

La designación de defensores públicos con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes y la capacidad procesal

Edison Lucio VARELA CÁCERES*

Afinar los conceptos jurídicos y darles una denominación que evite toda confusión entre ellos, constituye un *desideratum* de la ciencia en general y de la jurídica en particular.

Luis LORETO

Sumario

Introducción 1. Breve excursio histórico de la Defensa Pública en materia de protección de niños, niñas y adolescentes 2. El rol del Defensa Pública: ¿un veedor de derechos o un servicio de defensa técnica? 3. El defensor público competente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes 4. Las reglas sobre capacidad procesal en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes 5. Una reflexión adicional. Sobre la revisión de la clasificación de la capacidad de ejercicio. Conclusiones

* **Universidad de Los Andes**, Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, Profesor Instructor por concurso de oposición de Derecho Civil I Personas. **Universidad Bolivariana de Venezuela**, Profesor de Derecho de Familia.

Dedico este modesto opúsculo a la memoria del profesor LOIS ESTÉVEZ, insigne maestro español que por un lustro convivió en nuestra ilustre Universidad Central de Venezuela, aportándonos sus conocimientos y saberes, con afecto de discípulo.

Introducción

Como merecido homenaje al destacado profesor José LOIS ESTÉVEZ hemos querido desarrollar un tema relacionado con la «teoría general del proceso», ello justificado en que, si bien el catedrático español sobresalió en los campos de la Filosofía del Derecho y en Venezuela escribió una obra trascendental en el área de la metodología jurídica, sus inicios mozos los realizó en el Derecho Procesal Civil, de la mano de otro gran jurista español, el maestro James GUASP.

Por lo tanto, aquí se desea recordar la faceta procesal del profesor LOIS ESTÉVEZ, en la cual produjo varias obras y opúsculos de extensa resonancia en el ámbito especializado, donde además se fueron delineando sus posiciones filosóficas, que, más tarde, generaría interesante obra enfocada en la especulación iusfilosófica y a la objetivación de la ciencia del Derecho.

En tal sentido, un aspecto esencial del proceso es la delimitación de los sujetos que lo componen, así como las condiciones que estos deben reunir para poder actuar jurídicamente en el mismo. Tales temas se han englobado bajo la idea de presupuestos procesales. Asimismo, las garantías constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y el derecho a la defensa han generado que el Estado incorpore servicios de asistencia y representación jurídica para garantizar a los grupos vulnerables el acceso a la justicia; ello ocurre en Venezuela a través de la Defensa Pública, y cuando se está ante un proceso conocido por un tribunal protección de niños, niñas y adolescentes, intervienen los defensores públicos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, en la práctica el desarrollo de la actividad de los defensores públicos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, se ha visto distorsionada en razón de que las solicitudes de designación por parte de los tribunales se hace en algunos casos de forma indiscriminada, de manera a veces irreflexiva, llegando a efectuarse solicitudes de defensores públicos para sujetos que no cumplen con los presupuestos para ser asistidos o representados de forma directa al carecer de capacidad procesal. Requiriéndose, inclusive,

la designación de defensores para la defensa de supuestos intereses generales, como si la Defensa Pública fuera una especie de «veedor de la legalidad» y no lo que realmente es: un servicio de abogados oficiales que asesoran, asisten y representan a sujetos procesales¹.

Además, se necesita clarificar en qué supuestos pueden intervenir directamente los niños o adolescentes, por poseer capacidad de obrar, examinando las disposiciones que regulan estos escenarios ya que de la determinación de dicha capacidad dependerá que estos requieran la designación de un defensor público que los asista o represente directamente.

Todo lo descrito exige que se aborde el tema desde una perspectiva técnica y, en consecuencia, se clarifique para quiénes y en qué supuestos procede la designación de un defensor público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

1. Breve excursio histórico de la Defensa Pública en materia de protección de niños, niñas y adolescentes

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela implicó un desarrollo sustancial de las facultades fundamentales, pero tal progreso no involucro la derogación de todo el Derecho preconstitucional, sino un reacomodo de las instituciones que no respondían a las exigencias actuales y a los derechos que se instauraron con el Texto Supremo. De allí que, si bien la actual Defensa Pública tiene su génesis en la Constitución (artículos 253 y 267), ello no quiere decir que antes de la misma no existieran experiencias rudimentarias que trataran el asunto de la representación judicial de los grupos vulnerables².

¹ *Vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Formas de organización de los servicios de defensorías públicas. Especial referencia a la Defensa Pública de Venezuela». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. N° 2. Caracas, 2016, pp. 315-327, www.ulpiano.org.ve.

² *Vid.* artículo 68 de la Constitución de 1961, que estipulaba: «Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa

Así pues, en materia de Derecho privado, además de la figura del defensor *ad litem*³ para algunos supuestos de partes no comparecientes o el «beneficio de justicia gratuita» regulado en el Código de Procedimiento Civil para «quienes carezcan de recursos» (artículos 175 al 182, en concordancia con el artículo 4 de la Ley de Abogados⁴), los órganos del Estado habían incorporado servicios aislados de asistencia jurídica⁵, como, por ejemplo, en el área que aquí interesa, los procuradores de menores adscritos al Ministerio Público y los «abogados de asistencia jurídica del Instituto Nacional del Menor (INAM)»⁶.

En este orden, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998⁷ –texto preconstitucional– no regulaba en materia de «protección»

es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso», en desarrollo de dicho artículo se preparó un «Anteproyecto de Ley de Defensa y Asistencia Jurídica», que fue introducido en el Congreso a principio de la década de los 80, *vid. Fortalecimiento del Estado de Derecho*. Vol. 5. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, COPRE. Caracas, 1990, pp. 90 y 91; PÉREZ PERDOMO, Rogelio: «Investigación social y asistencia jurídica». En: *Sic*. N° 45, 447. Centro Gumilla. Caracas, 1982, pp. 295-298.

³ *Vid.* SÁNCHEZ NEGRÓN, Alcides: «Disposiciones del derecho en litigio por el defensor *ad litem* y por el mandatario sin facultad». En: *Derecho Procesal Civil un nuevo enfoque del proceso civil. Jornadas Lic. Miguel José Sanz*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1999, pp. 203 y ss. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Comentarios sobre algunas decisiones judiciales relativas al defensor *ad litem*». En: *Temas de Derecho Procesal*. Vol. I. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2005, pp. 417 y ss.

⁴ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1081 extraordinario, del 23-01-67.

⁵ *Vid.* sobre los modelos europeos: CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica. Trad. Mónica MIRANDA. México D. F., 1996, pp. 24 y ss. CIPRIANI, Franco: *La defensa del pobre en el proceso civil. La experticia italiana*. Palestra Editores. Trad. Eugenia ARIANO DEHO. Lima, 2002, pp. 14 y ss. GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*. Colex. Madrid, 1998, pp. 29 y ss. FIX-ZAMUDIO, Héctor: «Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social». En: *Anuario Jurídico*. N° 2. UNAM. México D. F., 1977, pp. 63-66 (también en: *Libro Homenaje a Luis Loreto, con ocasión de los 50 años de habersele conferido su título de abogado de la República (1922-1972)*. Contraloría General de la República. Caracas, 1975).

⁶ *Vid.* PÉREZ PERDOMO, Rogelio: «Asistencia jurídica y acceso a la justicia en Venezuela». En: *Justicia y pobreza en Venezuela*. Monte Ávila Editores. Caracas, 1987, p. 14.

⁷ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5266 extraordinario, de 02-10-98. La Ley de 1998, no reguló a la Defensa Pública, salvo en materia de responsabilidad

a la Defensa Pública ni a una institución similar, aunque sí mantenía la participación del Ministerio Público, ya no a través de «procuradores», sino de «fiscales especializados para la protección del niño y del adolescente» (artículo 169), la referida Ley elimina al INAM, pero incorpora unas instituciones sustitutas como: los consejos de derechos del niño y del adolescente –los cuales actualmente funcionan a nivel nacional y municipal–, los consejos de protección del niño y del adolescente, además agrega un ente novedoso como son las defensorías del niño y del adolescente, con funciones de orientación y «asistencia jurídica», fundamentalmente en áreas extrajudiciales y conciliatorias (artículo 202 literales a, y h).

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela creó el Servicio Autónomo de Defensa Pública⁸ y por vía de resoluciones se fueron designando defensores públicos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes⁹, hasta que se dictó la Ley Orgánica de la Defensa Pública en el 2007¹⁰, donde se reguló las atribuciones de estos defensores en las diversas instancias en que participan (artículos 66 al 70 de la actual numeración).

penal del adolescente donde se refiere al defensor público (artículos 527 literal d, 544, 591, 654 literal c, y 656), pensando analógicamente en la figura del «defensor público de presos» que ya existía para adultos y que fue bosquejada en el Código Orgánico Procesal Penal de 1998.

⁸ *Vid.* Resolución de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37024, de 29-08-00, mediante el cual se crea el Servicio y se adscribe a la referida Comisión. Después pasará a formar parte de una Dirección General del TSJ hasta que se dicte la Ley en 2007 y se pretenda anexas a la Defensoría del Pueblo –como actualmente funciona en Colombia– y con la reforma de esta última en el 2008 adquiere su plena autonomía –aunque en la práctica se observa cierta subordinación–.

⁹ *Vid.* MÁRQUEZ C. Asdrúbal F.: «Límites y alcances de la Defensa Pública en LOPNA». En: *I Jornadas para defensores públicos con competencia en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. TSJ. Caracas, 2003, pp. 65 y ss.

