

**RESUMEN PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
CIVILES EN LA LOPNA.
(Parte II)**

PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

CRITERIOS

A pesar de que el intento es de unificar y mantener en estructuras sencillas todo lo atinente a N y A, la Ley opta en los procedimientos civiles, en fijar un prototipo para todos los asuntos generales de familia y patrimonio, salvo lo que ella misma excluya.

Las razones de exclusión: Según la EM no son más, según ellos, que haber procurado mantener las estructuras y procedimientos vigentes en funcionamiento, no haciendo necesario probar otras instituciones.

A nuestro modo de ver, tal aserto es carente de sentido, pues como lo veremos es cierto que dichos procesos encuentran sustento en la antigua Ley Tutelar pero no se justifican hoy a la luz del nuevo modelo dotado de las modificaciones que se le introdujeron, y apuntalado en los nuevos principios de la LOPNA, en otras palabras no se justificaba a nuestro modo de ver haber mantenido procedimientos diferentes.

En el análisis detallado de los mismos observaremos que son pocas las particularidades que justifican un procedimiento diferente y separado, en algunos de los cuales sólo encontramos diferencias en cuanto a los efectos del poder cautelar o en el trámite de incidencias que perfectamente hubieran podido contemplarse como modalidades dentro del mismo procedimiento prototipo.

Pretender que en estos procesos no existan incidencias o no admitirlas es desconocer las garantías básicas del proceso debido, del Derecho a la Defensa y de la igualdad de las partes, de tal manera que en todos estos casos el Juez de protección deberá abrir un debate que se seguirá por las pautas del proceso prototipo y sus principios, en lo que resulten aplicables y sean compatibles con el Interés superior del niño y adolescente, lo cual aún no ha tenido clara definición en nuestros Tribunales de Protección ni en las Cortes Superiores (Morales G, *opus cit.* p. 279).

Morales se plantea la posibilidad de aplicar la oralidad en una incidencia sobre derecho de visita (387) y destaca como antecedente pedimento que se formuló ante la CS Protc para el trámite de la apelación, lo cual fue aceptado por la Corte Superior del Área Metropolitana (*opus cit.*, p. 281).

LAS EXCEPCIONES

La misma Ley dice que se tramitarán por los procedimientos que ella fija, lo relacionado con ADOPCIÓN NACIONAL o INTERNACIONAL, GUARDA, ALIMENTOS (452). Igualmente destaca que todos los demás serán por el Cpc con excepción de las VISITAS QUE SE RIGEN POR EL ESTABLECIDO EN LA LOPNA (452 *in fine*).

Como lo examinaremos de seguidas, en adición, también encontraremos que la mayoría de esos procesos o sus objetos mediatos, se desarrollan en diversas modalidades, las cuales a nuestro modo de ver tampoco trató orgánicamente la Lopna, sino que lo hace en parte dentro de las normas sustantivas de las instituciones, en parte dentro de las relativas a procedimiento.

Es ello lo que ocurre por ejemplo con Guarda (Privación, revisión, Desacuerdo y rehabilitación) y en Alimentos (Fijación, revisión, cumplimiento).

LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS PROCESOS ESPECIALES

Como se lo observa desde un primer momento, en esta materia la Lopna pareciera no haber regulado de manera completa los procedimientos especiales en ella contemplados (visitas 387; cump. Alimentos 381, rest PP 355, restituc niños 389).

En el indicado sentido fue esa la posición de la Dra. Georgina Morales, ahora ratificada en su trabajo Los procedimientos familiares contenidos en la Lopna, en Primer Año de Vigencia de la Lopna, autores varios, coord. Cristóbal Cornieles, Edit. UCAB, Venezuela, 2001, pp. 278).

Lo expresado ha creado discusión entre los especialistas en torno a cuales deben ser los principios aplicables en tales casos y como llevar adelante dichos juicios.

La primera pregunta sería si le son aplicables los principios generales del juicio prototipo. Para nosotros, el hecho de que expresamente nada haya dicho la Lopna al respecto, no significa que la voluntad implícita del legislador no fuera que se los siguiera por el trámite del prototipo, ni se excluyó que a los mismos se apliquen los principios generales de los procesos de garantía para los derechos tutelados en la nueva Ley.

