

Las tres instituciones familiares claves en materia de niñez y adolescencia

María Candelaria Domínguez Guillén*

SUMARIO: Introducción. 1. Generalidades. 2. Custodia. 3. Convivencia familiar. 4. Obligación de manutención. 5. Consideraciones comunes.

Resumen: Se examinan tres instituciones familiares vinculadas con el Derecho de la Niñez y Adolescencia, las mismas son desarrolladas cuando opera una separación de los progenitores en sus aspectos más resaltantes. La autora toma la custodia, la convivencia familiar y la obligación de manutención y las explora desde su operatividad cuando los progenitores se encuentran separados, subrayando las modificaciones introducidas con la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007. **Palabras clave:** instituciones familiares, custodia, convivencia familiar, obligación de manutención. Recibido el 17-09-2014. Aprobado el 01-10-2014.

Introducción

Por medio de las presentes líneas nos pasaremos *grosso modo* por las tres instituciones básicas más importantes relacionadas con la patria potestad en caso de separación de los progenitores, a saber, custodia, convivencia familia y obligación de manutención. No pretendemos profundizar respecto de cada una de

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Especialista en Derecho Procesal, Doctora en Ciencias mención “Derecho”, Profesora Titular, Jefe del Departamento de Derecho Privado, Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas, Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. Ha sido profesora de Derecho Civil I Personas, Derecho Civil III Obligaciones y Derecho Civil IV Familia y Sucesiones, así como en la Especialización de Derecho Procesal, mariacandela1970@gmail.com.

tales figuras pues ya lo hemos hecho en oportunidades previas, sino ofrecer un panorama general de las mismas a la vez que resaltaremos su trascendencia.

Para ello dividimos nuestros comentarios primeramente en “generalidades”, para luego considerar las figuras: custodia, convivencia familiar y obligación de manutención. Finalmente, llegamos a unas consideraciones comunes.

1. Generalidades

Las “instituciones” constituyen, en principio, los temas básicos de un área determinada. Así, por ejemplo, en el Derecho de Familia, las instituciones familiares básicas vienen dadas fundamentalmente por los tópicos de matrimonio, concubinato y parentesco con inclusión de la filiación¹. De allí que, inclusive, algunos textos jurídicos se titulen “instituciones” de Derecho de Familia, de Derecho de Obligaciones, etc. Pues en el ámbito de la niñez y de la adolescencia, también existen “instituciones” básicas.

En caso de separación de los progenitores, la Ley ordena a los fines de la protección y resguardo del niño, niña y adolescente, prever y considerar sobre tres instituciones familiares², a saber, las más relevantes: custodia, convivencia familiar y obligación de manutención³. Así, si bien, en caso de separación,

¹ Vid. Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 46, con inclusión de nota al pie 124: un cúmulo de relaciones jurídicas da lugar a una institución jurídica. Se cita a Nawiasky y Delgado Ocando para indicar que “se habla así por ejemplo de la institución jurídica del matrimonio” y agrega: “en ocasiones se lo refiere también al conjunto de normas que tienen por objeto una institución social, sin tener en cuenta los vínculos subjetivos, por ejemplo, las reglas jurídicas sobre la propiedad, sobre la sociedad de responsabilidad limitada, etc.; se llama institución jurídica al conjunto de disposiciones del Derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada”.

² Las “instituciones familiares” están previstas en el Título IV de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículos 345 y ss.). Vid. Morales, Georgina: “Instituciones familiares. La Familia de origen en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000, pp. 253-296.

³ *Ibid.*, pp. 258-259. La autora se refería con anterioridad a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007, entre las instituciones básicas de la

ambos progenitores comparten la patria potestad y la responsabilidad de crianza, se debe especificar qué progenitor detendrá la “custodia” o convivencia con el menor, y se habrá de delimitar el régimen de convivencia familiar (antiguo “derecho de visitas”), igualmente la obligación de manutención del progenitor no custodio. Ello lo prevé el artículo 351, párrafo primero de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁴.

En efecto, la patria potestad se presenta como un régimen de protección de los menores no emancipados, encomendado a los progenitores⁵, por ser los

patria potestad como institución de protección de la familia de origen, siguiendo el esquema de la Ley: guarda, obligación alimentaria y visitas. *Cfr.* más recientemente: Espinoza Melet, Manuel: “La transformación del artículo 185-A del Código Civil”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 4. Caracas, 2014, p. 240: “las instituciones familiares –responsabilidad de crianza y su custodia, el régimen de convivencia familiar y obligación de manutención–”.

