

## SEGUNDA APROXIMACION AL ESTUDIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE; Y, LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LOPNA

D'Jesús Maldonado, Antonio<sup>1</sup>  
antoniod21@latimail.com

Fecha de entrega: 15-12-05  
Fecha de aceptación: 22-02-06

### Resumen

El trabajo presentado, comprende dos (2) aspectos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. La primera, está referida a una especulación teórico doctrinaria sobre el contenido del “interés superior del niño y del adolescente que como norte de la interpretación y de la aplicación está dirigido a los Jueces de protección para la resolución judicial de los diversos problemas que a ellos se les someta. En este aspecto recurrimos a teorías de autores Italianos de renombre Universal para que con esa ayuda y luz podamos ver mejor nuestra normativa de protección. El segundo aspecto, esta referido a la novísima acción de protección con la cual se pretende la defensa de los derechos y garantías difusas y colectivas de niños y adolescentes, que busca imponer obligaciones a los agraviantes, de hacer o de no hacer así como otras medidas cautelares, en defensa de tales derechos y garantías; a la vez que se trata de explica desde el punto de vista práctico su tramitación judicial.

**PALABRAS CLAVE:** Niños y Adolescentes, Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, Tribunales de Protección, Interés superior, Interés subalterno.

---

1 Profesor Titular de Derecho de Familia. Facultad de Ciencias Jurídicas de La Universidad de los Andes. Mérida-Venezuela.

A second approximation to the study of the superior interest of child and adolescent; and, the protection action of the lopna

### Abstract

The work was presented; it comprises two (2) aspects of the Organic Law for the Protection of Children and Adolescents. The first, is related to a theoretic doctrinal study of the contents of the “superior interest of the child and the adolescent” that as a guide for the interpretation and the application is directed to the Protection Judges for the judicial resolutions of different problems which may be faced by them. Regarding this aspect we take into account theories of famous Italian authors so that with that help and light, we may see better our protection regulation. The second aspect is related to the new protection action with which it is attempted the defense of the collective and diffuse guaranties of children and adolescents, that seek to impose obligations on the offender, as well as other preventive measures for the defense of such rights and guaranties; at the same time it is tried to explained from the practical viewpoint their judicial procedure.

Key Words: Children and adolescents, Organic Law for the Protection of the Child and of the Adolescent, Protection Tribunal, Superior interest, Subordinate interest.

### INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente fue elaborada a nuestro modo de ver conforme a una ficción, según la cual, la ley hace sujetos de derechos a los niños y adolescentes de la misma forma como si fueran mayores de edad. Esta ficción hace que haya necesidad en el momento de juzgar, de ser excesivamente prudentes

Alertando nuestro mayor sentido común para quienes son jueces de protección con la finalidad de que las situaciones jurídicas subjetivas u objetivas sometidas a la consideración de los tribunales de protección, no exceda los límites establecidos en la misma Ley (art. 10). Esos límites son: a) la protección del niño y del adolescente comprendido en la situación jurídica que afecta su equilibrio emocional en el disfrute del derecho o de la responsabilidad en las obligaciones inherentes así mismo; b) la búsqueda de la justicia en el uso o disfrute racional de la normativa conforme a la cual se le ampara; y c) las modificaciones a las instituciones clásicas de la emancipación, la competencia, la jurisdicción, las costas,

la prescripción, la renuncia, el registro del estado civil, la adopción y el derecho a ser iodo, entre otras, (artículos f 117, 177, 378, 450, 451, :452, 453, 468 484), con las cuales el adolescente se diferenciaba de los mayores de edad en el sistema jurídico nacional, es decir, la reforma o modificación de tales Instituciones.

