

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Seguidamente se mencionarán algunos trabajos relacionados con la investigación:

Ortega, (1.990), realizó un estudio sobre los **DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA LEGISLACIÓN TUTELAR DEL MENOR**, Universidad del Zulia. Escuela de Derecho Maracaibo, Edo. Zulia.

El objetivo del estudio de esa investigación fue hacer un análisis de los principios, derechos y garantías procesales en la legislación tutelar del menor ya que existe una gran problemática con los menores de Venezuela, debido al gran auge de las infracciones cometidas por los menores.

La metodología utilizada fue de tipo documental e histórico, ya

que, la fuente fue de origen bibliográfico. Como resultados de dicha investigación se tienen los siguientes:

En cuanto al Código de Menores de 1939:

- Se puede afirmar que hubo temor por parte de algunos de los diputados que al asumir el Estado la tutela, privarán a los padres de la patria potestad, al considerar que estaban en estado de abandono, por tal razón utilizaron el término “presumir”.
- En el Proyecto de la Ley tutelar de Menores de 1980 se concluyó de la forma siguiente: Que los menores no pueden ser privados de su libertad sin el cumplimiento de las formalidades legales, esto es una flagrante violación de las autoridades policiales al detenerlo por simple sospecha, se creó una nueva medida al incorporar a los menores bajo la guarda de sus padres, tutores y parientes responsables.

La importancia que tiene el estudio antes mencionado para la presente investigación es que después de haberse luchado por los derechos de los menores se logró crear una normativa que deja a estos bajo la potestad y guarda de sus padres tutores y parientes cercanos.

2. BASES LEGALES Y DOCTRINALES

2.1. LA FAMILIA DE ORIGEN

A continuación se hará un estudio acerca de las instituciones de protección del menor en la familia de origen, desde el punto de vista legal y doctrinario con el fin de tener una mejor comprensión sobre el tema.

Antes de definir la familia de origen, es importante estudiar primero la familia para tener una más clara idea sobre la misma.

Grisanti (1996, pág. 19) da tres conceptos de la misma: La familia como ya es conocida es la célula fundamental de la sociedad, por ser ésta la que prepara al hombre para la vida social. Se puede asegurar que para que una familia se fortalezca y sea organizada debe tener una buena base social.

En segundo lugar la autora antes mencionada define la familia como una comunidad natural, ya que, responde a diversos instintos naturales, tales como: el instinto sexual, tendencia gregaria y asistenciaría a su prole.

Por último la familia es un hecho: debido a que el derecho no crea familia pues la regula jurídicamente.

Esta misma autora señala que además de estas definiciones de familia, se puede estudiar la misma desde el punto de vista jurídico dando varios conceptos.

Existe un concepto amplio: La familia es un grupo de personas unidas por el parentesco, el patrimonio o la adopción. Puede observarse que esta definición es bastante amplia, ya que según ella, familia son todas las personas integradas por el vínculo del matrimonio, parentesco de cualquier clase o grado, e incluso la adopción. Es muy importante este concepto, ya que trae en sí importantes efectos jurídicos como: llamamiento a la sucesión Ab-intestato, impedir el matrimonio, designación de tutela, entre otros.

La misma autora señala que existe un concepto estricto: la familia es un grupo restringido, formado por el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás parientes. Esta definición es más restringida, ya que, sólo comprende las relaciones conyugales y paterno filiales.

Además, argumenta que, sin embargo, existe un concepto más restringido el cual dice: familia es el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos sometidos a la patria potestad. La diferencia que existe con la anterior, es que incluye al padre, la madre y los hijos menores de edad y solteros, exceptuando aquellos que están emancipados, es decir, casados y que formarán una nueva familia.

Después de haber estudiado la familia, desde sus diferentes puntos de vista doctrinario, seguidamente se abordará la familia de origen.

La familia de origen no se encuentra definida en el Código Civil (C.C.) ni en la Ley Tutelar de Menores (L.T.M.) sin embargo, la nueva Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (L.O.P.N.A.) la define en su título IV Capítulo I (artículo 345)

“Se entiende por familia de origen la que está integrada por el padre y la madre, o por uno de ellos y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad”.

Es de notar que la familia de origen son aquellos miembros que desciendan del mismo tronco común, es decir, que sólo son familia

aquellas personas que posean el mismo vínculo de consanguinidad y que no entran en la misma los que se incorporen de otra forma como el adoptado, el esposo o esposa por medio del matrimonio, entre otros.

Después de haber definido la familia de origen es importante mencionar que dentro de esta existe una serie de instituciones que nacen de la misma, y que se relacionan entre sí, como: la patria potestad, la guarda, alimentos y visitas que se estudiarán a continuación.

PATRIA POTESTAD

El Código Civil vigente desde 1982 no define la patria potestad, así se puede verificar en el art. 261 primer aparte del C.C., sin embargo, la doctrina y la nueva LOPNA la definen muy claramente.

Aguilar (1993, pág. 54) define la patria potestad como un régimen de protección de los menores no emancipados, en donde los padres son los únicos obligados a su protección, según esta definición no puede verse la patria potestad como un régimen de incapaces sino como un

régimen de protección al menor donde los padres además de tener el gobierno sobre sus hijos, subsana su incapacidad.

La Roche, Alberto (1994, pág. 89) por su parte define la Patria

Potestad señalando:

“En primer término se ha dicho que, esta institución comprende un conjunto de derechos, de facultades, de poderes, sobre los sujetos pasivos de la misma, criterio este que no podemos compartir... se trata de una institución de protección conformada, cierto es, por un conjunto de atributos, de deberes, de poderes, pero muy escasamente se puede admitir la tesis de que es la institución se configuren derechos a favor de los sujetos activos de la misma”

Como se desprende de este comentario del autor él acepta que es una institución de protección al menor pero no debe confundirse ese derecho de los padres con el derecho total y absoluto sobre sus hijos, ya que si bien es cierto, el niño tiene derecho a la protección de sus padres, sin embargo, éste necesita cierta libertad para que desarrolle las aptitudes que le servirán cuando llegue a su mayoría.

Por otra parte, la nueva LOPNA establece en su artículo 347 que por patria potestad se entiende el conjunto de deberes y derechos de los

padres en relación con sus hijos, que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo, y educación integral de los hijos.

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Según La Roche. (1994, pág. 94) existía una controversia en el pasado sobre la materia, se debatía sobre si la titularidad y ejercicio la compartían ambos progenitores o por separado o que si la titularidad le correspondía a uno y el ejercicio al otro. Pero este autor sostiene que la titularidad corresponde por igual a ambos padres así lo aclara el Código Civil vigente del 82 en el artículo 261 el cual ratifica la titularidad y ejercicio para ambos padres con relación a los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, mientras que en lo que respecta a los hijos extramatrimoniales la patria potestad corresponde a ambos progenitores que hayan establecido la filiación simultáneamente, también establece la posibilidad de que el progenitor lo reconozca posteriormente una vez que demuestre la posesión de estado.

También consagra la misma norma un poder amplísimo al Juez, el cual puede decretar la patria potestad en cuanto al ejercicio de la misma,

a aquel de los padres que no le tuviere, cuando considere que esta va en beneficio del menor.

EXTINCIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

Aguilar (1.992, Pág. 184) enumera dos formas de extinguirse la titularidad de la patria potestad.

- Por parte del hijo se extingue por las causas de: muerte, mayoría o emancipación del hijo.
- Por parte del padre o de la madre se extingue por dos causas:
 - Por muerte del padre o de la madre.
 - Por extinción del parentesco entre padre e hijo. Ej. en caso de Adopción: en este caso el hijo es objeto de adopción plena (ley de adopción. Art. 56) y con respecto del adoptante cuando se extingue la adopción.
- Por privación de la patria potestad impuesta al padre o a la madre, por sentencia judicial.

