin embargo es necesario, que se verifiquen los requisitos de procedibilidad que establecen los artículos 585 y Parágrafo Primero del 588 del Código de Procedimiento Civil, por tanto es imperativo la prueba de presunción grave del derecho que se reclame y el peligro en la mora, los cuales deben ser acumulativos, pues no podrá decretarse la preventiva con la mera alegación y presencia de uno solo de ellos, así tenemos:

1. El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, vale decir, el *periculum in mora* que se manifiesta por la infructuosidad o la tardanza en la emisión de la providencia principal<sup>10</sup>. 2. La existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior. 3. La existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente.

Respecto de los requisitos de las medidas cautelares caben las siguientes precisiones de doctrina procesal. El *periculum in mora*, de acuerdo con el doctor Henríquez, R.<sup>11</sup> tiene como causa constante y notoria, la inexcusable

9 HENRÍQUEZ, R. (1997). *Código de Procedimiento Civil*. Tomo IV. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. pp. 295

10 CALAMANDREI, P. (1984) *Providencias Cautelares*. Editorial Depalma. pp. 76

11 HENRÍQUEZ, R. (1997). *Código de Procedimiento Civil*. Tomo IV. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. pp. 297

tardanza del juicio de cognición, "el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada", el retardo procesal que aleja la culminación del juicio. En palabras, del profesor Labrador<sup>12</sup>, el *periculum in mora* esta constituido por la: "(...) conducta que pudiera asumir el demandado durante el proceso en vista de que el desenvolvimiento del mismo, le haga presumir que la providencia judicial a ser dictada con carácter definitiva no le será favorable, conducta que de materializarse, podrá convertirla en inútil por no tener donde ser ejecutada".

De igual manera, a los efectos de decretar una medida cautelar dentro de un proceso, el juez debe determinar los requisitos de procedencia de las mismas, por ello debe analizar con detenimiento el derecho que reclama el solicitante, continúa aduciendo que :"(...) Mientras mayor presunción tenga el juez de que el solicitante de la medida posee el derecho controvertido, es decir, que tenga razón, menor debería ser la exigencia de demostrar el *periculum in mora*. En cambio cuando el buen derecho del actor no este claro, o sea dudoso, más exigente debe ser la valoración del *periculum in mora* (...)"<sup>13</sup>.

Ahora con respecto al segundo requisito de procedencia, referido al *fumus boni iuris* supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo, implica necesariamente la existencia del buen derecho, por tal el derecho que se pretende proteger debe presentarse como probable.

La medida cautelar encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos del presunto agravante causen al agraviado lesiones graves o de difícil reparación, y en esto consiste el "mayor riesgo" que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada. El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio -presuntivos- sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto. Sin olvidar este requisito concurrente cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En este sentido, faltando la prueba de cualquier de estos elementos, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, los jueces o juezas no podrían bajo ningún aspecto decretar ninguna medida preventiva.

Debe quedar eminentemente claro, que el poder cautelar es amplísimo, no obstante, debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren y con la debida prudencia, por ello la decisión cautelar solo se debe conceder cuando existen en autos, medios de prueba suficientes que demuestren los requisitos anteriormente detallados.

12 LABRADOR, A. (2004) Trabajo Especial de Grado, para optar al título de especialización en Derecho Procesal Civil. Medidas Cautelares. pp. 7

13 LABRADOR, A. (2004) Trabajo Especial de Grado, para optar al título de especialización en Derecho Procesal Civil. Medidas Cautelares. pp. 7



#### **4. Función de las Medidas Cautelares**

Las medidas cautelares se presentan dentro de un procedimiento, a los efectos de asegurar la eficacia del proceso y la sentencia, por tanto el poder cautelar en Venezuela es amplio y no debe entenderse de manera restrictiva, es mas va de la mano de la función jurisdiccional por tanto, tiene un fin eminente de orden publico, el cual no es otro en definitiva, que evitar la inexcusable tardanza en el proceso. Así, constituye una garantía de orden práctico, en virtud que persigue asegurar la continuidad del derecho objetivo.

Uno de los principios básicos de la institución cautelar lo constituye el reflejo del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares se instituyen en verdaderos instrumentos de justicia que tiene el juez o jueza para que los fallos sean ejecutables y eficaces. Otra de las grandes funciones que tiene el poder cautelar, es que permite que puedan ser acordadas medidas preventivas dentro del proceso aun cuando no exista una norma de derecho que las tipifique y las contenga de manera expresa. Un gran aporte de la función cautelar, lo constituye que no solo con la adopción de medidas cautelares se consigue con el destino de juzgar, si no además se incita a ejecutar lo juzgado.