- 4 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859, extraordinario de 10 diciembre de 2007.
- 5 *Vid.* Wills Rivera, Lourdes: *La patria potestad en la LOPNA*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2010; Domínguez Guillén, María Candelaria: “Innovaciones de la Reforma de la LOPNA en materia de patria potestad”. En: *Revista de Derecho*. N° 28. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008, pp. 131-182; Barrios, Haydee: “Patria potestad, obligación de manutención y colocación familiar y en entidad de atención en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, de 10 de diciembre de 2007”. En: *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La reforma*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, pp. 211-239; Morales, Georgina: “Las relaciones paterno-filiales bajo el régimen de la patria potestad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. En: *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona*. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2002, pp. 781-824 (también en: Morales Georgina: *Temas de Derecho del Niño. Instituciones familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Vadell Hermanos Editores. Caracas-Valencia, 2002, pp. 105-141); *Código Civil de Venezuela. Artículos 261-280*. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2007; Reyna de Roche, Carmen Luisa: *Patria potestad y matricentrismo en Venezuela. Estudio de una disfuncionalidad*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1991; Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *La Patria potestad*. En: www.monografias.com/trabajos17/patria-potestad/patria-potestad.shtml; Portillo, Mazerosky: *La patria potestad en la legislación venezolana*. En:

protectores naturales del hijo (artículo 347 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Este régimen de orden público, compartido e irrenunciable contiene, a su vez, tres atributos, a saber, la responsabilidad de crianza⁶, la representación⁷ y la administración⁸ (artículo 348 *ejusdem*). El primero de ellos, como su denominación lo indica, se dirige fundamentalmente al cuidado de la “persona” del hijo; en tanto que los dos últimos atributos (representación y administración) suelen generalmente proyectarse en el ámbito patrimonial. Por su parte, el atributo de la responsabilidad de crianza tiene por norte el cuidado y educación⁹ (entre otros contenidos) del menor, en un sentido integral, de conformidad con el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁰.

online-patria-potestad-legislacion-venezolana-curso-1670.html; Graterón Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I Personas*. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2010, pp. 191-245; Reyes Rebollo, Rosa Isabel: “Regulaciones especiales en materia de patria potestad, guarda, obligación alimentaria, visitas y colocación familiar”. En: *Derecho de la infancia y la adolescencia*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2007, pp. 59-86.

- 6 Vid. Morales, Georgina: “Responsabilidad de crianza y convivencia familiar”. En: *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La reforma*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, pp. 241-259; Domínguez Guillén: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), pp. 363-381.
- 7 Vid. Domínguez Guillén: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), pp. 381-383.
- 8 Vid. Pérez Barboza, Carmen Elena: “Administración del patrimonio de los menores”. En: *XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia*. Diario de Tribunales. Barquisimeto, 1990, pp. 113-131; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 238-245; Wills Rivera, Lourdes: “El juicio de privación de la administración de los bienes del menor sometido a patria potestad”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 74. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1990, pp. 111-130; Domínguez Guillén: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), pp. 384-386.
- 9 Vid. Domínguez Guillén, María Candelaria: “La educación del menor como contenido esencial de la guarda”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 116. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999, pp. 347-372; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3ª, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2010, pp. 175-224; Spósito Contreras, Emilio: *Nuestras primeras necesidades. La moral y las luces de Simón Bolívar en la Constitución vigente*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2013, pp. 169-231.
- 10 “La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007 en consonancia con el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cambió la denominación de “guarda”¹¹ por “responsabilidad de crianza” y le concedió a esta última, a su vez, carácter “compartido”, no obstante que la ley anterior, según admitió la doctrina, era clara en reconocer el necesario papel de ambos progenitores en el cuidado del hijo.

Ciertamente, el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes al describir el contenido de la responsabilidad de crianza, alude al deber y derecho “compartido, igual e irrenunciable”, ello lo ratifica el encabezado del artículo siguiente¹². Sin embargo, el legislador no pudo desconocer –no obstante el carácter compartido de la responsabilidad de crianza– que en caso de separación, el hijo precisa en principio convivir con uno de los progenitores, por lo que consagró que la “custodia” implica la “convivencia” con el padre custodio, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de “custodia compartida”.

Otra institución familiar, vital para el desarrollo del hijo, es la “convivencia familiar”¹³ o antiguo derecho de visita, que supone precisamente fijar un régimen para que el hijo y el progenitor que no ejerce la “custodia” puedan hacer efectiva la relación filiatoria y seguir teniendo el contacto natural que reclama su *status*.

Finalmente, la otra institución a la que nos –referiremos es la “obligación de manutención”¹⁴, asociada igualmente al deber irrenunciable de los progenitores de cubrir las necesidades del menor de edad a nivel patrimonial.

de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes”.

11 *Vid.* Wills Rivera, Lourdes: *La guarda del hijo sometido a patria potestad*. Editorial Torino. Caracas, 2001, *passim*.