Es cierto que ella determina que a falta de norma se aplicarán las del Cc y Cpc, y en su caso las de LOPNA en todo lo que no resulte contrarios a ella, de allí sostenemos lo antes dicho (451). Pero es que si nos ajustamos a la realidad del sentido de las regulaciones, observaremos que los pretendidos juicios especiales son mas bien formas en que deben regularse las incidencias con las cuales pueden iniciarse o tramitarse, sin excluir que ellos, como tales, deban seguir el modelo prototipo.

Para nosotros, lo pretendido por el legislador fue mas bien facilitar, aminorar o mejorar el rigor del prototipo, en ciertos casos en que por razón del inicio de la incidencia (tutela autosatisfactiva) o éxito de la solución de las mismas partes, hacían innecesario entrar al proceso ordinario prototipo.

Lo expresado es importante, pues como lo veremos en los procedimientos especiales, encontraremos una serie de casos en que no hay previsión expresa del legislador, debiendo por tanto el Juez suplir la normativa adecuada} y deberá hacerlo con base a los principios generales, pues fue esa la intención, sin lugar a dudas, y no, como se lo podría pretender, llevarlos a la vieja temática del proceso ordinario civil, o los juicios ya extinguidos que contemplaban las normativas sobre Menores que precedieron la Lopna.

CARACTERES GENERALES COMUNES DE ESTOS PROCESOS

1. Por supuesto que todos se tramitan ante los órganos de la competencia especial (Trib de Protección).

2. Los pronunciamientos en ellos recaídos no generan cosa juzgada material y formal, son revisables cuando se modifican los supuestos en que se los sustentó.
3. La particular celeridad con la cual la Ley pretende sean tramitados.
4. Por lo general las determinaciones jurisdiccionales iniciales hacen de fallos definitivos a la larga, de no ser atacados o impugnados (parecen cautelares definitorias o anticipatorias).
5. Consideraciones especiales en torno a la potestad conciliadora.

Como puede observárselo en todo el régimen de la LOPNA, priva y debe privar la posibilidad de auto composición, por supuesto en todo aquello en que no se viole o atente contra el orden público (en especial el interés superior del Menor). ¿Pero cómo entonces entender el ejercicio de esa potestad conciliatoria de las partes en materias tan delicadas como Patria Potestad, atributos de la guarda, Derecho de Alimentos, etc.?

En efecto, lo planteado tiene particular importancia cuando referimos, por ejemplo, a las materias que se debaten en los juicios vinculados a PP, Guarda, Alimentos, etc. en tanto es la misma Ley la que declara tales materias especialmente protegidas, y sus efectos irrenunciables.

En efecto, el propio 308 LOPNA dispone que sólo pueden conciliarse los asuntos de naturaleza disponible, y se agrava aún más el asunto si tomamos en cuenta que el Art. 12 *ejusdem*, dispone que los derechos reconocidos por la ley son de orden público, irrenunciables e intransigibles.

En primer lugar, con la sustentación filosófica y lógica necesarias, el Dr. Marcos Carrillo Perera (Consideraciones hermenéuticas sobre la normativa de la LOPNA en materia de conciliación: Los casos de patria potestad, guarda, obligación alimentaria y régimen de visitas, en Primer Año de Vigencia de la Lopna, autores varios, coord. Cristóbal Cornieles, Edit. UCAB, Venezuela, 2001, pp. 201), cabe destacar que si fue definido propósito de la Ley y la Convención que en esta materia privaran las soluciones a través de conciliación y negociación y solo por defecto, si tales soluciones no se obtenían, debe intervenir la solución judicial.

De no entenderse en la forma dicha la consagración de las soluciones auto compositivas, fueron un contrasentido y una alusión inútil al tema, en todos los casos.