#### **5. Facultades de Dirección y Tutela Instrumental en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes**

En principio, se podría establecer que el poder cautelar en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, continúa desplegándose bajo los principios tradicionales de la cautela ordinaria, que en líneas anteriores fueron en resumen reseñados, incorporando el legislador la modificación sustancial de la institución, así como regulando este aspecto en una disposición separada, que forma parte de la Sección Tercera, denominada Facultades de Dirección y Tutela Instrumental del Capítulo IV, relativo al Procedimiento Ordinario, del Título IV, dedicado a las Instituciones Familiares, ampliando y consolidando a su vez ciertos aspectos que en la otrora ley fueron discutidos, en los cuales podemos mencionar como novedades, que las medidas a dictarse serán preventivas y no cautelares, la ampliación del abanico de medidas nominadas en materia de instituciones familiares, la oposición de las medidas desarrolladas en su parte adjetiva en la propia ley, el establecimiento de la audiencia de oposición configurada y adaptada a los postulados y principios procesales constitucionales. De igual forma, reforzó la posibilidad de adelantar el régimen de medidas, aún sin la existencia de un proceso principal, condicionando a que se interponga la acción correspondiente en el lapso legal establecido. Otro cambio que se refleja en esta reforma en esta materia, consiste en que se sustituyó la forma imperativa utilizada en la norma reformada que decía el *juez decretará*, por la forma discrecional que dice: el juez o jueza *podrá* decretar.

En palabras de Barrios, H.<sup>14</sup> la razón por la cual el legislador consideró que se decretasen medidas preventivas, en vez de medidas cautelares, se refiere "al mayor radio de acción de las medidas preventivas. En tal sentido se observa que, si bien la tutela cautelar forma parte de la tutela preventiva, no toda medida preventiva es una medida cautelar, ya que esta última solo tiene por objeto garantizar la eficacia del fallo que dicte el juez y la efectividad del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia."

Referente a los presupuestos de procedibilidad, la ley en comento, reafirma los pilares clásicos del poder cautelar tradicional, vale decir, el *periculum in mora* y la presunción de buen derecho, con lo cual, se le adhieren por su puesto, los demás elementos indispensables la legitimación que tiene para solicitarla y señalar el derecho reclamado, aunque la ley es amplia en materia de instituciones familiares, pues en principio solo exige, la presencia de estos dos últimos requisitos.

Se hace imperioso, aclarar que bajo la óptica del desarrollo del procedimiento ordinario en audiencias, vale decir, preliminar (fase de mediación y fase de sustanciación) y la de juicio, el legislador no precisó a cuál juez o jueza tiene competencia para decretar las referidas medidas, con lo cual es bastante cierto que se reafirma el principio que pueden ser solicitadas o decretadas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, en tanto tiene facultades de tutela instrumental y cautelar, el juez o jueza de mediación, sustanciación y ejecución, juez o jueza de juicio, juez o jueza superior y así sucesivamente.

Sobre este punto, es de advertir, que la doctrina ha venido discutiendo las posibles desavenencias que se pudieren presentar si el juez o jueza de mediación, sustanciación y ejecución, decretare una medida preventiva, antes de llegar a la fase de mediación, según la autora Morales, G.<sup>15</sup> los concedores de la materia de mediación y sus técnicas, muestran su preocupación respecto a la incompatibilidad que existirá entre un juez o jueza que habiendo dictado una medida preventiva a petición de una de las partes, o que habiéndosele pedido las niegue, pase de seguidas ese mismo juez, a desempeñarse como juez mediador, a su parecer, las partes difícilmente tendrán una percepción de persona imparcial.

En términos más contundentes Carrillo, M.<sup>16</sup> (2008) considera "una notable falla de la reforma la posibilidad de que el juez de mediación tenga el poder para dictar providencia cautelares".

Sobre el particular, compartiendo parcialmente el presente criterio, el juez o jueza de mediación, debe balancear de acuerdo a su visión general y crítica del asunto controvertido, esperar la ocurrencia de la fase de mediación sin decretar

14 BARRIOS, H. (2008). "Patria Potestad, Obligación de Manutención y Colocación Familiar en la LOPNNA 2007". IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: La reforma. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. pp. 220

15 MORALES, G. (2009). "Audiencia Preliminar: Fase de Mediación". II Jornadas sobre el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la reforma de la LOPNNA. Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara. Colegio de Abogados del estado Lara. Barquisimeto. pp. 112

16 CARRILLO, M. (2008). "La fase de Mediación en la Audiencia Preliminar según la ley de reforma parcial de la LOPNNA". IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: La reforma. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. pp. 266

medida alguna o por el contrario, si es inminente el peligro o riesgo en la violación de derechos o pronta vulneración de los mismos, de seguidas debe decretar en protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes las medidas preventivas a que hubiere lugar. Si bien es cierto, que lo primario es evitar la adjudicación judicial antes de la fase de mediación, y atenta contra los postulados teóricos de los procedimientos de solución de conflictos, no es menos cierto que la praxis judicial lleva a ser casuístico y, por tanto el juez o jueza de mediación como director del proceso, tiene poderes razonables para fluctuar las posibilidades de una solución inmediata y, a su vez, valorar íntegramente la situación jurídica para la verdadera realización de la justicia.