¹⁰ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38595, de 02-01-07; reformada según *Gaceta Oficial* N° 39021, de 22-09-08; y *Gaceta Oficial* N° 6207 extraordinario, de 28-12-15. Vale destacar que estas modificaciones estuvieron dirigidas a la organización del Ente, mas no tocaron lo referente a las competencias de los defensores públicos, igualmente la técnica legislativa mezcla normas atributivas de competencia con disposiciones propias de un estatuto funcional –aspecto que no

Con la confirmación de la Defensa Pública a través de su Ley Orgánica, al momento de reformar la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el 2007¹¹, el legislador aprovechó la ocasión para incorporar algunas normas dirigidas a regular a la Defensa Pública en materia de protección de niños, niñas y adolescentes (artículos 119 literal f, 169-B, 170-B y 450 literal n).

Hoy en día, se puede sostener que la participación de los defensores públicos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes en el «Sistema Rector Nacional» se encuentra consolidada y es un órgano esencial para que el modelo de protección funcione correctamente.

2. El rol del Defensa Pública: ¿un veedor de derechos o un servicio de defensa técnica?

Habiendo clarificado cuál es la génesis del defensor público competente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, es ahora necesario identificar sus funciones, ya que sobre tal asunto se visualizan zonas en penumbra que deben ser esclarecidas. En dicho orden, lo primero que se debe dilucidar es el rol principal del defensor público.

Ciertamente, a este funcionario le corresponde ofrecer servicios de «defensa técnica»¹², ya sea por medio de la orientación, asistencia o representación.

se ha cristalizado a la fecha, ya que sí bien se creó una Escuela Nacional de la Defensa Pública y se han dictado cursos de formación a los aspirantes al cargo de defensor público no se ha hecho la convocatoria para los concursos públicos de oposición y, en consecuencia, actualmente todos los defensores son de carácter «provisorio» lo cual merma su independencia profesional—.

¹¹ Donde su principal objetivo giraba en torno a incorporar un nuevo procedimiento en dos instancias, siguiendo el esquema de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que había resultado exitosa en dicha área. Téngase presente que la última reforma solo modifica el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y dos tipos penales y no afecta al Sistema de Protección, *vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6185 extraordinario, de 08-06-15.

¹² *Vid. PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo: Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2008, p. 207, recuerda: «La denominación*

Actúa, en consecuencia, en términos similares a cualquier «representante judicial» o, en palabras más llanas, como un «abogado» privado, con la salvedad que no ejecuta funciones de disposición del proceso¹³ –las cuales si pueden cumplir los abogados privados si tienen poder especial para ello (artículo 154 del Código de Procedimiento Civil)–, sus facultades vienen determinadas por la ley y no por un mandato o poder. Obviamente, otra diferencia es el perfil del defensor público que debe tener un especial sentido humanitario y, además, deberá poseer una formación especializada en materia de Derecho de la Niñez y Adolescencia, tal y como lo demanda para todo funcionario del Sistema la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 78)¹⁴.

de ‘técnica’ se debe a los conocimientos técnico-jurídicos que se requieren para su ejercicio, por lo que dicha defensa se les suele confiar solo a los profesionales del Derecho»; nuestro querido profesor VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge: *Lecciones del nuevo proceso penal venezolano*. ULA. Mérida, 2002, p. 122, nos decía que la denominada defensa técnica o formal «solo puede ser ejercida por un profesional del Derecho, que es la persona que se supone tiene los conocimientos técnicos y científicos para desarrollarla» y se diferencia de la «defensa material o autopatrocinio» que es la defensa ejercida por el propio sujeto de manera personal. En palabras de AGUILAR CAMERO, Ramón Alfredo: *Estudio sobre la proponibilidad de la cuestión de falta de cualidad*. FUNEDA. Caracas, 2013, p. 27, la defensa técnica «tiene como norte la protección del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, y al mismo tiempo procura mantener el recto seguimiento del proceso a través de la intervención de profesionales especialmente capacitados para tal fin».

¹³ Esta limitación está establecida en el artículo 66 N° 4, de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, en concordancia con el artículo 170-B de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: «... los defensores públicos y defensoras públicas especiales para la protección de niños, niñas y adolescentes no pueden convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio...». Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Problema en Pollensa: nueve casos sobre la actividad de la Defensa Pública en materia de Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. N° 1. Caracas, 2015, pp. 151 y ss., www.ulpiano.org.ve, allí se ha denominado la actividad del defensor público como «representación judicial constitucional».

¹⁴ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 4. Caracas, 2014, pp. 149 y ss. donde se indica que en esta área del Derecho opera el «principio de protección especializada».

Entonces, los defensores públicos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes son los abogados que ofrecen el servicio de defensa técnica a los sujetos que participan en los trámites o procedimientos llevados por los órganos o entes del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 119). Por ejemplo, en los trámites que se gestionan ante el consejo de protección de niños, niñas y adolescentes a los efectos de dictar una medida de protección o en las causas que le competen al tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes, asistiendo o representando a algunas de las partes.

En otro escenario, se ubican los entes denominados «veedores de derechos», los cuales intervienen en algunos asuntos como partes de buena fe al ser garantes del orden público y de la legalidad, tal y como ocurre con el Ministerio Público a través de los fiscales especializados para la protección de niños, niñas y adolescentes¹⁵, o con la Defensoría del Pueblo por medio de sus «defensores delegados», principalmente cuando se trata de derechos colectivos o difusos.

Ciertamente, es muy importante que se comprenda la anterior distinción ya que las normas que regulan, por ejemplo, al fiscal especializado están en completa vigencia y no se contraponen a las que norman a los defensores públicos, también especializado, ya que son entes distintos con atribuciones disímiles, aunque formen parte de un mismo sistema de protección.

En tal sentido, cuando alguna de las partes, o incluso ambas, no cuentan con abogado de confianza podrán solicitar que se le designe un defensor público,

¹⁵ *Vid.* artículo 129 del Código de Procedimiento Civil que hace referencia al Ministerio Público «como parte de buena fe»; artículo 44 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que indica que ellos deben «intervenir en aquellos procesos en que esté involucrado el orden público y las buenas costumbres». PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo; ALMAGRO NOSETE, José y GONZÁLEZ-DELEITO, Nicolás: *Tribunales españoles organización y funcionamiento (tribunales jurisdiccionales y no jurisdiccionales)*. 5ª, Tecnos. Madrid, 1979, p. 95, destacan que la misión general del Ministerio Público se puede «reducir al común denominador constitucional de defensa de la legalidad o mantenimiento del orden jurídico. Actividades más importantes del Ministerio Fiscal son las encaminadas a promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y a la satisfacción del interés social».

el cual lo representará judicialmente en el proceso y lo asistirá en aquellos aspectos procesales que sean de disposición (artículo 450 literal n, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Por otra parte, cuando el juez de protección observe que el asunto debatido pueda tener una especial repercusión en un interés general, social o público podrá notificar al fiscal especializado para que actúe en defensa de dicho interés, como veedor de la legalidad, de allí que el artículo 170 literal d, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establezca:

Artículo 170.- Atribuciones del Ministerio Público: Son atribuciones del o de la fiscal especial para la protección de niños, niñas y adolescentes, además de aquellas establecidas en su Ley Orgánica: (...) d. Defender el interés de niños, niñas y adolescentes en procedimientos judiciales o administrativos...¹⁶.

Entonces, en los procesos que involucran a los niños y adolescentes, se pueden visualizar varios intereses: I. Los privados de los sujetos implicados directamente en la controversia, que puede ser entre adultos o incluir dentro de la relación procesal a un menor de edad como parte, defendido dicho interés por ellos mismos si tienen capacidad procesal o a través de sus representantes legales; II. los privados de los niños o adolescentes que se vea afectados de manera indirecta; por ejemplo, en el juicio de divorcio de cónyuges adultos con hijos menores de edad comunes donde participan como terceros en relación con las «instituciones familiares»¹⁷, y III. el interés general implícito en todos estos procesos que viene establecido por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que persigue garantizar «el disfrute pleno y efectivo de sus derechos» (artículo 1), lo que obliga al Estado a «tomar todas las medidas (...) que sean necesarias y apropiadas para asegurar que todos los

¹⁶ En concordancia con el artículo 45 N° 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

¹⁷ Es decir, custodia, convivencia familiar y obligación de manutención, *vid.*: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Las tres instituciones familiares claves en materia de niñez y adolescencia». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. N° 1. Caracas, 2015, pp. 49 y ss. www.ulpiano.org.ve.

niños y adolescentes disfruten plenamente y efectivamente de sus derechos» (artículo 4). Este último interés general de defensa de los derechos de los niños y adolescentes debe ser perseguido por todos los sujetos que intervengan, pero está encomendado particularmente al Ministerio Público hacerlo valer en los juicios donde participa, de allí la razón de la norma antes reproducida.

Además, del anterior supuesto genérico, existirán casos donde el fiscal especializado deberá ser notificado para intervenir como «tercero» de buena fe, actuando como interviniente de forma complementaria, porque así lo señala expresamente la ley, por ejemplo:

Restitución de la patria potestad¹⁸; revisión y modificación de la responsabilidad de crianza¹⁹; oposición al nombramiento o solicitud de remoción de tutor, protutor o miembros del consejo de tutela²⁰; formas especiales de cumplimiento de la obligación de manutención²¹; administración de los bienes²²; filiación²³ o adopción²⁴; nulidad de matrimonio²⁵, separación de cuerpo o divorcio²⁶; rectificación judiciales de actas del estado civil²⁷;

¹⁸ *Vid.* artículos 355 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

¹⁹ *Vid.* artículos 361 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²⁰ *Vid.* artículos 515 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 732 del Código de Procedimiento Civil.