Para conseguir esos límites es necesario esculcar las actuaciones fácticas o jurídicas sometidas a la consideración de los jueces para la comprensión del postulado “interés superior del niño o del adolescente” que constituye el centro del problema o la médula jurídica a plantear, si se quiere; o la sombra jurídica concreta a despejar en el desenvolvimiento de tal principio de interpretación y de la especulación teórica racional, que pudiera llevarnos desde la idea clásica del “interés protegido por el derecho” hasta el convencimiento de la existencia de un mandato legal dirigido al juzgador para la búsqueda de esa verdad privilegiada.

No hay pues límites comunes a todos los niños o adolescentes, sino límites específicos en casos concretos, de los involucrados en la protección de una garantía o derecho preestablecido. De tal manera que el niño o el adolescente tendrían dentro de la situación jurídica subjetiva u objetivas planteadas en estrados el apoyo legal de su interés superior que deberá ser tomado en cuenta en la decisión correspondiente. Una vez resuelta la misma, el interés superior del niño o del adolescente plasmado en la decisión, no se vuelve común ni se extiende a otros niños o adolescentes que se encuentren en casos similares o de que, necesiten de la atención del sistema de protección previsto en la Ley, porque siempre hay circunstancias fácticas y aún jurídicas que impedirán la identidad o igualdad de los casos.

Ese principio de interpretación, se convierte en un “PODER” del sujeto-niño o adolescente actor sobre los demás sujetos del caso, siempre que satisfaga. los requisitos de legitimación en el petitorio correspondiente sobre el cual habrá necesariamente un pronunciamiento por parte del juez, cautelar o definitivo, deslindando el derecho controvertido? no aislado en la relación derecho-deber del niño o del adolescente, sino vinculado con un derecho pre-establecido en la LOPNA o en cualquier otra norma de nuestro ordenamiento. Si la petición del niño o del adolescente no encuadra en esos derechos pre-establecidos, el Juez no está obligado a “ ampliar los límites de sus pretensiones” para buscar el interés superior en el caso del cual se ocupa. Se puede pensar también que este principio, constituye un mandato legal para el Juez de obligatorio pronunciamiento en

D'Jesús A.

el dispositivo del fallo. Es decir, que el Estado asume la carga de encontrar el contenido del interés superior, independientemente de que el mismo sea jurídico: cultural, educativo, deportivo, recreativo, de salud, de paz, de convivencia etc. que no tienen carácter ni contenido jurídico. En otras palabras, ese interés superior, independientemente de que el mismo sea jurídico: cultural, educativo, deportivo, recreativo, de salud, de paz, de convivencia etc, que no tiene carácter ni contenido jurídico.

Ese interés superior parece tener un aire de satisfacción para quien lo invoque al creerse dotado de un “poder” de actuar el contenido normativo dirigido si se quiere a potenciar el aspecto singular de su propia personalidad como lo dice Allorio en su obra, “El Ordenamiento Jurídico en el Prisma de la Declaración Judicial”; pero, esa respuesta en lugar de resolver el problema planteado, lo deja abierto porque no sabemos que significa ni siquiera por aproximación, el verdadero y preciso sentido del “interés protegido” del niño o del adolescente “.

En un momento dado, pudiera concebirse como “una situación de preeminencia del sujeto, y/o adolescente respecto de otros u otros sujetos relativamente vinculados a un determinado bien jurídico o como una II posición de ventaja” como lo entendió FALSEA en su obra “El sogetto nei sistema dei fenomeni giuridici “; y hay quienes por otra parte, lo consideran en otros términos como “una garantía legislativa a una utilidad sustancial directa e inmediata para el niño o el adolescente titular del derecho invocado “; pero, como abogados debemos observar que “esa garantía legislativa de utilidad”, no es tampoco un asunto jurídico sino económico. Si esto es así, puede no solo beneficiarse al niño o al adolescente desde el punto de vista jurídico en forma directa o indirecta como titular de un derecho privilegiado sino que en la decisión a ser tomada obligatoriamente por el Juez de Protección, en casos concretos, pueden también beneficiarse a otros sujetos no titulares del derecho accionado por lo que, entendido de otra manera, constituiría tal posición, una teoría peligrosa de aplicación, porque se llegaría a pensar de que todos los niños o adolescentes por el simple hecho de serlos, tienen en común por mandato de la Ley, los mismos derechos que se le incorporaron mediante una sentencia a otro niño o adolescente ajeno a hecho decidido.

