

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**La Declaración judicial de privación de la patria potestad y su protección al principio del interés superior del niño al aplicar el numeral 5 del artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada

**Autor:**

Carmen del Rocío Panjón Tenecota

**Director:**

Marco Antonio Machado Clavijo

ORCID:  0000-0002-2603-8993

Cuenca, Ecuador

2024-02-29

## Resumen

La elaboración del presente trabajo de titulación se enfoca en analizar como la causal quinta de la figura jurídica de privación de la patria potestad regulada en el artículo 113 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, brinda protección al principio del interés superior del niño, niña y adolescente. Nuestro estudio se focaliza en examinar cuál es el alcance de esta causal respecto a dos situaciones, que podrían poner en riesgo el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, como es; el mal uso de la de la causal quinta y la mala interpretación de la causal por parte de abogados y jueces, quienes, entienden a la causal como una suerte de analogía con la causal primera de suspensión de la patria potestad; cuestión que buscaremos resolver con el fin de prevenir confusiones futuras en los profesionales de derecho. Las técnicas de investigación a aplicarse será la investigación cualitativa, siendo la entrevista un instrumento técnico cuyo objetivo será obtener datos que permitan dar respuesta a las preguntas de la investigación; será practicada a los abogados en libre ejercicio de la profesión y a los jueces dentro de la rama del derecho de familia mujer, niñez y adolescencia que conocen y tramitan las acciones. Durante la entrevista, se formularán las respectivas preguntas y el entrevistado las responderá.

*Palabras clave:* protección al menor, responsabilidad parental, asesoramiento legal



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

**Repositorio Institucional:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

### Abstract

The preparation of this degree work focuses on analyzing how the fifth cause of the legal figure of deprivation of parental authority regulated in article 113 of the Organic Code of Children and Adolescents, provides protection to the principle of the best interests of the child. and adolescent. Our study focuses on examining the scope of this cause with respect to two situations, which could put at risk the principle of best interests of the child and adolescent, such as; the misuse of the fifth cause and the misinterpretation of the cause by lawyers and judges, who understand the cause as a kind of analogy with the first cause of suspension of parental rights; issue that we will seek to resolve in order to prevent future confusion among legal professionals. The research techniques to be applied will be qualitative research, with the interview being a technical instrument whose objective will be to obtain data that will allow answers to the research questions; It will be applied to lawyers in the free exercise of the profession and to judges within the branch of family law, women, children and adolescents who know and process the actions. During the interview, the respective questions will be asked and the interviewee will answer them.

*Key words:* protection of minors, parental responsibility, legal advice



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

## ÍNDICE

<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>11</b>
<b>Problema de investigación .....</b>	<b>11</b>
1.1 Planteamiento del problema .....	11
1.2 Formulación del problema: .....	13
1.2.1 Delimitación del problema .....	13
1.3 Objetivos de la Investigación .....	14
1.4 Justificación .....	14
1.5 Limitaciones .....	16
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>17</b>
<b>Marco Teórico Referencial .....</b>	<b>17</b>
2.1 Antecedentes Históricos .....	17
2.2 Definiciones de la Patria potestad.....	24
2.3 Sujetos de la Patria Potestad.....	25
2.4 La opinión del niño. ....	26
2.5 Principio de interés superior del niño. ....	28
2.6 Regulación en la legislación ecuatoriana respecto a la patria potestad y la privación de la patria potestad. ....	31
2.6.1. Características. ....	34
2.7. Análisis de la causal quinta de privación de la patria potestad.....	34
2.8 El mal uso y la errónea interpretación de la causal quinta por parte de Abogados y Jueces .....	39
2.9 La importancia de la intervención del equipo técnico en los casos de privación de la patria potestad .....	48
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>51</b>
<b>Presentación, análisis e interpretación de resultados .....</b>	<b>51</b>

3.1 Entrevista a Abogados litigantes dentro de la rama del Derecho de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca. ....	51
RESPUESTAS DEL PROFESIONAL 1 .....	51
RESPUESTAS DEL PROFESIONAL 2 .....	52
RESPUESTAS DEL PROFESIONAL 3 .....	53
3.1.1 Observaciones acerca de la entrevista realizada a los abogados litigantes dentro de la rama de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. ....	55
3.2 Entrevista a los Jueces dentro de la rama del Derecho de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca. ....	55
RESPUESTAS DE LA JUEZA TERESA CAPÓN.....	56
RESPUESTAS DEL JUEZ WILSON SOLIZ.....	59
RESPUESTAS DE LA JUEZA LOURDES YAMUNAQUE .....	61
3.2.1 Observaciones acerca de las entrevistas realizadas a los Jueces dentro de la rama de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. ....	64
3.3 Discusión de Resultados .....	66
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>69</b>
<b>Conclusiones y Recomendaciones.....</b>	<b>69</b>
Conclusiones .....	69
Recomendaciones .....	71
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>73</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>78</b>
Anexo A.....	78
Preguntas de la entrevista dirigida a los Abogados.....	78
Anexo B.....	79
Preguntas de la entrevista dirigida a los Jueces .....	79

## Abreviaturas

<b>ISNNA</b>	Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente
<b>CONA</b>	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño
<b>NNA</b>	Niño, Niña y Adolescente
<b>CIDH</b>	Convención Interamericana de Derechos Humanos
<b>CRE</b>	Constitución de la República del Ecuador
<b>COGEP</b>	Código Orgánico General de Procesos

## Agradecimiento

*"Es importante luchar y seguir adelante,  
siempre avanzando, incluso si es un paso a la vez." (A.D)*

Agradezco profundamente a Dios por brindarme salud y vida para culminar esta etapa muy importante en mi formación tanto profesional como personal.

A mi madre, quien, con su gran ejemplo de fortaleza y superación, me apoyó de manera incondicional, al punto de direccionarme adecuadamente para conseguir mis metas deseadas.

A mis hermanos, quienes, con su cariño, paciencia y palabras de aliento, me dieron fuerzas para seguir adelante sin decaer.

Eterna gratitud a la prodigiosa Universidad de Cuenca, al Consultorio Jurídico Cordero Moscoso y sus docentes, quienes impartieron sus valiosos conocimientos, mismos que surtirán fruto a lo largo de mi vida profesional.

Y, por último, pero no menos importante, me agradezco por trabajar muy duro y no haber decaído, por siempre dar lo mejor de mí y por haber superado cada uno de los momentos difíciles de mi vida.

## **Dedicatoria**

### **A mi amada madre, la señora Rosa Tenecota**

Por inculcarme buenos valores y formar la persona que soy en el presente y quien llegará a ser en un futuro.

### **A mi querido hermano mayor Jorge**

Por ser como mi padre, por brindarme su apoyo y por haber influido en mi formación.

### **A mi querido hermanito menor Lenin**

Por motivarme y acompañarme en aquellas noches largas y frías de estudio.

### **A mi adorada mamita (abuelita), la señora Angelita**

Por ser mi modelo de admiración y respeto.

**Son mi motivo de superación, los amo.**

## Introducción

Recordemos que los progenitores adquieren el compromiso de proteger, velar por su total bienestar y procurar una óptima formación integral en sus hijos e hijas, sin embargo, en nuestra sociedad se ha reflejado de manera significativa el incumplimiento de estos deberes por parte de los progenitores, particularmente de los padres.

Esta falta de compromiso en los padres/madres, trae como consecuencia la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), siendo necesario la presentación de acciones en contra del progenitor que incumple su obligación para con el menor de edad, como es el caso de la privación de la patria potestad. La causal quinta del artículo 113 del CONA es una de las causales que comúnmente se utiliza para privar la patria potestad, no obstante, para que se dé paso a la privación, se debe analizar minuciosamente cada caso en concreto, con el único objetivo de garantizar el principio de ISNNA, principio que obligatoriamente debe estar motivado en las decisiones de toda autoridad judicial.

De ahí que, el presente trabajo pretende analizar la declaración judicial de privación de la patria potestad y el alcance de la causal quinta del artículo 113 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA) - La manifiesta falta de interés en mantener con el hijo/a las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral - referente a la protección del principio del interés superior del niño, niña y adolescente (en posterior como principio de ISNNA).

Esta investigación estará comprendida por cuatro capítulos ordenados de la siguiente forma:

En el **capítulo I** vamos a encontrar el marco referencial, que abarca el planteamiento del problema, la justificación (Social y/o científico), los objetivos de la Investigación y las limitaciones que trae consigo el estudio del problema.

En el **capítulo II** se estudia la patria potestad, su origen y desarrollo; se analiza la privación de la patria potestad, su regulación en la normativa interna y su relación con el principio de interés superior del NNA. Del mismo modo, se realiza un análisis a la causal quinta del artículo 113 del CONA, respecto a dos situaciones: el mal uso tanto de la figura jurídica de privación de la patria potestad como de su causal quinta y; la mala interpretación de la causal por parte de abogados y jueces. Por último, se lleva a cabo un análisis respecto a la intervención de la oficina técnica y su importancia dentro de los procesos de privación de la patria potestad.

El **capítulo III** abarca todo lo referente al marco metodológico, se realiza entrevistas a abogados y jueces en torno al tema de investigación y finalmente se da una breve observación respecto a lo manifestado en las entrevistas.

En el **capítulo IV** encontramos las conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y los anexos del presente trabajo de titulación.

## CAPÍTULO I

### Problema de investigación

#### 1.1 Planteamiento del problema

A principios de la historia, el padre de familia tenía el absoluto poder de hacer con su hijo/a lo que ordene su capricho o voluntad, esto debido a que los niños, niñas y adolescentes eran vistos como objetos, sin embargo, con la evolución de la sociedad y a lo largo de la historia se ha dado lugar a tratados, declaraciones e instrumentos internacionales que tienen como fin salvaguardar y proteger a los menores de edad. Dentro del Derecho Internacional encontramos varios instrumentos internacionales, uno de los principales es la Convención sobre los derechos del niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, misma, que entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990; destacándose en ella el principio de interés superior del NNA.

Resulta significativo dentro del presente trabajo de titulación, realizar un análisis del principio del ISNNA, dado que con la introducción de este principio en los temas de familia, referentes a todos los casos donde se afectan los derechos e intereses que tienen que ver con los NNA, su presencia es indispensable dentro de las motivaciones que traen consigo todas las decisiones dictadas por la autoridad competente en los casos vinculados con los NNA, consecuentemente, la ausencia de este principio calificado como obligatorio, se transforma en una grave violación a los derechos e intereses de los menores de edad por parte del Estado, pues, no olvidemos que pertenecen a un grupo de atención prioritaria dentro de todas las sociedades, particularmente de nuestra sociedad ecuatoriana por mandato legal y convencional.

Con el principio de ISNNA se otorga legitimidad a la autoridad judicial y administrativa.

Así mismo, conforme lo señala Grosman (2004) “se deja en manos del juzgador tomar la decisión acorde a las pruebas e información que emanen de cada caso en concreto, con miras a garantizar el mejor interés del menor de edad.” (pág. 23)

Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el “interés superior” del niño adquiere la fuerza de una gestación normativa. (...) Si en un primer momento la lectura de cuál es dicho interés se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de ley o de neutralizar la aplicación de ciertos preceptos (Grosman, 2004, pág. 23)

Es de suma importancia que todos los jueces analicen cada caso minuciosamente, para evitar que se utilice un libreto como si fuese algo mecánico, de esta forma, se logra impedir que el principio sea una simple mención dentro de las decisiones, ya que, si en las acciones donde se involucran los derechos de niños, niñas y adolescentes no se examina de forma particular lo que resulta ser en realidad el mejor interés, se demuestra de forma evidente el mal uso y aplicación del principio como mandato de optimización.

Por otra parte, y con lo antes mencionado, es necesario señalar que por mandato de ley los progenitores son los primeros responsables en garantizar que los derechos reconocidos a todo NNA sean protegidos, debido a que, son ellos quienes ostentan la patria potestad o también conocida como autoridad parental la misma que surge por la filiación.

Resulta evidente que los progenitores con sus hijos comparten un vínculo biológico, del cual surge la obligación natural de cuidar de sus hijos, protegerlos y no desampararlos, a más de cumplir con aquellas relaciones afectivas, importantes y necesarias para la vida de todo menor de edad, estas relaciones en un primer momento deberían proporcionarse de una forma natural debido a que son propias de la naturaleza del ser humano, sin embargo, muchos son los casos donde estas relaciones están totalmente olvidadas, ya sea, por parte de uno o ambos progenitores, de tal manera, resulta inoperante seguir reconociendo la patria potestad al progenitor que no cumple con sus obligaciones, en vista de que la misma no solo está compuesta por obligaciones respecto al hijo sino también de derechos.