### **5.1 Clasificación de las Medidas Preventivas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes**

Era verdaderamente relevante y resultaba hasta indispensable, dotar al juez o jueza de normas y potestades que le facilitarán la primordial de sus funciones inherentes al desempeño de su cargo, esto es, un ágil, práctico y desenvuelto régimen de potestad cautelar, sin lo cual obviamente, esta modificación hubiese carecido de sentido. Parafraseando al Dr. Baumeister<sup>17</sup> toda medida tardía o el aletargamiento en proveer sobre determinados aspectos atinentes producirán efectos difíciles de eliminar, tomando en cuenta en todo caso, la naturaleza habitual y delicada de asuntos de niños, niñas y adolescentes.

Por ello el legislador, en esta materia tan perceptiva y especial diseñó una serie de medidas preventivas, permitiéndoles a los jueces o juezas en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, tener un amplio abanico de medidas que permiten asegurar los intereses de los actores involucrados en el proceso.

1. Medidas preventivas anticipadas: El artículo 465 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), le otorga a los jueces o juezas de protección la potestad de decretar medidas preventivas en el caso de que por la gravedad o urgencia de la situación así lo aconseje, y así dispone textualmente la norma: "El juez o jueza, a solicitud de parte o de oficio puede dictar diligencias preliminares, medidas preventivas y decretos de sustanciación que no hubieren sido ya objeto de pronunciamiento en el auto de admisión y que se consideren necesarios 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".

En el artículo 466 Parágrafo Segundo, prevé expresamente la posibilidad de que se decreten medidas en forma previa al proceso, siendo obligación de la parte presentar la respectiva demanda dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida.

<sup>17</sup> BAUMEISTER, A. (2002) *Anotaciones al régimen de las potestades cautelares del órgano judicial en los nuevos procedimientos en materia de niños y adolescentes*. Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente. Caracas. Obra conjunta. Compilador Cristóbal Cornéles. Editores Vadell Hermanos. pp. 59.

La referida norma consagra en esta materia una forma de tutela preventiva, que se dicta no solo para asegurar el fallo sino para prevenir de cualquier situación dañosa o potencialmente lesiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Siendo que la tutela preventiva es una facultad del órgano jurisdiccional para dictar medidas de tutela en función de intereses superiores.

2. Medidas preventivas nominadas: son aquellas definidas y delimitadas en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), que trae una amplia gama de medidas típicas y propias del proceso, establecidas en los artículos 381 y 466 parágrafo primero, que en líneas posteriores se revisarán a detalle.

3. Medidas preventivas innominadas: son aquellas medidas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez o jueza en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso.

## **5.2 Clasificación de las Medidas Preventivas Nominadas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes 2007:**

### **5.2.1 Medidas preventivas en juicios de privación de patria potestad**

De conformidad con lo establecido en el artículo 466-A de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), se estipula: en primer término las medidas preventivas en caso de privación o extinción de patria potestad, es necesario que se presente un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por la parte demandante, a los fines de que el juez o jueza puede decretar las medidas preventivas para garantizar la protección y seguridad del niño, niña o del adolescente mientras dure el juicio. En todo caso y siempre que se estime indispensable, el juez o jueza puede ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados.

### **5.2.2 Medidas preventivas en los asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:**

Aquellas materias consagradas en el artículo 322 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), referido a los procedimientos contenidos en los parágrafos tercero y quinto del artículo 177 ejusdem, se hace necesario observar por parte del Juzgador, la existencia de una amenaza grave e inminente o una violación contra los derechos a la vida, a la salud, a la integridad personal o la educación de los niños, niñas y adolescentes, en estos casos el juez o jueza podrá dictar las medidas preventivas pertinentes, para garantizar y reestablecer dichos derechos. Es de resaltar, que existe un amplio margen de poder cautelar al juez o jueza para valorar, evaluar y considerar las medidas innominadas que dependiendo del caso en concreto, crea conveniente determinar,

recordemos que se presupone una conducta especial del juez o jueza frente al proceso.

### **5.2.3. Medidas preventivas en los casos relacionados con obligación de manutención**

La Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2007, reforzó la posibilidad de que el juez o jueza de protección en materia de niños, niñas y adolescentes, pudiese decretar en los procedimientos de obligación de manutención, distintas medidas de carácter nominadas, señaladas en los artículos 381 y 466-B, en las cuales se deben tomar en cuenta los siguientes elementos denominados por el legislador de carácter probatorios como son: 1. Presunción grave de riesgo manifiesto que el obligado deje de pagar las cantidades que correspondan. 2. Elementos probatorios que así lo determinen. 3. Apreciación de la gravedad y urgencia de la situación. 4. Demostrar el riesgo manifiesto cuando, habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento, existiese retraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas.

Así mismo, establece el primer aparte del artículo 381 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), que estas medidas deben ser levantadas de inmediato o no podrán decretarse, cuando conste en autos prueba suficiente de que el obligado ha venido cumpliendo en forma voluntaria y oportuna la obligación de manutención. Es de entender que en caso, de ya haber sido decretadas las medidas preventivas, el obligado a los fines de demostrar su cumplimiento voluntario y oportuno, lo realizará a través de la oposición de la medida y las pruebas referidas se evacuarán en la referida audiencia, aunque la redacción del artículo tienda a confundir que deben ser levantadas de inmediato cuando conste en autos prueba suficiente de tal cumplimiento. Sin embargo, en resguardo del debido proceso se debe conjugar las distintas normas sustantivas y adjetivas y articularlas en resguardo de las garantías de las partes.