De acuerdo a lo anterior Cabanella, G (1.994, pág. 148), señala que existen diferencias entre los conceptos de privación y extinción de la Patria Potestad.

Privación de la Patria Potestad: se produce privación de la Patria Potestad cuando el padre es destituido de la misma, pero con posibilidad de recobrarla con posterioridad.

Extinción de la Patria potestad: es cuando desaparece por completo el vínculo entre padre e hijo sin posibilidad de que sea restituido.

CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Aguilar, (1993, pág. 58) enuncia un conjunto de características de la Patria Potestad entre las cuales se tiene:

- Es obligatoria en el sentido de que los padres no podrán alegar excusa alguna para librarse de la obligación y atributos de la misma.
- Es personalísima e intransmisible: es decir, que su ejercicio corresponde sólo y únicamente a sus padres, derivando esta del vínculo sanguíneo; es la garantía por excelencia para la protección de los padres a sus hijos.
- Es indisponible: su ejercicio no puede ser atribuido, otorgado, relegado o delegado por los padres a otra persona.

- Es gratuita: ya que los padres no pueden esperar remuneración por el oficio que cumplen.
- Es indivisible: no puede fraccionarse el contenido de la misma, es decir, que no puede dársele la guarda a uno de los padres y vigilancia a otro.

CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

La Roche, (1994) refiere que existe un contenido de orden formal de la institución que está constituido en un conjunto de normas que la regulan, y que están contenidos en el título V capítulo VII del libro primero del Código Civil (C.C.) y otros que se encuentran dispersos en el mismo texto legal u otros instrumentos legales como la ley de protección familiar, ley de adopción y la ley tutelar del menor, las cuales serán derogadas total o parcialmente por la LOPNA, una vez que entre en vigencia el primero de abril del año 2000.

Señala este mismo autor que por otro lado existe un contenido natural que se refiere a las facultades, poderes y deberes que la Ley

establece para que los padres puedan cumplir con estas obligaciones como lo son:

- ***La guarda:*** comprensiva de todos los poderes del padre sobre la persona del hijo se divide en dos tipos:
 - *Guarda jurídica:* que comprende todo lo referente a la educación y la parte intelectual del hijo.
 - *Guarda material:* que comprende la vigilancia, control físico (retener, vigilar y alimentar).

- ***Poder de Corrección:*** el cual no debe comprenderse o calificarse como tal, ya que confiere un poder limitado a los padres.

- ***Poder de Representación:*** Contenido en el artículo 267 del C.C. se refiere a la facultad para realizar todos aquellos actos de representación de sus hijos excepto aquellos eminentemente personales.

- ***Facultad de Administración del Patrimonio propio de sus hijos:*** Por medio de este poder está facultado para administrar y dirigir el patrimonio de sus menores.

FACULTAD DE REPRESENTACIÓN

Dentro del contenido de la Patria Potestad es importante ahondar sobre la facultad de su representación y la facultad de administración por ser estos temas de gran contenido jurídico.

Según La Roche A (1994, pág. 96) la facultad de representación radica en la gestión jurídica que realiza el padre en ejercicio de la patria potestad para representar a sus menores hijos en todos los negocios jurídicos en que éstos intervengan (art. 267 Código Civil).

Sigue argumentando este autor que los menores de edad son incapaces y en consecuencia necesitan a alguien que tenga capacidad para que llene estos requisitos de representación y quienes mejor que sus padres, los cuales ejercen la patria potestad.

Este poder de representación se analiza de acuerdo a su fuente y de acuerdo a su contenido.

- *Por su fuente:* La representación puede ser legal o voluntaria. El poder de representación legal es aquel contenido en la norma jurídica; mientras que la representación será y se dice que su fuente es

voluntaria cuando la voluntad de las partes es la que establece la misma.

- *Por su contenido:* Es cuando la representación está determinada por la ley misma o por la voluntad de las partes.

La voluntad de los menores representados no intervienen en esta facultad de representación.

La representación está atribuida expresamente a los padres. Estos son los que representan y gestionan jurídicamente y negocialmente al menor, y este poder va hasta aquellos actos donde tengan que intervenir sus hijos.

La ley explica, sin embargo, este poder de representación por ejemplo en aquellos actos personalísimos donde sólo se necesita la voluntad del menor. Por ejemplo cuando el menor de 16 años tenga que reconocer a un hijo suyo (art. 222 C.C.)

De tal forma que el poder de representación por parte de los padres es legal tanto en su fuente como en su contenido.

FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN

Siguiendo con La Roche A (1994, pág. 97) este poder es uno de los más importantes dentro de la Institución de Patria Potestad, ya que significa el poder de administración, ya no de representación, que tienen los padres sobre los derechos patrimoniales de los hijos sometidos a su patria potestad.

Explica este autor que la patria potestad como ya se sabe debe ser ejercida por ambos padres a la vez, pero el poder de administración puede ser ejercido por uno a la vez, solo uno de los padres puede ejercer lo que se denomina técnicamente: Administración Legal dentro de la institución de la Patria Potestad.

Si falta la patria potestad, el menor no puede quedar sin representación, entonces se le nombrará un tutor que represente al menor y administre su patrimonio.

¿Cuál es la limitación a este poder de Administración?

Ya se dijo que el poder de administración le corresponde al padre o la madre y, sin embargo, la ley le da facultades a otras personas para administrar los bienes del menor, en circunstancias especiales, tales como:

- Cuando hay oposición de intereses sobre el patrimonio de los padres y el patrimonio de los hijos se le nombra entonces un curador ad-hoc (172 C.C. último aparte)
- Cuando se ha privado legalmente al padre o a la madre de la administración legal, por la mala administración de los bienes del menor. Sin embargo, pueden seguir representando jurídicamente al hijo, pero no continúan con la administración de los bienes de los hijos por las causales establecidas en el Código Civil (art. 275).
- Cuando se le done o regale al hijo un patrimonio determinado y se nombra un curador o el mismo donante se encarga de la administración según el art. 273 C.C..
- Y en caso de la privación de la Patria Potestad (art. 273 C.C.)

ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN

Según La Roche. (1994, pág 101) consagra el legislador venezolano en el artículo 267 del C.C., la facultad que tienen los padres de administrar el patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad,

pero que la misma no puede extenderse a actos de disposición y gravamen, salvo en caso de autorización de un tribunal de menores, en caso de evidente necesidad o utilidad con audiencia del Ministerio Público.

¿Hasta dónde se extiende esta facultad de administración que le da el Código Civil a los padres en el ejercicio de la patria potestad?

El principio aplicable es que los padres tendrán única y exclusivamente el poder de administración legal, la simple gestión de administración y la gestión ordinaria de este patrimonio, por lo tanto no podrán disponer, ni enajenar, ni gravar, ni ceder en ninguna forma el patrimonio.

Sólo surge un problema al tratar de hallar cuál es el límite de esa administración, es decir, cuál es la línea divisoria entre la simple administración y el poder de disposición; ya que la persona que está administrando pudiera haber empezado a disponer de los bienes del menor o de sus hijos, y por tanto, debe establecerse qué se entiende por simple administración y en qué consiste la disposición de los bienes.

La simple administración es una facultad de conservación, como el poder de conservación de los padres sobre el patrimonio de los hijos.