La patria potestad abarca derechos y obligaciones que deben ser cumplidos por los progenitores, y deben ser realizados en beneficio del menor de edad, es decir, tomando en cuenta el principio de interés superior del niño, empero, en muchos casos aquello no se aplica. Cuando existe un incumplimiento reiterado de dichos deberes y se llega a causar un daño físico o psicológico al menor de edad, es necesario activar mecanismos de protección para el NNA, uno de los mecanismos más utilizados es la figura jurídica de privación de la patria potestad, misma que contempla varias causales donde se determinan conductas que resultan gravosas y perjudiciales para el pleno cumplimiento de los derechos de los NNA.

Una de las conductas perjudiciales que tienen los padres con sus hijos es aquella falta de interés en conservar e impulsar las relaciones parentales que son necesarias para su desarrollo, a la mayoría nos resulta razonable que los progenitores deben protegerlos y cuidarlos, sin embargo, en muchos de los casos y en diferentes circunstancias son los primeros en ponerlos en situaciones de desprotección.

La falta de interés del progenitor es una conducta que afecta gravemente el desarrollo del hijo/a, es por ello, que en nuestro ordenamiento jurídico precisamente dentro del CONA encontramos esta conducta como una causal de privación de la patria potestad. No obstante, para que la causal sea aplicada de una forma adecuada, la misma debe ser analizada en relación a lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo posterior nos referiremos como CDN), que en su artículo 9.1 señala:

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 (CDN, 1989, artículo 9)

La figura jurídica de privación no debe observarse como un tipo de sanción a los progenitores, sino como una clase de medida de protección para los NNA, cuyo fin, es salvaguardar al menor de edad, sin embargo, en diversas situaciones esta finalidad no es del todo obedecida, por lo que, conlleva a la desprotección del verdadero interés del menor de edad. Así también, es importante analizar, cómo en ciertos casos, el mal uso de la figura jurídica de privación de la patria potestad y de su causal quinta, abandonan la finalidad por la que fueron reguladas, ya que, en ocasiones se aplica esta causal en situaciones vinculadas a conflictos adulto céntricos, que, pese a no estar vinculado con el NNA, termina vulnerando sus derechos. Del mismo modo, es importante analizar el verdadero significado de la causal quinta, ya que, debido a su aparente redacción, surge en abogados y jueces una errónea interpretación de la causal, pues vinculan su significado con una conducta diferente, regulada en una figura jurídica distinta como es la suspensión de la patria potestad.

## **1.2 Formulación del problema:**

¿Cuál es el alcance de la causal quinta de la figura jurídica de privación de la patria potestad en relación a la protección del principio del interés superior del NNA?

### **1.2.1 Delimitación del problema**

<b>CAMPO:</b>	Derecho
<b>ÁREA:</b>	Derecho de Familia
<b>ASPECTO:</b>	Analizar los fundamentos teóricos y prácticos referentes al tema planteado
<b>DELIMITACIÓN ESPACIAL:</b>	Se desarrollará dentro del espacio del cantón Cuenca
<b>DELIMITACIÓN TEMPORAL:</b>	Se desarrollará en el periodo comprendido entre septiembre hasta diciembre del año 2023

### 1.3 Objetivos de la Investigación

#### Objetivo General:

Analizar la causal quinta del artículo 113 de la privación de la patria potestad según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con la finalidad de determinar cuál es el alcance de su aplicación y cómo se garantiza el principio del interés superior del niño.

#### Objetivos Específicos:

- Justificar el planteamiento del problema teniendo en cuenta el estado del arte del tema a investigar.
- Analizar la patria potestad, su privación al aplicar la causal quinta, examinar dos situaciones; el mal uso de la de la causal quinta y la mala interpretación de la causal por parte de abogados y jueces.
- Determinar mediante la técnica cualitativa aquellos datos que permitan dar respuesta al objetivo planteado en el presente trabajo.

### 1.4 Justificación

Cuando los NNA sienten que la mayoría de sus necesidades fisiológicas o afectivas son satisfechas por sus progenitores, tienen una mayor oportunidad para destacarse en varios de los espacios que nos trae la vida. La buena convivencia de un menor de edad con sus progenitores le sirve de ayuda en su futuro, debido a que, estas relaciones crean en el hijo/a una mayor seguridad en sí mismo, ya que aprenden a manejar a la perfección sus emociones

y desarrollan de mejor manera sus relaciones sociales. Actualmente en nuestra sociedad la falta de uno de los progenitores, que particularmente suele ser la figura paterna se vuelve aún más normal en las familias de nuestro país, configurándose en una grave situación, en tanto que los NNA tienen derecho a pertenecer a una familia y a crecer en el seno familiar, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, que en una de sus disposiciones menciona el derecho sustancial a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos.

Es de vital importancia, dar atención a las distintas situaciones donde se vulneran los derechos de los menores de edad, ya que, al ser la generación del presente y los adultos del mañana, es deber, tanto del estado como de la sociedad, prevalecer los derechos e intereses reconocidos en nuestra Constitución y en los diferentes Instrumentos Internacionales, del cual nuestro Estado es parte. Todas esas conductas o comportamientos que los progenitores tienen con sus hijos como la falta de interés y la absoluta indiferencia, originan un grave daño a la personalidad de los NNA, pues, muchos de estos niños son víctimas de enfermedades psicológicas.

Comúnmente muchos menores de edad sufren de trastornos de personalidad, la persona que sufre este trastorno de personalidad tiene problemas para discernir y relacionarse en las diversas situaciones de la vida, así como para convivir con las personas. La ansiedad es otra de las consecuencias que trae consigo los problemas familiares; la ansiedad es una enfermedad grave y latente cuando existen sentimientos reprimidos, los mismos aparecen de forma desmedida en la vida cotidiana del menor de edad, este desbalance emocional de forma paulatina va afectando su funcionamiento y desarrollo integral; en el caso del rendimiento académico, este, va decayendo poco a poco afectando su nivel de educación, su desenvolvimiento y progreso.

Todos estos problemas y muchos más pueden estar presentes en la vida de un niño, niña o adolescente debido a la abdicación de los deberes que el progenitor está obligado a cumplir, sin mencionar el camino de los vicios al que pueden llegar a caer muchos de estos menores de edad que sufren de una carencia de interés y valoración de sus progenitores. Ante estos escenarios el Estado cumple un papel importante, ya que, al ser el garante de los derechos de todos los NNA, tiene como función desarrollar acciones tendientes a salvaguardar el bienestar de los menores de edad mirando el mejor interés del NNA.

Bajo este contexto, en Colombia nuestro país vecino, desde el 2011, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha desarrollado una campaña, denominada “Paternar”

Cuyo concepto se refiere a la crianza responsable y cuidado de los hijos/as por parte de la figura masculina. Es un modelo de educación, donde el padre al igual que la madre, tiene que participar en todas las etapas de vida de sus hijos, aquellas actividades nada tienen que ver con el aspecto económico, sino más bien a su papel en la crianza, que, por lo general solo está direccionado a la madre; así lo establece la página web “Seguros Bolívar (Seguros Bolívar, 2022).

Cuando hablamos de estas obligaciones es importante señalar que las mismas corresponden tanto al padre como a la madre y que ante el incumplimiento de estos deberes resulta necesario accionar con algunas de las figuras jurídicas que nuestro ordenamiento jurídico nos brinda.

En nuestro país son varios los casos que se tramitan dentro de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, respecto a la privación de la patria potestad y que se plantean bajo la causal quinta del artículo 113 del CONA, esto, debido al notable incumplimiento que el padre, la madre o ambos tienen frente a sus hijos menores de edad; subsecuentemente, la forma en la que se encuentra redactada la causal dentro de la ley, da lugar a que sea una de las causales que frecuentemente se utiliza para privar la patria potestad, de manera que, en la práctica la causal es objeto de inadecuadas interpretaciones por parte de los profesionales y del uso impropio por parte del progenitor que impulsa la acción, lo cual podría repercutir en la protección del interés del menor de edad.

## **1.5 Limitaciones**

Es menester reconocer que para la elaboración del presente trabajo existieron ciertas limitaciones que afectaron el desarrollo de la misma. Por ende, es importante hacer mención de cada una de ellas, la primera limitación la encontramos en el tiempo otorgado para culminar el proyecto de investigación, debido que, si bien el tema que se ha planteado ha sido abordado y analizado de manera general en anteriores trabajos, el objetivo real del trabajo de investigación va más allá de reproducir ideas ya implementadas, es por ello, que el límite de tiempo, conforma ser el mayor limitante para la culminación del trabajo de titulación, empero, se logró cubrir de manera fundamental el fin planteado.

Por otra parte, la información de apoyo recabada mediante las entrevistas, de cierta forma resultó compleja para el desarrollo del tema, esto debido a la falta de apoyo de algunos administradores de justicia que establecen requisitos largos y tediosos para poder entrevistarlos, sin embargo, se realizó lo necesario para socavar información útil y demostrar la finalidad del trabajo de investigación.

A pesar de la existencia de estas limitaciones, aconsejo a los lectores que se guíen del estudio realizado, pues, considero que representa una gran oportunidad para elaborar nuevas ideas en futuras investigaciones. Puesto que, es posible encontrar otros puntos con el cual se verá aún más enriquecido el trabajo. Por ende, se deja constancia que un trabajo de investigación jamás finaliza, solo se crean etapas en el vasto desarrollo del derecho.

## CAPÍTULO II

### Marco Teórico Referencial

#### 2.1 Antecedentes Históricos

##### ORIGEN.

Resulta necesario determinar el origen del término de patria potestad, que se remonta a la Antigua Roma. La Antigua Roma se regía por diversas costumbres y bajo un modelo patriarcal, la mujer no tenía mayor protagonismo, más que ser considerada, no como consorte o apoyo de vida del esposo, si no, como una descendiente más de este. (Ramos, 2020, pág. 8). Como resultado de las tradiciones de los ciudadanos romanos, únicamente el varón adulto podía ejercer la patria potestad sobre todos los integrantes de la familia y se lo denominaba pater familia, dicha costumbre tuvo más fuerza dentro de la sociedad romana debido a su regulación jurídica, reconociendo al pater familia como autoridad suprema dentro del seno familiar.

Los miembros de la familia no podían contar con autonomía propia, incluso la vida de cada uno de los integrantes estaba en manos del pater familias, pues, se estima que el pater o jefe de familia contaba con el poder suficiente para decidir el destino de cada uno de ellos, esa autoridad o poder era otorgado por la ley y las costumbres, y por ende tanto los hijos como la esposa le debían total respeto y obediencia.

Dentro del derecho romano, la figura de los hijos menores de edad se presenta como algo insignificante, pues, no contaban con ningún tipo de protección, tampoco eran vistos como seres humanos, los percibían como objetos o cosas del cual el jefe de familia podía disponer de ellos como le plazca. La vida de los hijos era gobernada por la potestad máxima y absoluta del padre, este, los sometía muchas de las veces a tratos inhumanos, cuya justificación emanaba del poder de corrección que traía consigo castigos duros y degradantes. Dichos castigos hoy en día resultan una grave y salvaje violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; tanta era la desprotección en aquellos tiempos, que el padre tenía el poder de abandonarlos, venderlos como esclavos e inclusive matarlos.

Para Ramos (2020) “El Matrimonio en Roma era una institución sumamente importante, pues, se le consideraba el fundamento principal para formar la familia y como consecuencia de esta, surgían las relaciones parentales.” (pág. 8) De igual manera, Ramos menciona que:

La figura de los hijos con el transcurso del tiempo ocupó un lugar esencial para demostrar que la familia no solo se construye bajo la institución del matrimonio, debido a que, las relaciones parento filiales, también surgen de otras figuras, principalmente de los hijos quienes no solamente pueden existir dentro del matrimonio. (Ramos, 2020, pág. 15)

En el derecho romano únicamente se consideraban como hijos aquellos nacidos dentro del matrimonio, esto demuestra una vez más la infinita indefensión por la que pasaban varios menores de edad en épocas romanas. En el derecho romano no existían causas para perder la patria potestad, más que solo la muerte del pater, lo que evidencia una fuerte protección a la institución jurídica y a la vez una grave y preocupante desprotección a los hijos.

## **Religión Cristiana. -**

Continuando con la evolución histórica de la patria potestad como institución jurídica, tenemos otro antecedente, el arribo de la Religión cristiana en la vida de las familias romanas.

Con la llegada del cristianismo se dieron ciertos cambios en el derecho romano, en particular, respecto de lo que se entendía como patria potestad y de aquellos derechos que el pater tenía sobre sus hijos, ya que los mismo no eran absolutos, desapareció en cierta medida esa facultad autoritaria y tiránica que tenía el padre sobre sus hijos, no podía abandonarlos, preñarlos, regalarlos y mucho menos matarlos, ahora el poder del padre tenía una nueva dirección, que era actuar a favor y en provecho de los hijos, incluso se dispuso penas para el pater que incumplía las disposiciones religiosas y cometía alguna acción que perjudique al hijo. (Ramos, 2020, pág. 9)

A pesar de la imposición de tales avances, al final se convirtió en una pantalla para encubrir a la religión cristiana, misma, que se convirtió en la fuente principal de abusos y explotaciones hacia la sociedad romana.