12 *Vid.* sobre la responsabilidad de crianza en la que se trata la “custodia”: artículos 358-364 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

13 *Vid.* artículos 385 al 390 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

14 *Vid.* artículos 365-384 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Las interpretaciones en materia de infancia y adolescencia por imperativo constitucional y legal están orientadas por el principio rector del interés superior del niño¹⁵, el cual supone un pronóstico en concreto de lo que les resultaría más favorable a sus intereses y desarrollo. Dicho principio debe prevalecer en caso de conflicto, inclusive frente a otros derechos e intereses legítimos¹⁶. Se trata de uno de los principios básicos en materia de protección a la minoridad a la par de la prioridad absoluta, que constituye criterio fundamental en tan especial materia¹⁷.

La doctrina reseña la importancia en la realidad tribunalicia de los tres temas: obligación de manutención, la custodia y derecho del hijo a relacionarse con su padre¹⁸. La referencia a las “instituciones familiares” en materia de menores de edad se aprecia igualmente en múltiples decisiones judiciales¹⁹, conside-

15 Morales, Georgina: “El interés superior del niño en materia de instituciones familiares”. En: *Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Terceras Jornadas sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002, pp. 397-440; Reyna de Roche, Carmen Luisa: “Del interés del menor al interés superior de los niños, niñas y adolescentes”. En: *Primer Año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Segundas Jornadas sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001, pp. 55-81, de la misma autora: “Del ‘Interés del Menor’ al ‘Interés superior del niño’ en la protección jurídica de la infancia en Venezuela”. En: *De los menores a los niños una larga trayectoria*. Instituto de Derecho Privado, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999, pp. 359-384.

16 *Vid.* artículos 78 de la Constitución y 8 de la Ley Orgánica.

17 *Vid.* Domínguez Guillén, María Candelaria: “Consideraciones sobre los principios de la Niñez y la Adolescencia”. En: *Lex Nova*. N° 242. Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, 2003, pp. 179-228; 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. 141 y ss.

18 *Vid.* Makianich de Basset, Lidia N.: *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*. Reimp., Hammurabi. Buenos Aires, 1997, p. 17.

19 *Vid.* entre otras tantas: Sala Constitucional, sent. N° 1554 del 11-12-13: “... los protegidos a través de las instituciones familiares, (obligación de manutención, convivencia familiar, responsabilidad de crianza–custodia, y colocación familiar)”; Sala de Casación Social, sent. N° 319 del 20-04-12; Tribunal Décimo Quinto de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, sent. del 15-04-14, exp. AH52-X-2014-

rándolas parte fundamental de la vida privada de los niños y adolescentes²⁰. Las citadas instituciones fueron revisadas, al menos terminológicamente, en la Reforma de la Ley Orgánica de 2007²¹.

-
- 000260, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2014/abril/2476-15-ah52-x-2014-000260-pj0522014000473.html>; Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Lara con sede en Barquisimeto, sent. 14-04-14, exp. KP02-J-2014-001673, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2014/abril/2480-14-kp02-j-2014-001673-000998-2014.html>; Tribunal Octavo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Transición del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, sent. 23-04-14, exp. AP51-J-2014-002875, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2014/abril/2469-23-ap51-j-2014-002875-pj0452014000508.html>, "... el acuerdo propuesto en relación a las instituciones familiares, a juicio de este decisor no vulnera los derechos de los hijos, lo cual hace procedente su homologación"; Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado bolivariano de Miranda con Sede en los Teques, sent 27-3-14, exp. TS-R-0183-14, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2014/marzo/2574-27-ts-r-0183-14-.html>.
- 20 *Vid.* Sala Constitucional, sent. N° 1554, *supra* citada, "... se observa, que la naturaleza de las causas de filiación, así como las de las instituciones familiares, ciertamente corresponden al ámbito de la vida privada del sujeto de protección –niños, niñas y adolescentes–, tocando fibras de la intimidad familiar en la que se encuentran envueltos aspectos de la moralidad, esta Sala Constitucional, en aras de la obligación del Estado de garantizar este derecho humano, a tenor de lo previsto en los artículos 56 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en equilibrio con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece con carácter vinculante, en el cumplimiento efectivo de estos derechos humanos, a fin de garantizar el derecho a la vida privada e intimidad de las personas, que a partir de la presente decisión, deben los jueces y juezas de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en los casos donde la materia a ventilarse sea sobre la filiación –impugnación, inquisición o adopción–, e instituciones familiares –obligación de manutención, convivencia familiar, responsabilidad de crianza, custodia y colocación familiar–, en los carteles y edictos así como en las boletas de notificación que se libren, expresar el motivo de la causa de manera genérica “filiación” e “institución familiar”, se omita el nombre del niño, niña o adolescente sujeto de protección, y se remita la copia certificada de la demanda en sobre cerrado, expresándose que deberá ser entregado de esa forma reservada al demandado o demandada”.
- 21 Domínguez Guillén: ob. cit. (“Innovaciones de la Reforma...”), pp. 131-182. *Vid.* comentando lo innecesario de la derogación de la Ley Orgánica por su reforma y la

Las citadas instituciones vitales en materia de niños y adolescentes han de ser preservadas en toda decisión y proceso judicial como es natural, toda vez que su cumplimiento permite una cabal obediencia de las normas de orden público relativas a la minoridad²².