Igualmente señala La Roche que la simple administración está integrada por dos elementos:

1º que esas labores o facultades de conservación sean necesarias y
2º que sean manifiestamente insignificante, es decir, destruir un inmueble para construir otro, no es una simple facultad de conservación del patrimonio del menor, pero si lo es reparar una pared, o reparar el techo, entre otros.

También puede decirse que la facultad de conservación puede ser material o jurídica. Es material cuando por ejemplo se repara una pared o se repara el techo y es jurídica, cuando se registra un documento, o se intenta una acción para interrumpir una prescripción.

En cuanto a los actos de disposición y gravamen de los bienes existen varias operaciones doctrinarias al respecto como los llamados criterios económicos: el criterio económico usual, el criterio económico rudimentario.

- Señala La Roche (1.994, pág. 103): *El Criterio Económico Rudimentario*: Cuando el acto de administración afecta la renta, se trata de un acto de simple administración, pero cuando este acto afecta el capital se trata de un acto de disposición. En estos casos podemos ver que la ley en algunas oportunidades define actos que se refieren como renta del patrimonio del menor, son considerados por éstos como acto de disposición.

Ejemplo : el contrato de arrendamiento por más de 3 años que realiza el padre sobre los bienes favor del hijo, debe contar con la autorización del tribunal de menores. Este no se refiere al capital si no a la renta que va a producir el arrendamiento en caso de que exceda de tres años la ley lo declara como un acto de disposición.

- *Criterio Económico usual*: Este es el criterio más aceptado, y señala que si el acto efectuado por el padre disminuye el patrimonio del menor, estamos entonces en un acto de disposición y si por el contrario ese acto no disminuye el patrimonio del menor decimos que es un acto de simple administración.

¿Qué sucede cuando los padres necesitan disponer de parte de ese

patrimonio?; ya que la ley no lo puede congelar eternamente.

El padre debe dirigirse al Tribunal de Menores y por medio de una solicitud por escrito razonado le participa al Juez, la necesidad evidente en que se encuentran de realizar el acto de disposición.

La ley dice expresamente, que esos actos que excedan de la simple administración sólo se podrán ejecutar en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor.

Por ejemplo en caso de una grave enfermedad del menor, el padre podrá disponer de los bienes, para curar a su hijo.

Cuando esté una casa semi destruida en un terreno, el padre venda el terreno porque no puede reconstruir la casa y que su venta genere una renta efectiva para el menor, va a existir entonces una utilidad que aumentará su patrimonio.

3. LA PENSIÓN ALIMENTARIA

Seguidamente se tratará la pensión alimentaria que es una de las instituciones que forma parte de la familia de origen y por ende de la patria potestad.

Según Montoya. (1996, pág. 65) La pensión alimentaria o alimenticia es una obligación que tienen los padres hacia sus hijos y a la vez es un derecho irrenunciable para sus descendientes, lo cual le sirve para cubrir sus necesidades básicas.

Puede decirse que es una disposición de rango constitucional que existía en la Constitución de 1961, y también la consagra como la Nueva Constitución Bolivariana de 1999 en el capítulo V referido a los derechos laborales y de la familia en el artículo 76 en su segundo aparte señala:

“El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas y estos tienen el deber de asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria”.

En esta parte se puede observar que la obligación alimentaria es de obligatorio cumplimiento para los padres hacia sus hijos, que están bajo la patria potestad, ya que está establecido a nivel constitucional.

Siguiendo con el mismo autor, Montoya (1996, pág. 68) señala que

así como se establece constitucionalmente en la misma forma aparece establecido en la Ley Tutelar de Menores (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.710 extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 1980), en su artículo 43 establece:

“Los padres tienen el deber de mantener, asistir y educar a sus hijos. La obligación que asume el Estado por incumplimiento de aquellos no excluye la que corresponda a las demás personas a quienes legalmente compete esta obligación”.

En lo que concierne a la prestación alimentaria, el ordenamiento sustantivo establece que tanto el padre como la madre están obligados a mantener, asistir y educar a sus hijos, ya que la función del Estado es subsidiaria, y por lo tanto son éstos los obligados inicialmente a proteger, cuidar, enaltecer la vida no sólo física, sino intelectual y afectiva de sus hijos.

Según el Art. 48 de la L.T.M. no sólo tienen el derecho los hijos nacidos en el matrimonio, sino también los tenidos bajo la figura del concubinato, y los hijos producto de uniones extra conyugales, que han

sido reconocidos. También le corresponde este derecho a los no reconocidos siempre que se cumplan con las consideraciones siguientes:

- Cuando por sentencia firme emitida por un tribunal aparezca el establecimiento de su filiación de manera directa.
- Cuando el progenitor declare por escrito o por otro tipo de confesión ser el padre de determinado menor.
- Cuando se ventile el juicio de régimen de prestación alimentaria y el Juez mediante el análisis y estudio de diferentes circunstancias encuentre suficientes indicios que conduzcan a una decisión a favor del menor (art. 44 L.T.M.).

Montoya (1.996, pág. 68) afirma que cuando no exista una pensión alimentaria, se debe llevar a cabo una solicitud ante el tribunal por cualquiera de los padres que ejerzan la guarda del menor o en su caso por los ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad e incluso el representante del Instituto Nacional de Menores (INAM) a través del Procurador de Menores.

3.1. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE PENSIÓN ALIMENTARIA

Continuando con Montoya, (1996 Pág. 68) refiere que el Juez puede declarar de oficio la pensión alimentaria.

Según el art. 46 L.T.M., cuando es a instancia de parte la solicitud debe indicar el tribunal, la identificación del obligado esto es: nombre y apellido, cédula de identidad, la profesión, lugar exacto donde trabaja, el salario devengado, quincenal o semanalmente, esto es el sueldo básico, e incluso la prima, viáticos, entre otros, ya que algunas veces éstas son mayor que el sueldo base devengado.

En esta solicitud se debe mencionar la suma demandada y que sea justa y ecuánime para que en vez de buscar un beneficio al niño no se le este causando un daño al pedir sumas exorbitantes, que el padre no pueda cumplir.

3.2. LA INSOLVENCIA ALIMENTARIA

Otro punto muy importante en lo ateniendo a alimentos es la insolvencia alimentaria, que es uno de los problemas más comunes que afectan a la niñez.

Según el autor antes mencionado los padres que, teniendo la obligación moral y material de cumplir con la prestación alimentaria con sus descendientes, se nieguen o incumplan este deber que es algo natural y establecida constitucionalmente, serán obligados judicialmente a cumplirlo.

El Art. 53 L.T.M. estima como insolvente al padre o la madre o a las demás personas obligadas por la Ley que sin causa justificada, dejen transcurrir treinta días continuos sin ofrecer la pensión alimentaria a los menores.

De acuerdo con el Art. 58 L.T.M. la persona obligada a llevar a cabo la prestación alimentaria debe presentar certificado de solvencia alimentaria en los casos siguientes:

- Para poder ausentarse del país.
- Cuando enajene, traslade o grave bienes muebles o inmuebles, derechos y acciones.
- Para contratar con el Estado o para obtener de éste el pago de prestaciones de cualquier naturaleza o especie.

3.3. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA PENSIÓN ALIMENTARIA

Montoya (1996 Pág. 76) señala medidas precautelativas que puede tomar el juez cuando el obligado deje de cumplir con la obligación alimentaria. Estas son de distintas naturaleza y taxativamente las enumera la L.T.M en su artículo 48.

