



UNIVERSIDAD “JOSÉ ANTONIO PÁEZ”

PROBLEMÁTICA EN LA PRÁCTICA FORENSE:

EL EJERCICIO UNILATERAL DE LA PATRIA POTESTAD

COMO FRAUDE A LA LEY.

Autoras:

Daniela Lovera C.I:27.764.777

Karley Guerrero C.I:27.851.153

San Diego, Junio de 2020



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD “JOSÉ ANTONIO PÁEZ”
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA DE DERECHO

**PROBLEMÁTICA EN LA PRÁCTICA FORENSE: EL EJERCICIO UNILATERAL DE
LA PATRIA POTESTAD COMO FRAUDE A LA LEY.**

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR AL
TITULO DE: **ABOGADO**

Autoras:

Daniela Lovera C.I:27.764.777

Karley Guerrero C.I:27.851.153

Tutor: Abg. Jorge L. Toro E.

San Diego, Junio de 2020



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS

**PROBLEMÁTICA EN LA PRÁCTICA FORENSE: EL EJERCICIO UNILATERAL DE
LA PATRIA POTESTAD COMO FRAUDE A LA LEY.**

Constancia de Aceptación

Nombre, firma y cédula de identidad del tutor académico

Nombre, firma y cédula de identidad del jurado

Nombre, firma y cédula de identidad del jurado

Autoras:

Daniela Lovera

Karley Guerrero

San Diego, Junio de 2020



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD “JOSÉ ANTONIO PÁEZ”
FACULTAAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA DE DERECHO
DERECHO

**PROBLEMÁTICA EN LA PRÁCTICA FORENSE: EL EJERCICIO UNILATERAL DE
LA PATRIA POTESTAD COMO FRAUDE A LA LEY.**

Autoras: Lovera, Daniela
Karley Guerrero

Tutor: Toro, Jorge L.
FECHA: JUNIO 2020

RESUMEN INFORMATIVO

La siguiente investigación se orientó en la utilización del ejercicio unilateral de la patria potestad, dentro de los procedimientos en materia de Niños, Niñas y Adolescentes, como un fraude a la ley. Se trata en esencia de una figura que responde al derecho natural, pues el ordenamiento jurídico, simplemente le da forma al afecto y protección que por Ende y por naturaleza humana le corresponde por derecho al infante. La siguiente investigación está enmarcada dentro del diseño documental, por cuanto los datos se recolectaron de manera directa de los diversos documentos existentes en la Defensoría, se enmarcó en una investigación de tipo descriptiva, bajo un enfoque cualitativo porque se sigue un proceso sistemático y metodológico cuyo propósito es determinar las cualidades y características del problema estudiado.

PALABRAS CLAVES: EJERCICIO UNILATERAL. PATRIA POTESTAD. FRAUDE.

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer primeramente a Dios, por permitirnos llegar hasta la recta final de esta hermosa carrera, a nuestros padres, gracias por darnos su apoyo moral y entusiasmo, por ser nuestra guía y motor en estos 10 semestres, este logro es por ustedes, que claramente no han sido fáciles. Queremos agradecer a nuestra alma mater por enseñarnos día a día, sobre nuestra carrera, por disponer de excelentes profesores en nuestras aulas, y sobre todo por permitirnos conocer a excelentes personas que hoy en día se convertirán en nuestros grandes amigos y colegas, pero sobre todo le damos gracias a Dios por darnos sabiduría, paciencia, fuerza, valor, amor y determinación para poder afrontar este camino tan hermoso, que se ha visto lleno de dificultades los cuales hemos podido superarlos como grandes amigos.

Queremos agradecer a nuestro Tutor Académico Abg. Jorge Luis Toro, principal colaborador durante este proceso, quien con sus conocimientos, enseñanzas y sabiduría permitió el desarrollo de este trabajo.

Nuestro profundo agradecimiento a todos los docentes de la Universidad “José Antonio Páez” por confiar en nosotras, por abrirnos las puertas y permitirnos realizar todo el proceso investigativo dentro de su recinto universitario.

ÍNDICE GENERAL

Constancia de aprobación.....	i
Resumen.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice General.....	iv
Introducción.....	01
Capítulo	
I EI PROBLEMA	
Planteamiento del problema.....	
formulación del problema.....	
Objetivos de la investigación.....	
Justificación e importancia.....	
Limites.....	
II MARCO TEORICO	
Antecedentes de la investigación.....	
Bases teóricas.....	
Bases Legales.....	
Definición de términos.....	
III MARCO METODOLIGO	
IV RESULTADOS, CONCLUSIONESY RECOMENDACIONES	
Resultados.....	
Conclusiones.....	
Recomendaciones.....	
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	

INTRODUCCIÓN

La Patria Potestad se entiende como “...el conjunto de deberes y derechos del padre y la madre en relación con los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos e hijas...” (Artículo 347 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). La patria potestad comprende entonces la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos e hijas sometidos a ella (artículo 348 eiusdem).

El ejercicio de la patria potestad por los padres, es el reconocimiento que realiza el ordenamiento jurídico para atribuirle a éstos facultades, deberes y derechos en beneficio de los hijos e hijas, y que caracterizan la relación parental. De tal manera que, garantiza la mejor forma de emprender la dirección y orientación de los padres respecto a sus hijos. Ahora bien, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el Título IV prescribe lo relativo a las instituciones familiares, y en su Capítulo II, regula todo lo concerniente a la Patria Potestad.

En ese mismo orden de ideas, la patria potestad sobre los hijos e hijas comunes nacidos del matrimonio, así como de las uniones estables de hecho; cumplidos los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, corresponde a ambos padres, la cual es ejercida de manera conjunta, y en caso de desacuerdos entre estos, deben aplicarse los procedimientos que permitan dilucidar el desacuerdo, y en última instancia se puede acudir ante el Tribunal en materia de Protección de niños, niñas y adolescentes para resolver la situación jurídica, todo esto de conformidad con lo establecido en la LOPNNA en su artículo N° 349.

Ahora bien, la sentencia N° 284 del Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 30 de Abril de 2014. “Considera que de conformidad con el artículo 518 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los atributos de la Patria Potestad sí son disponibles por acuerdo extrajudicial, todo ello en beneficio de los intereses

de los niños, niñas y adolescentes; y en consecuencia, en esa circunstancia, sí pueden ser objeto de homologación.

De igual forma, consideró dicha Sala realizar algunas advertencias, a los fines de que los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes apliquen el referido artículo 262 del Código Civil, con mucho celo, en aquellos casos donde realmente se produzcan los supuestos establecidos en la norma y no se equivoque su verdadera finalidad. Tal es el caso que se destaca, donde la impugnada en su parte narrativa señaló que la Fiscal del Ministerio Público que participó en el procedimiento, alegó que el padre resaltó que mediante procedimiento separado se haya autorizado la salida del país del niño, hijo de las partes involucradas, sin su consentimiento.