Al efecto, señala la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal: “Convencidos que la familia, como asociación natural y el espacio fundamental para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder desarrollarse íntegramente y asumir plenamente sus responsabilidades, ya que son los padres quienes deben garantizar dentro de sus posibilidades el ejercicio y el disfrute de los derechos de sus hijos, tanto en alimentación como en los demás aspectos que integran las instituciones familiares, deben los padres asumir las responsabilidades inherentes a la patria potestad y proveerles todo lo necesario para su buen crecimiento y desarrollo, tanto físico como mental, y darles el nivel de vida adecuado”²³. Se trata, pues, de los aspectos o institutos claves que permiten un desarrollo efectivo del niño o adolescente con relación a las responsabilidades de sus progenitores. De allí que se aluda a “instituciones familiares o de protección”²⁴.

carencia de exposición de motivos de esta última: Bernad Mainar, Rafael: “Nuevas tendencias del Derecho de Familia: Estudio comparativo de los Derechos venezolano y español”. En: *Estudios sobre Derecho de la Niñez y ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2011, pp. 64-65.

22 Vid. Sala de Casación Social, sent. N° 0404 del 09-05-12, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0404-9512-2012-12-328.html>, “En tal sentido, debe entenderse que tales quebrantamientos o amenazas afectan gravemente las instituciones fundamentales de la Doctrina de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, derechos indisponibles o reglas adjetivas que menoscaban los derechos al debido proceso y a la defensa, este último supuesto, sustentado en el mandato expreso contemplado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la obligación de todos los Jueces de la República de asegurar la integridad del orden constitucional, mediante el uso de las vías procesales ordinarias y extraordinarias consagradas en la ley”.

23 Sala Constitucional, sent. N° 1871 del 01-12-11.

24 Vid. Varela Cáceres: ob. cit. (“Introducción al Derecho de la Niñez...”), p. 150.

2. Custodia

La custodia es una proyección del atributo de la responsabilidad de crianza. Más precisamente se traduce básicamente en la convivencia regular que comparte el hijo con uno de sus progenitores en caso de separación de éstos. Según indicamos, la figura se introduce en la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007, siendo de alguna manera una forma de subsistencia del concepto de la antigua guarda. Toda vez que “guarda” era el término o denominación que se le atribuía al progenitor que convivía con el hijo en caso de separación.

La citada reforma quiso hacer hincapié que el atributo que recae sobre el cuidado del menor es “compartido” y se denomina “responsabilidad de crianza” aunque necesariamente el hijo deba convivir con uno de los progenitores. Ello, no obstante se admitía naturalmente que la antigua guarda tenía un ejercicio dual²⁵. Esta última se asocia a la idea de la “custodia”. El artículo 359 de la Ley Orgánica, sin embargo, admite la posibilidad de convenir la “custodia” compartida en interés del menor de edad, pero, desde el punto de vista práctico, ello podría ser equivalente a un amplio régimen de convivencia familiar. Por lo que la diferencia podría verse simplemente a nivel técnico.

La atribución de la “custodia” debería responder a un acuerdo entre los progenitores –que son quienes conocen sus necesidades y limitaciones– con la necesaria opinión del hijo. En caso de desacuerdo podrá acudir ante el juez, teniendo el adolescente legitimación directa para ello (artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Ante el supuesto de separación de los progenitores se mantiene la misma idea de que los progenitores decidirán escuchando al hijo lo pertinente sobre la custodia, y, a falta de acuerdo, el juez decidirá, aunque la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no obstante la pretendida igualdad de la reforma de 2007, mantuvo la disposición que concede una suerte de derecho

25 *Vid.* Morales, Georgina: “Co-parentalidad en el ejercicio de la guarda”. En: *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003, pp. 427-429.

de preferencia a favor de la madre de los niños menores de siete años: “salvo que el interés superior aconseje que sea con el padre” (artículo 360 *ejusdem*). Ello lo preveía la Ley anterior, siguiendo la secuencia del Código Civil de 1982, a propósito de la antigua “guarda”, pero no deja de constituir una reminiscencia injustificada en perjuicio de la igualdad de los progenitores, toda vez que, si bien se puede pensar en una natural convivencia del niño con la madre en sus primeros meses por razón de la lactancia, la cual podría extenderse inclusive hasta los dos años de edad, en modo alguno se justifica hasta el fin de la infancia.