Se abriría un compás o haz comprensivo de enfrentamientos directos e indirectos de intereses entre niños y adolescentes, en donde, sin poder vislumbrar; a priori, las circunstancias concretas de cada caso! no se podría saber a ciencia cierta,

cuáles constituirían en un caso determinado, los intereses superiores en un niño o adolescente y cuáles constituirán en el “ mismo caso, los intereses subalternos de los demás, sujetos para hacer privar, los primeros sobre los segundos, como lo manda el artículo 8, parágrafo primero, letra “d “ de la LOPNA, lo cual conduciría a la destrucción de la armonía jurídica y social que persigue la Ley. Si tuviésemos la paciencia para encontrar la visión exacta en cada caso, del interés superior que ha de ser protegido por parte del Estado mediante la sentencia correspondiente, la aplicación del sistema de protección previsto en la LOPNA sería realmente una verdadera conquista para la niñez y la adolescencia en los albores del siglo XXI.

Una Sentencia del hoy Tribunal Supremo de Justicia, pronunciada en Sala Constitucional el día 20 de Junio del año 2.000, sobre la necesidad de oír al menor en aquellos asuntos que le afecten, dijo entre otras cosas, lo siguiente: “... en el contexto del caso sub iúdice merece especial atención el literal “a” del parágrafo primero del artículo 8 de la Ley en referencia, atinente a la necesidad de apreciar la opinión de los niños y adolescentes a fin de determinar su interés superior en una situación concreta. En este caso, tal interés está íntimamente vinculado a la posibilidad de realizar el derecho consagrado en el artículo 27 (referido al derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con los padres) ejusdem, lo cual deberá determinar el juzgador en el contexto de las circunstancias concretas, para cuyo propósito es relevante crear o propiciar hasta donde fuere posible, las condiciones objetivas más favorables para que el menor se exprese libre de apremio. Aparece aquí evidente la trascendencia de analizar la audiencia del menor en acto privado. ...”.

El Sistema de Protección del Niño y del Adolescente radica en cuatro principios fundamentales, a saber: a) el interés superior del niño; b) la prioridad absoluta del Estado; c) la posición de la sociedad y de la familia para asegurar todos los derechos y garantías a los niños y adolescentes sin ninguna clase de discriminación; y, d) la gratuidad de la justicia y de los servicios. Tan compleja es la búsqueda del interés superior del niño o del adolescente, convertido por la Ley en el más importante o único norte que guiará al Juez al dictar su Decisión, que en sociología jurídica se ha llegado hasta a afirmar que tal principio constituye “ una noción polimorfa, plástica y esencialmente subjetiva” que puede tomar en manos de un Juez, cualquier forma y aún. Servir de fundamento para defender cualquier causa, De allí el cuidado y la atención que debe tener el. Sentenciador en la interpretación del interés superior que se busca protegerlo o defenderlo.

D'Jesús A.

La Civilística Italiana (Perlingieri) había entendido por interés, a la existencia del poder, de tal manera que, donde el derecho restablecía I la figura del poder, allí se encontraba siempre aun sujeto como titular de un interés legítimo. En la LOPNA los sujetos principales con intereses superiores legítimos son los niños y los adolescentes, a quienes se les II dotó de poderes “ para ampliar así, de manera legal, el texto de sus peticiones y con ello, hateer realidad el goce y disfrute de todos los derechos en ese texto explanados, con la única finalidad de colocar las bases humanas y jurídicas que sirvan en lo sucesivo para el desarrollo a plenitud de sus propias personalidades. Esos niños o adolescentes que son adultos en formación y que se encuentran en el proceso de hacerse mejores personas, descubren de inmediato que toda la normativa de la LOPNA constituye la base pasivo de la Ley debe ser completado con el trabajo activo, primero de la familia, luego por la sociedad y por último por el sentenciador, superando con ello, todos los obstáculos fácticos .o circunstanciales que impidan al niño o al adolescente encontrar ese objetivo final.