En el cristianismo, no se cambió la ideología respecto a la titularidad de la patria potestad, ya que, aún permanecía la idea que la misma debía pertenecer al varón, y que la mujer no podía ostentarla, pues se mantenía el pensamiento que una mujer

solamente puede ser valorada si ésta se mantenía o continuaba bajo la supervisión del jefe de familia.

(Ramos, 2020, pág. 11)

No se puede constatar que exista una mayor evolución con la venturosa llegada de la religión cristiana, pues, es ineludible que aquellas disposiciones religiosas descritas para “tratar de proteger” a los hijos menores de edad, continuaban atentando los derechos de todo niño, niña y adolescente. Por lo que, el cristianismo en un inicio si trajo consigo ciertas transformaciones en la sociedad romana, pero como en toda época donde el poder y la avaricia triunfa, terminó por convertirse en un gran escudo, para encubrir innumerables abusos, explotaciones y violaciones hacia los NNA, todo esto, con el único fin de sacar una buena tajada de riqueza, estatus y aprovecharse de esta manera de la sociedad ignorante.

En el cristianismo no hubo mayor avance respecto a las formas o causas en la que el pater familia podía incurrir y perder la patria potestad sobre los hijos, pues persistía la única forma con la que se perdía que era con la muerte del jefe de familia.

## **Reinado de Alfonso X.-**

En la época del reinado del Rey Alfonso X “El Sabio” aparecieron cuerpos normativos que tenían vigencia en todas las zonas del norte de Castilla, España, dichos textos regulaban dentro de varios aspectos aquellas situaciones que abarca el derecho de familia, entre las cuales se encuentra la institución de la patria potestad. (Ramos, 2020, pág. 11) Entre estos textos normativos se encontraba el Fuero Real, en él, se establecieron limitaciones a los derechos otorgados al pater familia, pues, prescribía que los padres no tendrán derecho a vender, abandonar, preñar, ni dar al hijo menor de edad a otra persona. (Ramos, 2020, pág. 12)

Del mismo modo, la facultad de dar muerte al hijo desaparece de manera paulatina en el denominado Fuero Juzgo, este texto está integrado por doce libros y es otro de los textos normativos que somete al pater familia a varias limitaciones, en su libro tercero que habla de la patria potestad prohíbe los actos de venta o abandono, como la de matar al hijo, pues, en este texto, el hecho de matar trae consigo ser sancionado con fuertes penas. Técnicamente se puede apreciar que estos dos libros legales frenaron los actos deliberados que tenía el jefe de familia para con sus hijos. En palabras de Ramos (2020) “Estos textos se caracterizaron por contener y basarse en valores éticos, morales y sobre todo legales.” (pág. 12)

## Las Siete Partidas. –

Las Siete Partidas fue un texto normativo redactado dentro del reinado del Rey Alfonso X. En este texto normativo, en cuanto al ejercicio de la patria potestad se sigue otorgando la titularidad al varón. Por tanto:

Se demuestra la persistencia de un sistema patriarcal, donde la mujer sigue teniendo un perfil bajo en la sociedad, y que su autonomía sólo persigue un sueño lejano, ya que, para ser tomada de cierta manera en cuenta en las relaciones sociales necesitaba vivir bajo la sombra de un hombre. (Ramos, 2020, pág.12)

Respecto a la situación de los hijos, este texto implica un aspecto innovador, dado que, dentro de las Siete Partidas se reconocen a los hijos ilegítimos y conforme a lo que establece Ramos (2020) “en esta clasificación encontramos a los hijos naturales; que son los hijos nacidos de una mujer que vive con el hombre, pero sin haberse casado aún.” (pág. 14-15)

También integran esta clasificación los denominados hijos Fornecidos; que hacen alusión a aquellos nacidos dentro de una relación entre parientes, o por adulterio. También tenemos a los hijos mánceres; son aquellos hijos nacidos de prostitutas y; los hijos Notos que son los nacidos de matrimonio, pero no son hijos del esposo de la mujer. (López, 2007).

Como puede notarse, las Siete Partidas a más de continuar con ciertas regulaciones que formaron parte de textos normativos como el Fuero Juzgo y el Fuero Real, dadas por el derecho romano y el cristianismo, también trajo consigo el reconocimiento de aquellos niños no considerados legítimos, de modo que, es un avance en la protección de los NNA en aquellas épocas; esto refleja que en el tiempo de vigencia de las Siete Partidas existió un mínimo, pero adelantado interés en la protección general de niños/as y no solo para los que eran considerados hijos legítimos. Poco a poco logramos ver una evolución referente a salvaguardar a ese pequeño grupo que conforma toda sociedad, esto, en vista de que a inicios solo se los apreciaba como objetos a libre disposición del páter familia.

Por otra parte, conforme lo establece Ramos (2020) es menester mencionar que:

Las normas, particularmente las referentes al derecho de familia, que fueron consideradas y entraron en vigencia en los países que comprendían la península ibérica, entre estos, España, tomaron igual protagonismo en los diferentes ordenamientos jurídicos de ciertos países de América del sur. (Ramos, 2020, pág.13)

Su justificación deviene de la conquista española que existió en varios de los países de Sudamérica, entre los cuales se encuentra nuestro país. El ordenamiento jurídico ecuatoriano pertenece al sistema jurídico del civil law, en razón de que compartimos con varios de los países de la Europa occidental un mismo origen jurídico.

Con respecto a la posible privación de la patria potestad dentro de las Siete Partidas, es lógico establecer que la misma se pierde únicamente con la muerte del páter familia, ya que, las partidas siguen el modelo Romano. Según Alfonso Otero (1936), la patria potestad sigue siendo un poder absoluto del padre (pág. 233) “Lo más característico de ella, aun en el Derecho justiniano, es que se trata de una situación permanente e indeleble, a no ser por voluntad del páter.” (Otero, 1936, pág. 220)

## **Revolución Francesa. –**

La sociedad francesa en sus primeros tiempos, con lo que respecta a las relaciones que se regulaban en el derecho de familia, particularmente lo que tiene que ver con la patria potestad como institución jurídica, mantenía la titularidad del hombre, sin embargo, con esta revolución, a pesar de persistir ese privilegio otorgado al varón “el esposo adquirió obligaciones respecto a los hijos y la esposa, ya que, era él quien gestionaba toda la vida familiar.” (Ramos, 2020, pág. 16)

A pesar de que la revolución francesa trajo importantes transformaciones sociales no demostró mayor avance, esto, debido a que, en sus códigos y en especial el Código Civil de 1804 no reflejaba preceptos avanzados sino muy tradicionales, reafirmando el poder masculino. Pero, es en el año 1970 que la institución de la patria potestad tuvo un innovador cambio, pues, conforme lo establece Ramos (2020) “aquella facultad que ostentaba el varón de ser el titular dejó de ser absoluta y paso a ser una facultad compartida para ambos progenitores.”( pág. 16) A más de este crucial avance, la institución jurídica de la patria potestad logró caracterizarse como aquel conjunto de poderes cuyo fin primordial es la protección total de los menores de edad y debía ser ejercida conjuntamente por la madre y el padre del menor de edad. (Ramos, 2020, pág. 17)

Por otra parte, según Ruz (2017) “desaparecía la puissance paternelle (potestad paterna) y hacía su aparición la noción de autoridad parental.” (pág.135) Al ser un valioso y necesario cambio, podemos señalar que, con esta evolución, la patria potestad, que si bien dejó de ser vista hace ya un tiempo como el conjunto de derechos-poderes que tenía el padre para con sus hijos, fue en el año 1970 que dicha potestad fue concebida ya como una verdadera

obligación con miras al beneficio de todos los niños/as y ya no solo como un poder que podía prevalecer y justificarse en ciertas excepciones al jefe de familia.

Respecto a las formas de perder la patria potestad, hubo cierto desarrollo, ya que, como menciona Ruz (2017) “la autoridad parental correspondía a ambos progenitores y estos perdían esta autoridad cuando el hijo/a cumplía la mayoría de edad o con su emancipación” (pág. 136)

### **Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales. -**

La aprobación en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como fin, procurar la gestación de un desarrollo progresivo de garantía y protección de los derechos de los NNA los cuales han ido evolucionando a lo largo de la historia, sobre todo durante el siglo XX, en la misma se reconoce a todas las personas menores de dieciocho años como sujetos de pleno derecho, titulares de derechos civiles y políticos. (Monroy, 2014, Pág. 552)

Esta convención trae consigo ciertas características principales, pues, la misma brinda atención prioritaria al principio del interés superior del niño, niña y adolescente, incluso le otorga a los estados el deber de proteger y garantizar todos aquellos derechos infantiles, incluidos los económicos, sociales y culturales, por otro lado, sedimenta los principios de igualdad y no discriminación y por último dispone a los estados parte, el deber de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores. (Monroy, 2014, Pág. 552)

La página web “Unicef” señala la existencia de instrumentos internacionales que fueron antecedentes a la Convención sobre los Derechos del Niño, como es, la Declaración de Derechos del Niño adoptada en 1924 en Ginebra que tiene como objetivo:

Reconocer el derecho de los niños a tener una vida plena en donde puedan adquirir los medios suficientes y necesarios para su pleno desarrollo y el de recibir auxilio en situaciones de necesidad, a vivir seguros contra todo tipo de explotación, a tener derecho a la educación y a gozar de autonomía o libertad económica. (Unicef, s.f.)

También tenemos a la Declaración sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas adoptada en el año 1959, en esta se reconoce de forma prioritaria el derecho del niño a la educación, a la recreación, el derecho a ser atendido con mayor celeridad en situaciones relativas a su salud. (Unicef, s.f.) Por otro lado, posterior a la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño se originó la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la

Protección y el Desarrollo del Niño, celebrado en Nueva York el 30 de septiembre de 1990. (Unicef, s.f.)

Todos estos avances jurídicos dan como resultado el inicio de una estrecha relación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los NNA y un avance y desarrollo en la garantía y protección de los derechos humanos en general, de tal manera, los derechos de los niños se apoyan de medios o instrumentos aún más efectivos de protección. Actualmente, la noción de derechos humanos, trae consigo la idea de que todas las personas, incluidos los menores de edad, gozan de los mismos derechos dedicados para los seres humanos y es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección. En el tema de derechos de la infancia se le ha dado mayor prevalencia al principio de ISNNA ya que con ello, se reconoce la existencia tanto de protecciones jurídicas como derechos específicos de los NNA.

(Cillero, 2001, pág. 31).

Por otra parte, respecto a la patria potestad la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona “Es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.” (CDN, 1989, pág. 16).

La convención en su Artículo 18, numeral 1 señala:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (CDN, 1989, artículo 8).

La CDN no hace ningún tipo de mención en cuanto a la privación de la patria potestad, sólo se enmarca en establecer que ambos progenitores tienen los mismos derechos y obligaciones, además prescribe que los Estados tienen el deber de proteger estos derechos y hacer que se cumplan esas obligaciones.

## **El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. -**

Dentro de la historia ecuatoriana, en relación a los derechos de los menores de edad, encontramos una importante evolución, posterior a la reforma legislativa de 1992, que vulneraba los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. En 1995 surge la

necesidad de una reforma total al Código de menores de 1976, motivo por el cual se da la creación del Código de la Niñez y Adolescencia.

El CONA trajo consigo la evolución de los derechos de los NNA, además, hubo el mejoramiento de ciertas instituciones jurídicas específicas como son: la patria potestad, los alimentos y la responsabilidad penal juvenil. (Simón, 2004, pág. 2)

Con la creación del CONA se establecen mecanismos para la exigibilidad de los derechos declarados a favor de todo NNA. Así mismo, dentro del proceso de creación del CONA existieron innumerables críticas que surgían de ciertos sectores sociales los cuales se mostraron reacios en reconocer a los NNA como verdaderos sujetos de derecho.

Por otra parte, se menciona que el CONA tiene dos características, ser: Integral y Garantista. Según Farith Simón (2004) “es “integral” porque recoge plenamente la doctrina de la protección integral, de acuerdo a los instrumentos internacionales y a la Constitución Ecuatoriana.” (pág. 12) De tal manera que el carácter integral del código conlleva por un lado al reconocimiento de los derechos, el establecimiento de mecanismos de protección y garantías, así como también el deber de reconocer a todos los NNA como sujetos de derecho e impulsar su desarrollo pleno.