²¹ *Vid.* artículos 381 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²² *Vid.* artículos 515 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 267 y 269 del Código Civil.

²³ *Vid.* artículos 231 del Código Civil, 131 N° 3 del Código de Procedimiento Civil y 45 N° 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²⁴ *Vid.* artículos 415 literal b, 493-L, 495, 499 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 1 y 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²⁵ *Vid.* artículo 130 del Código Civil.

²⁶ *Vid.* artículos 185-A, y 196 del Código Civil; 131 N° 2 del Código de Procedimiento Civil y 45 N° 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²⁷ *Vid.* artículos 131 N° 3, 770 y 771 del Código de Procedimiento Civil y 45 N° 1 y 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

abstenciones o disconformidades en relación a las decisiones provenientes de los consejos municipales de derechos o de los consejos de protección, sanciones civiles, acción judicial de protección²⁸;

Asimismo, existen supuestos donde el legislador autoriza al Ministerio Público para intentar la acción actuando como «parte», es decir, interviniendo de forma principal:

Privación de patria potestad²⁹; colocación familiar³⁰; nulidad de adopción³¹; obligación de manutención³²; solicitud de curador especial a menores de edad³³; oposición y anulación del matrimonio, interdicción e inhabilitación³⁴; nulidad de actas del estado civil³⁵; para hacer efectiva la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria de las personas o instituciones que violen o amenacen derechos individuales o colectivos de niños, niñas y adolescentes³⁶.

Como se observa en los anteriores supuestos, el fiscal, es el llamado al juicio para participar según sus competencias en razón que, si bien el tema debatido es de carácter privado, el legislador ha considerado conveniente su cooperación para evitar cualquier fraude procesal, es decir, impedir que las partes involucradas se pongan de acuerdo para defraudar a la ley, lo cual no solo afectaría a los derechos particulares de los involucrados, sino igualmente el interés general de la tutela plena de los derechos de los niños y adolescentes.

²⁸ *Vid.* artículo 321 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

²⁹ *Vid.* artículos 353 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

³⁰ *Vid.* artículo 45 N° 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

³¹ *Vid.* artículos 509 literal e, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

³² *Vid.* artículos 376 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

³³ *Vid.* artículos 268 y 277 del Código Civil.

³⁴ *Vid.* artículos 130 y 752 del Código de Procedimiento Civil.

³⁵ *Vid.* artículo 150 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

³⁶ *Vid.* artículos 170 literal a de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 45 N° 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Entonces, es obvio que el diseño conceptual de cada ente responde a una intencionalidad definida y que por ello cada uno detenta sus privativas competencias³⁷. Así, *verbi gratia* el defensor público le está vedado intentar acciones

³⁷ Resulta oportuno comentar el caso del modelo español que para el Ministerio Público establece dos mecanismos: así la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil, establece: «Artículo 749. Intervención del Ministerio Fiscal. 1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal». Al respecto, nuestro profesor PÉREZ DAUDÍ comenta «Para determinar en qué calidad interviene debemos atender a la circular del Fiscal General del Estado 1/2001, sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en el proceso civil. En la misma advierte en el apartado VII.4.a que ejerce una ‘legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido’. Con lo cual la intervención del Ministerio Fiscal es necesaria en los procesos de nulidad del matrimonio (...) el Ministerio Fiscal no puede ejercitar la acción de divorcio o de separación, que corresponde en exclusiva a los cónyuges. Sin embargo, el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que intervendrán cuando existan menores o incapacitados. En este caso, ya hemos visto que actuará en defensa del interés social concurrente, pero no como representante de los mismos. En principio éstos actuarán a través de la persona que legalmente les represente» (*vid.* PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Los procesos matrimoniales». En: *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña (análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales)*. Atelier. Barcelona, 2011, pp. 135-176). Baste añadir que en las hipótesis del artículo 749 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 6.6, el fiscal actúa en términos similares que su homólogo venezolano, pero como señala la disposición puede ocurrir que el fiscal excepcionalmente se vea obligado a asumir la representación sustantiva y adjetiva de algunas de las partes, como, por ejemplo cuando actúa transitoriamente como «defensor judicial» (artículo 299 *bis* del Código Civil español, en concordancia con el artículo 8.2), «En este caso el Ministerio Fiscal actúa como parte en representación del menor o incapaz, si bien se entrecruzan ‘la defensa del derecho objetivo y la del derecho subjetivo del particular’» (PÉREZ DAUDÍ, Vicente: *El allanamiento en el proceso civil*. J. M. Bosch. Barcelona, 2000, p. 92), ello ocurre en razón que en España no existen servicios de defensoría pública oficial, sino que la asistencia jurídica gratuita es

de oficio; siempre debe proceder a requerimiento de su representado³⁸; por su parte, el Ministerio Público sí puede ejercer algunas pretensiones de oficio, pero no representa judicialmente a las partes, sino al interés social que defiende por encargo de la ley.

Para el supuesto del defensor público, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 170-B) es bien sucinta, ya que se limita a resaltar cuatro funciones básicas de todo abogado, a saber: brindar «asesoría jurídica», «asistencia y representación técnica»; prestar «los demás servicios propios de la abogacía» y promover «acuerdos judiciales y extrajudiciales». Léase la norma para mayor transparencia:

Artículo 170-B.- Atribuciones de la Defensa Pública. Son atribuciones del defensor público o de la defensora pública especial para la protección de niños, niñas y del adolescente, además de aquellas establecidas en su Ley Orgánica: a. Brindar asesoría jurídica gratuita a niños, niñas, adolescentes y demás interesados o interesadas. b. Brindar asistencia y representación técnica gratuita a niños, niñas, adolescentes y demás interesados o interesadas, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, para la defensa de sus derechos, garantías e intereses individuales, colectivos o difusos. c. Realizar gratuitamente los demás servicios propios de la abogacía en interés de niños, niñas y adolescentes. d. Promover acuerdos judiciales y extrajudiciales en interés de niños, niñas y adolescentes. e. Las demás que señale la ley...

prestada por los abogados privados. Esto último no ocurre en nuestro caso donde se recurre a un curador *ad hoc* para el aspecto sustantivo y a la Defensa Pública si la parte carece de defensa técnica. En síntesis, como comenta SAMANES ARA, Carmen: *Las partes en el proceso civil*. La Ley. Madrid, 2000, pp. 28-30, el Ministerio Fiscal puede actuar: como parte con legitimidad propia; «como representante de la verdadera parte, que es el incapaz. Su intervención es provisional», o como informante o dictaminador, en los casos donde la ley establezca el deber del juzgador de oír al fiscal antes de un pronunciamiento.

³⁸ Tema distinto es la posibilidad de intentar recursos en interés del usuario, para lo cual no se exige manifestación expresa de este último y opera una voluntad presunta, en términos similares que para los abogados privados (artículo 153 del Código de Procedimiento Civil).

Siendo que solo vuelve a referirse a la Defensa Pública en el artículo 450 literal t *eiusdem*, cuándo indica como principio del procedimiento:

Artículo 450.- Principios. La normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes tiene como principios rectores, entre otros, los siguientes: (...) t. Defensa técnica gratuita: Las partes que así lo requieran contarán con asistencia o representación técnica gratuita en todo estado y grado de la causa a fin de garantizar la mejor defensa de sus derechos e intereses, a tal efecto las partes podrán solicitar los servicios de la Defensa Pública o el juez o jueza podrá designar a un defensor público o defensora pública cuando lo estime conducente.

El problema es que las anteriores disposiciones no gozan de la mejor técnica legislativa y por su obscuridad o imprecisión han llevado al intérprete advenedizo a cometer yerros conceptuales en su correcta hermenéutica, los cuales urgen ser solventados.

Así, por ejemplo, como las normas reproducidas de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se mencionan frases como: «a niños, niñas, adolescentes y demás interesados», «en interés de niños, niñas y adolescentes» o «designar a un Defensor Público o Defensora Pública cuando lo estime conducente», ello ha permitido a algunos pensar que se pueden solicitar a la Defensa Pública la designación de un defensor público para que representen judicialmente de manera directa a los niños o adolescentes sin tener estos «capacidad procesal» o, también, que se pretenda por el juez la designación de un defensor público para que defienda un interés general, público o social sin que exista un sujeto procesal concreto –parte o tercero– que deba ser asistido o representado por la Defensa Pública³⁹.

³⁹ Las distorsiones a que se ha llegado en la práctica son tan absurdas como, por ejemplo cuando se pretende que en una causa de colocación familiar participen tantos defensores públicos como sujetos participantes, cuando al examinar las normas sobre litisconsorcio pudiera perfectamente recaer la representación judicial de las posiciones activas o pasivas sobre un mismo defensor si no existe conflictos de intereses. O cuando se ha solicitado la designación de un defensor público para que asista a un consejo de

Las anteriores actuaciones representan yerros en la interpretación de la ley según su finalidad, ya que debe tenerse en cuenta que la solicitud de designación de un defensor público no es discrecional del juez, sino una actividad necesaria y acorde con las normas que rigen el instituto de la Defensa Pública y sus atribuciones, lo cual, en definitiva, debe acatarse en atención al principio de legalidad que rige a todo ente del Poder Público.