- Puede dictar medidas que son convenientes respecto al patrimonio del obligado, someterlo a administración especial y fiscalizar la misma.
- Obligar al empleador que retenga los sueldos o salarios, pensiones o prestaciones del empleado que éste le señale.
- Puede tomar las medidas que estime conveniente sobre el patrimonio del obligado, hasta por una suma equivalente a 24 mensualidades por vencer el cual podrá ser aumentado a juicio del juez. También podrá tomar las medidas cautelares que crea conveniente para garantizar el cumplimiento de las pensiones vencidas.
- Puede ordenar un contrato de Fideicomiso sobre determinado bien del obligado, que haya sido afectado por las medidas en favor de los

beneficiarios, ésta se aplicará según la Ley de la materia correspondiente.

3.4. *PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.*

El artículo 51 de la LTM establece que la obligación de pagar pensiones alimentarias prescribe a los dos años, cuando el beneficiario pierde todos sus derechos.

4. EL RÉGIMEN DE VISITAS

Según Montoya (1996 Pág. 73) el Art. 264 C.C. establece que: el principio rector es que todo niño menor de 7 años debe permanecer al lado de su madre una vez que los progenitores se separan.

Es en ese momento que le nace para el padre el derecho de visitar a sus hijos lo cual se reglamentará en determinados días y horas para ver a sus hijos.

De manera general se considera que si la madre ejerce la guarda del hijo, el padre e incluso los abuelos tienen el derecho de visitarlos. También se puede observar en las leyes vigentes que los jueces podrán

acordar visitas a menores, siempre que el solicitante pruebe que ha ejercido en algún momento la guarda en algún menor.

Cuando exista un desacuerdo, los jueces de menores mediante un procedimiento breve, y oyendo al guardador, tomando en cuenta los informes psiquiátricos, psicólogos y sociales que este crea oportuno pedir a las partes; decide la forma y manera de las visitas, siempre tomando en cuenta el interés del menor. (Art. 48 L.T.M.)

Según el último aparte del Art. 48 de la L.T.M. cuando el juez considere que han cesado las causas que dieron motivo para su decisión, podrá levantar dicha medida para que el padre continúe las visitas al menor.

Es costumbre en el régimen de visitas que estos casi siempre se llevan a cabo los fines de semana, desde tempranas horas de la mañana de los días sábados, hasta las cinco o seis de la tarde de los días domingos.

Los jueces antes de tomar esta decisión del día de visitas debe tomar en cuenta el lugar de residencia del menor, el sexo, la salud, la

educación del menor y la conducta del padre que solicita el régimen de visitas.

5. GUARDA DE MENORES

Según Ortiz (año 1995, Pag 53), podemos decir que no debe separarse la guarda de la Patria Potestad, ya que, la Guarda es el principal atributo de la Patria Potestad.

Debemos señalar que en la actualidad la Institución de la Guarda y Custodia es absolutamente autónoma, respecto a la Patria Potestad y, además, pareciera complementarse con las visitas, las cuales vienen a ser el derecho- deber del contacto y comunicación entre el menor y quien no ejerce la Guarda y Custodia.

Según Ortiz (1.995, pág. 55) la definición de la Guarda, es Custodiar, a una persona o cosa, cumpliendo con las observaciones o acatamiento de los preceptos obligatorios, como las leyes, ordenanzas y otros; en fin la Guarda es el derecho-deber que tienen en principio ambos progenitores, o por excepción uno de ellos, o un tercero; a los cuales les

corresponde cuidar, proteger, vigilar e imponer al menor de edad que tenga bajo su Guardia y Custodia.

Según el Artículo 265 del Código Civil y 37 de la Ley Tutelar de Menores, la Guarda comprende, la Custodia, Vigilancia, Orientación de la Educación y la Facultad para imponerle correctivos adecuados a la edad y desarrollo tanto físico como mental del menor.

Guarda según el Artículo 358 de la Nueva Ley Orgánica para la protección del Niño y el adolescente, año 1998, comprende la Custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, además de la facultad para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos.

La misión que se busca con la Guarda está centrada en entregar al niño, especialmente cuando la pareja esta divorciada, a aquel de los padres que reúna las mejores condiciones morales, espirituales, afectivas y materiales; y que le permita darle apoyo material, pero igualmente aporte espiritual e intelectual.

El C.C. en su artículo 264 segunda parte y la L.T.M. art. 38 señalan que es conveniente que la guarda de los niños de edad inferior a

siete (7) años, sea ejercida por la madre; esto obviamente, si ella cumple con todos los requisitos necesarios para cumplir este rol, pues de lo contrario, y existiendo motivos graves, el Juez podrá privarla del ejercicio de la misma; ejemplo en el caso de que la madre sea consumidora de drogas o practique la prostitución, que sufra desequilibrio mental, o enfermedades contagiosas o incurable, entre otras.

La Ley Sustantiva Vigente prevé un procedimiento especial, cuando existe desacuerdo en cuanto a la forma en que el progenitor que tiene a su lado el hijo menor, ejerza la Guarda.

En estos casos, y si se solicita expresamente privar de esa Guarda a quien la ejerce, entonces, el Juez una vez oídos a los dos progenitores en forma personal, tomará la decisión respectiva, siempre a favor del menor.

Pero, la parte que resulte vencida podrá por vía alterna utilizar el juicio de privación de Guarda, de la decisión que resulte del juicio no se acordará apelación para el caso que la misma sea planteada.

Está previsto en el sistema Legal Venezolano que cuando se ventila un juicio, ya sea de nulidad del Matrimonio, Divorcio o

Separación de Cuerpo, el Juez competente tendrá la facultad y el poder para decidir en relación no sólo de la Guarda, sino también de la Patria Potestad, pensión alimentaria y régimen de visitas. (art. 39 L.T.M.)

En casos extremos de controversia judicial sobre guarda de menores, el juzgado podrá incluso hacer entrega del menor a familiares de los padres o a terceras personas. (Art. 39 L.T.M.)

El deber del Juez cuando se presente este tipo de controversia, es utilizar su facultad conciliatoria y llamar a su despacho a las partes contendientes, haciéndole ver que sus roces y divergencias lo que hacen es disminuir la salud mental y espiritual de los hijos.

El Juez debe agotar esta vía, pues los niños requieren tanto el calor moral y material de la madre, como la del padre, ambos son necesarios e indispensables en la formación del niño.

6. LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

La Patria Potestad está prevista en el Capítulo II de la LOPNA, las imprecisiones sobre la misma están destinadas a corregir ciertas impresiones que se encuentran en el Código Civil, por lo tanto, se le da

una definición a causa de su importancia en las relaciones familiares destacando el compromiso y responsabilidades que tienen los padres hacia los hijos.

La Lopna define en el artículo 347 la Patria Potestad como el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con sus hijos, que no hayan alcanzado la mayoría de edad y tiene por objeto el cuidado, desarrollo y la educación integral de sus hijos.

6.1. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LOPNA

El artículo 348 habla sobre el contenido de la Patria Potestad, el cual comprende la guarda, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella, facultades éstas que ya fueron desarrolladas en esta investigación.

6.2. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

La Lopna la divide en:

- Titularidad durante el Matrimonio (Artículo 349).

La Patria Potestad sobre los hijos habidos dentro del matrimonio

corresponde de forma conjunta a los progenitores siempre en beneficio de los hijos, es decir, que ambos padres tienen una obligación hacia sus hijos de cumplir con el deber de la Patria Potestad.

- Titularidad fuera del Matrimonio (Artículo 350 Lopna)

En los casos de hijos habidos fuera del matrimonio la Patria Potestad corresponde conjuntamente a ambos padres cuando la filiación se haya establecido de forma simultánea.