Cabe destacar que en el caso examinado, la parte accionante había centrado sus denuncias en el hecho de que la sentencia dictada por el Tribunal Superior Primero, con ocasión de la referida solicitud, vulneró los derechos constitucionales referidos al debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, contemplados en los artículos 49 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; toda vez que, según alegó la parte accionante, el mencionado Juzgado Superior debió considerar que la apelación fue interpuesta en un juicio en el que no hubo contención; que debió notificarse a su representada “sobre la interposición de la ilegal apelación, y cuando menos sobre la anulación de la sentencia del Tribunal a quo (...) para que pudiera ejercer los recursos previstos en la ley, cercenando de esta forma el principio del debido proceso”; que la sentencia dictada en primera instancia (apelada ante el Tribunal señalado como agravante) le otorgó “el derecho de ejercer unilateralmente la patria potestad sobre su hijo, y en el entendido de que precisamente por tratarse de jurisdicción voluntaria, no de un proceso contencioso, una vez dictada la sentencia nuestra representada adquirió la seguridad jurídica sobre la titularidad de ese derecho”, por lo que le era “imposible preveer (sic) que apareciera un tercero a hacer oposición a ello (...) más aun cuando precisamente su solicitud deviene de la imposibilidad de ubicarlo o desconocer su paradero”.

Advierte la Sala, del análisis efectuado a la situación sub judice, la problemática de que en la práctica forense se esté desviando el especial propósito que persigue el mecanismo regulado en el

artículo 262 del Código Civil, y se use el referido precepto para conseguir efectos diferentes a los perseguidos por el legislador, en fraude a la Ley, para evitar que se aplique el procedimiento establecido para obtener las autorizaciones con el propósito de cambiar la residencia del niño o para viajar, siendo el objetivo real del dispositivo, ofrecer un instrumento útil, cuando no se tiene la presencia física de uno de los titulares de la patria potestad.

Ha dejado claro dicha Sala en el referido fallo que “...en nuestro ordenamiento jurídico la patria potestad se pierde por extinción y por privación, esta última es la pérdida de la titularidad que tiene el progenitor por conductas u omisiones graves que atentan contra el infante o el adolescente”. Mientras que la exclusión se refiere “...a la suspensión del ejercicio de la patria potestad debido a que el padre no puede ejercerla por encontrarse en una situación de hecho que le impide hacerlo, sin que ello afecte la titularidad de la patria potestad, pues, aun cuando no la ejerza, LA MANTIENE. Que “...por tanto, la exclusión es distinta a la privación o a la extinción, pues, se refiere solamente al ejercicio de la patria potestad del progenitor que no puede cumplir con sus deberes y facultades”.

Finalmente, para llevar a cabo esta investigación primeramente se desarrolló:

Capítulo I, referido a la Problemática que se presenta con la caracterización de la realidad, los objetivos, y su correspondiente justificación y limitación.

Capítulo II, corresponde al fundamento teórico, abordó los temas que sustentaron la investigación.

Capítulo III, comprendió la Metodología, con indicación del método y el procedimiento que se siguió.

Capítulo IV, en este se estableció las consideraciones finales que contiene un análisis reflexivo del tema en estudio, las recomendaciones, y finalmente se presentan las referencias bibliográficas.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del Problema

. La problemática de que en la práctica forense se esté desviando el especial propósito que persigue el mecanismo regulado en el artículo 262 del Código Civil, y se use el referido precepto para conseguir efectos diferentes a los perseguidos por el Legislador, en fraude a la Ley, para evitar que se aplique el procedimiento establecido para obtener las autorizaciones con el propósito de cambiar la residencia del niño o para viajar, siendo el objetivo real del dispositivo, ofrecer un instrumento útil, cuando no se tiene la presencia física de uno de los titulares de la patria potestad.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 284 del 30 de Abril de 2014, consideró preciso realizar algunas advertencias respecto a la situación planteada, a los fines de que los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, apliquen el referido artículo con mucho celo a aquellos casos donde realmente se produzcan los supuestos establecidos en la norma y no se equivoque su verdadera finalidad, pues destaca, que la impugnada en su parte narrativa, señale que la Fiscal del Ministerio Público que participó en el procedimiento alegue que el padre resaltó, que mediante procedimiento separado se haya autorizado la salida del país del niño, hijo de las partes involucradas, sin su consentimiento.

Cabe destacar que en el caso examinado, la parte accionante había centrado sus denuncias en el hecho de que la sentencia dictada por el Tribunal Superior Primero, con ocasión de la referida solicitud, vulneró los derechos constitucionales referidos al debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, contemplados en los artículos 49 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; toda vez que, según alegó la parte accionante, el mencionado Juzgado Superior debió considerar que la apelación fue interpuesta en un juicio en el que no hubo contención; que debió notificarse a su representada *“sobre la interposición de la ilegal apelación,*

y cuando menos sobre la anulación de la sentencia del Tribunal a quo (...) para que pudiera ejercer los recursos previstos en la ley, cercenando de esta forma el principio del debido proceso”; que la sentencia dictada en primera instancia (apelada ante el Tribunal señalado como agravante) le otorgó “el derecho de ejercer unilateralmente la patria potestad sobre su menor hijo, y en el entendido de que precisamente por tratarse de jurisdicción voluntaria, no de un proceso contencioso, una vez dictada la sentencia nuestra representada adquirió la seguridad jurídica sobre la titularidad de ese derecho”, por lo que le era “imposible preveer (sic) que apareciera un tercero a hacer oposición a ello (...) más aun cuando precisamente su solicitud deviene de la imposibilidad de ubicarlo o desconocer su paradero”.

Adicionalmente, la accionante adujo que “la Jueza de Alzada no le garantizó su derecho a comparecer a la audiencia de apelación, no brindó oportunidad de desvirtuar a través de sus pruebas los alegatos del recurrente y por último no notificó de la decisión fuera del lapso, para que pudiera ejercer los recursos que la Ley establece en estos casos”. Asimismo, denunció la violación a la “Doctrina de la Protección Integral”. Resulta imprescindible señalar que este estudio, está orientado únicamente a determinar la naturaleza jurídica del procedimiento que se sigue para hacer efectiva la solicitud de ejercicio unilateral de la patria potestad a los fines de comprender claramente la situación problemática referida.

Formulación del Problema:

Para el abordaje de esta investigación se plantean las siguientes interrogantes. ¿Para qué se quiere una sentencia que autorice el ejercicio de la p.p. por un solo progenitor, de conformidad con el artículo 262 del Código Civil si ya apareció el otro progenitor?; ¿Acaso el solicitante pretende sustraerse del régimen normal, de ejercicio conjunto simulando una no presencia? Y si el alegato fuese que ese progenitor o progenitora no se ocupa de su hijo: conviene incoar un juicio de privación de p.p., donde se debata si está incurso o no en un motivo que haga procedente la privación de este instituto, empero en modo alguno puede invocarse el mecanismo contenido en la referida norma.

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

Determinar si en la Práctica Forense, el Ejercicio Unilateral de la Patria Potestad puede ser un Fraude a la Ley.

Objetivos Específicos

1. Enumerar en la Legislación Venezolana las bases legales del ejercicio unilateral de la patria potestad.
2. Analizar la sentencia n° 284 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 30 de Abril de 2014.
3. Distinguir los factores que llevan a los padres a realizar el fraude a la ley en las solicitudes de ejercicio unilateral de la patria potestad.