Lo anterior, especialmente considerando que la reforma de 2007 pretendió, con apoyo en el texto de la Carta Magna, igualar la posición de ambos progenitores con relación a las instituciones familiares, como fue el citado caso del carácter compartido de la responsabilidad de crianza (artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes); la titularidad compartida de la patria potestad en materia de filiación extramatrimonial (artículo 350 de la Ley citada) que antes presentaba diferencias sustanciales²⁶, y el cambio de denominación de derecho de visita por “convivencia familiar”,

26 El artículo 350 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998 indicaba: “En el caso de hijos comunes habidos fuera del matrimonio, la patria potestad corresponde conjuntamente al padre y a la madre cuando la filiación se establece simultáneamente respecto de ambos; si la filiación se establece de manera separada, el padre que reconozca a los hijos, con posterioridad, compartirá el ejercicio de la patria potestad, si dicho reconocimiento se produce dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del respectivo hijo. En todos los demás casos, la titularidad de la patria potestad corresponde solo a aquel de los padres respecto al cual se haya establecido primero la filiación. No obstante, el juez competente puede conferir la patria potestad al otro padre, si la filiación se establece con respecto a él mediante reconocimiento voluntario que dicho padre haga del hijo, y prueba que éste último goza, en relación con él, de posesión de estado, oída la opinión del hijo y la del padre que tenía la patria potestad, y siempre que tal conferimiento resulte conveniente a los intereses del hijo, de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta que se levante al respecto. Cuando el padre y la madre ejerzan de manera conjunta la patria potestad, los desacuerdos respecto de los hijos de resolverán conforme a lo previsto en el artículo anterior”. *Vid.* Varela Cáceres, Edison Lucio: “El principio de unidad de filiación”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 2. Caracas, 2013, pp. 197-198; Domínguez Guillén: *ob. cit.* (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 169-173.

para erradicar la idea, con proyección psicológica, que el progenitor no custodio era un simple visitante en la vida de quien está obligado a criar.

Las decisiones en materia de responsabilidad de crianza y custodia son revisables en cualquier momento, ante el cambio lógico de las circunstancias, a petición de los interesados incluyendo al adolescente (artículo 361 de la Ley Orgánica). Debiendo escucharse siempre en todo procedimiento administrativo o judicial la opinión del niño o adolescente, como formalidad necesaria y al margen de que la misma no sea vinculante.

Pero, ciertamente, el hijo –independientemente de su edad– es el ser más afectado e interesado en el respectivo debate. El procedimiento judicial al efecto será el ordinario contencioso (artículo 363 *ejusdem*). Finalmente, en consonancia con el artículo 352, literal i, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que consagra la negativa a prestar alimentos como causal de privación de patria potestad, el artículo 362 *ejusdem* dispone la misma sanción con relación a la custodia y a la responsabilidad de crianza, lo cual encontrará sentido cuando en un procedimiento donde se debatan estos últimos se pretenda hacer valer dicha norma sin proceder a la privación de la patria potestad por juicio especial y autónomo.

Cabe señalar que la custodia se sigue perfilando probablemente como el aspecto o instituto más determinante de la patria potestad, porque permite el contacto efectivo con el hijo y, ciertamente, concede una posibilidad u oportunidad con incidencia directa en la educación y conducción del menor de edad. Es un hecho indiscutible que lo evidencia la vida misma que el progenitor que convive con el hijo tiene mayor contacto con éste y, por tal, podrá influir más en su educación, no obstante que la formación es compartida por formar parte de la responsabilidad de crianza. El roce es el cariño, según indica un refrán, y ello será lo que muchos progenitores que disputan la custodia tienen que tener presente. Sin embargo, veremos de seguidas que en razón de que ese “roce o contacto”, que es necesario respecto de ambos progenitores, surge la institución de la convivencia familiar.

3. Convivencia familiar²⁷

La convivencia familiar era denominada, antes de la reforma de 2007, “derecho de visitas”, término enteramente criticado por la doctrina por no denotar la importancia y trascendencia de su contenido, amén de incitar en el progenitor –al menos psicológicamente– la pretensión de que el otro era un mero visitante.

Pues, según hemos indicado, la convivencia familiar suele, más ampliamente, denominarse el derecho del hijo a relacionarse con su progenitor no custodio. Es obvio que, para poder ejercer efectivamente las funciones que se derivan del estado filiatorio, progenitor e hijo precisan de “oportunidad”, de “tiempo”, de encontrar un espacio común que les permita compartir a los fines del ejercicio efectivo de parte de la responsabilidad de crianza.

Es así como, luego de pasarse la doctrina sobre la naturaleza del instituto, se concluye que se trata de un derecho-deber, esto es recíproco entre progenitor e hijo. Su vulneración no afecta únicamente al progenitor, sino que también perjudica al hijo a quien se le impide el disfrute efectivo a relacionarse con su progenitor.