Por consiguiente, es garantista porque:

El Código de la Niñez y Adolescencia no deja duda alguna sobre la “justiciabilidad” directa de todas las clases de derechos declarados, inclusive de los económicos, sociales y culturales, pero también deja claro que no es posible que la totalidad de las normas sean efectivas a partir de la vigencia formal de la ley. (Simón, 2004, pág. 14)

Por tanto, es claro que la ley debe acoplarse a la realidad e ir cambiando cuando la misma está manchada de violaciones a los derechos de los NNA.

## **2.2 Definiciones de la Patria potestad**

El término de patria potestad proviene del latín “*Patria Potestas*”, cuyo origen surge en la antigua Roma.

Por otra parte, según la Real Academia Española el término patria, hace referencia aquella tierra natal o adoptiva del cual el hombre se siente identificado y sobre todo guarda fuertes vínculos jurídicos, históricos y afectivos. En cuanto a la palabra Potestad está la define como aquel poder, facultad o dominio que se tiene sobre algo. (Real Academia Española, 2022)

Por su parte Ramos (2020) entiende a esta institución como “El conjunto de derechos establecidos en favor del padre sin consideración a la individualidad de los hijos que a su vez deberían llegar a ser padres con los mismos derechos, absorbiendo el páter familia a todos los miembros de la familia” (pág. 9).

El tratadista José María Castán Vázquez, define a la patria potestad como “El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe proteger y educar la prole”. (Monroy, 2014, pág. 225). Concepto con el cual se concuerda, sin embargo, resulta importante añadir que la misma debe ser ejercida con miras a garantizar el principio de ISNNA.

Al respecto, el artículo 283 de nuestro Código Civil señala que la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. (Código civil, artículo 283) En este texto normativo se habla sólo de los derechos que tienen los padres, mas no de las obligaciones, sin embargo, el CONA en el artículo 100 prescribe que tanto el padre y la madre tendrán responsabilidades iguales respecto a sus hijos menores de edad lo cual conlleva tanto su cuidado, crianza y desarrollo integral. (CONA, artículo 100)

Del mismo modo, el artículo 105 del CONA establece:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (CONA, artículo 105)

Bajo esta misma línea, surge la necesidad de brindar un breve concepto, acerca de lo que en opinión de esta autora significa la patria potestad, por tanto, hablamos de aquel conglomerado de derechos y obligaciones que tienen los progenitores sobre sus hijos menores de edad no emancipados y su patrimonio, cuyo fin es auxiliar e impulsar su pleno desarrollo bajo el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

### **2.3 Sujetos de la Patria Potestad**

Acorde a lo expuesto, es claro que el ejercicio de la institución jurídica de la patria potestad pertenece a ambos progenitores del NNA, a falta de uno, le corresponderá ejercer la patria potestad al otro progenitor. En otras palabras, quien ostenta la titularidad de la patria potestad es el padre y la madre, mismos que deberán cumplir con los derechos y obligaciones que comprende la patria potestad.

Por otra parte, debemos tomar en cuenta que existirán casos donde ambos progenitores serán privados de la patria potestad, ante esta situación, uno de los parientes del NNA pasa a tener su tutela, pero no ejercerá la patria potestad, dado que, esta institución corresponde solo a los progenitores por mandato legal, sin embargo, el tutor/a será quien cuide y vele del menor de edad tomando en cuenta el mejor interés del NNA. El artículo 113 en su penúltimo inciso señala “si no existen parientes el juez en la misma resolución de privación declarará la adoptabilidad del menor de edad” (CONA, artículo 113) En este punto, la situación del NNA se ve conflictuada, debido a que se encuentra en un estado de abandono por parte de sus progenitores y familiares, de modo que, el menor de edad será enviado a una institución de acogida.

El sujeto pasivo de la patria potestad, son todos los hijos/as menores de edad no emancipados, quienes, a favor de estos la patria potestad debe ser ejercida con el propósito de proteger y hacer cumplir sus derechos, teniendo en cuenta el principio de ISNNA.

Por otra parte, al hablar de la facultad legal para iniciar un juicio de privación, no sólo se va a limitar a la facultad que tiene el progenitor que no está inmerso en cualquiera de las causales de privación, ya que, esta facultad se extiende a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad como los primos, sobrino-nieto, tío-abuelo. De igual modo, la Defensoría del Pueblo y la Junta Cantonal que tengan conocimiento de la situación del NNA serán legitimados activos para iniciar un juicio de privación contra el progenitor que haya incurrido en cualquier conducta que lo haga propenso a privarlo de la patria potestad.

## **2.4 La opinión del niño.**

La CDN, otorga un mayor protagonismo a los menores de edad debido a su incapacidad de obrar con libertad, por obvias razones, ya que, no cuentan con las capacidades suficientes para tener autonomía plena. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

Los Estados Partes garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.” (CDN, 1989, artículo 12)

Podemos apreciar que en el parágrafo 1 del artículo 12 se establece que todo menor de edad tiene derecho a emitir su punto de vista, misma, que deberá ser tomada en cuenta según su edad y madurez. Del mismo modo, señala que todos los niños tienen derecho a ser escuchados en todos los procedimientos judiciales o administrativos donde cuyos intereses se encuentren afectados. Indudablemente el derecho del niño a ser escuchado tiene relación con el derecho a la participación, al derecho a la libertad de expresión, al derecho a ser informado y en definitiva con todos los demás derechos del menor de edad, es decir, que la sola inobservancia del derecho a ser escuchado vulneraría la variada franja de derechos que tienen los menores de edad.

La participación de todo NNA es esencial en los procesos de privación de la patria potestad, ya que, cuando se intenta privar al progenitor de la autoridad parental, es indispensable conocer la opinión del niño, saber cuál es la situación en la que se encuentra el menor de edad, si su estado psicológico se ha visto comprometido y hasta qué punto el desapego con el progenitor demandado ha puesto en riesgo el desarrollo integral del menor de edad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) establece que para esta etapa es necesario que el niño esté plenamente informado de la situación, de tal manera, que pueda formar su opinión de forma libre y voluntaria, con sus propias consideraciones. (pág. 125) Esto es, sin miedo a que existan influencias externas en el menor de edad.

La opinión emitida por el menor de edad será considerada según su edad y madurez, además, debe favorecer su interés superior. Para lograrlo es conveniente contar con espacios seguros y conducentes y que estén adaptados tanto con medios como con personal capacitado para las diferentes situaciones. (CIDH, 2017, pág. 129)

El NNA debe sentir seguridad, confianza, libertad de expresar su punto de vista y debe tener total seguridad que todo lo que exprese está siendo escuchado por el juzgador, en miras a garantizar su interés superior en la toma de decisiones. (CIDH, 2017, pág. 125) Además, se debe tener total certeza que en los procesos de privación todo lo que diga el menor de edad será tomado en cuenta en conjunto con la información brindada por el equipo técnico.

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia No. 2691-18-EP/21 menciona cinco preceptos, enumerados por el Comité de los Derechos del Niño para efectos de garantizar la observancia del derecho a ser escuchados de los NNA, se señala:

La importancia de preparar a los NNA antes de ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes. También menciona que el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser adecuado e inspirar

confianza, de modo que, el NNA pueda estar seguro que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que haya decidido comunicar. Otra medida importante, es evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los NNA como factor destacado en la resolución. Del mismo modo se debe informar al NNA del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. Y, por último, los NNA deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o a las instituciones dedicadas a los niños, como son las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. (Sentencia No. 2691-18EP/21, pág. 11 párr. 45)

Como bien se sabe no existe un límite de edad para ejercer el derecho de los NNA a dar su opinión. Por ende, es totalmente importante que en las decisiones a más de estar presente un análisis pormenorizado de lo que el juez considera es el mejor interés del niño, debe constar la forma en la que el juez consideró la opinión del menor, debe explicar porque razón estima que es relevante o en el caso que no lo haya tomado en cuenta, explicar porque razón no lo consideró relevante para tomar la decisión. A más de eso la decisión debe ser comunicado al menor de edad bajo un lenguaje comprensible y de fácil entendimiento.

## **2.5 Principio de interés superior del niño.**

Es importante partir definiendo lo qué debemos entender por interés superior, es decir, la palabra “interés” y lo que se entiende por “superior”.

Según la Real Academia Española el término superior es entendido como supremo o que está por encima de algo o alguien, mientras que la palabra interés la define como algo que es provechoso o útil. (Real Academia Española, 2022) No obstante, tales definiciones en cierta medida son ineficientes, ya que, no expresan lo que en realidad debemos entender por el interés superior del niño/a. De modo que, para llegar a entender lo que trae consigo esta noción, es crucial, en un primer momento, advertir cómo era percibido el principio de interés superior del niño por las sociedades a lo largo de la historia. Es indudable para todos que en la antigüedad no se protegía al menor de edad, sino más bien se tutelaba lo que creían que era beneficioso para el menor de edad según los pensamientos o creencias de los adultos, en particular el de los progenitores.

Por ende, la evolución del principio del ISNNA parte de las creencias de cada sociedad, por ello, es inevitable ver que en varios países lo que ven como beneficioso para un menor de edad suele ser cuestionado por otros países, esto debido a las diferencias culturales, a sus

costumbres y creencias, por ejemplo, en países árabes y africanos aún es permitido la mutilación genital femenina, actividad que es ilegal en otros países; es impresionante llegar a admitir que tal actividad es permitida, pero lo es, esto debido a las costumbres de cada sociedad, costumbres que atentan de forma salvaje la vida, integridad y dignidad de los NNA.

Es por ello, que consideramos apropiado, poder distinguir el respeto a la diversidad social y el respeto a los derechos fundamentales de los NNA ya que con base al principio del ISNNA estos priman sobre los derechos de las demás personas. (Grosman, 2004, pág. 26) La incorporación de este principio en las legislaciones se da por la CDN, misma que se convierte en el primer tratado internacional que entre sus elementos fundamentales regula el principio del ISNNA. Este principio toma un papel de fuente de creación normativa; cuando el principio se conecta con los fundamentos de hecho, con la información del caso en particular trae como consecuencia la elaboración de reglas o disposiciones, que luego ayudarán a cubrir ciertas inconsistencias legales. (Grosman, 2004, pág. 24)

En este punto Grosman menciona:

Que, si bien se podría entender que con la introducción del principio del ISNNA, los derechos de los menores de edad tienen un rango o categoría suprema sobre otros derechos, esto no es del todo cierto, ya que, si bien es un principio que vela y protege los derechos de los menores de edad, este no es absoluto, pues la noción debe ser comprendida como un factor fundamental, que, por una parte, sí, debe ser privilegiada, pero no siempre. (Grosman, 2004, pág. 40)

Por otra parte, si bien nuestra legislación establece, que si el juzgador llega a observar en cualquier caso en particular, que se ha visto comprometido el interés superior del niño, él de oficio velará por su interés y decidirá lo mejor para el menor de edad bajo el principio de ISNNA, muy pocos jueces cumplen con lo establecido en la ley, y la mayoría de los administradores de justicia al final deciden sobre los intereses de los progenitores.

El principio del ISNNA en la actualidad cumple una función importante, ya que, conlleva satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los NNA. Este principio tiene enorme importancia dentro de la figura de privación de la patria potestad, ya que el principio puede verse comprometido por diferentes causas que traen consigo el incumplimiento de las funciones- deberes propios de la patria potestad dentro de todo grupo familiar.

En el artículo 44 de nuestra Constitución establece que el Estado, la sociedad y la familia deben primar el desarrollo integral de los menores de edad, garantizando el pleno ejercicio

de los derechos, priorizando y observando al principio de su interés superior. (CRE, artículo 44)

Del mismo modo el CONA en su artículo 1, señala:

La protección integral es avalada por parte del Estado, la sociedad y la familia bajo el marco de la libertad, dignidad y equidad para todos los menores de edad que viven en territorio ecuatoriano, la finalidad del texto normativo es proteger el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes al igual de promover e impulsar diferentes medios para hacerlos efectivos siempre tomando en cuenta al principio del interés superior del niño. (CONA, artículo 1)

Además de eso, dentro de nuestra jurisprudencia la Corte Constitucional, señala que “la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular en la cual deben considerarse las circunstancias concretas de cada niño, niña y/o adolescentes.” (Sentencia No. 2691-18EP/21, pág. 9 párr. 37)

Así mismo el Comité de los Derechos del niño:

Califica de “flexible” y “adaptable” al concepto del interés superior, manifestando que su contenido debe analizarse y adaptarse caso por caso, a través de una evaluación que analice la situación de vida específica y el contexto de vida de cada niño o niña o de cada grupo de niños y adolescentes en el momento de tomar decisiones. (Sentencia No. 269118-EP/21, pág. 9 párr. 36)

Siguiendo esta misma línea, la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada hace alusión a la Observación General No. 14, del Comité de los Derechos del Niño, misma que distingue al principio de ISNNA como:

*Un derecho sustantivo*, el Interés Superior NNA será tomado en cuenta de forma primordial frente a otros intereses cuando se deba tomar una decisión y debe estar presente la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica al momento de adoptar una decisión que afecte los derechos del NNA; también se lo debe distinguir como *un principio interpretativo*; esto es, si existe una norma, la cual acarrea varias interpretaciones, se elegirá la interpretación que mejor proteja el ISNNA; por último, se atenderá al principio como *una norma de procedimiento*, que al momento de emitir una decisión que afecte los derechos del NNA, el proceso deberá incluir una

estimación de las consecuencias tanto negativas como positivas que puedan provocar en la vida del menor de edad. (Sentencia No. 2691-18-EP/21, pág. 8 párr. 34)

Esta observación general, al ser un instrumento internacional, por el principio del bloque de constitucionalidad, pasa a tener rango constitucional y consecuentemente todos sus presupuestos se aplicarán de forma directa conforme lo establece el art. 11 numeral 3. de nuestra Constitución en relación con el artículo 424 ibidem.