Justificación e Importancia del Estudio:

La investigación se justifica, en virtud de la importancia jurídica por lo que se colige que, tratándose de un régimen esencialmente atípico, su utilización está orientada exclusivamente a casos excepcionales y absolutamente comprobables, que lo justifiquen. Así entonces, una situación ejemplificante de esta advertencia sería si un progenitor o progenitora se encuentra en terapia intensiva y el o la impúber o adolescente requiere realizar algunas actividades para cuya ejecución se exige la autorización de éste o ésta, se trata naturalmente de una circunstancia excepcional, frente a la cual no resulta procedente la privación de la p.p., pues no ha lugar a ello. Es allí donde cabe invocar la aplicación de esta modalidad, prevista por el Legislador en el Código Civil para que, sin perturbar la titularidad de la p.p., se permita al otro progenitor y específicamente al niño, niña o adolescente de que se trate, realizar normal y expeditamente las actuaciones de la vida cotidiana que precise realizar.

Por otra parte, este mecanismo en modo alguno autoriza a que se evada un juicio de privación de p.p., que impone un trámite más largo, pues se tergiversaría la utilidad práctica del instituto y lo desnaturalizaría, de tal manera que el Juzgador o Juzgadora debe ser cauteloso para circunscribir ese tipo de autorizaciones de ejercicio unilateral de la p.p. a casos específicos, documentados y urgentes que no entorpezcan el régimen legal tradicional, pero que garantice al mismo tiempo su efectividad.

Alcances y Limitaciones del Estudio

La Dificultades se presenta en cuanto a las comunicaciones a través del uso del internet y las redes electrónicas, por lo que limita profundizar el objeto de estudio.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes de la Investigación

Los antecedentes de la investigación reflejan los avances y el estado actual del conocimiento en un área determinada y sirven de modelo o ejemplos en futuras investigaciones.

Según el autor Tamayo (2012) los antecedentes del problema son importante para no replicar la investigación, es decir, que nos permitirá identificar que interrogantes ya han sido respondidas frente a un problema. En este mismo sentido, manifiesta que con la presentación de antecedentes se busca aprovechar las teorías existentes sobre el problema con el fin de estructurar el marco metodológico.

Se utiliza como antecedentes aquellos estudios realizados anteriormente sobre esta problemática, iniciando con un estudio de:

Gustavo Adolfo Bravo (2013). En su trabajo titulado: Incumplimiento de la obligación de manutención como causal para la privación de la patria potestad. Presentado en la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Para obtener el título de Especialista en Derecho de Familia niños y adolescentes. Investigación de tipo documental ya que tuvo como objeto ahondar el significado de la patria potestad y sus causales de privación de la misma.

Este antecedente guarda relación con la presente, ya que hace mención a los distintos artículos referidos al tema en estudio sobre el ejercicio de la patria potestad, y sobre sus causales de privación

Magistrada Carmen Zuleta de Merchán. El derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. 2012-2016.Sentencia N° 284 del 30 de Abril de 2014. Investigación efectuada basada en el método cualitativo, no experimental, documental de campo, cuyo objetivo se basó en la elaboración de una recopilación

de algunas decisiones judiciales a la luz del Derecho Constitucional que conciben la infancia y la adolescencia como un aprendizaje de ciudadanía, como una etapa vital de ejercicio de derechos propios, superándose la doctrina de la tutela legal absoluta de niños, niñas y adolescentes quienes solo podían ejercer sus derechos a través de sus padres y representantes, resultando limitados en su capacidad jurídica hasta que alcanzaran la mayoría de edad.

El referido, facilitó el aporte de conocimiento desde el punto de vista jurídico, respecto a diversos factores y elementos que permiten garantizar la preeminencia de los derechos humanos y garantías constitucionales de la niñez y de la adolescencia en la perspectiva del principio del interés superior del niño.

Hernández Cervantes, Gonzalo. La pérdida de la patria potestad y el interés del menor.

Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. España. 2010. Para obtener el grado de Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona. Investigación de tipo documental, la cual tuvo como objetivo ahondar en el significado de la noción del interés superior del niño, presente en toda discusión jurisdiccional.

Esta investigación, guarda relación con la presente, debido a que permite efectuar un análisis comparativo enmarcado dentro del Derecho comparado en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

Bases Teóricas

Las Bases Teóricas implican un desarrollo amplio de los conceptos y proposiciones que conforman el punto de vista o enfoque adaptado, para sustentar o explicar el problema planteado.

Según Bavaresco, A. (2006) sostiene que las bases teóricas tienen que ver con las teorías que brindan al investigador el apoyo inicial dentro del conocimiento del objeto de estudio, es decir, cada problema posee algún referente teórico, lo que indica, que el investigador no puede hacer

abstracción por el desconocimiento, salvo que sus estudios se soporten en investigaciones puras o bien exploratorias.

Evolución Histórica de la Patria Potestad

1.-Derecho Romano.- la Patria Potestad se entendía desde 3 puntos de vista: Naturaleza, duración y titularidad.

- Naturaleza.-Era un derecho ilimitado sobre el hijo y sus bienes. El padre tenía derecho de vida y muerte sobre el hijo y además los bienes que adquiría el hijo pasaban a formar parte del patrimonio del padre.

- Duración.- Era perpetua para el padre y no terminaba por razón de la edad del hijo. Solo por medio de la emancipación del hijo la Patria Potestad cesaba para el padre.

- Titularidad.- El titular de la Patria Potestad no era necesariamente el padre, podía ser otro pariente más remoto. Él titular debía ser varón.

2.-En La Edad Media.

La Patria Potestad era un poder de protección y de corrección severa.

A.-La patria Potestad cesaba con la mayoría de edad

B.-Correspondía ambos padres

C.-El hijo tenía su propio patrimonio y el padre lo administraba.

D.-Había control judicial sobre el ejercicio de la Patria Potestad

3.-En El Derecho Intermedio Francés.

La Patria Potestad se extingue con la mayoría de edad y se exige el consentimiento de los padres cuando el hijo no haya cumplido 21 años. El padre no tiene derecho a desheredar ni mandar a encarcelar al hijo sin autorización judicial. El Código Napoleónico consideró a la Patria Potestad como un poder de protección de los padres hacia sus hijos.

4.-En El Siglo XIX.

Aparece la privación de la Patria Potestad por incumplimiento grave de los deberes por parte de los padres y se desarrolla el control judicial sobre ella.

Ejercicio Unilateral de la Patria Potestad

La Patria Potestad es una noción ligada a la minoría de edad y estando conformada por un conjunto de derechos, prerrogativas y obligaciones reconocidas legalmente a los padres respecto a los hijos menores no emancipados, encierra una cantidad de poderes atribuidos al padre y a la madre. Aguilar Gorrón dona la define como “El régimen de protección de los menores no emancipados donde la protección de éstos, está encomendada a sus padres”.

Caracteres de la Patria Potestad.

Relaciones jurídicas emergentes de la Patria Potestad: Legislaciones y autores especializados coinciden en incluir una serie de funciones, prerrogativas y relaciones que informan el ejercicio de la autoridad de los padres. A los efectos expositivos, se los ha dividido en fines personales y fines patrimoniales, abarcativos de derechos y deberes, siempre respecto de la persona del hijo menor de edad no emancipado.

Constituye una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. La patria potestad no deriva del matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley; esto es, que se funda en las relaciones paterno-filiales independientemente de que éstas nazcan dentro o fuera del matrimonio.

El artículo 347 de la LOPNNA dice: «La Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos, de manera que comprende: La guarda, representación y administración de los bienes de los hijos sometidos a ella».