La institución aplica al progenitor que no ejerce la custodia (artículo 385 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), su contenido excede sobremanera la simple visita extendiéndose a otras múltiples formas de contacto, como paseo, pernocta, etc., con opciones complementarias de comunicación: telefónica, electrónica, etc. (artículo 386 *ejusdem*). Su fijación, al igual que la custodia, en primer término debería, y es lo más recomen-

27 *Vid.* Domínguez Guillén, María Candelaria: *La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2012, *passim*; Tortoledo de Salazar, Flor y Salazar, Francisco: *El derecho de visitas Derechos de Menores*. Diario de Tribunales. Valencia, 1991, *passim*; Morales, Georgina: “El Derecho del hijo a relacionarse con su padre (mal llamado derecho de visitas)”. En: *De los menores a los niños, una larga trayectoria*. Instituto de Derecho Privado, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999, pp. 257-269 (también en: Morales: ob. cit. (*Temas de Derecho del Niño...*), pp. 143-156); Morales: ob. cit. (“Responsabilidad de crianza y convivencia...”), pp. 241-259, Domínguez Guillén: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), pp. 372-381; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 230-233.

dable, ser establecida por los interesados en forma detallada, por conocer sus necesidades, siempre con inclusión de la opinión del menor. Pero ante la ineptitud de éstos podría acudir al juzgador, teniendo nuevamente legitimación directa el adolescente.

La ley, acertadamente reconociendo que en esta materia el tiempo perdido es irreparable, prevé la fijación de un régimen provisional de convivencia familiar (uno facultativo en la admisión de la demanda y uno obligatorio en la audiencia preliminar), salvo circunstancias excepcionales, incluyendo la posibilidad de un régimen “supervisado” (artículo 387 de la Ley citada). Nos pronunciamos sobre que al juzgador no le está dado “suprimir” el derecho-deber de convivencia familiar, sino limitarlo ante casos excepcionales, con base en el examen concreto del interés superior del menor, entre los que se cita la lactancia, la demencia o privación de libertad de un progenitor, entre otros.

Dada la importancia de la familia, con proyección constitucional (artículo 75), la figura es extensible a otros familiares e incluso personas con las que el menor haya mantenido un contacto afectivo como parte de las relaciones en el curso de su vida (artículo 388 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Sin embargo, nos pronunciamos por una suerte de extensión automática de la figura a los “abuelos”, como acontecía en la antigua Ley Tutelar de Menores, toda vez que dada la trascendencia y cercanía de tales que la propia Ley Orgánica reconoce en instituciones como la tutela, no está dado al juzgador “conceder” el régimen, sino simplemente regular el mismo. Situación similar también es predicable respecto de los hermanos del niño o adolescente.

Finalmente, criticamos la limitación del régimen de convivencia familiar con ocasión de la obligación de manutención (artículo 389 *ejusdem*) y más aún la privación de la “custodia” al padre que incumpla el régimen de convivencia familiar (artículo 389-A Ley citada), toda vez que el único criterio para la determinación de la privación de la custodia debería ser la ponderación concreta del interés superior del menor y, en modo alguno, tener sentido sancionatorio. El legislador está colocando al hijo como “objeto” de castigo, cuando se indicaba que con la Ley

Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes el niño pasaba a ser “sujeto” de derecho, aunque técnicamente siempre lo fue por ser “persona”.

Es difícil resumir en pocas líneas la trascendencia y dimensión de una institución familiar tan fundamental en el día a día de progenitores e hijos como es precisamente la convivencia familiar. Ésta, ciertamente, compensa al progenitor no custodio la carencia de “convivencia” diaria, que le falta por no tener sobre sí la custodia, pero, como su denominación lo denota, permite, a su vez, una suerte de oportunidad efectiva para la “convivencia” con el hijo, logrando así compartir al máximo la relación filiatoria. El instituto es vital porque su no ejercicio se traduce en la pérdida de la oportunidad de contacto a nivel familiar; el tiempo perdido en la relación progenitor e hijo es irreparable. Precisamente, la convivencia familiar permite que ese contacto entre seres querido; no se desvanezca por la falta de trato.

Figuras como la “alienación parental”, así como “alineación parental”²⁸, pueden acontecer respecto de uno de los progenitores hacia el otro en el debate de la convivencia familiar, la custodia y la responsabilidad de crianza. Los jueces deben estar atentos ante tal posibilidad, pues la jurisprudencia ha hecho referencia a tales indeseables conductas o síndromes, a pesar de no haber sido incluidas todavía en las clasificaciones médicas o psicológicas internacionales. Pero esto último constituye óbice para su existencia: el descrédito y rechazo que pueda inculcar en el hijo un progenitor sobre el otro, podría ser una realidad indeseable con proyección jurídica.