3. El defensor público competente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes

Para resolver los inconvenientes antes anotados, sería suficiente con recurrir a los conceptos clásicos de la teoría general del proceso que explican cuáles son los presupuestos de los sujetos de la relación procesal y a través de qué condiciones pueden ellos hacerse representar por abogados en juicio⁴⁰.

Así, lo primero a distinguir es que dentro de la «relación jurídica procesal» participan unos sujetos que se denominan «partes»⁴¹, cada uno con determinada posición: activa o pasiva; así como «terceros»⁴².

protección, lo cual es un claro error ya que ese órgano de la administración municipal posee un representante judicial especial, como se ha denunciado, *vid.* VARELA CÁCERES: art. cit. («Problema en Pollensa...»), pp. 141 y ss.

⁴⁰ LOIS ESTÉVEZ, Luis: *Proceso y forma (ensayo de una teoría general del proceso)*. Editorial Porto. Santiago, 1947, p. 79, los denomina elementos de «personación procesal», es decir, «conjunto de condiciones requeridas para instar eficazmente la discriminación de una interferencia. El número de notas que integran la personación procesal son las siguientes: capacidad de parte, capacidad procesal, legitimación activa y pasiva y postulación procesal»; téngase en cuenta que para el autor la interferencia es «la incompatibilidad jurídica de que subsistan simultáneamente una pretensión y un estado de hecho protegido por la ley» (p. 30), siendo que el objeto del proceso es resolver esa incompatibilidad (p. 45).

⁴¹ MONTERO AROCA, Juan: «Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación». En: *Estudios de Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona, 1981, p. 350, señala que si bien no se ha logrado unanimidad en el concepto: «Parte procesal es la persona que hace el proceso, la que está en el proceso, independientemente de quién haya de sufrir sus consecuencias», es decir, «Son partes las personas que interponen y contra las que se interpone una demanda judicial, independientemente de que sean titulares de

Los anteriores sujetos, para actuar directamente en el proceso, deben tener: «capacidad procesal» o *legitimatío ad processum*. Por otra parte, para que se constituya correctamente la relación procesal deben reunir adicionalmente «cualidad» o *legitimatío ad causam*⁴³.

En cuanto a la cualidad o legitimación ella surge de la relación jurídico-material que se concede al titular de un derecho sustantivo o deber para poder

la relación jurídico-material deducida en el proceso». Por lo anterior, la doctrina señala que la «capacidad para ser parte» se corresponde con el concepto de capacidad de goce y la «capacidad procesal» con la capacidad de ejercicio. Entonces, existe un paralelismo entre los conceptos procesales y sustantivos. Este punto lo aclara LORETO, Luis: *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*. Antología Jurídica. Buenos Aires, 1940, p. 20, «Hay entre ambas nociones la misma correspondencia lógica que en el campo del derecho sustantivo existe entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio» (también en: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. UCV. Caracas, 1956, p. 72).

⁴² MARTÍNEZ RIVIELLO, Fernando: *Las partes y los terceros en la teoría general del proceso*. UCV. Caracas, 2006, pp. 18, afirma: «son tercero en sentido procesal todos aquellos que no figuran originalmente como partes en la relación procesal», es decir, citando a RAMOS MÉNDEZ: «que inicialmente no son partes en un proceso, pero a los que el resultado de esté no es completamente indiferente y por ello necesitan de una adecuada protección».

⁴³ LORETO: ob. cit. (*Contribución al estudio...*), pp. 16 y 18, comenta: «Allí donde se discute acerca de la pertenencia o titularidad de un derecho subjetivo o de un poder jurídico, allí se encuentra planteado un problema de cualidad (...) La cualidad, en este sentido procesal, expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción». Por su parte, para LOIS ESTÉVEZ: ob. cit. (*Proceso y forma...*), p. 81, la cualidad o legitimación es «uno de los conceptos de mayor interés en la doctrina procesalística, se encuentra todavía tarada por ambiguos criterios que envuelven una verdadera tautología, ya que, como se concibe generalmente, implica una referencia al derecho subjetivo de las partes antes de saber si existe (...) Cada proceso concreto supone como causa una interferencia. Pues bien, alegando esta interferencia solo pueden actuar las personas que son en ella el elemento protagonista. Es decir, la legitimación expresa la relación etiológica entre la causa del proceso y los que hayan de actuar como partes. Así están legitimados, con respecto a una interferencia determinada, quienes demuestren poseer las condiciones de titularidad formal en alguna de las dos situaciones incompatibles que componen aquélla. Por eso la legitimación en causa es 'la justificación de la titularidad formal como sujeto activo o pasivo de una interferencia'».

deducirlo en el proceso⁴⁴, además puede depender de un poder jurídico que la ley concede; este último caso se observa, por ejemplo, en los supuestos de la representación legal o voluntaria⁴⁵, también *exempli gratia* en la hipótesis de la acción oblicua o subrogatoria (artículo 1928 del Código Civil)⁴⁶.

Otro asunto es su «capacidad procesal»⁴⁷, es decir, la posibilidad de actuar en el proceso directamente para que, a través de manifestaciones de voluntad, se produzcan efectos jurídicos que recaigan en el propio patrimonio⁴⁸. Aquí la

⁴⁴ Para MONTERO AROCA: art. cit. («Las partes en el proceso...»), p. 386, la cualidad o legitimación «implica que unas personas se hallan en una situación especial con el objeto del proceso, con la relación jurídico-material deducida en el proceso, en virtud de la cual son éstas y no otras personas las que deben aparecer en él como partes, si se quiere que la solución jurisdiccional del conflicto tenga eficacia práctica». Según AGUILAR CAMERO: ob. cit. (*Estudio sobre la proponibilidad...*), pp. 23 y 24, la legitimación «es una cuestión de orden procesal pero íntimamente relacionada con la pretensión deducida en cada proceso, que permite precisar qué sujetos pueden obrar o actuar en un determinado juicio en atención a su relación con el derecho material objeto del proceso».

⁴⁵ Aquí comenta NEGRI PISANO, Luis E.: *La representación voluntaria (el poder y el mandato)*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1985, p. 46, el representante «realiza uno o más actos jurídicos en nombre de otra, produciéndose los efectos del acto directamente e inmediatamente en la esfera jurídica de la persona representada»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces». En: *Revista de Derecho*. N° 11. TSJ. Caracas, 2004, p. 274, «la representación se presenta como la realización de actos jurídicos en nombre del representado, siendo que los efectos jurídicos tanto activos como pasivos de dicho acto recaen sobre este último»; cfr., MÉLICH-ORSINI, José: *La representación voluntaria*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2007, pp. 20 y ss.

⁴⁶ LORETO: ob. cit. (*Contribución al estudio...*), pp. 30 y 31, «En el juicio que da origen a esta acción, el acreedor asume la condición de parte y no de representante legal del deudor, como generalmente se considera», en esta sustitución procesal el acreedor hace «valer en nombre propio el derecho que le pertenece a otro sujeto». *Vid.* sobre la acción oblicua: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A. Caracas, 2017, pp. 323 y ss.

⁴⁷ También conocida como: *legitimatio ad processum, carácter o personería*. *Vid.* LORETO: ob. cit. (*Contribución al estudio...*), pp. 19 y ss.

⁴⁸ Al respecto comenta PORTILLO ALMERON, Carlos: «Breves consideraciones acerca de las partes. Persona físicas y personas jurídicas. Clasificación que hace el Código Civil. La representación y la asistencia según la Ley de Abogados. Jurisprudencia.

regla que se postula es la que indica que toda persona que posee capacidad de «obrar» sustantiva –plena o parcial– tiene capacidad procesal sobre esos derechos. En palabras de LOIS ESTÉVEZ:

La capacidad procesal es correlativa de la capacidad de obrar de que en el Derecho material se habla (...) Capacidad procesal es, pues, la facultad de determinar eficazmente en nombre propio o ajeno, la concreta gestión de un proceso. Es facultad, como impuesta por el legislador, y concreta, porque podría hacerse distinta según la clase de proceso. Su contenido es aportar el elemento volitivo que sirve de soporte a los actos procesales, de modo que se establezca un nexo causal que los haga imputables a la parte⁴⁹.

La distinción entre cualidad y capacidad procesal es importante por cuanto, como señala LORETO, «se puede tener cualidad activa o pasiva, sin tener la capacidad procesal», y desde el punto de vista práctico la falta de capacidad procesal da lugar a excepciones dilatorias⁵⁰. En todo caso, a nuestros fines es importante resaltar que para que se configure correctamente la relación procesal es

Comentarios». En: *Jurídica, Revista del Colegio de Abogados del Estado Mérida*. Nº 2. Mérida, 1973, pp. 107 y 108, «podemos definir la capacidad procesal como la aptitud para actuar en juicio, ya como parte o también como tercero, pero al mismo tiempo debemos entender que esta legitimación no puede ser confundida con la titularidad de la acción o del derecho sustancial que se invoca».

⁴⁹ LOIS ESTÉVEZ: ob. cit. (*Proceso y forma...*), p. 79.