De otra parte, debe dejarse claro que de manera alguna pueden entenderse quedan sin control los postulados mismos de las instituciones de que se trate, pues el Juez, último revisor de la materia (homologador) podrá rechazar lo resuelto si de manera alguna se lesiona el Int. Sup. del Niño y Adolescente.

Así, pues, que la interpretación literal de las comentadas normas (308 y 12) harían absolutamente imposible de aplicar solución convencional alguna, salvo como lo entiende el Dr. Carrillo, “lo sean para proteger, potenciar y perfeccionar el ejercicio de tales derechos”, de tal manera que faciliten arreglos que puedan establecer, respetando los principios, la forma mas adecuada para el mejor desarrollo y logro de los derechos, sin que ello conlleve a la renuncia de aquellos o a violentar las normas de orden público.

Carrillo opta como criterio que permite clara interpretación, que las resoluciones y decisiones en absoluto constituyan merma de los principios y garantías básicas (Supervivencia, desarrollo, protección y D. a la participación).

Un ejemplo clásico en materia de PP no podrá en manera alguna admitirse regulación o convenio en cuanto a titularidad, pero si el alcance que de ella se haga, para beneficio del interés de los niños (en el mismo sentido opina Aguilar Gorrondona J. L., Personas, p. 203). En tal sentido son además aclaratorias las disposiciones de la propia LOPNA, 351, 359, 360.- 368, 373 y 374 (en lo relativo a alimentos) - 387 (visitas).

Para tales efectos repetimos estarán dispuestos los poderes de las Defensorías del Niño y Adolescente (DNA) y el ejercicio de las potestades judiciales de los jueces de Protección.

En torno a la materia, en adición debe señalarse que los especialistas abogan por la separación de la función conciliadora de la judicial (Carrillo Perera, Morales, etc. en *opus cit.*). El primero citado inclusive destaca que la intención velada de la ley es auspiciar la separación de funciones como principio, y sólo en forma supletoria admite la inter-

vención del Juez (Perera opus cit p 221) y en tal sentido debe entenderse que cuando la Ley defiere al juez el uso de la conciliación es perfectamente posible que este lo remita a la DNA o a Centros especializados de Mediación.

ANÁLISIS DE LAS PARTICULARIDADES EN CADA TIPO ESPECIAL DE PROCEDIMIENTOS

I. GUARDA (511-525 Normativa Sustantiva:... 358 ss).

Por mandato de la Ley todo lo que a ello se refiera debe ser resuelto en vía judicial (363).

La ley (364) exceptúa lo relacionado con ejercicio de dicho poder en lo relacionado a bienes, lo que se tramitará conforme 267 ss Ce (quiere decir, otra de las excepciones contempladas en la misma LOPNA).

Objeto de las pretensiones (Modalidades):

Privación, Revisión, Desacuerdo con las modalidades de ejercicio y Rehabilitación.

I.1 PRIVACIÓN

Legitimado pasivo: quien la ejerce

Trámite procesal:

Inicio petición escrita o verbal (beneficiario), en el entendido que si lo hace el beneficiario no requiere asistencia de abogado (511)

Igual que en el prototipo, debe acompañarse y anunciarse la prueba, lo que facilita el trámite y cautela en el juicio.

El órgano debe instar y hacer constar la instancia de conciliación (una vez mas resaltamos la preeminencia de la auto composición o poder de la voluntad de las partes en la solución de los problemas relacionados con NA). (516).

Si no se logró conciliación entra la fase de contestación y alegatos.

Pruebas: Libremente, el Juez siempre tiene alternativa de acudir a la de INFORME TÉCNICO. (513).

A nuestro modo de ver ello no obsta a que ejercida la oposición las partes tengan derecho a la apertura de la incidencia probatoria, regulada en un todo por lo dispuestos para el J. Prototipo.

En cuanto a la naturaleza de la prueba especial de Informe Técnico, según parte de la doctrina se trata de una pericia, no vinculante para el Juez, quien puede apartarse y en su caso resolver sobre la impugnación, la misma se cumple en forma ajena a las partes. De rechazarla, para ser consecuente con los principios, deben ser ordenadas practicar de nuevo.