Adicionalmente, en el artículo 466-B de la ley en estudio, se establecen las medidas preventivas nominadas en caso de obligación de manutención, que el juez o jueza al admitir la demanda de obligación de manutención, puede ordenar las que juzgue más convenientes al interés del niño, niña o adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación, entre otras encontramos, las siguientes: a) Ordenar al deudor o deudora de sueldos, salarios, pensiones, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos de la parte demandada, que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona que se indique. b) Dictar las medidas preventivas que considere convenientes, sobre el patrimonio del obligado u obligada, someterlo a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas. c) Adoptar las medidas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado u obligada, por una suma equivalente a seis (6) cuotas de manutención fijadas adelantadas o más, a criterio del juez o jueza. d) Decretar medida de prohibición de salida del país, siempre que no exista otro medio de asegurar el cumplimiento de la obligación de manutención; en todo caso, esta medida se suspenderá, cuando el afectado o afectada presente caución o fianza que, a criterio del juez o jueza, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación".

Esta norma sufrió pequeños cambios con la norma reformada u anterior, los literales a y b quedaron en similares términos, el cambio sustancial se nota en la medida prevista del literal c, donde se reduce de treinta y seis (36) mensualidades a una suma equivalente a seis (6) cuotas de manutención fijadas adelantadas o más, a criterio del juez o jueza, cambio que a juicio de diversos autores se prestaba a diversos abusos.

En cuanto al literal d, último tipo de medida preventiva en el artículo 466 B referido a la posibilidad de decretar la prohibición de salida del país del obligado, condicionando la norma, que siempre y cuando no exista otro medio de asegurar el cumplimiento de la obligación de manutención, y esta condición es meramente lógica u consustancial por la colisión o posible violación al derecho al libre tránsito de todo ciudadano o ciudadana de esta República consagrado en el artículo 50 constitucional, por tales razones, el juez o jueza debe motivar la gravedad o urgencia del niño, niña o adolescente para decretar la presente medida.

Es de notar, que el legislador en materia de obligación de manutención presume el estado de necesidad si se trata de niños, niñas y adolescentes, con el objeto de asegurar su cumplimiento, igualmente debe considerar el juez o jueza ante un hecho concreto, la urgencia de proveer al beneficiario de los recursos necesarios para tal fin, lo cual justifica el decreto inmediato de las medidas preventivas que sean solicitadas, sin el cumplimiento de otras formalidades.

Debe tenerse presente, que una vez demostrada la filiación entre el demandado y el beneficiario, se puede proceder al decreto de la medida preventiva o también cabría la posibilidad en caso de ser necesario, el decreto de otras providencias cautelares anteriormente transcritas. Aunque estas últimas no cumplen de manera inmediata con el objetivo que se viene comentando, toda vez, que no se trata de cantidades de dinero, siendo impermitible esperar la finalización del proceso, para efectuar las fases de ejecución de las mismas<sup>18</sup>.

#### 5.2.4. Las medidas preventivas y las instituciones familiares

El párrafo primero del artículo 466 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), es novedoso, en virtud, que enumera una serie de medidas nominadas relacionadas con las instituciones familiares, cierto sector de la doctrina<sup>19</sup>, clasifica las medidas de dos tipos, de carácter personales y reales, sea que limita los derechos de la persona o la disponibilidad sobre sus bienes, con el objeto de resguardar los resultados de un juicio en el que se encuentren vinculados los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El legislador, estableció que las medidas que puede ordenar el juez o jueza de conformidad con el artículo 466 párrafo primero de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2007, para proteger provisionalmente el derecho reclamado son:

<sup>18</sup> ÁVILA, Y. (2002) *La obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente*. Caracas. Editores Vadell Hermanos. pp 91

<sup>19</sup> <http://www.iabogado.com/esp/guialegal/guialegal.cfm?IDCAPITULO=17130000>. consultada el 26 de mayo de 2010

- A. Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza.
- B. Restitución de la Custodia al padre, la madre o terceras personas que la ejerzan en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.
- C. Custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente.
- D. Régimen de Convivencia Familiar provisional.
- E. Colocación familiar o en entidad de atención provisional durante el trámite del procedimiento de colocación familiar.
- F. Separación de la persona que maltrate un niño, niña o adolescente de su entorno.
- G. Retención del pasaporte del niño, niña o adolescente.
- H. Restitución de bienes o enseres del hogar propiedad del niño, niña o adolescente, de su madre o padre, para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado.
- I. Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

Puede determinarse que las medidas preventivas antes transcritas, se caracterizan, en primer termino, porque pueden ser decretadas en cualquier estado y grado de la causa, en segundo lugar, pueden ser dictadas previas al proceso con lo que se busca la protección anticipada del derecho que se presume violentado, manteniendo el lapso de caducidad de un mes para que la parte interesada presente de forma obligatoria la demanda, caso contrario, el juez o jueza está obligado a revocar la medida al día hábil siguiente, y en tercer lugar, estas medidas, pueden dictarse a petición de la parte interesada o de oficio por el juez o jueza.