⁵⁰ LORETO: ob. cit. (*Contribución al estudio...*), p. 20. LOIS ESTÉVEZ: ob. cit. (*Proceso y forma...*), p. 81, es de la opinión que «La capacidad procesal es un indiscutible presupuesto del proceso. Resulta, pues, inaudito que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil le convierta en excepción dilatoria (artículo 533) solo alegable por el demandado», lo mismo afirma de la cualidad que el denomina «legitimación». En el procedimiento regulado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes también operan hipótesis similares a las tradicionales «cuestiones previas», sin embargo, tiene otro tratamiento ya que se conocen en la «fase de sustanciación» y alude a «... las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso, que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, especialmente para evitar quebrantamientos de orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva...» (artículo 475). *Vid.* ALSINA, Hugo: *Defensas y excepciones*. Editorial Atenea. Caracas, s/f, *passim*.

necesario que la parte –activa o pasiva– posea capacidad procesal o se encuentre debidamente representada, y además tenga la cualidad⁵¹, su defecto vicia el proceso⁵².

Ciertamente, como señala MARTÍNEZ RIVIELLO, «La determinación del concepto de parte es de suma importancia práctica para el funcionamiento de determinados efectos dentro y fuera del proceso». Por lo anterior afirma:

Es preciso recordar que como nota distintiva de la representación de incapaces, es que la misma constituye un presupuesto procesal exigido para la validez del proceso, lo que significa, como apuntamos anteriormente, que la presencia de un incapaz en el proceso sin estar debidamente representado o asistido de acuerdo al régimen de su incapacidad, acarreará la nulidad de los actos realizados por el incapaz, ya que el juez no puede pronunciarse sobre la pretensión planteada sin que se haya cumplido todos los requisitos procesales⁵³.

Pongamos un ejemplo para comenzar a acercarnos al meollo del asunto: un adolescente de 14 años tiene «capacidad de obrar» para suscribir contrato de trabajo, entonces puede en dicha materia exigir sus derechos laborales de forma personal y directa, es decir, sin intermediarios⁵⁴. En consecuencia, puede

⁵¹ En efecto como afirma MONTERO AROCA: art. cit. («Las partes en el proceso...»), p. 386, «el estudio de la capacidad (...) procesal, nos resuelve el problema de quién puede comparecer y actuar como parte en un proceso indeterminado (...) en abstracto (...) la legitimación se trata de establecer en concreto quién puede ser parte en un proceso determinado».

⁵² Este punto lo aclara LORETO: ob. cit. (*Contribución al estudio...*), p. 20, «La falta de capacidad procesal da lugar en nuestro sistema positivo a excepciones dilatorias, jamás a una excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad».

⁵³ MARTÍNEZ RIVIELLO: ob. cit. (*Las partes y los terceros...*), pp. 28 y 31.

⁵⁴ Al respecto señala AGUILAR CAMERO: ob. cit. (*Estudio sobre la proponibilidad...*), p. 24, «Excepcionalmente, la ley reconoce capacidad procesal a los menores de edad, quienes por sí solo y sin requerir autorización, representación paterna o asistencia de un tutor o curador, pueden actuar por sí mismos en aquellos procesos o causas que versen sobre asuntos para los cuales la ley les reconozca capacidad de ejercicio, como

intentar una acción judicial donde figure como titular de la facultad reclamada, en términos llanos, puede firmar la demanda, otorgar poder en abogado de su confianza⁵⁵ y desplegar directamente una «defensa material»⁵⁶ ya que es parte y posee capacidad procesal⁵⁷.

ocurre por ejemplo en materia de contratos de trabajos o reclamaciones laborales». Cfr., HUNG VAILLANT. Francisco: «Notas sobre la capacidad jurídica de niños y adolescentes a la luz de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente». En: *Revista de Derecho*. Nº 2. TSJ. Caracas, 2000, pp. 351 y 352, «El contenido de los artículos 100 y 101 de la LOPNA no pueden ser más claros en lo referente a la capacidad negocial especial –en material laboral y de asociación sindical– (...) no se puede negar que los adolescentes con 14 años de edad cumplidos, tienen capacidad negocial en materia laboral» (también en: *Derecho Civil I*. 5ª, Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2015, p. 283). Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La capacidad laboral del menor de edad». En: *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Homenaje a José Román Duque Sánchez*. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREM editor. Caracas, 2003, pp. 377 y ss.

⁵⁵ Recuerda LOIS ESTÉVEZ: ob. cit. (*Proceso y forma...*), pp. 81 y 82, «Una vez reunidos los anteriores requisitos está justificada la actuación en un proceso determinado: la parte –recuérdese capacidad jurídica, capacidad procesal y legitimación– puede comparecer ante el juez. Sin embargo, todavía señala la ley otra condición ulterior, casi siempre necesaria, que es típicamente procesal y expresión de la capacidad técnica» denominada: postulación procesal, «atendiéndose tanto a la justicia como al interés de los mismos litigantes, se impide, por regla general, intervenir en actos procesales a personas no técnicas. Por ello la capacidad de postulación, o sea, el poder o facultad de instar la pretensión procesal y demás actos necesarios hasta que se resuelva, queda atribuido solamente a persona habilitada y perita»; vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3ª, TSJ. Caracas, 2010, p. 77, la capacidad de postulación esta «referida a la necesaria condición de abogado para realizar ciertos actos judiciales, en razón de tener este el conocimiento técnico necesario para darle forma a las necesidades de actor o demandado».

⁵⁶ Para MORENO CATANA: «Además del derecho al defensor existe y ha de reconocerse el derecho a defenderse por sí mismo: a la autodefensa (...) con tal planteamiento pretendemos poner de relieve que el ordenamiento prevé que el ejercicio del derecho a la defensa puede llevarse a cabo a través de actividades de dos sujetos: la propia parte, en cuyo caso estaremos ante manifestaciones autodefensivas, o bien un defensor técnico», citado en CALDERÓN CUADRADO, María Pía y BELLIDO PENADES, Rafael: *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuita*. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 1998, p. 42. Póndese que adicionalmente la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula expresamente el derecho de

Ahora bien, si la pretensión es en materia patrimonial, por ejemplo: un adolescente huérfano de ambos padres y entre el patrimonio heredado se ubica una fábrica y él es demandado por los trabajadores, en esta hipótesis sería «parte pasiva» al ser el destinatario de la acción y tener «capacidad para ser parte», podría tener cualidad pasiva –por ser el deudor legítimo de la acreencia–; pero no podría actuar en ejercicio de su defensa material por cuanto carece de capacidad procesal, ya que, desde el punto de vista «negocial» o «contractual», y en este aspecto «patrimonial», no tiene capacidad de obrar para ese «tipo de negocios»⁵⁸ y, en consecuencia, para que la relación procesal se constituya válidamente deberá actuar en este caso por medio de su representante legal como *verbi gratia* el tutor –si se ha constituido la tutela– quien, a su vez, se hará asistir por un abogado de su confianza.

Por lo expuesto, MARTÍNEZ RIVIELLO comenta: «cuando la persona es incapaz desde el punto de vista del Derecho Civil también lo será en el campo del Derecho Procesal. En consecuencia, estos incapaces para intervenir en el proceso como actores o demandados, deben actuar o deben estar en juicio a través de sus representantes legales»⁵⁹. Lo anterior implica, como señala acertadamente nuestro compañero de cátedra el profesor AGUILAR CAMERO, «los incapaces –menores o entredichos– (...) requieren de una doble representación o asistencia en juicio, en primer lugar la representación de las personas llamadas por la ley para que actúen en su nombre y defiendan o representen sus derechos

los niños y adolescentes «a defender sus derechos por sí mismos» (artículo 85), el cual es una clara expresión de la importancia de la autodefensa para el correcto desarrollo de los menores de edad y su incorporación a la ciudadanía activa, así como para la protección de las facultades básicas garantizadas a los niños y adolescentes por el sistema de protección.

⁵⁷ Comenta AGUILAR CAMERO: ob. cit. (*Estudio sobre la proponibilidad...*), p. 24, «solo si posee la capacidad de obrar o de ejercicio, antes referida, podrá actuar por sí mismo en el proceso y realizar actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento de poderes para su representación».

⁵⁸ Incluso de realizarse citación en un incapaz la misma origina un vicio de nulidad del proceso, según el recurso de invalidación, véase artículo 328 N° 2 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁹ MARTÍNEZ RIVIELLO: ob. cit. (*Las partes y los terceros...*), p. 31.

e intereses –representantes legales–, quienes a su vez, deben hacerse asistir o representar profesionalmente por un abogado –representantes judiciales–⁶⁰.

Como se observa, el elemento clave para determinar a quién le corresponde efectuar la designación de un defensor público está en la idea de capacidad procesal, solo un sujeto con capacidad procesal que desempeñe la defensa material puede designar abogado de su confianza, incluyendo a un defensor público –el cual no sustituye la defensa material, sino únicamente le incumbe la defensa técnica–.

Entonces, siendo la defensa material un aspecto asociado íntimamente con la «capacidad procesal», y estando esta determinada en el caso de los menores de edad según se posea «capacidad de obrar» específica en la relación jurídica debatida en el proceso, es indispensable que estos conceptos se tengan sumamente claros a la hora de solicitar un defensor público y de dicha forma no se vulnere el derecho constitucional a la defensa (artículo 49) por carecer el sujeto de la posibilidad de ejercer una defensa material ya sea por sí mismo –por su falta de capacidad procesal– o por medio de un representante legal –que supla la carencia de capacidad–.