Cuando el reconocimiento se haya efectuado solamente por uno de los padres, el otro tendrá un plazo no mayor de 6 meses después de su nacimiento para reconocerlo y así poder compartir el ejercicio de la Patria Potestad. Esta es una innovación que trae la nueva ley al darle este plazo para reconocer a su hijo, y ejercer la Patria Potestad sin necesidad de autorización judicial.

6.3. MEDIDAS QUE DEBE TOMAR EL JUEZ EN CASO DE DIVORCIO, SEPARACIÓN DE CUERPO O NULIDAD DEL MATRIMONIO.

En estos casos el Juez de la Sala de Juicio debe aplicar las medidas provisionales hasta que concluya la controversia, tanto en lo que

concierno a la Patria Potestad y a su contenido, así como también al Régimen de Visitas y de Alimentos a que están obligados los padres respecto a sus hijos menores de 18 años o que sean mayores con incapacidad total y permanente ya sea por problemas psíquicos o físicos. Gracias a la implementación del nuevo sistema acusatorio donde el juicio se celebra de forma oral, el juez de juicio en este caso le imparte celeridad al proceso.

6.4. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Artículo 352 Lopna. El padre o la madre o ambos pueden ser privados de la Patria Potestad respecto a sus hijo, por las siguientes causas:

- a) Por maltrato físico, mental y moral.
- b) Por exponerlo a situaciones riesgosas a derechos fundamentales del hijo.
- c) Incumplir los deberes atribuidos a la patria Potestad.
- d) Que traten de corromperlos o prostituirlos o que estén de acuerdo con las mismas.
- e) Abusen sexualmente o los expongan a explotación sexual.

- f) Que los padres sean dependientes de sustancias alcohólicas estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármacodependencia que comprometan la vida, la salud, moralidad de sus hijos aunque éstos no acarreen sanción penal a su autor.
- g) Sean condenados por hechos punibles contra su propio hijo.
- h) Sean declarados entredichos.
- i) Se nieguen a darles alimentos.
- j) Inciten, faciliten o permitan que su hijo haga actos que atenten contra sí mismo tanto física, mental y moralmente.

El Juez debe observar la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de estos hechos para evitar tomar una medida que vaya a perjudicar al menor.

De la misma manera la L.O.P.N.A. declaración judicial de la privación de la patria potestad que de acuerdo con el art. 353 de esta Ley la privación de la patria potestad debe ser declarada por el juez a solicitud de la parte interesada. Así mismo, se considera parte interesada para interponer dicha acción: El otro padre cuya filiación está legalmente establecida, aun en el caso de que éste no ejerza la patria potestad, el

Ministerio Público actuando de oficio, el hijo a partir de los doce años, los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del cuarto grado en cualquier línea, la persona que ejerza la guarda y el consejo de protección.

Como se observa es uno de los cambios que trae la ley de incorporar al Ministerio Público, al menor de 12 años y al consejo de protección para ejercer esta acción.

La decisión en todos estos casos debe estar fundamentada en una o más causales previstos en el Artículo 352 de esta ley.

Otra de las innovaciones que trae la LOPNA es el artículo 354 que dice: La falta de recursos económicos no es razón suficiente para la privación de la Patria Potestad. En caso de que se encuentren en esta situación, el niño o adolescente debe permanecer con sus padres. Es sin duda un acierto más, ya que no es una excusa suficientemente fundada para privar a un padre de la patria potestad.

También señala esta Ley la Restitución de la Patria Potestad, donde el artículo 355 de la LOPNA establece que el padre o la madre puede pedir que se le restituya la patria potestad después de dos años de la

sentencia firme que la decretó. Realizada la solicitud debe ser notificada al Ministerio Público e incluso a la persona que interpuso la privación al consejo de Protección. El juez debe oír la opinión del hijo, del padre que ejerza la Patria Potestad o de la persona que tenga la guarda del hijo según sea el caso, para evaluar dicha restitución.

Se considera que es un tiempo más que suficiente para que el padre haya recapitado de la situación anterior. Respecto a la notificación del Ministerio Público o a la persona que accionó o en el caso de que haya sido el consejo de protección, para que tomen las decisiones pertinentes, como de oponerse o de aceptar la decisión judicial.

Es muy importante que la solicitud debe contener la prueba fundamental de haber cesado las causas que dieron origen a la privación según el referido artículo.

Otro aspecto importante de la LOPNA es el referido a la Extinción de la Patria Potestad que según el artículo 356 de esta ley se extingue en los siguientes casos:

- a) Por haber alcanzado la mayoría el hijo.

- b) Por emancipación del hijo.
- c) Muerte de unos de los padres o ambos.
- d) Reincidencia en cualquiera de las casuales del artículo 352 de esta ley.
- e) Consentimiento legal para la adopción del hijo, excepto cuando se trata de la adopción del hijo por el otro cónyuge.

En cuanto a la Competencia Judicial menciona el Artículo 357 de la Lopna que el juez competente para la extinción, privación o restitución de la Patria Potestad es el juez de Sala de Juicio del Tribunal de Protección del niño y del adolescente. Además, que el niño o adolescente debe ser oído por el Juez del mencionado tribunal.

7. LA GUARDA EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE

7.1. CONTENIDO DE LA GUARDA

La guarda está definida en el artículo 358 Lopna y comprende todo lo referente a la custodia, asistencia material, vigilancia y orientación moral y la educación de los hijos. Así como las correcciones

adecuándolas a su edad y desarrollo físico – mental. Para tal fin se requiere el contacto directo con los hijos por ello se faculta a los padres a decidir sobre el lugar de residencia y habitación de los hijos.

En la Lopna la guarda es mucho más exhaustiva e incluso permite un mayor contacto padre e hijo, lo cual facilita decidir sobre la residencia de los mismos.

Igualmente establece el Ejercicio de la Guarda donde señala el Artículo 359 Lopna que el padre y la madre que ejerzan la patria potestad de los hijos tienen a su vez la guarda de éstos y son responsables tanto civil, administrativa y penalmente por el adecuado cumplimiento de su contenido.

Cualquiera de los padres puede acudir ante el juez de la sala de juicio cuando exista desacuerdo acerca de la decisión que corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda. El juez debe oír ambas partes e incluso al hijo para intentar la conciliación, si no se llega a una acuerdo el Juez debe decidir el punto controvertido en oportunidad que fijara posteriormente tratando por todo lo posible que la parte que resulte

insatisfecha pueda intentar el juicio de guarda. De esta decisión no habrá apelación.

Es muy importante que cuando no haya acuerdo sobre la guarda de los hijos se acuda a una instancia judicial para que el juez tome una decisión sobre la misma y no por parte de los padres ya que pondrían en riesgo el futuro del menor.

7.2. MEDIDAS SOBRE GUARDA EN CASO DE DIVORCIO, SEPARACIÓN DE CUERPOS, NULIDAD DE MATRIMONIOS, O RESIDENCIA SEPARADAS

En estos casos según el artículo 360 de la Lopna los padres deben acordar, cual de ellos ejercerá la guarda de los hijos mayores de siete años. Los que tengan siete años o menos deben permanecer con su madre, excepto que ésta no ejerza la patria potestad; o por razones de salud o seguridad, deban separarse temporalmente o de forma indefinida.

Cuando no haya acuerdo sobre quién debe ejercer la guarda, el juez competente debe decidir a cual corresponde en el caso de los hijos de

siete años o menores de siete años cuando la madre no la pueda ejercer el juez debe decidir si la puede ejercer el padre o por el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar.

Es importante comentar que los hijos menores de siete años deben permanecer con su madre ya que esta le brinda mayor cuidado o seguridad al menor.