La Patria Potestad se ejerce por igual por ambos padres, estos tienen iguales derechos para este ejercicio, mas, esto no significa que siempre deban ejercerla conjuntamente, sino que, a falta de uno de los padres, el que queda puede ejercerla totalmente.

Consecuencias que se derivan de ella

- Nombre civil.-Lo determinan los padres, quienes le transfieren además el apellido a sus hijos.
- Responsabilidad de crianza. Es la responsabilidad de los padres de mantener, educar, custodiar, vigilar, aplicar correctivos adecuados e instruir a sus hijos menores y a los mayores cuando éstos se encuentren impedidos de satisfacer sus necesidades. Art 282 C.C y 30, 358 y Sigs LOPNNA.
- Honra y respeto de los hijos a sus padres.

- Visitas. (Convivencia familiar, según la LOPNNA). Los padres tienen derecho a la convivencia familiar inclusive si no ejercen la Patria Potestad, Art 385 LOPNNA, Se trata de un derecho recíproco y los hijos tienen derecho al contacto con sus padres.
- Obligación alimentaria. La LOPNNA regula la obligación alimentaria de los padres respecto a sus hijos sometidos a su potestad, y se extiende a los hijos que aun siendo mayores si padecen de deficiencias físicas o mentales que los incapaciten para proveer a sus necesidades o cuando se encuentren cursando estudios que le impidan ejercer trabajos remunerados, en éste caso la obligación alimentaria se extiende hasta los 25 años de edad. Art 366 y 367 LOPNNA.
- Derechos sucesorales. Los padres tienen derecho por Ley a suceder a sus hijos y viceversa. (Herederos legitimarios o forzosos).
- Poderes de los padres en relación a los viajes que realicen sus hijos sometidos a su potestad.
- Funerales y sepultura. Los padres tienen el derecho de disponer de los funerales y sepultura de sus hijos y viceversa, como efecto directo de la filiación.

Características

- 1.-Se aplica como un régimen de protección a los menores no emancipados. La Patria Potestad es el régimen de protección que ofrece mayores garantías para la protección de los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de protectores naturales de estos.
- 2.-Es obligatoria. Los padres tienen por Ley la Patria Potestad de sus hijos no emancipados, a menos que la misma ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.

3.-Es personal e intransmisible. Son los padres quienes deben ejercerla, son los garantes de la protección de los hijos, a menos que la Ley los excluya de su ejercicio.

4.- Los padres son los protectores naturales de sus hijos en razón del afecto que normalmente tienen sobre ellos.

5.-Es de orden público, porque no puede ser modificada, renunciada, atribuida o regulada por la propia voluntad, sino en los casos en que la ley lo permita. Hay excepciones a este principio, por ejemplo, en caso de responsabilidad de crianza, los padres pueden disponer de la responsabilidad de crianza en el escrito de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, porque la ley lo permite. Art 360 LOPNNA.

6.- La Patria Potestad no puede coexistir con la tutela en la protección de una misma persona.

7.-Constituye una labor gratuita porque es un deber de los padres.

8.-La Ley les confiere a los padres mayores poderes sobre sus hijos que cualquier otro régimen de incapaces.

9.-El control del ejercicio de la Patria Potestad es mínimo en comparación a los otros regímenes de incapaces.

Ahora bien, según el Abg. Saison, define que la exclusión o suspensión de la patria potestad se trata de una solicitud graciosa de ejercicio unilateral de la patria potestad. Fundamentada, generalmente, en el desconocimiento del paradero de un progenitor (28, 30 LOPNNA y 262 CC).

La preeminencia de los derechos humanos y garantías constitucionales de la niñez y de la adolescencia en la perspectiva del principio del interés superior del niño, es pues la prédica

pendiente en la nueva doctrina de la Protección Integral, en la cual se ha basado desde el año 2000 la legislación sobre la niñez influenciada por la Convención sobre los Derechos del Niño que marcó un hito histórico en la cultura jurídica universal.

La vigencia de la nueva legislación en nuestro país coincidió con el proceso político y social que dio origen a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de inspiración progresista y humanista; de allí la estrecha relación entre el derecho de la niñez y el derecho constitucional. La libertad, la justicia y la paz como valores de una sociedad se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los integrantes de la familia.

En materia procesal la consagración de un proceso judicial basado en la oralidad, la gratuidad, la sencillez, y el desarrollo de los medios alternativos de resolución de conflictos como instrumento fundamental para la realización de la justicia. En materia sustantiva, el derecho al buen trato que preconiza la crianza basada en el amor y la censura total a la

violencia, proscribiéndose para siempre los castigos físicos y humillantes; el derecho a ser, vivir, ser criados o criadas en una familia natural o sustituta como espacio fundamental para su desarrollo integral; la prohibición de separar a los niños, niñas y adolescentes por motivos de pobreza u otros supuestos de exclusión social; el carácter excepcional de último recurso y mínima duración de las medidas que impliquen la separación familiar; y, el derecho a ser respetado por el personal docente por cuanto el proceso de aprendizaje debe estar basado en el amor, el afecto, la comprensión mutua, la identidad nacional, el respeto recíproco a creencias e ideas y la solidaridad.

El principio del interés superior es una de las ideas rectoras. Este principio se encuentra formulado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y expresamente acogido en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se dice que el reconocimiento de los derechos del niño ha conducido a lograr una nueva posición para los niños, que es la de existir como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 a 18 años (Zermatten, Jean 2003).

Cuando hablamos del principio del interés superior no nos referimos a lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, o a lo que el juez o jueza crean que es mejor para el niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños, porque los niños son sujetos plenos de derecho. El magistrado Cancado Trandade exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalaba con absoluta razón: “No basta afirmar que el niño es sujeto de derechos, importa que el niño o niña lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad”.

Con relación a las solicitudes que se realizan con fundamento en la referida norma del Código Civil, que autoriza a un progenitor a ejercer unilateralmente la patria potestad, que tal como se estableció, no fue derogada por la Ley que rige la materia de protección de niños, niñas y adolescentes, es decir, a asumir exclusivamente los atributos que ella comprende, exceptúa el régimen normal, tradicional y deseable de ejercicio conjunto de la patria potestad, fundado en razones extraordinarias y excepcionales, cabe preguntarse, cuál podría ser el interés jurídico o la utilidad práctica de obtener un reconocimiento judicial de

este tipo, basado en esta norma. A esta interrogante la Sala concluyó que no es otro que se habilite al progenitor que realiza tal solicitud, para que prescindiendo del consentimiento del otro o sin su autorización, pueda realizar libremente actos que incumben e interesan a ambos padres; que exceden la simple administración de los bienes de él o los menores de edad, para los cuales normalmente se requiere de la autorización de ambos padres; realizar alguna enajenación de algún bien del infante; solicitar la tramitación de documentos importantes (como el pasaporte); realizar viajes al exterior; cambiar la residencia del menor de edad al extranjero; en fin, cualesquier gestión para la que normalmente se requiere de la autorización de ambos y acerca de las cuales los entes públicos o privados, son muy celosos al solicitar el acuerdo y la manifestación conjunta de voluntad de los padres para los trámites de que se trate.