En suma, el principio de interés superior del NNA trae consigo diferentes comprensiones e interpretaciones, por lo que, es importante entender que el dar un solo concepto a este principio resulta innecesario, ya que cada situación de la vida y cada caso en concreto tienen identidad propia.

Conforme lo establece Cecilia Grosman (2012) “la noción abandona su lugar de pura fórmula y deviene en riqueza existencial.” (pág. 23) Es decir, que para entender lo que significa el principio de interés superior NNA, debemos en un inicio entender que nunca encontraremos un concepto fijo, esto debido a las diferentes circunstancias de hecho, espacio y tiempo; a pesar de ello, tampoco debemos olvidar el objetivo central de esta noción que se resume en salvaguardar, velar y garantizar los derechos fundamentales de los NNA en todas aquellas situaciones que afecten su vida.

## **2.6 Regulación en la legislación ecuatoriana respecto a la patria potestad y la privación de la patria potestad.**

La patria potestad se encuentra regulada tanto en el Código Civil, como, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Dentro del Código Civil la definición de patria potestad la encontramos en el artículo 283 que señala “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia” (Código Civil, art 283)

El CONA en su artículo 105 regula de una mejor forma la institución jurídica de la patria potestad, que es entendida como el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, cuyos deberes y derechos son referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos. (CONA, artículo 105). Esto demuestra que los progenitores son los obligados principales para prestar auxilio a los hijos menores de edad, si un niño/a carece de relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, tanto en su ámbito personal como patrimonial, así también, cuando un menor de edad que a lo largo de su temprana vida jamás

ha recibido un trato de calidad y en la cantidad necesaria, se le provoca, un daño psicológico que perjudica el derecho a su libre desarrollo de la personalidad.

Dentro de la doctrina se establece que la patria potestad se configura como una institución natural. (Monroy, 2014, pág. 225) En palabras de Messineo la patria potestad es el conjunto de facultades atribuidas particularmente a los progenitores cuyas funciones son proteger, educar, alimentar y velar por los intereses del hijo menor de edad. (Monroy, 2014, pág. 225) Uno de los derechos fundamentales que tiene todo NNA, es el tener una convivencia familiar y una relación paterno filial con sus progenitores, sin embargo, cuando el padre, la madre o ambos actúan de manera despreocupada e indiferente, por un tiempo considerable, se demuestra una falta de interés para con el niño, a tal punto que se incumplen aquellos deberes que corresponden por ley a los progenitores.

El desobedecer los deberes propios de la patria potestad, produce consecuentemente una afectación en el menor de edad en sus diferentes aspectos, pues se los deja en un estado de abandono. El Estado en estos casos tiene el deber de proteger a los menores de edad, debiendo intervenir dentro de la familia con el único fin de garantizar los derechos de los NNA.

Así también, nuestro código civil en sus artículos 303, 304, 305 y 306, habla sobre la pérdida de la patria potestad, sobre el procedimiento de la suspensión de la patria potestad y el reemplazo de la patria potestad. El artículo 306 menciona que “El padre o madre que llevaren una vida disoluta perderán la patria potestad” (Código Civil, art 306) esta es una disposición algo general respecto a la pérdida de la patria potestad, sin embargo, el artículo 303 del código señala que “procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerce se encuentra en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia” (Código Civil, art 303). Por lo tanto, es en el CONA donde vamos a encontrar un mejor desarrollo sobre las situaciones o causas que dan paso a la privación o pérdida de la patria potestad.

En consecuencia, tanto la sociedad como el Estado están obligados a proteger y proporcionar una vida adecuada y de calidad, para el pleno desarrollo de los derechos de los menores de edad. En este contexto, la protección a los NNA ya no sólo pertenece a los padres como sujetos primarios en salvaguardar sus derechos, también pasa a ser de forma directa una obligación del Estado y la comunidad. Bajo esta misma línea, Polakiewicz (2004) menciona “El Estado pasa a ser responsable directo ante el incumplimiento de los deberes y la transgresión de los derechos de los menores de edad, debido a, la falta u omisión de acciones necesarias para evitar la violación de los derechos humanos.” (pág. 79)

Es por ello, que cuando los padres no brindan auxilio a sus hijos durante su minoría de edad, el Estado otorga la facultad de activar diferentes figuras jurídicas que traen consigo la limitación, suspensión y privación de la titularidad de la patria potestad, a todos aquellos progenitores que desobedecen sus deberes y que al mismo tiempo vulneran los derechos de los NNA. Una de estas figuras se encuentra regulada dentro del artículo 113 del CONA, en ella se establece las causales en las que pueden incurrir los progenitores para privarlos de la patria potestad.

Por lo tanto, es menester recordar la finalidad principal que tiene la figura jurídica de privación de la patria potestad, ya que, la misma debe ser obligatoriamente considerada como un instrumento o medio de protección para el NNA, cuyo objetivo es garantizar, salvaguardar y tutelar el interés superior del menor de edad, sin embargo, este fin ha sido muchas de las veces olvidado, incluso hasta ignorado por muchos jueces, ya que, prevalece en ellos la idea de sanción o castigo que trae consigo la privación de la patria potestad para los progenitores.

A pesar de ello y en palabras de Anastasio Martínez, (2001) señala que “la patria potestad es un deber de protección y cuidado, por lo que aquella redacción del precepto legal transcrito no puede ser más desafortunada, pues lógicamente no es posible condenar a alguien a la pérdida de una obligación” (pág. 211). No obstante, es necesario que predomine en todos los trámites de privación de la patria potestad, la idea, que estamos frente a un medio de protección, debido a que, de esta manera los juzgadores resolverán los casos en función de lo que resulte provechoso para el NNA, de tal forma que se proteja de mejor manera el interés superior del NNA como principio rector en las decisiones judiciales.

La figura jurídica de privación de la patria potestad, evita que los progenitores continúen perjudicando el desarrollo pleno de sus hijos con actos o conductas graves, culposas y voluntarias, de tal forma, con la activación de esta figura, se da paso de manera necesaria a privarlos de la autoridad parental; esto, debido a que los comportamientos realizados por el padre o madre no se adecuan a la finalidad que conlleva ejercer la patria potestad, que es el de protegerlos, guiarlos, educarlos, garantizar y velar por sus derechos de acuerdo al principio de ISNNA.

Para que se dé paso a la privación de la autoridad parental se debe tomar en cuenta el principio ISNNA, pues la figura jurídica resulta ser un medio de protección del menor de edad, de tal manera, no debe primar aquella idea de considerarlo como un castigo o sanción para los progenitores por su mal comportamiento, aunque parezca que así sea; la finalidad fundamental de la privación de la patria potestad es la protección al principio de ISNNA, de modo que, se logre establecer el mejor beneficio para el menor de edad.

Es importante que el administrador de justicia al conceder la privación de la patria potestad, dentro de su motivación se encuentre expresada de forma detallada y fundamentada su decisión en base al principio de ISNNA, resulta imperioso que en todas las resoluciones, esté presente un pormenorizado análisis de este principio, ya que, como se había mencionado anteriormente para cada caso en concreto el principio del interés superior del NNA será distinto, y esto resulta obvio, por el mismo hecho que no se trata de una regla sino de un principio, y el cumplimiento de la misma está sujeta a las diferentes realidades procesales, justamente por ello es un mandato de optimización.

### **2.6.1. Características.**

A criterio de Gonzalo Hernández la figura jurídica de privación de la patria potestad conlleva dos características:

En un primer momento, destaca el *carácter protector* de la figura, cuyo fin, es buscar para el menor de edad la mejor situación, tanto actual como futura; por otro lado, tenemos el *carácter punitivo*, es decir, la conducta del progenitor debe ser culposa e intencional, de manera que sea grave y afecte el desarrollo pleno del menor de edad. (Hernández, 2010 Pág. 70).

Estas características reflejan lo que persigue la figura jurídica, puesto que la misma, evita que aquellas conductas violatorias de derechos de los NNA se vuelvan a repetir en el futuro, de esta forma, su integridad personal y su dignidad son salvaguardados y así también todos aquellos derechos que tienen los NNA.

### **2.7. Análisis de la causal quinta de privación de la patria potestad**

En nuestra legislación, se han regulado distintas causales que pueden invocarse a fin de privar la patria potestad; concretamente el Código de la Niñez y Adolescencia ha regulado siete causales en su artículo 113, que son:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;

6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija. (CONA, artículo 113)

Siendo objeto del presente trabajo de titulación la causal quinta, que es aplicable cuando el titular de la patria potestad evidencie su falta de interés de mantener algún tipo de contacto con su hijo/a por un tiempo mayor a los seis meses. Esta causal contiene requisitos específicos que deben probarse, para dar paso a la privación de la patria potestad; entre los cuales, desde nuestro criterio son:

- *La manifiesta falta de interés del progenitor.*
- *El incumplimiento de las relaciones parentales indispensables.*
- *La desprotección del derecho del hijo a un desarrollo integral.*
- *La temporalidad del incumplimiento mayor a seis meses.*

En cuanto al primer requisito, resulta imperativo analizar ¿Qué se entiende por el término "Manifiesta"? La palabra manifiesta, respecto a la falta de interés del progenitor, significa que esta debe ser evidente, que las circunstancias están al descubierto, es decir, que se encuentra a la vista de la mayoría de las personas, de tal manera, que no debe existir una mínima duda que estamos frente a un comportamiento o conducta obvia, patente y notable, realizada por el progenitor que presuntamente cometió la causal invocada.

Esta cuestión crea incertidumbre, debido a que, indudablemente el papel del juez cobra mucha importancia, no olvidemos que los jueces tienen distintas maneras de ver la realidad, tienen diferentes ideologías, mismos que luego pueden verse reflejados en sus decisiones, y que de cierto modo trae complicaciones que afectan el interés superior del NNA. Sobre estos aspectos se profundizará de mejor manera a lo largo del presente trabajo.

En cuanto a la expresión "falta de interés", es importante poder respondernos ¿Cómo debe ser interpretada esta falta de interés? ya que, puede ser entendida de diversas formas, ya sea como un abandono, ausencia, descuido o desapego. Por otra parte, esta conducta debe revestirse de intención por parte de la madre, padre o ambos, de tal manera, que se evidencie esa voluntad de no querer conservar las relaciones afectivas, económicas, sociales, religiosas y morales que son básicas en las relaciones parentales. Además, es imperioso señalar, que dicho abandono o desapego que se entiende de la "falta de interés" puede ser físico como afectivo e inmaterial, sin embargo, cualquiera que sea el caso es necesario que

la conducta infrinja de manera intencional aquellos deberes y obligaciones indispensables propios de los progenitores.

En cuanto a la expresión “relaciones parentales”, la misma se refiere a esa relación directa entre progenitores e hijos, siendo propio de estas relaciones todo el conjunto de derechos y obligaciones que tienen a su cargo los progenitores. Por ejemplo, no estamos frente a un mismo caso, el hecho de que un progenitor que de forma voluntaria, notable y consciente no ejerce su rol de padre/madre con sus hijos/as, que, un padre/madre que a pesar de no estar presente físicamente con sus hijos, no descuida e intenta conservar las relaciones afectivas con sus hijos/as, pues, en la actualidad son muchas las formas que un padre/madre puede estar cerca de sus hijos/as, ya sea, de forma simbólica, dado que, la tecnología ha concedido muchos avances y soluciones a innumerables problemas.

En cuanto al derecho que tiene el NNA a un “desarrollo integral”, es conveniente destacar lo que Milagros Elena Rodríguez (2012) entiende “el desarrollo humano integral debe conllevar a la formación de un ser humano solidario y digno.” (pág. 54)

Nótese que el desarrollo humano se da mediante dos factores: Endógenos y exógenos. Los endógenos son de naturaleza biológica, como los componentes neurológicos del individuo. Los exógenos dependen del ambiente o entorno familiar en el que se desarrolla el menor de edad y que influye en el desarrollo psicológico del individuo. Los dos tipos de factores son propios del desarrollo integral de la persona, sin embargo, es difícil comprobar cuál influye más en el comportamiento del sujeto.” (Rodríguez, 2012, pág. 50).