7.3. REVISIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA GUARDA

Según el artículo 361 de la Lopna el juez puede revisar o modificar las decisiones referentes a la guarda, a solicitud de quien este bajo la misma; si tiene doce años o más, también del padre o la madre o del Ministerio Público.

Es lógico que se modifique la decisión, ya que las circunstancias que dieron origen a la decisión pueden tener cambios, ya sea de forma positiva o negativa.

El mismo artículo señala que la decisión que tome el juez debe ser en interés del niño o adolescente quien debe ser oído si la solicitud no ha

sido efectuada por este de igual forma debe ser oído el Ministerio Público.

7.4. IMPROCEDENCIA DE LA CONCESIÓN DE LA GUARDA

El artículo 362 de la referida ley dice que el padre o la madre a quien se le haya impuesto por decisión judicial la obligación alimentaria, por negarse injustamente a cumplirla, aun teniendo recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, al menos que se declare judicialmente su rehabilitación. La rehabilitación procede cuando el padre a cumplido durante un año la obligación inherente a los alimentos del hijo, siendo esta una prueba irrefutable de su rehabilitación.

Por otra parte, en cuanto a la representación y administración de los bienes del hijo el artículo 364 de la Lopna señala que la representación y administración de los bienes del hijo se regirán por las disposiciones del Código Civil en los Artículos 267 y siguientes, a los cuales se hizo referencia anteriormente.

8. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

La acción alimentaria puede definirse como aquella que una persona interpone contra otra, a fin de que se le suministra lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, constituye el juicio de alimento. Calvo Baca, (1.996, Pag 315).

Seguidamente se describirán los artículos referentes a la obligación alimentaria contenidos en la L.O.P.N.A.

8.1. *CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA*

Establece el artículo 365 de la Lopna que la obligación alimentaria comprende todo lo referente al sustento, vestido, educación, habitación, cultura, asistencia y atención médica; además de medicinas, recreación y deportes, los cuales son necesarios para el bienestar del niño y el adolescente.

El contenido es más extensivo con relación a las demás leyes lo cual facilita al menor una protección más integral, que le ayudan a un mejor crecimiento y desarrollo intelectual.

Con relación a la subsistencia de la obligación alimentaria el Artículo 366 de la Lopna establece que la misma es un efecto de la filiación legal judicialmente establecida, los cuales corresponde al padre y la madre respecto a sus hijos, que no han alcanzado la mayoría. La obligación aún cuando exista privación o extinción de la patria potestad subsiste, también cuando no se tenga la guarda del hijo, en tal caso se fijará expresamente por el Juez el monto que debe pagarse por tal concepto, en el momento que se dicte la sentencia de privación o extinción de la patria potestad, igualmente de las medidas contempladas en el artículo 360 de esta ley.

No se puede concebir que el padre o la madre a quien se le haya dictado una medida judicial que lo separe de su hijo, se le favorezca con quitarle la obligación del sustento del menor.

8.2. ESTABLECIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN CASOS ESPECIALES:

Según el artículo 367 de la Lopna la obligación alimentaria en casos especiales procede cuando:

1. De forma Indirecta resulta establecida la filiación a través de sentencia firme dictada por una autoridad judicial;
2. La filiación sea declarada explícitamente y por escrito del respectivo padre o una confesión de éste, que conste en documento auténtico;
3. A juicio del Juez que conozca de la respectiva solicitud de alimento, el vínculo filial de acuerdo a un conjunto de circunstancias y elementos de pruebas que unidos, constituyan indicios suficientes, concordantes y precisos.

Se puede observar que el legislador estableció estos requisitos en casos muy especiales donde el padre o la madre hayan sido delegados por el caso del ordinal uno y tres a reconocer a su hijo y establecer así la pensión alimentaria.

8.4. PERSONAS OBLIGADAS DE MANERA SUBSIDIARIA:

El artículo 368 de la Lopna, establece que cuando el padre o la madre hayan fallecido, o no tengan medios económicos o se encuentren impedidos para cumplir la obligación alimentaria, los hermanos mayores

se encargarán del niño o el adolescente; los ascendientes, por orden de proximidad; y los parientes colaterales hasta el tercer grado.

De igual forma puede recaer, sobre la persona que represente al niño o al adolescente, a falta del padre y la madre, o la persona a la cual le fue otorgada su guarda.

Este artículo complementa las impresiones de las otras leyes referidas al menor, al incluir a otras personas lejanas del círculo familiar, en sentido estricto, como pueden ser los hermanos, los tíos del niño, entre otros.

Seguidamente se establece los elementos para la determinación de la obligación alimentaria, que según el artículo 369 de la Lopna para la determinación de la obligación alimentaria, el Juez debe tomar en cuenta, el interés y necesidad del niño o del adolescente que la requiera y la capacidad económica del obligado.

La cantidad se fijará en salarios mínimos y debe preverse un ajuste en forma automática y proporcional, tomando en cuenta la tasa de inflación determinándola por los índices del Banco Central de Venezuela.

Es otro de los aspectos que incorpora la nueva ley, al regirse por los cambios tanto tecnológicos y económicos que experimenta la sociedad.

De igual manera la misma ley estipula la improcedencia del cumplimiento en especie, que según el artículo 370 de la Lopna: No puede obligarse al niño o adolescente que requiera alimentos a convivir con quien tiene a su cargo la responsabilidad de cumplir la obligación alimentaria, si la guarda corresponde a otra persona, conforme a la ley o por decisión judicial.

Sería ilógico que se obligue a un niño a convivir con la persona que no tiene la guarda sólo por el hecho de que éste le suministre alimento, si por encima de este existe una decisión judicial.

Por otra parte la ley señala en cuanto a proporcionalidad cuando concurren varias personas por derecho a alimentos, en esta situación el artículo 371 de la Lopna establece que en el caso que concurren varias personas con derecho a alimentos, el Juez debe establecer la cuota que corresponda a cada uno de ellos, y deberá tener en cuenta el interés

superior del niño, la condición económica de todos y el número de los solicitantes.

En opinión de los tesisistas es importante que el Juez tome en cuenta todas estas circunstancias y en especial la condición económica del obligado. Con relación al prorrateo del monto de la obligación el artículo 372 señala que el monto de la obligación alimentaria puede ser prorrateado entre los que deben cumplirla, cuando éstos se encuentren materialmente impedidos deben realizarlo en forma singular.

De esta forma, los obligados pueden acordar mediante conciliación el prorrateo, que debe ser del conocimiento del juez, al cual corresponde homologarla.

Es importante que el Juez la homologue, ya que se evitarían futuros contratiempos.

De acuerdo con la equiparación de los hijos para cumplir la obligación según el artículo 373 de la mencionada ley establece que en el caso que el niño o adolescente no habite conjuntamente con su padre o su madre, por causa justificada, tiene derecho a que la obligación

alimentaria sea, respecto a él, en calidad y cantidad igual a la que corresponde a los demás hijos o descendientes del padre o de la madre que convivan con éstos.

Es lógico, ya que éste goza de los mismos derechos que tienen los demás hijos, ya que el Juez debe actuar a favor del niño y adolescente.

De igual forma la Lopna establece la oportunidad del pago de la pensión alimentaria, donde señala el artículo 374 que: Con respecto al pago de la obligación alimentaria debe realizarse por adelantado y no se puede pedir la restitución de aquella parte que, habiéndose pagado, no se haya consumido por fallecimiento del niño o el adolescente. Cuando de forma injustificada se presente el atraso en el pago de la obligación ocasionará intereses calculados a la rata del doce por ciento anual.

Se puede decir que esta es una innovación importante de dicha ley, ya que anteriormente no se calculaban los intereses por este concepto.