Advierte la Sala, en este sentido, que como quiera que con el dispositivo legal que comentamos, no se pretende desconocer de manera definitiva ni cuestionar la patria potestad, ni privar al no presente o a la persona imposibilitada de ejercerla, y habida consideración de que el legislador no señaló expresamente un procedimiento para su tramitación, el que se siga no debe ser complejo, ni puede tener contención, amén de que bajo ningún concepto puede una resolución judicial dictada con base en este artículo crear cosa juzgada material.

En este sentido advirtió la Sala que, en ausencia de una reglamentación legal para su tramitación, su propia naturaleza exige un trámite dinámico y expedito, pues, vista su utilidad práctica y sus limitaciones, no puede pretenderse que el mismo se tramite a través del mismo procedimiento que se emplea para los juicios ordinarios de privación de patria potestad, en vista de la necesidad inminente que eventualmente planteará el o la solicitante, cuyas circunstancias no permiten una demora.

Es decir que, lo correcto con la finalidad perseguida por el dispositivo es recurrir para su trámite a los procedimientos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. De otra parte, estima esta Sala que la mera posibilidad de producirse contención hace que la solicitud tramitada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria cese de inmediato; el solo hecho

de que comparezca ante el tribunal respectivo el otro progenitor determina que el juez, mediante decisión, ordene inmediatamente el cierre y archivo del expediente, si para el momento no ha emitido decisión definitiva, pues una interpretación armoniosa del dispositivo permite concluir en la imposibilidad de que se planteen o admitan contradicciones o disconformidades entre las potenciales contrapartes (progenitores), de tal modo que, la simple verificación por el juez del hecho objetivo reglado en el dispositivo legal, es lo que permite sin más consideraciones el otorgamiento de la habilitación; y es que ni siquiera la norma admite un contencioso eventual, pues de haberlo expiraría ipsofacto el procedimiento, del mismo modo que cesa el juicio del no presente cuando quien se tenía como tal, comparece o se obtienen en forma auténtica noticias de su existencia (véase artículo 424 del Código Civil), toda vez que de su contenido se desprende que debe plantearse una mera solicitud y no un juicio contencioso, ni siquiera con un contencioso eventual.

La Sala igualmente preciso advertir a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que, en aras de hacer más útil y efectivo el instituto contemplado en el aludido artículo 262 del Código Civil, ante la ausencia de un texto expreso que establezca el procedimiento a seguir, con el propósito de unificar criterios, resulta conveniente que tales solicitudes, de ejercicio unilateral de la patria potestad, se tramiten conforme a lo establecido en el artículo 517, que forma parte del Capítulo VI que regula el procedimiento de jurisdicción voluntaria en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, empero, como se estableció, será preciso que el Juzgador o juzgadora sea acucioso y exhaustivo con el material probatorio, y deberá tener como

norte la búsqueda de la verdad, de conformidad con los principios de primacía de la realidad y libertad probatoria que caracterizan los procedimientos previstos y regulados por la aludida Ley Orgánica. En tal virtud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Valga aquí la importancia y el interés que tiene el Estado y su ordenamiento jurídico en la permanencia, el mantenimiento y fomento del óptimo funcionamiento de las instituciones familiares; entre ellas, la patria potestad y su incumbencia al orden público. De donde se colige que el Estado debe tutelar el magnífico funcionamiento de las relaciones familiares y sus instituciones. Cabe destacar entonces, que el juez debe ser cauteloso en el tratamiento de este tipo de institutos, como el previsto en el artículo 262 del Código Civil, a los fines de evitar el empleo de dicha norma para fines distintos a los en ella previsto o por lo menos a las exigibles de acuerdo a una interpretación armoniosa de las normas aplicables. Sin que al mismo tiempo se coarte la posibilidad de hacer uso de ese mecanismo de manera rápida y efectiva a quien realmente necesita o le urge hacerlo valer.

Bases Legales

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Este artículo le garantiza a todo ciudadano que pueda acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Artículo 75: El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Este artículo hace referencia en el sentido de que las jefaturas de las familias pueden ejercerlas las familias homoparentales, y los niños, niñas y adolescentes nacidos en estas familias tienen la protección del estado al igual que cualquier otro niño que haya nacido dentro de una familia tradicional.

Artículo 78: Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Tratados Internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

El presente artículo claramente nos demuestra que, todo lo relativo a la materia de protección de niños, niñas y adolescentes se regirá por Tribunales especiales y que el

Estado garantizara a través del sistema rector el fiel cumplimiento de los derechos y garantías que gozan éstos.

Ley Orgánica para la Protección del Niño Niña y del Adolescente

Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad.

Artículo 349: La Patria Potestad sobre los hijos e hija común habido durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos e hijas, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del Artículo 177 de esta Ley.

Este expresa claramente que son los padres, los que tienen la facultad de ejercer el derecho y el deber de la patria potestad, y que este se debe llevar en mutuo acuerdo y armonía, y que en dado caso que eso no pueda cumplirse, y se hayan agotados sus recursos o métodos a los cuales acuden en este tipo de situaciones cualquiera de los dos puede ir a el Tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes.

Artículo 350: Titularidad fuera del matrimonio y de las uniones estables de hecho. En los casos de hijos e hijas comunes habidos fuera del matrimonio o de las uniones estables

de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, la Patria Potestad corresponde y la ejercen conjuntamente el padre y la madre. Cuando el padre y la madre ejerzan de manera conjunta la Patria Potestad, los desacuerdos respecto de los hijos e hijas se resolverán conforme con lo previsto en el artículo anterior.

Este artículo se refiere a las parejas que tienen hijos y no están casados, y no viven juntas, es estos casos la patria potestad de igual manera la ejercen en conjunto la madre y el padre, y que cuando haya desacuerdo se aplicara lo mismo que dicta el artículo anterior, que se refiere a los padres pueden acudir a los tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Artículo 351: Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio.

En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el juez o jueza debe dictar las medidas provisionales, en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes.

Parágrafo Primero: Cuando el divorcio se solicita de conformidad con la causal prevista en el Artículo 185-A del Código Civil, los cónyuges deben señalar quién ha ejercido la Custodia de los hijos e hijas durante el tiempo que los padres han permanecido separados o separadas de hecho, así como la forma en que se viene ejecutando la Obligación de Manutención y el Régimen de Convivencia Familiar, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez o jueza a los fines consiguientes.

Parágrafo Segundo: Si el divorcio o la separación de cuerpos se declara con lugar, con fundamento en alguna de las causales previstas en los ordinales 4° y 6° del Artículo 185 del Código Civil, se declarará extinguida la Patria Potestad al o la cónyuge que haya incurrido en ellas, sin que por ello cese la Obligación de Manutención. En este supuesto, la Patria Potestad la ejercerá exclusivamente el otro padre o madre. Si éste se encuentra impedido o impedida para ejercerla o está afectado o afectada por privación o extinción de la misma, el juez o jueza abrirá la Tutela y, de ser el caso dispondrá la colocación familiar.

En este particular se aclara como se manejará el tema de la patria potestad en caso de divorcio o separación de cuerpos, y dice que cuando la patria potestad sea concedida también pasaran totalmente al titular toda la responsabilidad, todo esto con los hijos que sean menores de 18 años, o los que siendo mayores de esas edades estén inhabilitados o con gran discapacidad.