Por lo tanto, es necesario garantizar en todo NNA un desarrollo adecuado en su parte endógena y exógena, de esta manera, la privación de la patria potestad tiene sentido cuando el desarrollo del NNA está siendo afectado por la falta de interés de quienes están llamados a ejercer la patria potestad.

Con lo antes señalado, a nuestro criterio se estima que la parte psicológica es la responsable de la formación de la personalidad, por lo tanto, la forma en cómo se desenvuelve una persona, tiene que ver mucho con el lugar en el que se desarrolló. Por ende, resulta importante conocer el espacio en el que se está desarrollando el NNA, ya que, la forma de vida que lleve el menor de edad le puede ser perjudicial, a tal punto, que transgreda sus derechos fundamentales.

Es por ello, que el progenitor que tiene desapego con su hijo, influye de manera negativa en el desarrollo pleno del NNA, pues ese desapego o abandono intencional le causa graves

consecuencias en la vida del menor de edad, he ahí la importancia de figuras legales como lo es la privación de la patria potestad cuyo fin es salvaguardar a todos los NNA.

Dentro de la causal quinta, también encontramos la frase “por un tiempo superior a seis meses”. Es importante recalcar que no es lo mismo un desapego transitorio o podríamos llamarlo

“mínimo” y que se restablezca normalmente la relación entre progenitor e hijo, que, un desapego o abandono que llega a superar el tiempo establecido por la ley. De tal manera, que una vez superados los seis meses por mandato de ley se da paso a la privación de la patria potestad.

Empero, cuando se demanda la privación de la patria potestad por la causal quinta se tiene que justificar un total abandono por parte del progenitor, es por ello, que desde nuestro criterio los seis meses que establece la ley es un muy corto tiempo para privar la patria potestad; cuando se demanda la privación de la patria potestad por la causal quinta, tiene que ser un abandono total de las relaciones parento afectivas, sin embargo, en la práctica, en diversas ocasiones el progenitor demandado ha intentado encontrarle al NNA, ha intentado buscarlo y relacionarse con él, pero son los propios progenitores custodios los que no permiten ese relacionamiento, ahí hay una vulneración de derechos porque al niño se le está privando de un derecho fundamental que es el desarrollo integral y el de mantener las relaciones parento afectivas con su progenitor e incluso con la familia ampliada; pero si el padre o madre por ciertas circunstancias ha abandonado intencionalmente esa relación con su hijo y quieren privarle de la patria potestad aquí los jueces deben dar paso a la privación, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Si bien, la causal quinta busca impedir que las conductas de los progenitores transgredan el desarrollo integral del menor de edad, para aplicar la causal, el criterio del juez es fundamental, en virtud, de que es el juez quien debe verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos que esta causal exige, conforme se desarrolló en líneas anteriores, pues de su valoración dependerá que exista una adecuada tutela de los derechos de los NNA y que consecuentemente de aquello, se de paso a la privación de la patria potestad, sin que esto signifique la vulneración de un derecho legal, constitucional o convencional del NNA.

Sin embargo, aunque podría parecer que la privación de la patria potestad del progenitor demandado, en nada ayuda en mejorar el desarrollo pleno del NNA, debido a que, igual persiste y con mayor razón el desapego del progenitor, esto no es del todo cierto, ya que, como se ha dicho reiteradas veces, la patria potestad trae consigo un conjunto de derechos y obligaciones, que de cierto modo al no privarle de la autoridad parental al progenitor,

seguiría siendo titular de varios derechos respecto del hijo, los cuales podrían perjudicar al menor de edad y su interés superior.

A pesar de que existe de manera notable la protección del principio de ISNNA al aplicar la causal quinta del artículo 113 del CONA y que la acción de privación de la patria potestad resulta ser un instrumento evidentemente protector del principio; resulta imperante hablar de su recuperación, ya que no es menos cierto que existe la posibilidad de recuperarla, de tal manera, que en cualquier momento el progenitor privado de la patria potestad puede restablecerla cuando cese la causa que dio paso a la privación.

No obstante, nos debe quedar claro, que esto no la convierte en una figura jurídica con efecto temporal, ya que, la privación de la patria potestad es una decisión extrema, que se da, dada la presencia de supuestos realmente graves que son perjudiciales para los NNA. Por lo tanto, la naturaleza *per se* de la privación de la patria potestad es definitiva y no temporal como sucede en los casos de suspensión y limitación de la patria potestad; dado que, solo de manera excepcional las decisiones judiciales en los casos de privación pueden ser revisadas siempre que sea en beneficio e interés del hijo/a.

El artículo 117 del CONA establece que el Juez, solo a petición de parte podrá restituir la patria potestad siempre que existan suficientes pruebas que demuestren que ha cesado la causa que motivó la privación, suspensión o limitación. (CONA, art 117) Es decir, la pérdida de la patria potestad si puede ser recuperada, pero de manera excepcional o extraordinaria.

Con lo antes afirmado se da paso a la creación de una interrogante ¿La facultad de recuperar la patria potestad vulnera el principio de ISNNA? La respuesta es, NO, ya que el hecho de impedir que el progenitor privado no pueda restablecer sus relaciones con el menor de edad contraviene el artículo 9 numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.” (CDN, 1989, artículo 9) El crear un tipo de barrera entre padres/madres e hijos, sí vulnera el principio de ISNNA, es más se pondría de manifiesto que se asimila a la privación de la patria potestad como una sanción al progenitor, inobservando la finalidad primordial de la figura jurídica, que es la protección al principio de ISNNA.

En nuestro sistema jurídico evidentemente la figura jurídica de privación cumple su papel de medio de protección a favor de los menores de edad, sin embargo, la posibilidad de poder

recuperarla, debe estar supeditada a requisitos del cual el progenitor privado de la patria potestad necesariamente debe cumplirlos y probarlos.

No olvidemos que todas las causales de privación de la patria potestad hacen alusión a aquellas conductas gravosas que afectan eminentemente la vida de los NNA, mismas que son realizadas por uno o ambos progenitores, por ello, es necesario que el legislador en los casos de privación, establezca de forma expresa mediante mandato de ley ciertos requisitos que deben cumplir los progenitores que fueron privados de la patria potestad, esto, para que el principio de interés superior del NNA no vaya a verse afectado una segunda vez, a causa de los intereses del progenitor que son ajenos al interés del menor de edad; por ejemplo, es necesario que se justifique la debida rehabilitación del progenitor privado de la patria potestad, y para demostrar esta rehabilitación, consideramos preciso que el Estado de paso al establecimiento de políticas públicas, que impulse la creación de escuelas para padres, con el objetivo de educar a padres/madres responsables, esto conlleva a que se garantice el principio de ISNNA, pues la posibilidad que el progenitor vuelva a incumplir sus obligaciones serían menores. De esta forma la protección al principio de ISNNA estará totalmente garantizada.

## **2.8 El mal uso y la errónea interpretación de la causal quinta por parte de Abogados y Jueces**

El mal uso de la figura jurídica de privación de la patria potestad, así como, la errónea interpretación de la causal quinta, pone de manifiesto la posible desprotección al principio de ISNNA por ser una de las causales que comúnmente se utilizan.

Existen ejemplos prácticos del cual he podido constatar como estudiante practicante dentro del Consultorio Jurídico Gerardo Cordero Moscoso de la Universidad de Cuenca; ya que, a menudo llegan casos de progenitores que están separados y tienen desacuerdos entre ellos. Las situaciones que se presentan, por lo general, es cuando la madre suele tener el interés de salir del país con el hijo/a, no obstante, el padre no está de acuerdo con ello por diversas razones, ya sea, porque el menor de edad ya cuenta con un buen ambiente escolar y familiar en el país o por el mero capricho del padre de negar la autorización a la madre. Esta situación acarrea una disputa de intereses entre los adultos, que, en ciertos casos, va de la mano con la manipulación del hijo/a por parte del progenitor cuya tenencia está a su cargo, por lo que, el progenitor custodio da inicio a la acción de privación de la patria potestad con base a la causal quinta con el fin de poder viajar con el hijo/a a otro país.

El mal uso de la figura jurídica como de la causal, resulta viable para el progenitor que lo invoca, debido a que, si optaba por la suspensión de la patria potestad, debe igual contar con la autorización de salida del país por parte del otro progenitor, y a pesar de que existe la posibilidad de pedirle al juez la autorización, estas diligencias suelen ser tediosas, por ende, les resulta útil demandar la privación de la patria potestad.

No obstante, si bien el demandado cuenta con el derecho a oponerse, el menor de edad ya ha sido influenciado por la madre y la relación del hijo/a con su progenitor se ha visto manipulada y por tanto afectada, de modo que, una vez privada la patria potestad, el derecho del NNA de contar con la presencia y apoyo afectivo de su progenitor ha sido vulnerado como resultado de un conflicto de intereses entre los progenitores. Tal acontecimiento perjudica el interés superior del NNA al afectar la relación parento afectiva de padre e hijo/a.

Es importante aclarar a nuestros lectores que los casos donde se requiere la autorización de salida del país del hijo/a, no se constituye como único incidente para el mal uso de la figura jurídica de privación de la patria potestad y de su causal quinta, ya que, también se dan otros acontecimientos para el manejo impropio de la figura jurídica de privación de la patria potestad. Es decir, existen distintos conflictos adulto céntricos que se originan por diferentes motivos, que no únicamente son con el fin de salir del país con el hijo/a, estos conflictos evidentemente surgen por conveniencia del padre o de la madre, cuestión que no debería suscitarse, debido a que se realiza un manejo impropio de la figura jurídica de privación de la patria potestad.

Subsecuente, el manejo impropio de la figura jurídica y de la causal acarrea un tema muy delicado que es el fraude a ley; pues existe una evidente estafa a la norma, puesto que, se amparan en una norma específica con el único fin de obtener un resultado totalmente impropio y contrario a la intención de la norma. Según Toscano (2007) “El fraude de la ley es la idea de maquinación o salida arbitraria e ilegal para obtener un resultado fin con apariencia de legal, pero totalmente contrario a una norma del sistema jurídico.” (pág. 37) El artículo 169 de la CRE señala “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia” (CRE, artículo 169) De modo que, se encuentra prohibido usar el sistema procesal con el fin de burlarse del espíritu de una norma y causar detrimento a la contraparte procesal.

Otro efecto que trae consigo este mal uso, es que, una vez privada la patria potestad es difícil volver a recuperarla, ya que, al ser de carácter grave, su restitución es excepcional, por ende, no es sencillo en la práctica demostrar que han variado las circunstancias que motivaron la privación. En consecuencia, probar que las circunstancias han variado resulta algo más complicado que en los casos de suspensión de la patria potestad.

Por otra parte, en cuanto a la errónea interpretación de la causal, algunos abogados dentro del campo práctico tienden a interpretar de manera análoga el significado que tiene la causal quinta de privación de la patria potestad con la causal primera de suspensión de la patria potestad. Así pues, el artículo 112 de suspensión de la patria potestad señala “La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas: 1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses” (CONA, artículo 112).

Como es evidente, estamos frente a dos figuras jurídicas distintas, entonces, ¿Por qué los abogados interpretan a estas dos causales como similares? Para entender la razón, es importante mencionar que los problemas de interpretación de las leyes surgen por diversos motivos.

Conforme lo establece la doctora Zusman:

Los problemas de interpretación surgen normalmente cuando las personas tienen intereses opuestos y, en consecuencia, sus puntos de vista sobre el significado del texto son también opuestos y esa discrepancia se convierte en extrema cuando los abogados entran en escena porque suelen construir o diseñar los argumentos que avalan la interpretación que favorece a su cliente (Zusman, 2018, pág. 26)

Si bien la interpretación de la norma busca encontrar su significado legal, ésta, en un primer momento será asimilada tal como se encuentra escrita, sin embargo, en ciertos casos se da paso a que algunas normas puedan entenderse o interpretarse de varias formas, como también puede la norma no encajar con la voluntad del legislador por ser absurdo o incoherente.

Entonces; ¿En qué momento nace la necesidad de interpretar la ley? No cabe duda que la ley siempre se va a interpretar y que incluso hasta la interpretación literal necesita de diccionarios, pero si la letra de la ley es clara no es necesario rebuscar otro significado ya que la misma debe ser entendida tal como ha sido escrita. (Zusman, 2018, pág. 30) Motivo por el cual es improductivo tratar de crear dudas sobre el significado de una norma.

Por otra parte, Bennion (2008) menciona que cuando la norma es imprecisa, la misma debe ser interpretada según los hechos del caso, ya que no es adecuado tomar en cuenta lo que la norma significa en abstracto sino lo que la norma significa en relación a los hechos del caso (pág. 392) Razón por la cual, es importante tener en mente que cuando hablamos de interpretar la ley, se va a comprender al mismo tiempo dos interpretaciones, el de los hechos y el de la norma.