Con respecto a el convenimiento de la obligación alimentaria el artículo 375 de la Lopna establece que puede ser convenido el momento a pagar por la obligación alimentaria, así como también la forma y

oportunidad de pago entre el obligado y el solicitante. Por otra parte, debe preverse el incremento automático del monto fijado y los mismos deben ser sometidos a la homologación del juez.

Es importante que las partes lleguen a un acuerdo razonable sobre el momento de la obligación el cual debe ser homologado por el Juez en caso de que la prestación sea suficiente.

De la misma manera al Lopna establece la Legitimación Activa, el artículo 376 señala que la solicitud para la fijación de la obligación alimentaria, puede ser formulada por el propio hijo si tiene doce años o más, por su madre o padre , por quien lo represente, por sus ascendientes, por sus parientes colaterales hasta el cuarto grado o por quien ejerza la guarda, por el Ministerio Público y por el Consejo de Protección.

Este artículo establece las personas que pueden solicitar la fijación de la obligación alimentaria, el cual incluye al mayor de doce años, que con la ley anterior no podía sino a través de terceras personas.

Igualmente la Lopna establece la irrenunciabilidad del derecho a

pedir alimentos en este caso señala el Artículo 377 que la obligación alimentaria es irrenunciable e inalienable, es un derecho que no puede transmitirse por causa de muerte, ni oponérsele compensación. En caso de fallecimiento del obligado, los montos adelantados por concepto de obligación alimentaria, para la fecha de su muerte, formarán parte de las deudas de la herencia.

Es sin duda que el derecho a recibir alimentos no se puede renunciar, es un derecho subjetivo e inalienable del niño y el adolescente.

Con relación a la prescripción de la obligación alimentaria que se refiere al tiempo de haber terminado la obligación el artículo 378 de la Lopna establece una prescripción para la obligación alimentaria diez años.

Es un aspecto positivo para el niño o adolescente que por cualquier circunstancia que la haya impedido reclamar su derecho, le de tiempo para hacer efectivo el cobro de la obligación.

Igualmente se establece en la Lopna el carácter de crédito privilegiado, donde el artículo 379 de la misma ley enuncia en relación a las cantidades que deben cancelarse por concepto de obligación

alimentaria a un niño o a un adolescente que son considerados como créditos privilegiados y tendrán la preferencia sobre los demás establecidos por otras leyes, es decir, que la Lopna le da preferencia irreprochable al niño y al adolescente en cuanto a los privilegios de deudas que deban cancelarse por encima de otras leyes, tal como el Código Civil.

Con respecto a la responsabilidad solidaria el Artículo 380 menciona que los administradores o directivos de las personas jurídicas que tengan a su cargo, la administración, depósito o custodia de bienes pertenecientes al obligado alimentario, será solidariamente responsable con el obligado en relación a dejar de retener las cantidades que ha señalado el Juez o en caso de ocultar el verdadero monto de los sueldos, salarios y demás remuneraciones del obligado.

Es obvio que la ley haga extensiva la responsabilidad solidaria que en las otras leyes recaían sobre los empleadores que no retuviesen las cantidades que el Juez les impusiera a los obligados, ya que no solo se refiere a estas personas sino a directivos y administradores de personas jurídicas, por ejemplo, bancos que tengan en custodia bienes del obligado.

De acuerdo a las medidas cautelares la Lopna establece en el artículo 381 que: El juez puede acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria cuando exista riesgo manifiesto de que el obligado deje de pagar. El riesgo se considerará cuando habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento de la obligación alimentaria, exista un atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas.

Este artículo si bien es claro y convincente, es injusto con el niño o el adolescente, ya que el Juezesperará 2 períodos para decretar el incumplimiento de la medida judicial, pudiendo ser menor ya que el niño o adolescente tiene necesidades básicas, no sólo de alimentos, sino, medicinas, educación, entre otras.

Seguidamente la Lopna establece los medios que pueden ser autorizados para el pago de la obligación, a este respecto el Artículo 382 señala que en cuanto a la solicitud del obligado, el Juez, oída la opinión del Ministerio Público y en interés superior del niño, puede autorizar el cumplimiento de la obligación a través de otros medios, tales como:

- a) Sobre los bienes del obligado se puede constituir un usufructo, los

cuales debne encontrarse libre de toda deuda gravamen y totalmente saneado. En relación a la condición del usufructuario, el niño o adolescente no queda sujeto a obligaciones establecidas por la ley para tales casos;

- b) Designación del niño o del adolescente como beneficiario de los intereses, que produzcan un determinado capital, ventas, beneficios o las utilidades que produzcan acciones, participaciones y cualquier título valor.

La exposición de motivos de la Lopna señala que en este artículo se establece la obligación alimentaria por medios distintos al pago de una mensualidad, siempre que suponga la entrega periódica de cantidades de dinero, uno de estos medios es el usufructo en beneficio del solicitante.

Por último la Lopna estipula la extinción de la obligación alimentaria de acuerdo al artículo 383 de la misma ley se refiere a las causas por las cuales se extingue la obligación alimentaria, entre ellas menciona:

- a) Por fallecimiento del obligado o del niño o del adolescente beneficiario de la misma.

- b) Por haber alcanzado el beneficiario la mayoría, el beneficio de la misma, excepto que padezca deficiencias físicas o mentales, y en todo caso lo incapaciten para producir su propio sustento o en el caso que este cursando estudios que, por su naturaleza, no le permiten realizar trabajos remunerados, al mismo tiempo la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, no obstante previa aprobación judicial.

Uno de los aspectos más importantes es el estudiante mayor de edad, el cual tiene derecho a la obligación alimentaria por parte de sus padres.

9. DERECHO DE VISITAS

En cuanto al derecho de visitas el artículo 385 de la Lopna establece: El padre o la madre que no ejerzan la patria potestad o no tengan la guarda del hijo, igualmente poseen el derecho a visitarlo, y el niño o el adolescente tienen derecho a ser visitados.

Es un derecho para el niño o adolescente estar en contacto de forma periódica con el padre o madre que no ejerza la guarda o la patria

potestad, ya que, se estrechan los lazos afectivos que deben existir entre ambos.

9.1. CONTENIDO DE LAS VISITAS

Según el Artículo 386 debe aclararse que las visitas no sólo comprenden el acceso a la residencia del niño o adolescente, sino también la posibilidad de llevarlos a un lugar diferente al de su residencia, si se autoriza especialmente para ello al interesado en la visita. Del mismo modo, puede comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño y adolescente con la persona a quien se le acuerde la visita, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas y computarizadas.

El contenido de las visitas es extenso y específico, además, que no solo se refiere al contacto personal sino que permite el contacto por otras vías como la utilización de medios de comunicación avanzados como teléfono, computadoras, fax, entre otros.

9.2. FIJACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Según el artículo 387 las visitas deben ser convenidas de mutuo

acuerdo entre los padres, oyendo al hijo. En el caso de no lograrse un acuerdo o si el mismo fuere incumplido reiteradamente afectándose los intereses del niño o adolescente, el juez en interés del menor actuará sumariamente, previos los informes técnicos que considere convenientes, y de este modo dispondrá el régimen de visitas que considere más adecuado.

Es muy importante que el Juez actúe humanamente cuando no exista acuerdo o se incumplan los mismos, ya que se le causaría un daño irreparable al menor.

9.3. EXTENSIÓN DE LAS VISITAS A OTRAS PERSONAS:

- Señala el Artículo 388 que el Juez por su parte puede acordar el régimen de visitas y extenderlo a los parientes por consanguinidad o por afinidad del niño o adolescente, y aún a terceros, cuando el interés del niño o adolescente lo justifique.