En el parágrafo primero expresa que, si el divorcio es por causa de lo expresado en el artículo 185 A, que se refiere a Adulterio, se debe expresar quien es el que ha ejercido la custodia de los hijos mientras estos han estado separados.

En el párrafo segundo expresa que si el divorcio es pedido por que uno de los cónyuge prostituye o intenta hacerlo, al otro cónyuge o a sus hijos, o ya sea porque uno de los cónyuge tenga algún tipo de adicción, se declarara extinguida la patria potestad.

Artículo 352: Privación de la Patria Potestad: El padre o la madre o ambos pueden ser privados de la Patria Potestad respecto de sus hijos o hijas cuando:

- a) Los maltraten física, mental o moralmente.
- b) Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo o hija.
- c) Incumplan los deberes inherentes a la Patria Potestad.
- d) Traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
- e) Abusen de ellos o ellas sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
- f) Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos o hijas, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor o autora.
- g) Sean condenados o condenadas por hechos punibles cometidos contra el hijo o hija.
- h) Sean declarados entredichos o entredichas.
- i) Se nieguen a prestarles la obligación de manutención.
- j) Inciten, faciliten o permitan que el hijo o hija ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

El juez o jueza atenderá a la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de los hechos.

El artículo expresa claramente que tanto la madre como el padre pueden ser privados de la patria potestad, por el hecho de infligir en algunos de los actos ya mencionados.

Artículo 353: Declaración judicial de la privación de la Patria Potestad.

La privación de la Patria Potestad debe ser declarada por el juez o jueza a solicitud de parte interesada. Se considera parte interesada para interponer la correspondiente acción: el otro padre o madre respecto al cual la filiación esté legalmente establecida, aun cuando no ejerza la Patria Potestad y el Ministerio Público, actuando de oficio o a solicitud del hijo o hija a partir de los doce años, de los y las ascendientes y demás parientes del hijo o hija dentro del cuarto grado en cualquier línea, de la persona que ejerza la de (sic) la Responsabilidad de Crianza, y del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En todos los casos, la decisión judicial debe estar fundada en la prueba de una o más de las causales previstas en el artículo anterior.

Este artículo hace referencia a la patria potestad solo puede ser revocada, o privada a uno de los padres de un menor por un juez o jueza, a solicitud de una parte interesada, ósea el otro cónyuge, o familiar que este consciente de que el niño está siendo abusado física o moralmente o que por alguna causal mencionada en el artículo anterior. Este artículo también expresa, que la persona interesada, puede ser ascendientes u otros familiares de los hijos dentro de 4 grados o que también pueden pedir la privación de la patria potestad un hijo que sea mayor de 12 años en procedimiento a través de Ministerio Público lo cuales se deberá presentar pruebas que sustenten lo acontecido.

Artículo 354: Improcedencia de la privación de la Patria Potestad por razones económicas.

La falta o carencia de recursos materiales no constituye, por si sola, causal para la privación de la Patria Potestad. De ser éste el caso, el niño, niña o adolescente debe permanecer con su padre y madre sin perjuicio de la inclusión de los mismos en uno o más de los programas a que se refiere el artículo 124 de esta Ley.

Este artículo se refiere, a que los padres sean de bajos recursos económicos, no constituye motivo para, revocar, o privar la patria potestad.

Artículo 355: Restitución de la Patria Potestad.

El padre o la madre privados de la Patria Potestad pueden solicitar que se le restituya, después de dos años de la sentencia firme que la decretó. La solicitud debe ser notificada al Ministerio Público y, de ser el caso, a la persona que interpuso la acción de privación o al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El juez o jueza, para evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad, debe oír la opinión del hijo o hija, la del otro padre o madre que la ejerza y la de la persona que tenga la Responsabilidad de Crianza del hijo o hija, según el caso.

La solicitud de restitución de la Patria Potestad debe estar fundada en la prueba de haber cesado la causal o causales que motivó la privación.

Es decir; que la privación de la patria potestad no es irrevocable, la persona sancionada puede solicitar que esta se le restituya, cuando ya hayan pasado dos años de la sentencia firme, solicitud que debe ser canalizada a través de Ministerio Público, y se le tiene que informar a la persona

interesada que actúo en primer lugar que se le privara la patria potestad, y en este caso, la opinión del hijo o hija tiene que ser oída.

Artículo 356: Extinción de la Patria Potestad: La Patria Potestad se extingue en los siguientes casos:

- a) Mayoridad del hijo o hija.
- b) Emancipación del hijo o hija.
- c) Muerte del padre, de la madre, o de ambos.
- d) Reincidencia en cualquiera de la causal es de privación de la patria potestad, previstas en el artículo 352 de esta ley.
- e) Consentimiento legal para la adopción del hijo o hija, excepto cuando se trate de la adopción del hijo o hija por el otro cónyuge.

En los casos previstos en los literales c), d) y e), la Patria Potestad puede extinguirse sólo respecto al padre o a la madre.

En este artículo indica cuales son los casos por los que la patria potestad se puede extinguir, ya sea por los casos que se acaban de mencionar, o por los establecidos en el artículo 352 de esta ley, igualmente señala que la patria potestad puede extinguirse en uno solo de los conyugues.

Artículo 357: Competencia judicial, la privación, extinción y restitución de la Patria Potestad deben ser decididas por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siguiéndose, para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo IV de este título. (Procedimiento Ordinario).

Este expresa, que cualquier cambio respecto a la patria potestad, deben ser decididos por los Tribunales de protección de niños, niña y adolescente, llevando a cabo el procedimiento expresado en la presente ley.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 25, numeral 20: La Sala es competente para el conocimiento de las acciones autónomas de amparo constitucional contra las decisiones que dicten, en última instancia, los Juzgados Superiores de la República, salvo de las que se incoen contra los Juzgados Superiores en materia contenciosa administrativa.

Claramente podemos observar que nuestro ordenamiento jurídico establece que la Sala Constitucional es competente en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes por su carácter vinculante.

Código Civil venezolano

Artículo 262: En caso de muerte del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, si se hallare alguno de ellos sometido a tutela del entredicho, de haber sido declarado ausente, de no estar presente o cuando por cualquier motivo se encuentre impedido para cumplir con ella, el otro progenitor asumirá o continuará ejerciendo sólo la patria potestad; pero si había sido privado de la misma por sentencia o decisión judicial, no podrá hacerlo sino después que haya sido autorizado o rehabilitado por el mismo tribunal.

Artículo 420: Desde que ocurra presunción de ausencia de uno de los padres, el otro ejercerá la patria potestad, y si éste ha fallecido, o estuviere en la imposibilidad de ejercerla, se abrirá la tutela.

Definición de términos

Custodia: Bajo este término, queda comprendidas las funciones de guarda y direccionamiento de la vida del hijo menor de edad a medida que van adquiriendo una mayor autonomía personal. La guarda se ha caracterizado como el poder de los padres de tener a los hijos consigo, que se traduce en la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar.

Familia: Es el conjunto de personas unidas por vínculos de matrimonio, parentesco o adopción. Es considerada como una comunidad natural y universal con base afectiva, que influye en la formación del individuo y tiene interés social. Se dice que es universal, ya que a lo largo de la historia, las civilizaciones han estado formadas por familias. En todos los grupos sociales y todos los estadios de la civilización, siempre se ha encontrado alguna forma de organización familiar. La familia se ha modificado con el tiempo, pero siempre ha existido, por eso es un grupo social universal, el más universal de todos.