Es de recalcar, que existen medidas preventivas en esta materia de niños, niñas y adolescentes denominadas por la doctrina medios no cautelares, a los cuales se les conoce como decisiones anticipadas, las cuales, son de gran importancia en el ámbito del derecho de familia pues se refiere a la eficacia de los procesos familiares<sup>20</sup>. Medidas referidas que se conjugan con la protección que debe siempre imperar en aras de garantizar la tutela a los niños, niñas y adolescentes.

Así por ejemplo, pueden ser decisiones anticipadas una custodia provisional, la fijación de un régimen de convivencia familiar provisional, la fijación de una obligación de manutención provisional, autorización para viajar en caso de extrema necesidad (medidas autosatisfactivas), las cuales pueden ser dictadas o decretadas previa a la sentencia definitiva durante el curso del proceso, con el objeto de satisfacer las necesidades o el interés de los niños, niñas y adolescentes.

<sup>20</sup> KEMELMAJER, A. citada por Ávila, Y. (2002) *La obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente*. Caracas. Editores Vadell Hermanos. pp 90

### 5.2.5. Las medidas preventivas en materia de Divorcio contencioso, Separación de Cuerpos contencioso

Otro de los temas que no se puede dejar de mencionar en el presente análisis, está relacionado con un tema bastante corrido en la praxis judicial, como es las medidas preventivas solicitadas dentro de un proceso de divorcio contencioso o separación de cuerpos y de bienes de conformidad con el artículo 185 del Código Civil Venezolano. Vale recordar, que de conformidad con el artículo 177 Parágrafo Primero literales j y k de Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) es competencia de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes conocer del Divorcio, nulidad de matrimonio y separación de cuerpos, cuando haya hijos comunes que están bajo la patria potestad de los cónyuges o de uno de ellos y, del Divorcio, nulidad de matrimonio y separación de cuerpos cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.

De esta suerte, dentro de los procesos antes mencionados, la legislación venezolana, específicamente el Código Civil establece una serie de artículos que protegen en gran parte y medida la seguridad de los bienes de la comunidad conyugal. Así los artículos 171, 174 y 191 del Código Civil en los procesos de separación judicial de bienes, permite al Juez o Jueza dictar las providencias que estimare convenientes para la seguridad de los bienes comunes mientras dure el juicio. Todas estas normas del Código Civil facultan al Juez o Jueza para que a su prudente arbitrio<sup>21</sup> y con los procedimientos y órdenes que juzgue necesarios, asegure los bienes comunes. Se trata de informaciones y conductas que puede exigir tanto a las partes como a los terceros, con lo que estas especiales medidas innominadas prevenidas en el Código Civil no suscitan discusión alguna.

El artículo 171 del Código Civil, señala "En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar la procedencia que estime conducente a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa..."

Del análisis exegético del artículo 171 del Código Civil, se puede desprender que previo conocimiento de causa, el juez o jueza, podrá a solicitud de uno de los cónyuges dictar las providencias que estime conducentes a fin de evitar el exceso de una administración regular o los riesgos por imprudencia en el manejo de los bienes comunes de la comunidad conyugal de gananciales.

A su vez, el artículo 191 *ejusdem*, señala: "La acción de divorcio y la separación de cuerpos, corresponde exclusivamente a los cónyuges... Admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, el juez podrá dictar provisionalmente las medidas siguientes....".

Es imperativo la facultad discrecional que para dictar medidas patrimoniales surge durante el curso del juicio de divorcio o separación de cuerpos y de bienes, es otorgada por el legislador civil (artículo 191), al Juez o Jueza que conoce de divorcio, con la finalidad de preservar el patrimonio conyugal durante una etapa crítica de la vida matrimonial que puede, probablemente, terminar en

<sup>21</sup> Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia del 13 de Noviembre de 2.001 (A. Lupi contra R. Pollini. **Sentencia N° 304, con ponencia del Magistrado Dr. JUAN RAFAEL PERDOMO.**



la ruptura definitiva. En efecto, durante la vigencia del vínculo los cónyuges han constituido un patrimonio común que legalmente les pertenece de por mitad, conforme al régimen legal de gananciales del derecho venezolano, donde se consagra que la unión matrimonial, no es solo una mera unión de dos (2) personas, sino también una comunidad en relación a sus bienes.

Solo se hace necesario que se demuestre que los bienes fueron adquiridos dentro de la comunidad conyugal, y que se especifiquen de manera clara y precisa éstos, siendo potestad discrecional del Juez o Jueza, acordar las medidas solicitadas o decretarlas de oficio, por cuanto la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de bienes comunes está sobreentendido en cónyuges que se encuentran en pleno conflicto familiar y un ataque a los bienes del otro es una eventualidad humana y jurídica muy posible.