#### **LA NORMATIVA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

Esta acción está consagrada en los artículos: 117, 118 y 177 parágrafo V y 276 de la LOPNA y, su procedimiento está establecido desde el artículo 276 al 283, por una parte y por la otra, desde el artículo 318 al 330 de la misma. El texto del artículo 276 es el siguiente: “La acción de protección es un recurso Judicial contra, hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos del niño y del adolescente.

¿En qué consiste esta acción? Consiste de acuerdo con la Ley, en un recurso procesal autónomo o sui generis, mas cerca del llamado “Derecho Subjetivo Público Procesal de los niños o adolescentes” que del “Derecho Subjetivo Público Material”. Su ubicación en el contexto de la Ley no es clara por encontrarse dentro de ella, un inserimiento o conjunto de derechos y garantías regales como de derechos y garantías constitucionales y hasta extra constitucionales.

Esto dificulta estudiarla de manera aislada y autónoma, como también dificulta su estudio si la comparamos con la acción de amparo de los derechos y garantías de los demás ciudadanos mayores de edad. Lo que debe tenerse claro, es que la “acción de protección” desarrolla la defensa del interés superior del niño

y del adolescente frente a cualquier acto u omisión realizado por el Estado, por las Instituciones Públicas o Privadas o por los particulares que ar1)enlace o viole derechos colectivos o difusos de uno o más niños o adolescentes, conforme lo señala el artículo 170 de esta misma Ley.

¿Cuál es su finalidad?, Hacer cesar la violación o amenaza ordenando la restitución del derecho mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer (Aft...277). El problema de la legitimación individual para el ejercicio; de esta acción ha sido varias veces planteado tanto en doctrina como en jurisprudencia. Si le aplicáramos la tesis de la sala Constitucional en materia de amparo contenida en las sentencias de fecha 30 de junio y 21 de Noviembre del año 2.000 acerca de la naturaleza jurídica de los intereses colectivos y difusos, el problema estaría resuelto. Esa sala dijo:

“En consecuencia, cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por “intereses difusos o colectivos”....”Igualmente, cuando los daños y lesiones atentan contra grupos de personas vinculadas jurídicamente entre sí, o pertenecientes a la misma actividad, la acción por intereses colectivos, la finalidad es idéntica a la de los “intereses difusos” podrá ser incoada por las personas jurídicas que reúnan a los sectores o grupos lesionados y aun por cualquier miembro de ese sector o grupo, siempre que obren en defensa de dicho segmento social/...” citadas en Jurisprudencia Ramírez y Garay tomo 173, casos 121-01 y 174-01. Todo esto está en sintonía con el artículo 26 del texto constitucional.

**¿ Quiénes son los legitimados por la ley para proponer esta acción en juicio?**

Dice el artículo 278 ejusdem que puede intentar esta acción: El Ministerio Público, los Consejos de Derechos; las Organizaciones legalmente constituidas por lo menos, con dos años de funcionamiento relacionadas con el asunto objeto de la acción de protección; la Nación, los Estados y los Municipios también pueden intentar esta acción a través del Ministerio Público, si este último encuentra fundamento en el pedido.

**¿ Quiénes son competentes para conocer de esta acción ?**

Son competentes los tribunales de protección del; Niño y del Adolescente del

D'Jesús A.

territorio donde haya tenido lugar el acto o la omisión constitutiva de la amenaza o de la violación.-

### **¿Cómo se hace el procedimiento ?**

El procedimiento se realiza conforme a .10 señalado en el capítulo XII de la presente ley y va desde el artículo 318 al 330 de la misma. El mismo comienza por solicitud, indicándose en ella pormenorizadamente los hechos y proponiendo al mismo tiempo la prueba que pretenda. Los artículos 321 y 322 de la LOPNA, dicen:

Artículo 321: “El requerido podrá proponer al juez, dentro de los tres días siguientes a su citación la prueba que pretenda”.