Fraude de ley o fraude a la ley: Es la realización de una estafa o fraude por medio de un acto o negocio jurídico amparándose en una normativa existente con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos, que, no siendo los propios de esa norma, sean además contrarios a otra ley existente del ordenamiento jurídico. El fraude de ley puede suponer la nulidad de la norma aplicada si es contraria al ordenamiento jurídico superior.

Patria Potestad: (en latín: patria potestas), es una institución jurídica originada en la antigua Roma, adoptada por algunos países con diversos alcances, para regular las relaciones entre el padre y en las últimas décadas también la madre, con sus hijos no emancipados. El sistema fue creado por el Derecho romano, estableciendo el poder exclusivo del padre (pater familiae) sobre

los hijos, integrándose con el poder que el pater familiae también ejercía sobre su esposa y sus esclavos.

Sentencia: Es la resolución judicial definitiva dictada por un juez o tribunal que pone fin a la litis o caso sometido a su conocimiento y cierra definitivamente su actuación en el mismo. La sentencia definitiva no queda firme o "ejecutoriada", hasta sea confirmada al finalizar todas las instancias de revisión, mediante los recursos de apelación establecidos en la ley de procedimientos. Para dar por concluido un caso es necesario que exista sentencia definitiva firme. En el procedimiento penal, debido a que tiene dos etapas, la primera de investigación y la segunda de juicio, solo puede establecerse la culpabilidad de una persona

mediante sentencia definitiva dictada en el juicio, habitualmente oral, una vez que la misma ha quedado firme.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

Tipo de investigación

Para Finol y Nava (1996) La investigación documental es el proceso sistemático de búsqueda, selección, lectura, registro, organización, descripción, análisis e interpretación de datos extraídos de fuentes documentales existentes en torno a un problema, con el fin de encontrar respuestas a interrogantes planteadas en cualquier área del conocimiento humano. Es una indagación bibliográfica, debido a que puede incluir una amplia gama de fenómenos, ya que no solo tiene que basarse en los hechos a los cuales él investigador tiene acceso de un modo directo, sino que puede extenderse para abarcar una experiencia mayor.

La presente investigación es de tipo documental, por cuanto el objetivo de esta investigación documental consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y aptitudes predominantes a través de la interpretación y análisis de textos, teorías, procesos y leyes. (Van Dalen, D y Meyer, W. 2007).

Comprende, además, de la recolección de datos, el análisis de la interpretación de la naturaleza actual y la composición o procesos, relaciones internas y externas de los hechos o fenómenos objetos del estudio, su grado de acercamiento hacia la explicación definitiva del problema a investigar es bastante alto. (Tamayo y Tamayo 1.995). Por tanto, en esta

investigación se abórdala problemática que pudiera estarse presentando en la práctica forense, donde el ejercicio unilateral de la Patria Potestad puede ser un fraude a la Ley, por lo que este es el tipo de investigación que más se adecua a las exigencias del problema de estudio.

De acuerdo a la naturaleza de la información a recolectar se considera una investigación documental en concordancia de lo planteado por Fino T y Nava H. 1994. Se seguirá un proceso de búsqueda, selección, lectura, registro, organización, descripción, análisis e interpretación de datos extraídos de fuentes documentales existentes, en torno al problema con el fin de hallar las respuestas a las interrogantes planteadas en la formulación de los objetivos de la presente investigación.

Según Arias, (2006), La investigación documental es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos.

Por otro lado Francisca Hernández de Canales en su libro "Metodología de la investigación" nos explica la investigación analítica: Es un procedimiento más complejo con respecto a investigación descriptiva, que consiste fundamentalmente en establecer la comparación de variables entre grupos de estudio y el control sin aplicar o manipular las variables, estudiando estas según se dan naturalmente en los grupos.

En este caso en concreto, la normativa legal vigente en la República Bolivariana de Venezuela aplicable en el tópico está constituida por: Constitución Nacional, Código Civil, Ley Orgánica

para la Protección del Niño Niña y del Adolescente, entre otros. Así como sentencias emanadas de las Salas Constitucional y Casación Social respectivamente.

3.2 Diseño de Investigación

La presente investigación es de tipo documental, ya que sirven para analizar como es y cómo se manifiesta un fenómeno y sus componentes. Permiten detallar el fenómeno estudiado básicamente a través de la medición de uno o más de sus atributos. La misma persigue ofrecer los rasgos característicos del objeto de estudio, su conformación, así como el aporte de nuevos e interesantes conocimientos a igual que cualquier otro tipo, por lo que se considera fundamental realizarla sobre elementos reales y determinantes que deben ser estudiados y diagnosticados sobre una base jurídica distinta a la sostenida.

El diseño de la investigación es de carácter documental descriptivo no experimental el cual permite recoger datos respecto a la problemática que pudiera estarse presentando en la práctica forense, donde el ejercicio unilateral de la Patria Potestad puede ser un fraude a la Ley, a través de textos, investigaciones anteriores respecto al caso en particular, estudiadas para el momento.

El diseño de la investigación es no experimental porque el problema será estudiado tal como se da en su contexto natural no habrá manipulación intencional de variables.

Fases Metodológica:

De acuerdo al tipo de investigación el proceso metodológico de tipo documental, se desarrolla en diferentes fases que se deben descubrir sistemáticamente para alcanzar los objetivos que se han propuesto. El presente Trabajo de Grado, se efectuó en tres (3) fases a saber:

Fase I. ENUMERAR LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA PROBLEMÁTICA FORENSE EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD UNILATERAL COMO FRAUDE DE LA LEY.

Fase II. ANALISIS DE LA SENTENCIA N°284 DE LA SALA DE CASACION SOCIAL.

Fases III. DETERMINAR LOS FACTORES DE PROCEDIMIENTOS QUE UTILIZAN LOS PADRE O MADRE PARA CAUSAR UN FRAUDE EN LA LEY Y OBTENER EL EJERCICIO UNILATERAL DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPÍTULO IV RESULTADOS

Fase I. ENUMERAR LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA PROBLEMÁTICA FORENSE EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD UNILATERAL COMO FRAUDE DE LA LEY.

En base al estudio realizado podemos mencionar las normas establecidas que indican el ejercicio unilateral de la patria potestad:

1. La Constitución de la República Bolivariana De Venezuela Gaceta Oficial

Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999:

Capitulo V. De los Derechos Sociales y de las Familias.

2. Convención sobre los Derechos Del Niño 20 de Noviembre 1989:

En su artículo 5 establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

En el artículo 9 esta misma ley dispone: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en

que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

3. Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas y Adolescentes Gaceta Oficial N° 6.185 del 08 de Junio 2015.

Capitulo II. Patria Potestad.

4. Código Civil Venezolano Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982:
Artículo 262 Patria Potestad.

Fase II. ANALISIS DE LA SENTENCIA N°284 DE LA SALA

CONSTITUCIONAL.

Por lo que establece la sala constitucional n°284 del tribunal supremos de justicia podemos definir primeramente que la patria potestad es una institución que se encarga de velar por el bienestar del niño niña y adolescente, y también de garantizar la mejor forma de emprender la dirección y orientación de los padres respectos a sus hijos.