Debe tenerse presente, al decreto de estas medidas de carácter patrimonial, observar de manera inmediata la decisión sobre las medidas relacionadas con las instituciones familiares de los hijos o hijas habidas durante el matrimonio, conforme al artículo 351 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007).

## **6. Oposición a las medidas preventivas**

Es bastante agitada la ley, al otorgar verdadera relevancia al trámite cautelar, determinando un íter procedimental propio y novedoso estableciendo la audiencia de oposición de la medida preventiva, pues resultan aplicables todos los principios en que se sustenta el nuevo proceso en materia de niños, niñas y adolescentes, señalados en el artículo 450 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), con lo cual fue acertada la intención del legislador de incluir dentro de la reforma, la referida audiencia, con el fin de que se agrupen la oralidad, concentración, inmediatez, celeridad, igualdad, entre otros. Con la presente audiencia de oposición de las medidas resulta menos compleja y demorada para el usuario la realización y búsqueda de la justicia, adicionalmente, en esta audiencia que una de sus principales características es que es pública, se revisan todos los asuntos relacionados con la oposición, observaciones, pruebas, intervención de terceros, entre otros, lo que aduce que sea compacta, con el elemento agregado de que todas las incidencias presentadas, deben ser decididas por el juez o la jueza en la misma audiencia.

Este punto específico de la incidencia de oposición, o la figura de la apelación del decreto de medida, como punto clave de revelarse la parte contra quién obra la medida, en contra de la decisión jurisdiccional, fue bastante discutido y analizado por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud, que el Código de Procedimiento Civil establece la figura de la oposición de la medida, no obstante existen procedimientos especiales que establecen la impugnación por medio de la apelación del decreto de medidas cautelares y, no por medio de la vía ordinaria de la oposición a la medida preventiva.

Sobre este particular, el legislador en materia de la niñez y la adolescencia en Venezuela fue bastante acertado en innovar una audiencia de oposición, observando la importancia del procedimiento de oposición a las medidas preventivas, pretendiendo corregir las eventuales deficiencias de las normas

vigentes, por vía de interpretación e integración legislativa y del derecho, para así materializarla en la presente reforma.

Por otra parte, el legislador solo plantea el suceso de la oposición de la medida decretada por la autoridad judicial, a aquella contra quien obre la referida medida, por interpretación en contrario, deja cerrada la posibilidad de que el solicitante de la medida y no estuviese de acuerdo en la forma, materia, límites en que se decretó no pudiese en principio, plantear una oposición. Al respecto, tendría la parte la opción de apelar del decreto que niega la medida preventiva solicitada, en virtud, que el legislador guardó silencio sobre la eventualidad de una oposición a la negativa de la medida.

Nada aduce tampoco el legislador en los asuntos relacionados con la oposición de la medida de terceros interesados, sin embargo en aplicación unívoca con los principios que sustentan la reforma procesal, a nuestro juicio, deberán ser admitidos y sustanciados en lo que resulte aplicable a la misma audiencia de oposición prevista en el artículo 466-C de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), a los fines de que en la referida audiencia bajo la circunstancias de oralidad, concentración e inmediación se lleve a cabo la ampliación de esta materia especial.

Es de advertir, que para el desarrollo procesal venezolano es un crecimiento encontrar la presencia de esta modalidad de oposición de las medidas preventivas en el ordenamiento jurídico venezolano, y más aun, en esta materia tan sensible, donde se encuentran vinculados derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes.

### **6.1 Audiencia de Oposición a las Medidas Preventivas**

El procedimiento ordinario establecido en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), de conformidad con el artículo 454, se desarrolla en dos audiencias: audiencia preliminar y audiencia de juicio, comprendiendo la primera de ellas dos fases: la fase de mediación y la fase de sustanciación. Entendiéndose que el procedimiento en materia de niños, niñas y adolescentes pasa a ser un proceso formado o desarrollado por audiencias. Ante tal situación el legislador creó dentro de este procedimiento ordinario, tal como se reseñó en líneas anteriores, una audiencia oral y pública denominada audiencia de oposición de las medidas preventivas.

En primer lugar, el legislador tomando como base los principios rectores que sustentan el procedimiento ordinario previsto en el Capítulo V, Sección Primera de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), y con el objeto de mantener la uniformidad en los procedimientos, adicional a la propuesta de no acudir a otra legislación adjetiva, sino que por el contrario, reafirmando que nuestra ley adjetiva en materia de niños, niñas y adolescentes se baste a sí misma, diseñó la audiencia de oposición a las medidas preventivas reforzada en los principios de oralidad, publicidad y con garantías de defensa, entre otros. Principios, que vinieron a revolucionar la reforma procesal en esta materia especial, pues como bien nos enseña el Magistrado Perdomo, J.<sup>22</sup> en la

22 PERDOMO, J. (2009). "Comentarios a la reforma procesal de la LOPNNA". II Jornadas sobre el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la reforma de la LOPNNA.

reforma se optó por incluir los nuevos principios procesales para buscar dos finalidades distintas y convergentes, en primer lugar, se persigue consolidar el cambio paradigmático que implica la reforma y, en consecuencia, facilitar la interpretación y aplicación de la ley.