Relacionado con la figura en comentarios, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula las autorizaciones para viajar: pudiendo el hijo viajar en el interior del país libremente con cualquier de sus progenitores y precisando autorización en caso de viajar con terceros (artículo 391); precisando autorización auténtica del otro progenitor en casos de viajes al exterior, así como en caso de viajar con terceros (artículo 392), la cual podrá en caso de desacuerdo solicitar del juez un pronunciamiento (artículo 393).

28 Vid. Domínguez Guillén: ob. cit. (*La convivencia familiar...*), pp. 212-239.

Lo anterior, es normal si se admite que los viajes al exterior sin la debida autorización, afectarían sustancialmente el derecho del hijo a relacionarse con el progenitor.

4. Obligación de manutención

La antigua obligación de alimentos pasó a denominarse con la reforma de 2007 “obligación de manutención”. Se trata de una modalidad especial del deber o derecho de alimentos²⁹, en razón de la relación filiatoria que recae en favor de niños, niñas y adolescentes. Esto es, la obligación de manutención tiene por base la misma obligación de alimentos que se estudia con contenido general en el Derecho de Familia, pero con la regulación particular y específica que reclama la infancia y adolescencia. De allí que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes la desarrolle en los artículos 365 al 384.

La obligación de los progenitores de cubrir las necesidades económicas de sus hijos al más amplio nivel se hace presente en la figura bajo estudio. El cambio de terminología pretende denotar que su contenido excede lo meramente alimentario y se proyecta a las necesidades educativas, médicas, culturales, recreación, deporte, etc. (artículo 365 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). El instituto tiene carácter irrenunciable

29 *Vid.* Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, pp. 39-62; Barrios, Haydeé: “Interpretación y alcance de la obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. En: *Cuarto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. V Jornadas sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004, pp. 141-173; Sojo Bianco, Raúl y Hernández de Sojo Bianco, Milagros: *El derecho de alimentos en la legislación venezolana*. Mobil-Libros. Caracas, 2002, *passim*; Ramos S., César José: “El derecho a la subsistencia: postulado de la protección familiar”. En: *De los menores a los niños, una larga trayectoria*. Instituto de Derecho Privado, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999, pp. 285-307; Aguilar Mawdsley, Andrés: “La obligación alimentaria en el Derecho venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 4. Universidad Católica Andrés Bello. 1967, pp. 9-68; Wills Rivera, Lourdes: “Consecuencias del incumplimiento de los deberes alimentarios hacia el menor”. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*. Tomo I. Publicidad Gráfica León S.R.L. Caracas, 1996, pp. 77-90.

(artículo 377 *ejusdem*) es consecuencia de la filiación y no de la patria potestad por lo que naturalmente subsiste aun en caso de privación de ésta. Aplica al hijo menor de edad (artículo 366), habría que agregar no emancipado, pues en tal caso el deber de alimentos pesa primero sobre el cónyuge del menor emancipado. Sin embargo, la Ley Orgánica extiende la figura al mayor de edad en los casos excepcionales del artículo 383, lateral b. Precisa de una filiación legalmente establecida, salvo las excepciones legales cuando el juzgador presume la filiación de importantes elementos de prueba (artículo 367 de la Ley citada).

Al ser la obligación de manutención una proyección de la “obligación de alimentos” en general, el artículo 369 de la Ley Orgánica al regular los elementos para su determinación refleja como supuestos a considerar en esta última: vínculo, estado de necesidad y capacidad económica del obligado. Pero básicamente los dos últimos, pues es obvio que probado el vínculo entre progenitor e hijo, aquel tiene siempre por imperativo natural y legal que sufragar sus necesidades, las cuales serán consideradas por el juez en atención a la “capacidad económica” del obligado pues nadie puede dar lo que no tiene. Difícilmente se podrá contribuir a la manutención de otro, si no se cuenta con un mínimo para sufragar la propia subsistencia.

Ambos progenitores están obligados a sufragar y compartir los gastos relativos a manutención del hijo común, según sus posibilidades económicas, pues es obvio que tal deber es compartido. Sin embargo, se admite que cuando un progenitor tiene a su cargo la custodia, los costos derivados de la convivencia se subsumen en el quehacer diario, y por esto es que en caso de separación la asignación de un monto por pensión de manutención recae sobre el progenitor no custodio. De allí que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes aclare, en su artículo 370, señala la improcedencia de su cumplimiento en especie o de convivir si la responsabilidad de crianza se le ha adjudicado a otra persona (aunque sería más preciso referirse a la “custodia”). En un sentido, se aprecia el artículo 373 de la Ley, que resalta la necesidad de la obligación al margen de la convivencia.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes detalla otros aspectos relativos a la obligación de manutención, tales como proporcionalidad en caso de varios obligados (artículo 371) y prorrateo (artículo 372), oportunidad (artículo 374), convenimiento (artículo 375), obligados subsidiarios (artículo 368), legitimados activos (artículo 376), prescripción decenal (artículo 378), ser crédito privilegiado (artículo 378), responsabilidad del patrono (artículo 380), posibilidad de dictar medidas preventivas (artículo 381) u otros medios (artículo 382), extinción (artículo 383) y competencia del juez de protección mediante el procedimiento contencioso (artículo 384).