La sala constitucional antes de dictar su fallo contra la solicitud de la ciudadana Ruth Desiré constato que el fraude a la ley se puede iniciar cuando dicha institución en ocasiones vulnera los Derechos Constitucionales que se encuentran establecidos en el artículo 49 que indica el debido proceso, el artículo 26 que indica que todo ciudadano tiene derecho a la tutela judicial efectiva.

Además, el fraude a la ley, lo realiza la parte accionante cuando busca desvirtuar aquellos alegatos en contra del otro progenitor.

¿Cómo se puede hacer este tipo de fraude? Cuando esta haga una falsa atestación ante un funcionario público, es decir la acción que tomo la ciudadana Ruth Desiré cuando negó no saber del paradero del progenitor del niño

Es importante considerar que la decisión realizada por la jueza decima de primera instancia donde favoreció a la ciudadana Ruth Desiré, permitiéndole ejercer la patria potestad unilateral del niño, evidentemente se puede ver que hubo un mal procedimiento

por parte de la jueza ya que su deber fue notificarle al ciudadano Miguel Rangel por lo ya descrito, sobre esta acción impuesta por la ciudadana Rut Desiré.

El progenitor al enterarse de ese acontecimiento recurre al juzgado superior primero circuito judicial lopnna, donde apela la decisión tomada por la jueza de primera instancia. Donde alega que la ciudadana Ruth si conocía de su paradero y que aparte de eso mantenían comunicación constantemente.

Entonces la sala concluye primeramente que existe una problemática en el ejercicio de la patria potestad unilateral, indicando que lo establecido en el artículo 262 del código civil venezolano, se utilizó para favorecer a la parte autora que viene siendo la ciudadana Ruth Desiré, ya que su objetivo fue irse de viaje con el niño sin autorización alguna del progenitor.

Fases III. DETERMINAR LOS FACTORES DE PROCEDIMIENTOS QUE UTILIZAN LOS PADRE O MADRE PARA CAUSAR UN FRAUDE EN LA LEY Y OBTENER EL EJERCICIO UNILATERAL DE LA PATRIA POTESTAD.

Es importante destacar que se está utilizando el referido precepto para conseguir efectos diferentes a los perseguidos por el legislador, en fraude a la Ley, para de esta forma evitar que se aplique el procedimiento establecido para obtener:

- las autorizaciones en los casos donde uno de los padres pretende cambiar la residencia del niño
- Obtener una autorización para viajar, siendo el objetivo real del dispositivo, ofrecer un instrumento útil, cuando no se tiene la presencia física de uno de los titulares de la patria potestad.
- Para vender
- O quiere sustraerse deliberadamente del régimen normal de ejercicio conjunto de la patria potestad

Por lo anteriormente descrito, podemos deducir que, en la práctica forense, el ejercicio unilateral de la patria potestad puede ser un fraude a la ley, ya que como pudimos

constatar en algunos casos se puede vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en el ordenamiento jurídico venezolano, convirtiendo al niño, niña y adolescente en víctima de la potestad de sus padres, madres, representantes o responsables.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

De los resultados anteriormente mencionados o descritos, podemos concluir que, el ejercicio de la patria potestad por los padres es el reconocimiento que realiza el ordenamiento jurídico para atribuirle a éstos facultades, derechos y deberes en beneficio de los hijos e hijas y que caracterizan la relación parental, de tal manera que, garantiza la mejor forma de emprender la dirección y orientación por sus padres de sus hijos menores de edad. Su ejercicio en Venezuela recae conjuntamente en ambos progenitores, por ordenarlo así el artículo 349 de la mencionada Ley Orgánica, siendo el caso que solamente de manera excepcional puede perderse, bien por uno solo de ellos o por ambos, sin que medie una forma que extinga su ejercicio (mayoridad, emancipación o muerte del hijo; reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la patria potestad, previstas en el artículo 352 de la aludida Ley Orgánica o consentimiento para la adopción. La patria potestad constituye una institución particular en cuya vigencia el estado se encuentra especialmente interesado, siendo la regla generalizada el que todos los niños, niñas y adolescentes estén sometidos a ella y sólo de manera excepcional se encuentren sujetos a un régimen distinto.

Ahora bien, en la institución de la patria potestad, existe la posibilidad de ejercer la misma de manera unilateral en casos bien específicos por uno de los padres, más sin embargo, en la acción de incoar la misma, se puede presentar la vulnerabilidad de ciertos derechos y garantías consagrados en el ordenamiento jurídico venezolano, incurriendo así en una franca violación de los mismos, entre los cuales podemos destacar el debido proceso, el derecho a la defensa así

como la tutela judicial efectiva, entre otros; a la figura de alguno de los padres, como de los niños, niñas y adolescentes, por lo que esto se consideraría un fraude a la Ley, en virtud de que no se respetarían los procedimientos establecidos en la Ley.

Estas situaciones jurídicas pueden desencadenar como consecuencias problemas de orden social y psicológico en el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, lo que desencadenaría en el transcurrir del tiempo un ineludible fracaso en su proyecto de vida

Recomendaciones

- Û Efectuar en materia de Niños, Niñas y Adolescente la correspondiente asesoría jurídica a través del Sistema Rector, a los padres o representantes que por alguna situación tengan la imperiosa necesidad de incoar una acción de ejercicio unilateral de la patria potestad, con la finalidad de servir de ante terceros.

- Û Respetar los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes consagrados en la Ley por parte de sus padres, madres, representantes o responsables, al momento de efectuar en la práctica forense la solicitud del ejercicio unilateral de la patria potestad.

- Û Idear a través del legislador, un mecanismo que permita profundizar más a fondo los procedimientos jurídicos a seguir en caso de incoar una acción en la práctica forense del ejercicio unilateral de la patria potestad a fin de no permitir que se presenten lagunas jurídicas que dieran lugar a posibles violaciones o fraudes a la Ley.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

Arias, Fidias. **El Proyecto de Investigación**. Editorial Episteme.

Cabanella de Torres, Guillermo. 1.979. **Diccionario Jurídico Elemental**. Editorial Heliasta.

.Gustavo Adolfo Bravo (2013). **En su trabajo titulado: Incumplimiento de la obligación de manutención como causal para la privación de la patria potestad**. Presentado en la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela.

Carmen Zuleta de Merchán. **El derecho de la niñez y la adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional**. Tribunal Supremo de Justicia. 2012-2016.

Hernández Cervantes, Gonzalo. **La pérdida de la patria potestad y el interés del menor**. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. España. 2010

Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. 1985.

González P. (2014), “**El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído**” Universidad de Murcia. Departamento de Derecho Civil.

M.A. (2016), **Privación de la Patria Potestad. Su Función Como Medida Protectora del Interés Superior Del Menor**. Perú.

Rocio Aviles (2013), **la patria potestad y la tutela**. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela

Santiago E. (2017), “**La Patria Potestad en la Legislación Ecuatoriana**”.

Sentencia N° 284 de Tribunal Supremo de Justicia – Constitucional de 30 de Abril de 2014.

Referencias Normativas

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. Gaceta Oficial N° 5.453 DEL 24/03/2000. Caracas

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes Gaceta Oficial N° 6.185 del 08 de Junio 2015.

Código Civil de Venezuela Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

Código de Procedimiento Civil de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

Sala Convención de los Derechos del Niño 20 de Noviembre 1989.