Otro elemento importante en la presente audiencia de oposición se refiere, a la exigencia contundente del legislador al requerir que el afectado por la medida preventiva esté debidamente notificado, para que nazca la oportunidad para oponerse a la medida decretada, habida cuenta que una de las características o posibilidades del decreto de las medidas preventivas, en esta materia, es que pueden ser dictadas *inaudita alteram parte*.

Con la oposición a la medida preventiva el afectado tiene la oportunidad de demostrar la improcedencia de la medida, alegando contra ésta toda clase de argumentos o fundamentos, no sólo en razón de los vicios que pudieran existir sino también en relación a su decreto y cumplimiento, observándose así el principio de la bilateralidad.

## 6.2 El procedimiento de la audiencia de oposición a las medidas

De conformidad con lo establecido en el novedoso en el artículo 466-C de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), existe un lapso determinado para que la parte pueda formular la referida oposición a la medida decretada, estatuyendo que dentro de los cinco (5) días siguientes a que conste en autos la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre, ya estuviere debidamente notificada o dentro de los cinco (5) días siguientes a que el secretario deje constancia en autos de su notificación.

Igualmente, se instituyó la forma en que se debe realizar la referida oposición, estableciendo el legislador que el mismo se realiza a través de un escrito en el cual consten las razones, alegatos o fundamentos a que hubiere lugar, indicando todos los medios de prueba con los que cuente y aquellos que requiera materializar para demostrar la procedencia de sus alegatos.

Un punto bastante, innovador y de actual importancia en el desarrollo de la presente audiencia lo va a constituir los medios probatorios, en virtud, que exige que aquellos medios de prueba con los que cuenta la parte que interpone la oposición, deberá presentarlos con el escrito de oposición correspondiente, y aquellos que requiera materializar y por ende no los disponga, serán preparados antes y durante la audiencia de oposición, so pena de que sea en esa oportunidad para mencionarlos. Según Dubuc, E.<sup>23</sup>, el periodo probatorio al igual que las demás fases del procedimiento está gobernado por el principio de preclusión de forma tal que las pruebas se deben presentar en el lapso correspondiente, so pena de no poder presentarlas en otra oportunidad.

Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara. Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. pp. 65

<sup>23</sup> DUBUC, E. (2009). "La fase de sustanciación de la Audiencia preliminar en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes". II Jornadas sobre el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la reforma de la LOPNNA. Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara. Colegio de Abogados del estado Lara. Barquisimeto. pp. 170

El artículo 466-D de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), señala de forma clara y precisa como el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debe fijar por auto expreso, día y hora para que tenga lugar la audiencia de oposición a las medidas preventivas, dentro de un plazo no menor de dos (2) días ni mayor de cinco (5) días siguientes a aquel en que conste en autos la oposición realizada por la parte contra quien obre la medida.

### **6.3 Fases de la Audiencia de Oposición**

Esta audiencia de oposición a las medidas preventivas se pudiera distinguir en tres etapas o fases, las cuales han sido bastante delineadas por el legislador, veamos cada una por separado:

#### **1. Fase de Inicio**

En primer lugar se hace necesario que la parte contra quien obre la medida, presente escrito de oposición en el cual consten las razones o fundamentos a que hubiere lugar, indicando todos los medios de prueba con los que cuenta y quiere materializar en la audiencia, es de resaltar que aunque el legislador no estableció la posibilidad de presentar esta oposición en forma oral, como si lo hizo en otras actuaciones del proceso, es de considerar que en nada obstaculiza que la parte pueda hacerlo en virtud de la flexibilidad del proceso en cuestión. Asimismo, es preclusivo el lapso dentro de los cinco (5) días siguientes a que conste en autos la ejecución de la medida preventiva o dentro de los cinco (5) días siguientes a que el secretario deje constancia en autos de su notificación.

El Tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes está en la obligación de fijar por auto expreso el día y la hora para que tenga lugar la audiencia de oposición a la medida preventiva, no siendo necesaria la notificación a las partes de la referida audiencia, dando estricto cumplimiento al principio de notificación única establecido en el artículo 450 literal m de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007).

Conforme lo que regula el artículo 466-D de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), la audiencia de oposición a la medida preventiva es pública, salvo las excepciones previstas en la ley, con el fin de respetar y fortalecer el principio de publicidad que sustenta la reforma<sup>24</sup>, como lo afirma el Magistrado Perdomo, J., la publicidad se extiende a la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, a la audiencia de oposición de las medidas preventivas, entre otras, y mas aún cuando es una materia tan controvertida y de interés para la comunidad.

Adicionalmente el legislador reguló la actuación del juez o jueza en el desarrollo de la audiencia de oposición a la medida preventiva, indicando que el juez o jueza preside la audiencia y a su vez tiene un carácter dinámico, pues

24 PERDOMO, J. (2009). "Comentarios a la reforma procesal de la LOPNNA". II Jornadas sobre el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la reforma de la LOPNNA. Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara. Colegio de Abogados del estado Lara. Barquisimeto. pp. 71

está obligado a explicarle a las partes cual es la finalidad de la misma, esto en resguardo de las garantías fundamentales del debido proceso.