I.2 REVISIÓN DE GUARDA (523-361)

Es cierto que obedece a no existencia plena de la Cosa Juzgada, pero siempre procederá con miras al Int. Sup. del NA. Es uno de los casos en que se impone oírlo al igual que el Ministerio Público (361). Por lo demás deberá acreditarse cambio en los supuestos en que se fundamentó la regulación previa.

Lo novedoso es que ahora a diferencia de lo que ocurría en el anterior ordenamiento, es que el Juez que conoce no necesariamente tendrá que ser el mismo que la acordó.

I.3 DESACUERDO EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA GUARDA (359)

No necesariamente supone Interés en la privación, ésta queda a reserva de los resultados. De allí que lo resuelto no permita apelación, en tanto que siempre podrá acudir a esa alternativa, que se tramita como una especie de incidencia.

Son disputas sobre el contenido sustancial de la potestad de guarda (educación, poder de corrección, educación moral)

Dada la naturaleza del problema, agotada la conciliación sin resultado, el Juez oyendo a las partes o parientes, dentro de la oportunidad fijada para ello, tomará la decisión. El asunto se debate materialmente en una incidencia, sin apelación.

A nuestro juicio, existiendo hechos que probar, las partes tienen derecho a pedir articulación probatoria.

I.4 REHABILITACIÓN 362

Proceso consecuencia del ahora novedoso tratamiento de la obligación de alimentos. El obligado que no cumple no tiene derecho, salvo se rehabilite. En verdad la LOPNA no fija proc. *ad hoc*, y es precisamente aquí donde se plantea cuál será la vía adecuada, por ejemplo, G. Morales opina es incidencia simple 607, para nosotros no lo parece, dado que en efecto puede prevalecer el interés del menor y no es justo se tramite en incidencia debe ser modelo prototipo.

II. ALIMENTOS (365 “Trámite como guarda” 511-525)

II.1 FIJACIÓN

Parte del principio de su establecimiento voluntario, a falta, establecimiento judicial por el procedimiento especial (375- 384) mismo que el de guarda pero no acumulables entre sí. NO tiene Casación -525.

OBSERVACIONES PRELIMINARES:

Comenzaremos por alertar los importantes cambios sustanciales, desde:

1. Su concepto (lo que abarca lo define ahora la Ley y debe interpretarse conforme al ISNA); medios de garantizar su efectivo cumplimiento
2. Extensión: Subsistencia - mayoría, estudios (366);
3. Fuente de la obligación 367 (Decisión Jud., convenio, cuando a juicio del juez vinculo filiatorio resulte de hechos y circunstancias que sean indicios a su juicio suficientes 367).
4. Subsidiariedad y a quien tiene guarda 368;
5. Principios que regulan su aplicación Proporcionalidad, igualdad entre beneficiarios y prorrateo (371-73);
6. Irrenunciabilidad ‘377’-
7. Naturaleza especial de la institución (Afecta los conceptos de Pasivos hereditario, no extinción ¿Fiscalmente?
8. Principios para establecer su determinación, presunciones, Carga prueba dinámica 369/70
9. Carácter de Crédito privilegiado 379.
10. Medios para el pago Poderes extraordinarios al Juez de Protección para asumir funciones de admón. del patrimonio del obligado 382.
11. Incremento de potestad cautelar para garantía del cumplimiento: cualquier medida, presume *periculum mora*, cuando está fijada y hay incumplimiento por dos cuotas consecutivas 381.
¿Quid si no son consecutivas, porque lo de consecutivas?

Legitimados activos: padre, madre, guardador, el propio NA si es mayor de doce el Ministerio Público y el Consejo de Protección (376).

Establecimiento: Norma el acuerdo de partes 375, siempre deberá establecerse por vía que garantice auto corrección, pero requiere de HOMOLOGACIÓN para convertirse en título ejecutivo.

Quid negativa ¿Será solo apelable o deberá dar lugar a conciliación o finalmente se abrirá proceso plenario prototipo?