Así pues, Bennion (2008) también habla sobre la llamada “Lectura diferente” y menciona que diferentes mentes hacen una evaluación diferente sobre el significado legal de la ley (pág. 130) Esta lectura diferente no solo surge por la letra de la norma, sino por su espíritu, por la política que ha inspirado su formulación, por los intereses de las partes y también por la capacidad de persuasión de los abogados. (Zusman, 2018, pág. 40)

Las leyes pueden llegar a ser imprecisas e indeterminadas, por efecto de una mala redacción, si bien es importante que exista una buena redacción en las leyes, con el objetivo de obtener una aplicación adecuada de las normas y evitar complicaciones en cuanto al sentido de las mismas, dicho efecto es casi imposible; nuestros legisladores son personas comunes y corrientes, por lo que, existirán normas que no estén cuidadosamente redactadas, esto originará varias lecturas diferentes, empero, uno de los argumentos latentes desde la antigüedad y que se defiende hasta la actualidad, según Zusman (2018) es aquel criterio que señala que todas las normas han sido correctamente redactadas, y que del mismo modo el redactor no ha cometido errores, salvo aquellos casos donde la norma vulnera derechos, de manera que el juez se verá forzado a corregir dichos errores. (pág. 88) Por ende, al final existirá un único criterio interpretativo que es la del administrador de justicia.

Consecuentemente, resulta imperativo entender que la causal quinta de privación no es semejante o igual a la causal primera de suspensión, pues hablamos de dos figuras jurídicas distintas con efectos distintos. La causal quinta del artículo 113 del CONA, busca la privación de la patria potestad debido a la notoria falta de interés del progenitor para con su hijo/a, de modo que, no cabe entenderla como una ausencia injustificada, ya que la ausencia se entiende cuando el progenitor no está presente físicamente, es decir, es la falta de presencia del progenitor, sumada la falta de justificación razonable y convincente. Por otra parte, la causal quinta regula los casos donde el progenitor, que, incluso estando presente, desatiende de manera voluntaria e irresponsable sus obligaciones para con su hijo/a.

Esta presunta suerte de analogía puede ser fruto de la llamada lectura diferente, tratada en líneas anteriores, esta analogía surge como consecuencia de la redacción de la causal, misma que no es buena. No obstante, si la causal no está cuidadosamente redactada, la misma no debería ser entendida por el intérprete ya sea el juez o el abogado de forma exacta, pues debe darse un trato maleable a la norma, para llegar a comprender su verdadera intención.

Al respecto Zusman señala:

Si la norma está redactada de manera poco cuidadosa, con exceso de verbo o es confusa, contradictoria o es incompleta, el intérprete no puede insistir en aplicarla de manera estricta y exacta, pues, con ello no obtendrá resultado alguno. Es necesaria cierta flexibilidad, que implica entender por encima de todo, cuál es la racionalidad de la norma, haya el legislador dicho demás o de menos (Zusman, 2018, pág. 87).

La intención de la norma no debe ser asimilada de forma especulativa, sino de manera objetiva y razonable, ya que la misma es redactada por hombres que saben lo que quieren y tiene el suficiente conocimiento para saber decirlo; pues la voluntad del legislador es diferente a la voluntad psicológica o interna.

En definitiva y con lo antes mencionado, es oportuno explicar cuál es la interpretación correcta de la causal quinta, a fin de evitar futuras confusiones en abogados y jueces, ya que, ellos son los principales intérpretes de la ley. En la causal quinta existen varias condiciones que son evidentemente diferentes a la causal primera de suspensión; primero, la conducta del progenitor deber ser manifiesta, es decir, debe existir una evidente falta de interés por parte del progenitor y que prácticamente este al descubierto de toda la sociedad; por ende, la mayoría de las personas deben distinguir que se trata de un padre/madre a quien no le interesa mantener las relaciones parentales que la ley dispone.

En cuanto, a las relaciones parentales que menciona la causal quinta, se refiere a las indispensables para su desarrollo integral; la palabra “indispensables” es la clave para poder entender el objetivo de la causal, la frase “relaciones parentales indispensables” hace que la causal cobre mayor trascendencia y profundidad, ya que el incumplimiento de estas relaciones perjudica de forma grave al NNA, pues se trata de un padre/madre totalmente irresponsable y negligente, estamos frente a un progenitor a quien no le interesa velar por el adecuado desarrollo del hijo/a, puesto que, dentro de sus propósitos no se encuentra cumplir con los derechos y obligaciones que le corresponde por mandato de ley.

En líneas generales, es evidente que la presencia, no necesariamente física del padre/madre es primordial en la vida de todo NNA, dado que, una relación afectiva estable entre progenitores e hijos crean lazos de confianza, seguridad y protección, lazos que son imprescindibles y forman parte de las relaciones parentales.

Por su parte, Porcar señala que:

Los padres/madres que tratan a los menores mediante conductas de desapego, criterios inconsistentes y poco claros, sirven de modelo y contribuyen a que en el

futuro los hijos reproduzcan los mismos patrones vividos. Esto facilitará a que en la etapa adulta se produzcan comportamientos semejantes con los demás y con los propios hijos. (Porcar, 2011, pág. 11).

Pero si los progenitores le dan una apropiada crianza al NNA, esto le ayudará a comprender sin ninguna complicación las reglas y valores existentes dentro la sociedad a la que pertenece.

En razón de lo antes expuesto, se nos crea una incógnita importante de resolver. ¿Cuáles son esas relaciones parentales “indispensables” para el desarrollo adecuado del hijo/a? Según la RAE el término relaciones parentales hace alusión al vínculo directo e inmediato que une a padres/madres e hijos, derivado de la filiación y que lleva aparejado un conjunto de deberes y obligaciones para el desarrollo del hijo/a atribuidas a los padres/madres. (Real academia española, 2023) Consecuentemente, en la causal quinta no se encuentra de manera explícita los factores indispensables a tomar en cuenta para entender a lo que se refiere con “relaciones parentales indispensables” para el desarrollo integral del menor.

En este punto, es muy importante revisar el Código Civil respecto a las reglas de interpretación de la ley, pues, en su artículo 18 numeral cuarto señala “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.” (Código Civil, art. 18) “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. (Código Civil, art. 18) Bajo este contexto nos vamos a dirigir a los artículos 101 y 102 del CONA, para encontrar la solución al problema, estos artículos son claves para entender el alcance de la causal quinta.

El artículo 101 establece que:

Los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno puede realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad. (CONA, art. 101)

Este artículo establece que toda relación parental debe ser sana y estará compuesta de afecto, respeto, socorro y solidaridad mutua entre padres e hijos/as, y que ante la ausencia de estos supuestos por parte de los progenitores se provocaría una grave desprotección del hijo/a, lo cual, trae como consecuencia la vulneración de derechos de los NNA, además de la inobservancia al principio de Interés Superior del NNA.

Bajo esa misma línea, el artículo 102 del CONA explica de una forma más detallada aquellas obligaciones específicas que tienen los progenitores y establece:

Todo padre y madre tienen el deber general, de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas menores de edad. Debiendo proporcionar lo apropiado con el fin de auxiliar las necesidades psicológicas, materiales, intelectuales, afectivas, y espirituales. (CONA, art. 102)

Este artículo habla de los deberes generales de los progenitores, quienes, deben inculcar valores, apoyar y velar por el desarrollo pleno del NNA dentro del núcleo familiar. Por otra parte, el artículo 102 señala nueve presupuestos que deben ser cumplidos por los titulares que ejercen la patria potestad, y son:

1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio.
3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa.
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso.
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo cultural.
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo.
7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica.
8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente.
9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes. (CONA, art. 102)

Como se puede apreciar, este artículo señala las obligaciones específicas que surgen de las relaciones parentales que existen entre padre/madre e hijo, obligaciones que no deberían ser vistos como una imposición, debido a que, su ejercicio no demuestra complejidad alguna, mucho menos son difíciles de cumplir, pues, es propio y natural de todo ser humano velar por la seguridad, felicidad y confort de sus descendientes. Sin embargo, algunos progenitores vulneran los derechos que tienen sus hijos al inobservar sus derechos y obligaciones, sin tomar en cuenta que ellos son los adultos del futuro.

Bajo este contexto, y a la luz del listado enunciativo que nos brinda el artículo 102 ¿Cuál de estos deberes específicos debemos entenderlos como indispensables para el desarrollo integral del NNA? Para responder a este interrogante, primero debemos tomar en cuenta que cada caso tiene sus propias características, de modo que, el análisis particular de cada uno de los casos, nos ayudará a entender cuáles de los deberes específicos del artículo 102 son indispensables.

Por tanto, el juez será quien debe señalar cuál o cuáles de los deberes del artículo antes mencionado son “indispensables” para el buen desarrollo integral del NNA. Así mismo, podríamos afirmar que el juez está a cargo de establecer si deben concurrir varias infracciones a estos deberes o si una sola infracción es suficiente para que se agreda el principio de interés superior del NNA y se cumpla la causal quinta del artículo 113 del CONA. Es decir, es deber del juez explicar, cuál o cuáles de estos deberes estima como sustanciales, que una vez infringidos terminan vulnerando las relaciones parentales indispensables del NNA.

No obstante, a criterio de esta autora, no todos los deberes específicos del artículo 102 deben ser entendidos como indispensables, pues solo basta el incumplimiento de determinados deberes para que se configure la causal quinta del artículo 113 del CONA; manifiesta falta de interés en mantener con el hijo/a las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral. Entiéndanse como deberes indispensables los establecidos en los numerales uno, dos y cuatro:

**1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto;**

Cuando se proporciona todo lo necesario al NNA, dentro de un ambiente sano de confianza, solidaridad, empatía y respeto, se protege de manera esencial, la salud mental y física del menor de edad, criterios que son necesarios para un adecuado desarrollo integral del menor de edad. Pues, al tener una adecuada salud mental y física, los NNA llegan a crear habilidades que les ayuda asimilar su vida y la vida de los demás con mayor respeto y consideración; se crean en ellos aspectos positivos, que luego se verán reflejados en sus relaciones sociales, de modo que, al llegar a su madurez, contribuirán adecuadamente con la comunidad.

**2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio;**

Así mismo, la efectiva protección al derecho a la educación forma parte de los deberes indispensables que tienen los progenitores; la educación es un mecanismo que beneficia no solo al NNA sino a toda la sociedad. Además, es un derecho humano esencial que contribuye con el desarrollo pleno de los seres humanos y por ende coadyuva a la realización efectiva de otros derechos. Los padres son quienes deben garantizar este derecho, ya que, la educación representa ser un importante instrumento para el futuro del NNA.

**4. *Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, sí es el caso;***

Los progenitores son los principales guardianes y defensores de los derechos e intereses del hijo/a, por tanto, se configura en una obligación indispensable el velar, proteger y garantizar todos sus derechos. Los progenitores están en el deber general de reclamar la protección y restitución de los derechos de sus hijos/as cuando estos sean vulnerados. Así mismo, son los primeros encargados de enseñar a sus hijos/as que derechos se les reconoce como también son los responsables de inculcarles el respeto a los derechos de los demás.

En consecuencia, el incumplimiento e inobservancia de las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, pone en peligro el bienestar del hijo, siendo necesario la pérdida de los derechos de los progenitores que ubican a sus hijos en una situación de indefensión y desprotección tanto en su integridad física como psicológica y emocional. De este modo, bastaría que se configure de forma convergente la infracción de los deberes 1, 2 y 4 del artículo 102 para que se declare a favor de la privación de la patria potestad. Dado que, a nuestro juicio estos tres deberes son indispensables para el desarrollo integral de todo NNA y el solo incumplimiento a estos deberes es motivo suficiente para dar paso a la privación de la patria potestad. Empero, es necesario mencionar que queda a discreción del lector considerar lo analizado en líneas previas.

Recapitulando la denuncia inicial, si bien el legislador en el artículo 113 numeral cinco del CONA, ha utilizado un lenguaje neutro, motivo por el cual, resultaba crucial encontrar el verdadero y genuino sentido de la norma; debemos recordar que pertenecemos a un estado constitucional de derechos y justicia cuya función final del Estado ecuatoriano es la protección del ciudadano y de sus derechos, es decir, el Estado toma como prioridad los derechos de todo ciudadano, por lo tanto, es evidente que, para lograr la protección de los derechos, los

legisladores crean normas, mismas que estarán subordinadas a los principios constitucionales.

Por ende, si se realiza una interpretación errada de las normas, los derechos, en este caso de los NNA se verán totalmente afectados, debido a que se inobserva el principio de ISNNA cuya función es satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así pues, con todo lo desarrollado en líneas anteriores se ha explicado a nuestros lectores la forma en la que debe entenderse la causal quinta del artículo 113 del CONA, con el objetivo de evitar erróneas interpretaciones de la norma en un futuro. Así también, concluimos que es deber de todo interprete de la ley revisar su integralidad para entender a la norma, con el fin de evitar la vulneración de derechos y la desprotección del ser humano.