## **2. Fase de Desarrollo**

Una vez que se de inicio a la audiencia el juez o jueza debe oír las intervenciones de las partes, primero de la parte contra quien obre la medida preventiva, y luego de la parte a la que se le decreto la misma, permitiéndose el debate entre ellos bajo su dirección.

De igual forma, en esta fase el juez o jueza debe revisar con las partes los medios de prueba indicados en el escrito de oposición, así como los indicados por la parte demandante, revisando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que se cuente para ese momento.

El legislador así mismo, estipula que el juez o jueza debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus respectivos alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa o cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la medida o la necesidad de que sean promovidos otros. Igualmente, el juez o jueza debe evacuar las pruebas y puede ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización. Asimismo, el juez o jueza debe resolver todas las observaciones y cuestionamientos de las partes sobre la admisión y preparación de las pruebas, en la misma audiencia.

## **3. Fase de Decisión**

El legislador permite que la audiencia puede prolongarse cuantas veces sea necesario hasta que el juez o jueza tenga elementos de convicción suficientes para decidir todo lo conducente. Contra la decisión que dicte el juez o jueza, se oirá apelación en un solo efecto, fijense que este derecho a la doble instancia (apelación) se presenta en cuanto a las decisiones que versen de los puntos controvertidos en el desarrollo de la audiencia de oposición de la medida preventiva.

El juez o jueza una vez que finalice la audiencia de oposición a la medida preventiva debe decidir la misma en la misma audiencia, puede confirmar la medida, modificar la medida o revocar la medida preventiva dictada, pudiendo de igual forma, ejercer el derecho a la apelación contra esta decisión en un solo efecto.

La oposición a la medida preventiva no suspende el proceso y, debe tramitarse por cuaderno separado. Vale acotar que el legislador se refiere, solo a cuaderno separado a la oposición, sin embargo por praxis judicial, al decretar el juez o jueza cualquier medida preventiva ordena de inmediato abrir cuaderno separado para llevar la misma.

Asimismo, vale recalcar, que no hay exclusividad que sea el juez o jueza de mediación y sustanciación que conozca de las medidas preventivas o la audiencia de oposición, puede ser también conocida por el juez o jueza de juicio, en fase de ejecución, por ende el juez o jueza en funciones de ejecución, el juez o jueza superior, y así sucesivamente, con esto se reafirma que pueden ser solicitadas o decretadas de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

Sobre este punto, de que si el juez o jueza de juicio puede dictar medidas preventivas y a su vez, celebrar audiencias de oposición, se ha discutido sobre la oportunidad de la misma, visto que la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), ordena que una vez recibido el expediente de la audiencia preliminar, debe fijar de inmediato por auto expreso la celebración de la audiencia de juicio, pudiendo en la praxis colidir con la audiencia de oposición a la medida, sin embargo, dependiendo del caso y de la vulnerabilidad del derecho que se presente, el juez o jueza de juicio valorara su criterio.

#### **7. Efectos de la no comparecencia de las partes a la audiencia de oposición a las medidas preventivas**

Si la parte contra quien obra la medida preventiva no comparece sin causa justificada a la audiencia de oposición a las medidas preventivas se considera desistida la oposición presentada. Fijense, que existe una posibilidad de que pueda argumentar ante el juez o jueza superior los argumentos que esgrime del porqué de su ausencia a la audiencia de oposición, y, en caso de resultar justificada el juez o jueza superior ordenará que se realice nuevamente la referida audiencia.

Ahora por el contrario, si la parte que solicitó la medida preventiva no comparece sin causa justificada a la audiencia de oposición se debe continuar con ésta hasta cumplir con su finalidad. Es eminentemente obvio, que si no asisten ambas partes se declara desistida la oposición y no se lleva a cabo la misma.

#### **8. Conclusiones**

Como puede observarse han sido trascendentales los cambios efectuados en la legislación en materia de niños, niñas y adolescentes, en cuanto al proceso por audiencias, no escapando de ello la presencia de la audiencia oral y publica de oposición a las medidas preventivas decretadas, lo que obliga al foro como a los jueces y juezas tomar nuevas posturas en este procedimiento especial.

De igual forma, el poder tutelar y las potestades del juez o jueza en esta materia fueron ampliadas, con el objeto de reconocer y mejorar el estado los principios que regulan las instituciones familiares o el derecho de familia, tienen la obligación los jueces de fundamentar debidamente sus fallos a los fines de constatar si ellos resulta apegados a la ley o a los principios rectores de la materia, en virtud que existe una facultad amplia de oficio del juez de inquirir la verdad y, luego disertarla en una audiencia oral y publica.

Por ultimo, el poder tutelar en la reforma de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) ha sido bastante acertado y adaptado a las necesidades del proceso en esta materia tan sensible y perceptiva, se aspira con estas líneas haber aportado ideas al debate jurídico y académico.