Se reitera: es un error grave la designación de defensores públicos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes en aquellos casos donde no se ha constituido correctamente la relación procesal por estar ante

⁶⁰ AGUILAR CAMERO: ob. cit. (*Estudio sobre la proponibilidad...*), p. 28. Como expresa SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *La Ley 1/2000, sobre enjuiciamiento civil*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 2000, p. 14, al comentar la ley española «las personas físicas que no se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles, que seguirán siendo representadas por sus padres, por su tutor o por el defensor judicial, procediendo en su caso a una representación provisional y transitoria del Ministerio Fiscal por mientras no se proceda al nombramiento de un defensor judicial», recuérdese que el defensor judicial es una figura asimilable a nuestro curador *ad hoc*. Cfr., AGUADO, Arturo *et alter*: *Introducción a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 2001, p. 61, «En caso de que existan interés contradictorios entre el menor y los que tengan la patria potestad, la representación legal corresponderá a un defensor judicial nombrado al efecto». Vid. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El defensor judicial: supuestos concretos de actuación». En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 724. Madrid, 2011, pp. 1056 y ss.

el caso de un menor de edad incapaz que carece del patrocinio de la defensa material por un representante legal que subsane la incapacidad procesal evidenciada. La distinción enunciada se deja entrever en la Ley de Abogados cuando, en el segundo párrafo del artículo 3, dispone:

Los representantes legales de personas (...) que no fueren abogados, no podrán comparecer en juicio a nombre de sus representados sin la asistencia de abogados en ejercicio.

Entonces, así como un representante legal no puede estar en juicio sin abogado, tampoco puede estar un abogado de ley –como lo es un defensor público– sin su patrocinado, ya que aquí no se está haciendo referencia al juicio de un «no presente» que es un supuesto restringido, sino a una parte que tiene el derecho de intervenir según su capacidad procesal y a ejercer su defensa material –por sí mismo si es capaz o a través de representante legal–, ya que el rol del defensor público es asistir a la parte y representarlo solo en la ejecución de actos de simple administración del proceso.

Otro aspecto es que el juez no puede efectuar la solicitud de defensor público, sino en el caso que la parte o su representante legal –si fuera el caso– no realice la designación de abogado; ello también es cristalino en la Ley de Abogados: «... quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la ley (...) deberá nombrar abogado (...) Si la parte se negare a designar abogado esta designación la hará el juez...» (artículo 4).

En otro orden, no debe el tribunal efectuar solicitudes de defensor público en hipótesis que escapan de la esfera de competencia de una defensa técnica, por ejemplo para la supuesta «defensa de intereses generales». Ciertamente, la tutela de dichos intereses es primordial, pero la misma recaen en otros entes del Sistema de Protección, como lo son, en primer lugar, los fiscales especializados del Ministerio Público⁶¹. En efecto, en ningún caso se le ha otorgado

⁶¹ LORETO: ob. cit. (*Contribución al estudio...*), p. 33, apunta que este tipo de intervención «no son casos de representación legal ni de sustitución procesal, sino figuras distintas

facultades de tutela «general», de «orden público» o de «intereses colectivos» a la Defensa Pública⁶², por ello debe evitarse ese tipo de solicitudes de designación que evidencian desconocimiento de los ámbitos competenciales de cada organismos del Sistema⁶³.

Así, *verbi gratia*: en el caso de una pretensión de partición de comunidad conyugal que conozca el tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes por tener la expareja hijos comunes bajo responsabilidad de crianza, no se justifica: primero, que tal asunto lo deba conocer un tribunal de protección⁶⁴, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no se conceden privilegios para la titularidad del derecho de propiedad surgidos de la partición de una comunidad de bienes por ejercer algún atributo de la patria potestad⁶⁵; segundo, tal

y autónomas de acción, en los cuales la cualidad a obrar está determinada directamente por la ley en consideración de cierto estado o situación jurídica en que se encuentra un sujeto de derecho con respecto a los sujetos de la relación sustancial o con un especial interés».

⁶² Los artículo 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, se refieren a principios de actuación similares a todos los órganos del Sistema de Justicia y a la preeminencia de los derechos humanos, pero no son atributivos de competencias.

⁶³ Supuesto distinto es el de Argentina donde según la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Ley N° 27149, de 17-06-15, los «Defensores Públicos de Menores e Incapaces» poseen como atribuciones: «... b. Intervenir en forma complementaria en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes (...) c. Promover o intervenir en forma principal cuando los derechos o intereses de sus asistidos estén comprometidos y existiera inacción de sus representantes (...) d. Intervenir en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes, cuando estén comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales...» (artículo 43), véase sobre los «Defensores Públicos Tutores» los artículos 44 y 45. Estos defensores públicos pueden en algunas hipótesis actuar de oficio y en representación directa del niño, adolescente o incapacitado sin recurrir a su representante legal, tal vez la explicación de este modelo se ubica en que la Defensa surgió como un apéndice del Ministerio Público y por ello toma parte de sus competencias, aunque actualmente y gracias a la Ley citada posee autonomía (artículo 2 *eiusdem*).

⁶⁴ *Vid.* artículo 177 parágrafo primero literal i, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁶⁵ Salvo un derecho de preferencia en la «posesión» cuando opera una medida cautelar durante el juicio de divorcio o separación de cuerpo contencioso (artículo 191 N° 1 del Código Civil), pero en ese caso estando pendiente el juicio no existe partición de la

proceso se trata de delimitar las cuotas de los derechos patrimoniales de los comuneros y el hijo no tiene por su condición de descendiente ningún derecho patrimonial o de otro tipo sobre ese juicio –salvo que posea la cualidad de heredero de uno de los comuneros fallecido, en cuyo caso sería parte–. Por tanto, la solicitud aquí de un defensor público competente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes en una supuesta defensa de interés general del hijo en la partición, después de extinguido el vínculo de los progenitores y de haberse tomado las medidas en relación con las instituciones familiares pertinentes, no tiene razón práctica y confunde el rol del defensor público con el de un veedor de derechos –como si lo es el fiscal del Ministerio Público–, yerro que incluso se repite en el Tribunal Supremo de Justicia, donde se ha observado la designación de defensores públicos ante la respectiva Sala que no tienen un objetivo claro con su intervención.

No obstante lo anterior, pudiera excepcionalmente existir la necesidad de la intervención del niño o adolescente como «tercero» en estos procesos a los fines de tutelar que la vivienda que actualmente disfruta y que es objeto del juicio de partición no implique una privación ilegal o arbitraria al derecho del menor de edad a una vivienda (artículo 30, parágrafo tercero de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), pero ello no implica la prohibición de que, por ejemplo, los padres acuerden el remate del bien inmueble para su partición, ya que tal acción es completamente legal; lo que a lo sumo exigiría es que se determine una forma sustituta de garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado, *verbi gratia*: que el padre no custodio aumente el monto de la pensión de alimentos a los fines de cubrir los gastos de alquiler de una vivienda digna. A tales fines, podría intervenir el hijo menor de edad si tiene capacidad procesal y, en su defecto –si existe conflicto

comunidad. En el Derecho español, se establece que la decisión que resuelva la nulidad, separación y divorcio del vínculo matrimonial se pronunciará sobre «La atribución del uso de la vivienda», «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges» y «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el 'uso de la vivienda familiar' y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden» (artículos 90 literal c y 96 del Código Civil español).

de intereses con los representantes legales que son los partidores–, requerirá la designación de un curador especial y será el adolescente con capacidad procesal o el curador el que solicitará la designación de un defensor público para intervenir como tercero en ese juicio.

4. Las reglas sobre capacidad procesal en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Ya se ha dilucidado en qué casos debe intervenir un defensor público competente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, concretamente para la hipótesis de sujetos procesales que posean capacidad procesal.

Ahora corresponde abundar sobre el concepto de capacidad procesal en el caso de los menores de edad⁶⁶, partiendo de la idea que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes contiene normas especiales en la materia que no son del todo claras.

Las formas de resolver este asunto de la determinación de la capacidad procesal varían según el tipo de derecho que se pretende llevar a juicio. Así, hay supuestos donde el legislador reconoce en el menor de edad capacidad de ejercicio –plena o limitada⁶⁷– y como corolario capacidad procesal, como, por ejemplo, en las siguientes materias:

Derechos relacionados con la salud sexual, reproductiva y laborales a partir de los 14 años⁶⁸; derechos relacionados con matrimonio, celebración

⁶⁶ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del artículo 451 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)». En: *Revista de Derecho*. N° 29. TSJ. Caracas, 2009, pp. 100 y ss. y de la misma autora: «Reflexiones en torno a la capacidad procesal en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente». En: *Revista de Derecho*. N° 3. TSJ. Caracas, 2001, pp. 257 y ss. también en: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 90 y ss.

⁶⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: («Más sobre la capacidad...»), p. 119, señala que debe distinguirse entre capacidad negocial plena y limitada, en el sentido que la capacidad procesal seguiría la misma suerte.

⁶⁸ Vid. artículos 50 y 100 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

capitulaciones, unión estable de hecho y otorgamiento de testamento⁶⁹, derechos de autor⁷⁰, a partir de los 16 años; responsabilidad de crianza sobre los hijos desde que se detente la función parental y el establecimiento de la filiación sobre los hijos para la madre desde el nacimiento de aquel, y para el padre desde que cumple los 14 años y con menos de esa edad previa autorización⁷¹; constituir y participar en asociaciones –asociación, sociedades o organizaciones sindicales–⁷², consentir la adopción propia a partir de los 12 años⁷³.