La obligación alimentaria, en general, presenta consagración expresa en el artículo 76 de la Constitución, a propósito de los deberes compartidos e irrenunciables de los progenitores respecto de sus hijos. Es bien sabido que los padres tienen el deber de criar en forma integral a sus hijos y convertirlos en seres aptos para valerse por sí solos inclusive a nivel económico. Pues esto es ajeno a la capacidad negocial que se adquiere a los 18 años de conformidad con el artículo 18 del Código Civil. De allí que se admite que los padres están obligados a proporcionarles a sus hijos una profesión u oficio que les permita convertirse en seres aptos para la vida, no obstante su mayoría, obviamente si los progenitores cuentan con la capacidad económica para ello. Lo indicado, puede configurarse en una extensión de la obligación de manutención de conformidad con el artículo 383 literal b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, o, –en su defecto, por vía de la simple obligación de parientes, que es recíproca y perpetua entre familiares y que bien puede suponer como parte del “estado de necesidad” la culminación de estudios superiores o algún oficio³⁰.

5. Consideraciones comunes

Nos hemos referido someramente a las tres instituciones familiares que, a decir de la doctrina, mayormente generan conflicto, o disputas en los Tribunales. La custodia, porque permite dilucidar con quien “convivirá” el menor

30 Vid. Domínguez Guillén: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia...*), pp. 53-56; Domínguez Guillén: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 209-213.

de edad en caso de separación, la margen de la atribución conjunta e irrenunciable de la patria potestad³¹ y de la responsabilidad de crianza³²; la convivencia familiar, que permite que una vez atribuida la custodia a un progenitor, el otro pueda disfrutar de un efectivo contacto con el hijo; y finalmente, la obligación de manutención, que suele constituir una asignación al progenitor no custodio para contribuir a los gastos necesarios del hijo común. Son los aspectos que han de contenerse necesariamente en todo acuerdo o sentencia de separación o divorcio y que pueden igualmente considerarse en forma autónoma. A su vez, reflejan gran parte de la protección personal y patrimonial que el ordenamiento dispone a favor de la niñez y la adolescencia.

Las tres instituciones referidas tienen puntos en común: deben ser especificadas en caso de separación o divorcio; en principio en su determinación encuentra cabida la voluntad de los interesados quienes conocen sus necesidades; pero ante la discusión o desacuerdo de tales ha de intervenir el juez de protección por vía del procedimiento contencioso que prevé la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes al efecto y respecto del cual tiene legitimación el adolescente. La opinión del menor en éstos y cualquier otro procedimiento que le atañe debe ser escuchada. Los mismos deben tener por norte, como es natural e imperativo constitucional, determinar en concreto el interés superior del niño, niña o adolescente.

La necesidad de acudir a los tribunales revela una ineptitud de las partes en resolver sus propios asuntos en los escasos casos en que la Ley les concede poder a la voluntad de los progenitores por considerar que son los idóneos para decidir los asuntos del hijo con la opinión de éste. Sin embargo, se cita que la praxis forense exhibe el escaso margen de actuación que le cabe a la razonabilidad judicial, frente a las vandálicas luchas procesales desencadenadas por los padres. Solo la concientización de la causa que alimenta al conflicto y las consecuencias perniciosas de su prolongación permite, y solo a veces,

31 *Vid.* artículos 347 y ss. de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

32 *Vid.* artículos 358 y ss. de la Ley Orgánica.

rescatar del infierno los incidentes que transforman la lucha por los hijos en una experiencia kafkiana³³. Se sigue pensando en futuras reformas con base en la igualdad³⁴, pero ha de tenerse claro que el cambio legislativo no es la panacea de los problemas de la niñez y de la adolescencia. El buen sentido de los progenitores y que éstos puedan colocar el bien e interés del menor de edad por encima de sus desavenencias, ciertamente supera cualquier discusión académica y aires de reforma.

33 Makianich de Basset: ob. cit., p. 17.

34 *Vid.* el *I Congreso Internacional de Derecho de Familia*, donde se reseña: “Cornieles, quien es el coordinador del proyecto de Reforma de la Ley Orgánica para los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (Lopna), identificó cuatro nuevas tendencias dentro de las instituciones familiares en el país: nueva lectura de las relaciones familiares desde los derechos humanos; igualdad de hombre y mujeres –equidad de género–; democracia familiar; y pluralidad de familias o relaciones familiares”, www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo [10 de marzo de 2008].