9.4. IMPROCEDENCIA DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El artículo 388 de la Lopna señala: Cuando le haya sido impuesto por vía judicial al padre o la madre, el cumplimiento de la obligación

alimentaria, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá un régimen de visitas, a menos que se declare judicialmente su rehabilitación y para el hijo sea lo más favorable.

Dicha rehabilitación procede cuando el padre ha cumplido fielmente, durante un año, con los deberes inherentes a la obligación alimentaria.

Es sin duda un requisito que tiene que cumplir el obligado para tener derecho a visitar al menor, ya que es moralmente responsable por el cuidado y el sustento de éste.

Así mismo se establece la retención del niño adolescente donde el artículo 390 de la referida ley establece que cuando el padre o la madre sustraigan o retengan indebidamente a un hijo, cuya guarda haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda, y además por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener al niño o adolescente retenido.

Se ve como un acto cruel que la ley prohíba a uno de los padres o ambos los derechos que gozan sobre su hijo, pero en aquellos casos extremos ella tiene que actuar, incluso hasta negarle el derecho de visitar a su hijo.

10.JURISPRUDENCIA

A continuación se mencionarán algunas jurisprudencias relacionadas con la investigación.

Sentencia del Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas del 23 de Marzo de 1.995 de la Magistrada Dra. Georgina Morales Expediente N° 10.590.

La sentencia se refiere al caso de que aun no se haya establecido el vínculo paterno filial, existe la posibilidad de reclamar provisión alimentaria al obligado.

De igual manera la doctrina y la jurisprudencia establecen que la fijación de pensión alimentaria no crea filiación, solo crea efectos en cuanto al pago por manutención y alimentos.

En estos casos la reclamación por alimentos que se fundamenta en el ordinal tercero del art. 44 de la L.T.M. el Juez debe conocer dos aspectos para sentenciar: primero; si existen los elementos y circunstancias; que conjugados, constituyen indicios suficientes, premisas concordantes del vínculo filial, para pasar en segundo lugar a analizar la capacidad económica del obligado, para fijar el monto de la pensión.

Por lo tanto, se trata de una sentencia sui géneris, ya que el Juez debe en primer lugar observar si existen indicios o no que concatenados lo lleven a la convicción de que hay un vínculo filial, aunque éste no se haya obtenido conforme a la ley (reconocimiento voluntario establecimiento judicial de la filiación). En definitiva concluyendo con lo anterior el Juez debe pasar a fijar el monto alimentario al obligado o ha declarar la improcedencia de la acción, por cuanto no se demostraron los hechos o indicios constitutivos en su conjunto de un vínculo filial.

Juzgado Superior Séptimo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal. Potente: Rafael Rodríguez Méndez

La referida sentencia es sobre un recurso de hecho estipulado en el art. 427 C.P.C. intentado sobre guarda y custodia de menores, en la cual, se discute si la sentencia que confiere a uno de los padres, la guarda y custodia de los hijos menores no tiene recurso de casación, por ser ésta siempre revisable, ya que así lo expresan los artículos 70 y 39 de la L.T.M.

Por tal sentido se declara el recurso de hecho sin lugar porque en concepto de la Sala es correcto el criterio que negó el recurso de casación, no sólo porque el Juez de la Causa lo haya negado, sino que así lo contemplan los artículos 39 y 70 de la Ley ya mencionada.

11. TÉRMINOS BÁSICOS

A continuación se desglosaron los términos básicos cuya función es aclararle al lector ciertas palabras desconocidas por este y las cuales se encuentran a lo largo del contenido.

ADOLESCENTE

Se entiende por adolescente toda persona con doce años de edad o más y menos de (18), dieciocho. (Lopna Artículo 2).

ALIMENTOS

Esta expresión en derecho tiene un significado más amplio que en la terminología vulgar, pues esta no comprende solo el sustento diario, si no que también incluye vestidos y habitación, y cuando es todavía menor de edad se le debe dar una enseñanza de una profesión u oficio. Rodríguez (1.987, Pag 3).

EMANCIPACIÓN

Es un acto solemne o un beneficio de la ley que produce la consecuencia de libertar al menor de la patria potestad o de la tutela y conferir a el gobierno de su persona, una cierta capacidad, por lo demás limitada a la pura administración. Colin y Capitant (1.969 Pag 160).

JURISPRUDENCIA

Son las decisiones o sentencias que determinan un criterio jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho. Cabanella (1.979, Pag 175).

MAYOR DE EDAD

El Código Civil señala que es mayor de edad quien haya cumplido

18 años (Artículo 18), por tanto, es menor de edad, quien no ha alcanzado tal edad.

NIÑO

Se entiende como niño toda persona menor a doce años.(Art. 2 de la Lopna)

PRESCRIPCIÓN

Lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho. Cesación del derecho de entablar o proseguir una acción, en virtud de no haberlos ejercido dentro del término para ello. Calvo Baca, (año 1.996 Pag 315).

12.SISTEMA DE VARIABLES

VARIABLE

Innovaciones de la LOPNA en las instituciones de protección en la familia de origen.

Definición Conceptual

Son los cambios o modificaciones contenidos en la Ley Orgánica

de Protección al Menor y Adolescente en las instituciones de protección en la familia de origen, entendiéndose por ésta, aquella integrada por el padre y la madre, o por alguno de ellos y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (Artículo, 385 L.O.P.N.A.)

Definición Operacional

La definición operacional de la variable se establece en función de las dimensiones e indicadores de la variable que pueden observarse en los cuadros de construcción que se exponen seguidamente.

CUADRO N° 1
SISTEMA DE VARIABLE

OBJETIVO ESPECÍFICO	VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES
<ul style="list-style-type: none"> • Analizar las disposiciones contenidas en la legislación vigente sobre las instituciones del menor en la familia de origen. 	Innovaciones de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (LOPNA) dentro de las instituciones de la familia de origen.	Disposiciones de la ley vigente sobre la familia de origen.	<ul style="list-style-type: none"> • Disposiciones del código Civil. • Disposiciones de la ley tutelar del menor.
<ul style="list-style-type: none"> • Describir las normas contenidas en la LOPNA sobre las instituciones de protección del menor en la familia de origen. 	Innovaciones de la LOPNA dentro de las Instituciones de la familia de origen.	Normativa de la LOPNA sobre la familia de origen	<ul style="list-style-type: none"> • Definición de la familia de origen (Art. 345. LOPNA) • Patria Potestad (Título IV Capítulo II de la LOPNA)

Fuente: Uriana y Torres (2000)

CUADRO N° 1 (Continuación)

SISTEMA DE VARIABLE

OBJETIVO ESPECIFICO	VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES
<ul style="list-style-type: none"> • Comparar la normativa de la legislación vigente con la LOPNA en lo que respecta a las instituciones de protección del menor en la familia de origen. 	Innovaciones de la LOPNA dentro de las instituciones de la familia de origen.	Comparación de la legislación vigente con la normativa de la LOPNA.	<ul style="list-style-type: none"> • Semejanzas • Diferencias
<ul style="list-style-type: none"> • Describir las innovaciones de la LOPNA en relación con las instituciones de protección del menor en la familia de origen. 	Innovaciones de la LOPNA dentro de las instituciones de la familia de origen.	Innovaciones de la LOPNA en la familia de origen.	<ul style="list-style-type: none"> • Visitas • Guarda • Patria potestad • Alimentos • Titularidad • Ejercicio

Fuente: Uriana y Torres (2000)