Artículo 322: “ El tribunal dispondrá lo conducente para que a la celebración del juicio concurren las personas indicadas y para que se cuente en el acto con la documentación y demás información que se haya solicitado. Las partes podrán presentar directamente en la audiencia del juicio los medios de prueba con !os que cuenten”.

**¿La Decisión que dicta el Tribunal de Protección tiene recursos? Si, únicamente el de Apelación; no hay contra ella Recurso de Casación.**

¿Cuál es el contenido de la sentencia en el Juicio de Protección? El contenido será la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer, las cuales deben quedar con la mayor claridad posible, expresamente señaladas para la ejecución de los deberes y los plazos para cumplirlos. En caso de imposibilidad de cumplimiento directo e inmediato por el agravante, la decisión ordenará las medidas pertinentes o las providencias necesarias para que la autoridad que debe hacerlas cumplir, que son los Jueces de Ejecución de Medidas, o el Consejo de Protección según los casos, ejecuten la decisión

### **¿Qué otras responsabilidades tienen los agraviantes?**

Los agraviantes tienen la responsabilidad civil de satisfacer los gastos la protección debida; el cumplimiento del mandato o las prohibiciones contenidas en la sentencia quedando a salvo la responsabilidad penal por desacato o las administrativas a que haya lugar.

## **PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

(Artículos 318-330).

Conforme a lo establecido en el artículo 177 de la ley, el procedimiento para acción es especialísimo y comprende las siguientes etapas:

a) La solicitud. El interesado la presentará al Tribunal de Protección acompañada de los antecedentes correspondientes y propondrá además la prueba que pretenda; b) l requerimiento. El Juez ordenará las diligencias para recabar la información indicada y citará al requerido a quien le enviará copia de la solicitud. La audiencia del juicio se celebrará dentro de los 10 días siguientes a su citación, la prueba que pretenda y el Tribunal, dispondrá lo conducente para asegurar que a la celebración del juicio concurren las personas indicadas; c) La documentación necesaria y las informaciones solicitadas; nada obstará para que las partes presenten directamente en la audiencia del juicio los medios de pruebas que pretendan; d) la audiencia del juicio. En el día y la hora señalados para la audiencia del juicio, el Juez verificará si se encuentran o no presentes las partes y el Ministerio Público. Si no asiste el solicitante el Juez notificará al Ministerio Público a los fines de que, dentro de los dos (2) días siguientes, manifieste al Tribunal si decide o no instar el procedimiento. En caso afirmativo, el Tribunal fijará nuevo día y hora para el juicio; en caso negativo, el Juez declarará desistido el procedimiento. La ausencia del requerido no impedirá la continuación de la causa. El Juez oírán en el siguiente orden: al solicitante, al requerido al niño o adolescente de que se trate o a sus padres o responsables; al Fiscal del Ministerio Público; al representante de la Defensoría del Niño y del Adolescente; a los representantes de otras Instituciones interesadas y a los terceros involucrados que se hayan hecho presentes; procederá a la recepción de las pruebas y oírán las conclusiones de las partes; homologará los acuerdos conciliatorios que se hayan logrado a excepción de los casos de procedimientos administrativos, para la aplicación de sanciones; e) La sentencia. El Juez dictará la Sentencia en un plazo no mayor de 5 días, confirmando, revocando o modificando las medidas impuestas por los Consejos de Derecho o de Protección o de la abstención sobre el caso; f) otros pronunciamientos. Si en el juicio se evidencian hechos o causas de privación o extinción de la patria potestad, la tutela o la guarda, el Juez notificará al Ministerio Público; y, g) Recurso de Revocación. Todas las decisiones interlocutorias son revocables por el mismo Juez que las dictó a solicitud de parte.