También, se refiere expresamente la Ley Orgánica a la participación personal del niño o adolescente en el ejercicio de ciertas facultades con ribetes procesales de especial interés, *exempli gratia*: derecho de petición, iniciar e intervenir en procedimientos administrativos ante consejos de protección o defensorías del niño y del adolescente, participar en procedimientos de conciliación familiar o exigir el cumplimiento de los acuerdos que lo afecten a cualquier edad⁷⁴,

⁶⁹ Vid. artículos 46 (TSJ/SC, sent. N° 1353, de 16-10-14) y 146 del Código Civil; artículo 121 de la Ley Orgánica de Registro Civil y artículo 837 del Código Civil, respectivamente.

⁷⁰ Vid. artículos 31 y 32 de la Ley sobre el Derecho de Autor (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4638 extraordinario, de 01-10-93), la primera disposición se refiere a la capacidad sustantiva y la otra a la capacidad procesal, en ambos casos capacidad limitada.

⁷¹ Vid. artículos 263 del Código Civil y 90 de la Ley Orgánica de Registro Civil. Por otra parte, es pertinente destacar que el caso de la filiación materna el vínculo filial viene determinado por el principio *mater semper certa est* regulado en el artículo 197 del Código Civil, por tanto en muchos casos no es necesaria la declaración de la madre por cuanto en aplicación del mencionado principio, en concordancia con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes queda precisada la filiación materna. A salvo queda lo que ha decidido la Sala Constitucional sobre las familias homoparentales, *vid.* TSJ/SC, sent. N° 1187, de 15-12-16, en particular el voto disidente.

⁷² Para HUNG VAILLANT: art. cit. («Notas sobre la capacidad...»), p. 349, es «indudable que el artículo 84 de la LOPNA pretendió otorga a los niños y adolescentes capacidad negocial para ser socios y asociados de entidades».

⁷³ Vid. artículos 84, 101 y 414 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁷⁴ Vid. artículos 85, 291 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 6 de la Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección

derecho a acceder a la tutela judicial efectiva, con especial énfasis a partir de los 12 años⁷⁵.

Nos interesa particularmente examinar este último supuesto, donde la Ley determina que el adolescente⁷⁶ puede interponer la demanda, ya que lo autoriza para «acudir» directamente al tribunal. Pero, posterior a la activación del aparato judicial, el juez deberá proceder a examinar si el referido adolescente cuenta con capacidad procesal para continuar con el proceso y ejercer la defensa material o, en su defecto, deberá remediar la incapacidad procesal evidenciada llamando al representante legal o designándole uno especial⁷⁷.

Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39570, de 09-12-10).

⁷⁵ *Vid.* artículo 87 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. También la Ley Orgánica establece varios supuestos específicos donde el adolescente está legitimado para intentar acciones judiciales, como, por ejemplo: las relacionadas con las discrepancias en el ejercicio de patria potestad o responsabilidad de crianza o revisión y modificación de esta (artículos 349, 359 y 361), la fijación de la obligación de manutención o del régimen de convivencia familiar (artículos 376 y 387), solicitar la revocatoria de la colocación (artículo 405), solicitud de nulidad de adopción (artículo 509). En el caso de privación de patria potestad por la gravedad de la pretensión se establece que el adolescente puede denunciar ante el Ministerio Público para que este intente la acción (artículo 353).

⁷⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: («Más sobre la capacidad...»), p. 105, recuerda acertadamente que incluso un niño tiene derecho a acceder directamente a la justicia, en razón que «el sentido de la ley es garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción tanto al niño como al adolescente no obstante la incapacidad procesal de ambos», por tanto «el juez está obligado a considerar la petición del menor al margen de su edad y de su capacidad procesal».

⁷⁷ Este punto lo quiso resolver la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 1998 en sus artículos 456 y 457, sin embargo dichas normas también ostentaban fallas conceptuales: «Tratándose de niños o adolescentes, la demanda puede plantearse oralmente ante el tribunal y se levantará un acta que la contenga» y «En defecto de representante legal, o cuando exista interés contrapuesto entre el niño o adolescente y quienes ejercen su representación, el juez le designará, en el mismo acto, un representante judicial para que le brinde asistencia técnica y continúe el proceso». Como se observa allí el legislador confundió los conceptos, ya que lo que procedía si carecía de capacidad procesal era la designación de un curador especial que brinde defensa material y subsane la incapacidad evidenciada y este último, a su vez, podría

Entonces, lo que aquí se observa es que el adolescente –con mayor razón el niño– no se encuentra habilitado para actuar directamente durante todo el proceso por el hecho de intentar la acción⁷⁸, sino que ello va a depender de si efectivamente tiene capacidad procesal según las reglas que la determinan.

Lo señalado es fundamental en el caso de la Defensa Pública ya que, se reitera, por más que se designe un defensor público este garantizaría el derecho a la defensa «técnica», pero no puede subsanar la defensa «material» y esto último tiene una importancia práctica capital. Así, debe recordarse que los efectos del proceso van a recaer sobre el patrimonio del titular –niño o adolescente, en este caso– y no puede este solo –si carece de capacidad procesal sobre el asunto– y el defensor decidir la estrategia de defensa, asumir el riesgo que la misma implica, como podría ser la condenación a daños y perjuicios, la pérdida del patrimonio debatido, la constitución de la cosa juzgada, etcétera. Además, un procedimiento llevado en dichos términos por una persona a la que la ley considera incapaz es nulo, en razón de que dicho tema es de orden público y así lo determina el ordenamiento jurídico (artículo 141 del Código de Procedimiento Civil). Por ello, se juzga fundamental que exista la posibilidad de una «defensa material» que coadyuve con el defensor público en el

requerir un defensor público que brinde asistencia técnica, si no es abogado o no designa uno de su confianza. En todo caso, recuérdese que el Código de Procedimiento Civil en los artículos 137 y 143 resuelve el asunto: «Las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, deberán ser representadas o asistidas en juicio, según las leyes que regulen su estado o capacidad»; «A falta de la persona a la cual corresponde la representación, o si ésta tiene interés opuesto (...) puede nombrarse al incapaz un curador especial que lo represente». Conviene añadir que en el caso del ordenamiento español se ha instituido para estos casos donde el menor de edad no posea representante para el momento o exista conflicto de interés el nombramiento de un «defensor judicial» (artículos 299 y ss. del Código Civil), el cual se asemeja a nuestro curador *ad hoc*. Vid. FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric: *El defensor judicial*. Civitas. Madrid, 1992, *passim*.

⁷⁸ Como apunta DOMÍNGUEZ GUILLÉN: («Más sobre la capacidad...»), pp. 100, 101, 122 y 123, «los artículos 85, 86, 87 de la LOPNA que aludían al ‘derecho de petición’, al ‘derecho a defender sus derechos’ y al ‘derecho a la justicia’, respectivamente, no se traducían en modo alguno en una concesión de ‘capacidad procesal’ al niño y adolescente», en palabras llanas «no toda actuación procesal del menor equivale a ‘capacidad procesal’».

ejercicio de la defensa, pero, además, que asuma las responsabilidades que ella implica y controle materialmente la actividad del defensor.

Algunos autores han creído que el artículo 87 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes por sí solo permite deducir una capacidad procesal plena en el adolescente⁷⁹. Empero, para comprender la anterior disposición se debe tener bien claro que existe una diferencia entre ser titular de un derecho y ejercerlo válidamente de forma directa durante todo un proceso judicial. Esto último quiere decir que produzca todos los efectos derivados de la voluntad del titular. Así, es claro que todos los niños y adolescentes tienen derecho a la tutela judicial efectiva, pero no solo en razón de la norma transcrita, sino porque así lo dispone el texto constitucional (artículo 26).

Entonces, el legislador ha dejado claro que tanto el niño como el adolescente pueden acudir al tribunal a ejercer este derecho, ¿cuál derecho? Se respondería el de «acudir»⁸⁰, es decir, el de intentar la pretensión personalmente. ¿Pero ello implica que puedan continuar en el eventual proceso «solo» junto a su abogado por concederle el artículo 87 capacidad procesal? Esto lo resuelve con propiedad el artículo 451 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que indica:

Artículo 451.- Capacidad procesal de adolescentes. Los y las adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones diri-

⁷⁹ HUNG VAILLANT: art. cit. («Notas sobre la capacidad...»), p. 354, afirmaba antes de la reforma de la Ley Orgánica del 2007: «en su concepción actual, parece evidente que el contenido de los artículos 86, 87 y 353 de la LOPNA comporta una modificación de la capacidad procesal de niños y adolescentes (...) lo cierto del caso es que nuestro niños y adolescentes poseen en la actualidad capacidad procesal y que tal capacidad la pueden ejercer en forma personal y directa, sin representación ni asistencia de personas mayores de edad».

⁸⁰ Según el *Diccionario de la lengua española*, la palabra «acudir» tiene las siguientes acepciones: «1. Dicho de una persona: Ir al sitio adonde le conviene o es llamada. 2. Ir o asistir con frecuencia a alguna parte. 3. Dicho de una cosa: Venir, presentarse o sobrevenir. 4. Ir en socorro de alguien. 5. Atender. 6. Recurrir a alguien o valerse de él. 7. Valerse de algo para algún fin. 8. Dicho de la tierra o de una planta: Dar o producir. 9. Corresponder, pagar u obsequiar. 10. Replicar o contestar, objetar...», *vid.* www.rae.es.

gidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio, en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial. En aquellos procesos iniciados por los y las adolescentes, sus padres, madres, representantes o responsables pueden intervenir como terceros interesados.