Trámite: Remitimos a lo comentado para Guarda, pero advertimos las siguientes modalidades: En la ejecución se establecen una serie de potestades para garantía de cumplimiento 521, 382 y con establecimiento de responsabilidades a terceros designados como retenedores (solidaridad) 382-380 y 521.

Llama la atención extensión poderes para tomar previsiones aún más allá del equivalente a 36 mens.

Apelación un solo efecto mismo día (rompe principio de apelación pero se ajusta a las nuevas doctrinas sobre la materia) 522.

II.2 REVISIÓN (523)

Al modificarse los supuestos, por la misma vía y lo resolverá la Sala de juicio.

III. VISITAS (385 ss.)

Redefinido por la Ley, como derecho a relacionarse, más allá de simple acceso físico, permanencia y compartir momentos, residencia y costumbres y cualquiera otros medios de comunicación (correspondencia, e mail, fax, etc.) -386- Por ello ahora se lo admite a personas diferentes a las del puro círculo familiar 388.

En cuanto a los vinculados a la obligación de alimentos, por igual se sanciona a quien no lo acata con la pérdida (rehabilitación) 389.

III.1 FIJACIÓN

Legitimados pasivos: quienes no tienen la guarda, los que pretenden el derecho sin ser padres por beneficio del menor 388.

Trámite: 387. De no lograrse acuerdo voluntario o en vía conciliatoria, por vía de una incidencia breve, oyendo al hijo y pidiendo informes, SUMARIAMENTE, fija el régimen. Siempre deberá tomar en cuenta nuevo concepto o sea que la fijación no rompa con el derecho a Ínter relacionarse con otros en concreto con el mismo que tiene la guarda.

III.2 REVISIÓN

Cuando se modifiquen los supuestos por la misma vía 387.

III.3 REHABILITACIÓN

Demostrar cumplimiento por la misma vía 389.

III.4 ABUSO Y EXTRALIMITACIÓN (Retención indebida). 390.

Conminación (intimación) judicial a restituir y pago de los daños por gastos incurridos.

La ley no define trámite, para algunos es incidencia 607, nosotros estimamos es por el Prototipo, la demanda es declarativa y de condena. Se aplican en materia internacional tratado especial 1996 Convención aspectos civiles de la sustracción internacional de Menores.

IV. AUTORIZACIÓN DE VIAJES 391 SS.

Interés, uso indebido o condicionamientos no convenientes a interés del NA. Al no haber acuerdo debe resolver el Juez 393. No fija cómo, estimamos que es una simple incidencia, debe oírse al que se le imponga, en el caso de que no pueda ser citado, estimamos que el Juez, tomando las medidas, debe y puede acordar la autorización, pues lo contrario fomenta la irregularidad y daño al NA.

V. ADOPCIÓN INAC O NACIONAL (406 SS=493)

Es igual para la nacional que la INAC, modalidad varia posiblemente con intervención de los organismos administrativos especiales nacionales y foráneos de trámite administrativo de los procesos.

TRÁMITE

Petición verbal o escrita, el trámite debe ser PERSONAL ANTE EL TRIBUNAL. Contenido, además del 340 y especiales del Prototipo, debe cumplir con los requisitos 494 y acompañar recaudos 495 (si faltaren de estos últimos el órgano judicial puede ordenarlos 496).

Se ordenará notificación MP y con ello se solicitarán consentimientos y se constatarán relaciones de parentesco, si las hubiere.

Oposición: sólo dentro del lapso para proveer 498 (10 d.) los que dan consentimiento mas el Ministerio Público (500=) da lugar apertura incidencia probatoria 10 días con medios del CPC.

De no haber convivencia previa (501) el Juez proveerá e igualmente podrá autorizar salida del país 502-3.

Decisión 504, inclusive prescindiendo de documentos si a su juicio no son indispensables.

Decreto: sí la declara pertinente se dictará y ordenará registro.

Recurso: La que la tolere o la negativa tienen recurso ordinario 506, también cabe el extraordinario de Casación 509

Oponibilidad, sólo corre contra terceros desde registro 510.

En la Internacional se relegitima intervención de los organismos especializados para opinión y control.