D'Jesús A.

SI las interlocutorias fueron dictadas en la fase preparatoria del juicio, la solicitud deberá hacerse por escrito dentro de las 24 horas siguientes de haberse dictado y el Juez las resolverá dentro de las 24 horas siguientes ala proposición de la solicitud. Si hubiesen sido dictadas en el curso de la audiencia del juicio, la solicitud deberá hacerse verbalmente y deberá ser resuelta de inmediato.

## **RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA**

El único recurso existente contra la sentencia de mérito o contra las resoluciones que pongan fin al procedimiento, es el de Apelación, el cual se propondrá dentro de los tres ( 3 ) días siguientes y se admitirá con efecto devolutivo. El Recurso de Apelación debe ser formalizado en la Corte Superior respectiva, dentro de los cinco ( 5 ) días siguientes a su recibo, de manera oral y en la Sala de Apelaciones de la Corte Superior, con indicación precisa sobre los puntos de la sentencia en los cuales se difiere y las razones en que se funda. Si la parte contraria asiste, se le oirá también mediante una especie de réplica o duprica y la sentencia de la alzada o apelación, debe pronunciarse dentro de los tres ( 3 ) días siguientes, no hay Recurso de Casación. La Sala de Juicio del Tribunal Superior ordenará el efectivo cumplimiento de la sentencia, hará cumplir las medidas de protección ejecución al Consejo de Protección competente; y en todo el Juez de la Sala de Juicio dictará la providencia necesaria para la ejecución.. Son supletorias de las normas procesales antes mencionadas las disposiciones del procedimiento contencioso en los asuntos de familia y patrimoniales y las del juicio oral previstas en el Código de Procedimiento Civil.

(artículos: del 859 al 880)

## **CONCLUSIONES**

La Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente fue elaborada anuestro modo de ver conforme a una ficción, según la cual, la ley hace sujetos de derechos a los niños y adolescentes de la misma forma como si fueran mayores de edad. Esta ficción hace que haya necesidad en el momento de juzgar, de ser excesivamente prudentes.

Tan compleja es la búsqueda del interés superior del niño o del adolescente, convertido por la Ley en el mas importante o único norte que guiará al Juez

al dictar su decisión, que en sociología jurídica se ha llegado hasta a afirmar que tal principio constituye “ una noción polimorfa, plástica y esencialmente subjetiva” que puede tomar en manos de un Juez, cualquier forma y; aún. Servir de fundamento para defender cualquier causa. De allí el cuidado y la atención que debe tener el Sentenciador en la interpretación del interés superior que se busca protegerlo o defenderlo.

Finalmente, el interés superior del niño y del adolescente en la LOPNA es demasiado variable, casuístico y heterogéneo, pero que en su conjunto, no es más que el trabajo en consuno del Estado, de la sociedad y de la familia para hacer realidad el objetivo: final de: que el país tenga cada día una mejor niñez y adolescencia y con ello en el futuro, mejores ciudadanos capaces todos de vivir en paz, en justicia y en libertad para que sirvan de ejemplo a sus propias generaciones.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución Nacional de Venezuela.(2000) *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*.5453. Marzo 24, 2000.
- Garrido de Palma, Víctor Manuel. (1993) *Derecho de la Familia*. Madrid, España: Trivium,S.A.
- Grisolía; García; Cabral; Martínez; González y Bolaños.( 2001) *Mujer, Familia y Derecho*. Caracas, Venezuela: Livrosca
- Grosman; Mesterman y Adamo. (1992) *Violencia en la Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. (1998) *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. 36.531. Septiembre 3, 1998.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. ( 2001) *Derecho de Familia y Menores*. Bogotá D.C., Colombia: Librería del Profesional.
- Pabón Parra, Pedro Alonso (2001) *Delitos contra la Familia*. Bogotá D.C. Colombia: LEYER.
- Pizani y Parra. (1999) *Comentarios a la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia*. Caracas, Venezuela: CISFEM.