Según el artículo anterior no pudiera estar solo en juicio el que carece de capacidad procesal ya que la defensa material estaría abandonada. Entonces, de las normas comentadas se visualiza una distinción, por un lado, entre el derecho a activar el aparato judicial⁸¹ —el cual posee todo sujeto y puede ser ejercido «directamente» con independencia de la edad, aunque el legislador por su desarrollo considera más probable que los adolescentes lo «ejercer directa y personalmente»⁸²— y, por otro, el derecho de defenderse materialmente en juicio por tener capacidad procesal en concreto para el referido proceso.

Hasta ahora, lo dicho concuerda con la doctrina más autorizada que postula dos ideas medulares sobre el tema examinado: I. el artículo 87 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no se refiere a la capacidad procesal, sino del ejercicio al derecho fundamental a la justicia que puede ser activado por cualquier persona con independencia de su edad; II. La capacidad procesal es un reflejo de la capacidad sustantiva, lo que implica que en aquellos supuestos donde al menor de edad —principalmente para el caso del adolescente— se le reconoce capacidad sustantiva tendrá igualmente capacidad procesal.

⁸¹ Comenta SEDA MORAES, Edson: «La protección integral». En: *Derechos del niño. Textos básicos*. UNICEF. Caracas, 1996, p. 96, «cada derecho reconocido como válido y justo se desdobra en dos: el derecho de tener o ser sujeto de derecho y el de actuar para ejercerlo, hacerlo real, concreto y visible. Reconociéndolo solo el primero y negando el segundo, el derecho no pasa de ser retórico».

⁸² Para facilitar su ejercicio la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone: «La demanda puede ser presentada en forma oral o escrita, con o sin la asistencia de abogado...» (artículo 456). Esta posibilidad también se contempla en el caso del «juicio breve» del Código de Procedimiento Civil (artículo 882) y para la acción de amparo regulada en el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 34060, de 27-09-88.

5. Una reflexión adicional. Sobre la revisión de la clasificación de la capacidad de ejercicio

Todo lo apuntado previamente obliga a ampliar el panorama y reflexionar sobre si la doctrina tradicional decimonónica, que clasifica la capacidad de ejercicio en: negocial, procesal y delictual, se adecua a la realidad actual o debería ser objeto de un replanteamiento cuando se está ante menores de edad, ya que la nueva dinámica social en la práctica ha demostrado sobrepasar esas categorías tan rígidas cuando se aplican a los niños y adolescentes.

Ciertamente, se opina que una clasificación más apropiada, cuando la capacidad se ve afectada por la edad, sería aquella que mantenga la categoría «capacidad delictual» por operar bajo un criterio especial: el discernimiento; conservar también la «capacidad procesal» en los términos antes desarrollados, pero urge replantear el tipo: «negocial», que resulta sumamente cerrado para regir los escenarios surgido del nuevo modelo de protección instituido con el sistema de protección de la infancia.

Así, parece más apropiado cuando se analiza la edad como factor que afecta la capacidad, hablar de capacidad sustantiva y subdividirla en: patrimonial y extrapatrimonial, partiendo de que a cada categoría se le aplicarán reglas específicas sobre la determinación de la capacidad sustantiva.

La capacidad sustantiva patrimonial: regiría para todos los actos que tengan un contenido claramente pecuniario, como lo serían los contratos, operando como criterio el de la incapacidad para los menores de edad, salvo normas especiales que, por motivos razonables, requieran una disminución de la edad para el referido caso.

La capacidad sustantiva extrapatrimonial: operaría para la realización de actos voluntarios con efectos válidos en el ámbito personal del titular cuando se refiera a facultades fundamentales, siempre que ellas no tengan un claro contenido económico –como la propiedad–, donde se comprendería fundamentalmente a los derechos de la personalidad, que por su naturaleza son no económicos.

Para estos supuestos imperaría un nuevo esquema denominado «capacidad evolutiva» y representaría una de las innovaciones más importante del modelo de protección de la infancia. Es decir, esta última formula es un sistema de determinación de la capacidad para estos derechos extrapatrimoniales que toma como punto de partida para precisar la capacidad si la misma es evidente en el propio menor de edad –principalmente en el adolescente– y no establece una declaratoria general, sino se precisa en concreto según el derecho examinado y el individuo. Así pues, una vez determinada, podrá realizar directamente de actos voluntarios para que produzcan efectos en su esfera personal, lo que a su vez implicaría para este asunto: capacidad procesal, que, como se señaló, insistentemente, es un reflejo de la capacidad sustantiva.

Por otra parte, tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes contienen suficientes elementos para darle fundamento a este nuevo esquema que, de hecho, ya opera en la práctica aunque de forma errática.

Por de pronto, las limitaciones propias de este opúsculo no permiten continuar desarrollando la anterior doctrina, que quedó en esta oportunidad simplemente bosquejada, mas se revela que actualmente se prepara una monografía donde se examina en detalle este asunto y allí, *Deo volente*... se tendrá la oportunidad de argumentar con mayor propiedad sobre la tesis proyectada y así satisfacer las inquietudes que dejaron, seguramente, cavilando al condescendiente lector.

En todo caso, téngase en cuenta la advertencia que hace nuestro homenajeado
LOIS ESTÉVEZ:

Usted puede limitarse a invocar –los artículos tal y tal–, por querer resolver literalmente el problema. Claro que entonces –debo advertírselo– está usted consagrando como fuente informativa suprema para el conocimiento jurídico el texto literal de la ley, frente al cual quedará usted colocado en lo sucesivo en actitud de pasiva subordinación dogmática. Usted se obliga a poner por encima de todo la letra de la ley ya para siempre, so pena de

alterar si no –y contradiciéndose– el que ha proclamado como su canon de verdad jurídica. Estoy dispuesto a reconocer, si usted así lo quiere, la legitimidad de su punto de vista; pero naturalmente a condición de que usted mismo sea consecuente con él y no lo traicione, abandonándolo, en la primera ocasión que se tercié. ¿Podrá usted empero conservar su fidelidad absoluta al principio que acaba de urgir? ¿Le será posible, puesto usted como juez, hacer siempre por su medio Derecho sin apostasía? La experiencia del pasado y del presente demuestra que no. La interpretación de todos los grandes códigos y aun libros sagrados comienza siempre movida por un sentimiento de respeto reverencial por las palabras ‘inspiradas’ de que se hizo uso; pero pronto, ante fracasos y deficiencias inoculables, la idolatría del texto cede, antes de que termine en suicidio. Al igual que cualquier otro dogmatismo ingenuo, el dogmatismo jurídico declina al comprobar que las apariencias son engañosas y que casi nunca la realidad es según la imagen que trasciende de ella⁸³.

Conclusiones

Se puede señalar como corolario que solo debería solicitarse la intervención de un defensor público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes cuando el usuario del servicio –adulto, menor de edad o representante legal– tenga capacidad procesal en la relación procesal examinada, ya que el defensor no sustituye la defensa material que le incumbe a la parte o tercero defendido.

Cuando se evidencie que un niño o adolescente no posee la condición de parte o tercero y, sin embargo, existe en el proceso un interés general digno de tutela debe notificarse al Ministerio Público para que, de acuerdo con sus atribuciones legales, intervenga en la defensa de dicho interés y no proceder a la solicitud de la designación de un defensor público que solo asiste o representa a sujetos legítimamente constituidos de la relación procesal.

⁸³ LOIS ESTÉVEZ, Luis: *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho (el acorralamiento sistemático de los errores jurídicos)*. Tomo II. UCV. Caracas, 1972, pp. 109 y 110.

Los niños y adolescentes pueden ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva de manera directa, sin intervención de los representantes legales. Por otra parte, en asuntos donde la ley le reconoce expresamente su capacidad procesal, podrá actuar directamente en su defensa material con todos los efectos jurídicos que ello implica.

Finalmente, en algunos supuestos de ejercicio de derechos fundamentales, principalmente por adolescentes, donde se le reconozca capacidad sustantiva según su desarrollo evolutivo, tendrán igualmente capacidad procesal y podrán ellos mismos ejercer tal facultad de forma personal en su defensa material, siendo asistido por un defensor público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes si carecen de defensa técnica.

«¡No hay caminos reales en la Geometría!»

El camino de todo aprendizaje auténtico es arduo en verdad,
y de ahí que venga muy a cuento esta sagaz sentencia
para disuadir a cuantos ambicionen llegar a saber algo sin esforzarse nada.

LOIS ESTÉVEZ

* * *

Resumen: El presente trabajo busca precisar los casos en los cuales procede la intervención de un defensor público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Para tales fines se comienza con aclarar las funciones del defensor público y su rol como operador jurídico; posteriormente, se recurre a la teoría general del proceso para aclarar unos conceptos que son claves para este asunto, como son: defensa técnica, defensa material, parte, tercero, capacidad procesal y cualidad; sigue con la explicación de las reglas sobre capacidad procesal que se deducen de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para así revelar en qué casos un defensor público asistiría o representaría directamente a un adolescente en un proceso

judicial; y concluye con una reflexión sobre la capacidad sustantiva en materia de ejercicio de derechos fundamentales y la denominada capacidad evolutiva. **Palabras clave:** Defensa Pública, defensores públicos, capacidad procesal.