## **2.9 La importancia de la intervención del equipo técnico en los casos de privación de la patria potestad**

En los casos judiciales de privación de la patria potestad, los jueces, al momento de decidir, deben ser objetivos, debido a que, su papel es más amplio en los casos que tratan sobre los derechos de la infancia, ya que, se deja a la discrecionalidad del juez buscar una solución que beneficie al menor de edad. Tal decisión debe ser siempre con base al principio de ISNNA, en virtud, de que a los NNA se les ha otorgado un innovador estatus; ser considerados como personas titulares de derechos y sujetos independientes con intereses propios. Además, cumplen con un papel muy importante tanto en la familia como en la sociedad y que en palabras de Cecilia Grosman (2004) “El interés superior del niño surge cuando la infancia es concebida como una categoría autónoma, con sus propios derechos e intereses” (pág. 37) Sin embargo, muchas veces, detrás de la aplicación del principio encontramos ciertas cuestiones ajenas a la finalidad de la noción.

Dentro de un juicio de privación de la patria potestad, los jueces resolverán con base a la prueba anunciada y oportunamente practicada, del mismo modo, deberán escuchar al menor de edad de manera obligatoria y buscarán lo que mejor le beneficie al NNA. Esta labor tiene cierta complejidad, ya que, cada persona tiene diversas ideologías, valores, prejuicios y costumbres que forman parte de su personalidad. Grosman (2004) menciona “En el caso de los jueces la realidad de cada uno de ellos va estar supeditada a influencias externas.” (pág. 28) Pero a pesar de estas debilidades, nosotros como sociedad hemos brindado total confianza a los administradores de justicia, pues mantenemos la seguridad de que sabrán dejar a un lado las subjetividades para ser objetivos e imparciales.

De modo que, para lograr que en las decisiones judiciales se proteja el principio de ISNNA, se debe contar con el apoyo del equipo técnico del Consejo de la Judicatura, en vista de que, los jueces son seres humanos con conocimientos en cierto grado deficientes como para resolver las variadas situaciones en las que están presentes ciencias ajenas a las ejercidas por los juzgadores, como son: medicina, pediatría, psicología, trabajo social, contaduría, etc. En virtud de aquello, es necesario la intervención de profesionales con vastos conocimientos en aquellas ciencias que representan una notoria demanda en la materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

La Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales (2021) establece “Las Oficinas Técnicas son un órgano auxiliar de la Función Judicial y están conformadas por profesionales multidisciplinarios (psicólogo, psicóloga, trabajador o trabajadora social, médico, médica), que permiten que la evaluación pericial sea integral.” (pág. 19)

Así mismo, dentro de esta guía se establece que:

Los informes que deben ser emitidos por el equipo técnico deben ser individualizados por cada NNA y deben únicamente referirse a lo solicitado por el juez, sin ambigüedades, juicios de valor, estereotipos o prejuicios. Para ello, la solicitud del juez al equipo técnico debe ser expresa, clara y específica, puesto que, una solicitud ambigua resultaría en la no obtención de elementos importantes para la toma de decisiones. (Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales, 2021, pág. 21)

Por otro lado, el equipo técnico en los términos concedidos por el legislador, debe estar integrado por profesionales acreditados como peritos por el Consejo de la Judicatura. El concepto de perito lo encontramos dentro del COGEP en su artículo 221 que señala:

Es la persona natural o jurídica que, por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia. Aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura estarán autorizadas para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso. En el caso de personas jurídicas, la declaración en el proceso será realizada por el perito acreditado que realice la pericia. (COGEP, artículo 221)

Por consiguiente, respecto a la importancia de su intervención, la encontramos instituida en sus deberes. El Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial en su artículo 22 habla de las obligaciones generales de las y los peritos e indica:

Las y los peritos calificados se desempeñarán como auxiliares de la justicia con objetividad, imparcialidad, independencia, responsabilidad, oportunidad, puntualidad, rectitud, veracidad, corrección y honestidad. Su trabajo deberá enmarcarse en todo momento en la ética, con la presentación de su criterio técnico y especializado, exento de juicios de valor de ningún tipo. (Resolución 147-2022, pág. 10 artículo. 22)

Del mismo modo los peritos están autorizados para emitir informes periciales, esto implica la facultad del perito de realizar investigaciones, análisis y conclusiones basados en su conocimiento y experiencia, de esta manera, lo analizado por el perito deberá estar expresado en un informe pericial que servirá de apoyo al juzgador ya que establece fundamentos para el dictamen de la sentencia.

En los casos de privación de la patria potestad, la protección del principio de ISNNA está supeditada al criterio del juez, no obstante, en la práctica, los jueces deben resolver por mandato legal únicamente sobre los actos de proposición inicial que hayan sido probados debidamente. El artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial menciona “Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.” (COFJ, artículo 27). Por lo tanto, si en los procesos de privación de la patria potestad las partes no piden la intervención de la oficina técnica, se limita el acervo probatorio y, por ende, se podría provocar que los jueces resuelvan en base a hechos que no responden con la realidad.

En el campo práctico, las partes son quienes deben pedir el auxilio del equipo técnico, cuando lo adecuado es que su participación debe siempre estar presente, aun si las partes no la han requerido; pero, ello vulneraría un principio de legalidad, pues no se puede en un inicio pedir prueba por sí sola, salvo, que estemos frente a los casos de prueba para mejor resolver. Si bien los jueces pueden pedir la intervención del equipo técnico bajo el argumento de prueba para mejor resolver, sería recomendable que en el artículo 113 del CONA se disponga que el equipo técnico, específicamente un trabajador social, un psicólogo y un médico, estén obligados a informar oportunamente al juez sobre la salud del menor de edad, su situación socioeconómica, familiar, psicológica y educativa, de esta forma los jueces se encontrarán mejor respaldados, ya que, son los peritos quienes brindan información necesaria e ilustran de una mejor forma la percepción del juez en cada caso en concreto.

El equipo técnico en los procesos de privación de la patria potestad o de cualquier otro caso donde estén inmersos los intereses de los NNA son auxiliares del juzgador y defensores del principio de ISNNA, ya que, con su participación se logra garantizar todos aquellos derechos fundamentales reconocidos a los NNA.

### CAPÍTULO III

#### Presentación, análisis e interpretación de resultados

#### 3.1 Entrevista a Abogados litigantes dentro de la rama del Derecho de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca.

##### RESPUESTAS DEL PROFESIONAL 1

**1. ¿Qué entiende por el principio del interés superior del niño?**

Es esa protección integral que se debe dar a los NNA, no solamente en el ámbito jurídico, sino también social, familiar, educativo y de toda índole.

**2. ¿Los juzgadores en sus resoluciones aplican la noción como principio interpretativo?**

No siempre, a veces tiene un sesgo de protección al padre o a la madre, a veces se tiene esa predisposición a sobreponer lo emocional sobre lo que es estrictamente legal. Entonces los jueces también tienen esos sesgos emocionales y a veces son influenciados por la madre o el padre. Cuando en realidad debería utilizarse la normativa legal aplicable en base al interés superior del niño, que sería su protección integral, tomándolo como sujeto de derechos.

**3. ¿Cómo se demuestra la protección al derecho a ser escuchado del menor de edad tanto en las resoluciones orales como escritas?**

El juez tendría que hacer una breve alusión a lo que él hablo con el niño, si bien es cierto que es una audiencia reservada, pero el juzgador debería poner de manifiesto en base a qué se dio su resolución y si aplicó el interés superior del niño. En qué proporción tomó en consideración la escucha del niño en la resolución.

**4. ¿Considera que la causal quinta de privación se confunde con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

En la ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses, el padre abandonó las obligaciones parento afectivas, que son indispensables para el desarrollo del niño, prácticamente es lo mismo a la manifiesta falta de interés en mantener con el hijo/a las relaciones afectivas indispensables para su desarrollo por más de seis meses, las dos prácticamente nos dicen lo mismo. Existe una duplicidad normativa para dos figuras jurídicas.

**5. ¿Considera que la causal quinta necesita una reforma para que la misma no sea confundida con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

Sí, deberíamos ampliar un poco y darle un mejor sentido al numeral uno del artículo 112 de suspensión porque si da a confusión ya que el artículo 113 numeral 5 es la falta de interés en mantener con el hijo o hija la relación parento afectiva, la causal quinta habla de la falta de interés, pero también es una ausencia injustificada, es decir está dentro de la causal primera de suspensión. Entonces, si yo desaparezco de la vida de mi hijo de manera injustificada tengo una falta de interés en mantener una relación parento afectiva, entonces si da lugar a confusiones, lo más idóneo sería, por ejemplo, en la manifiesta falta de interés de mantener la relación parento afectiva con el hijo por más de seis meses, sería que el progenitor se desvincula completamente de la relación con el hijo no solamente con las visitas si no con el asunto escolar, en fechas importantes y todo aquello. Mientras que la ausencia injustificada debería ampliarse en el sentido de que sale del país sin que el niño sepa que el padre se fue y desde la partida al extranjero él se ha desvinculado de su hijo, y no hay una llamada telefónica ni nada. La causal primera de 112 debería estar incorporada en el 113 numeral 5 y no debería estar aislado, porque la causal primera es parte del numeral 5 de privación de la patria potestad. De tal manera que si dejamos estos vacíos legales damos lugar a que se entorpezca la administración de justicia y por ende también la protección de los derechos del niño.

**RESPUESTAS DEL PROFESIONAL 2**

**1. ¿Qué entiende por el principio del interés superior del niño?**

El principio de interés superior del niño es que todas las decisiones tanto judiciales, administrativas, sociales, educativas se enfocan en proteger al NNA en primera instancia.

**2. ¿Los juzgadores en sus resoluciones aplican la noción como principio interpretativo?**

Algunas veces lo hacen, pero en otras veces no lo aplican. Existen Jueces que son muy legalistas en donde aplican y toman en consideración estas situaciones.

**3. ¿Cómo se demuestra la protección al derecho a ser escuchado del menor de edad tanto en las resoluciones orales como escritas?**

En la etapa probatoria se puede pedir de acuerdo al artículo 60 del CONA que el NNA sea escuchado, ya que es su derecho y queda a discrecionalidad del juez el aplicarlo o no. El Juez debe hacer alusión en su resolución lo que el NNA desea y explicar por qué sí o no se consideró la opinión del niño.

**4. ¿Considera que la causal quinta de privación se confunde con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

En estas dos causales si se da para confusiones, ya que de cierto modo estaríamos hablando de la misma conducta.

**5. ¿Considera que la causal quinta necesita una reforma para que la misma no sea confundida con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

Si, yo pienso que necesita una reforma porque se da para malas interpretaciones pues tanto como la suspensión como la privación en las causales dicen lo mismo, de tal forma que pueden inducirlos al error a los administradores de justicia e incluso a los mismos abogados porque no hay una distinción clara ni precisa en cuanto a las causales.

### **RESPUESTAS DEL PROFESIONAL 3**

**1. ¿Qué entiende por principio del interés superior del niño?**

Es un mandato de optimización que permite modular actividades procesales inclusive resoluciones judiciales tendientes a buscar lo mejor que le favorezca al NNA.

**2. ¿Los juzgadores en sus resoluciones aplican la noción como principio interpretativo?**

Lo aplican, pero lo hacen mal, porque los juzgadores a todo le aplican el principio de ISNNA. El hecho que se aplique el principio no significa que voy a contravenir otras normas, legales puede ser, pero si vamos a un tema constitucional, a veces se pondera el ISNNA y se termina vulnerando otro derecho que tiene igual o mejor grado de importancia de principios. Entonces lo que hacen los jueces es aplicar este principio como argumento para tomar ciertas decisiones. Insisto, si contraviene legalmente está bien en

muchos casos, pero hay veces que con ese argumento vulnera principios y garantías constitucionales y ahí no está bien.

**3. ¿Cómo se garantiza la protección al derecho a ser escuchado del menor de edad tanto en las resoluciones orales como escritas?**

Previa a la resolución el juez necesariamente tiene que escuchar al niño, y algo más, si bien en las resoluciones no puede referirse a lo que dijo el niño, debe tenerse en cuenta la entrevista que estuvo con el menor y las resoluciones deben responder necesariamente a lo que el NNA menciona, esa es la forma más eficaz que resuelvan con base a la entrevista y que siempre antes de resolver deben entrevistarse con ellos.

**4. ¿Considera que la causal quinta de privación se confunde con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

Yo creo que sí se podría confundir, porque primero un tema de similitud en temas de tiempo, segundo, en el artículo 112 dice una ausencia injustificada del progenitor, y la otra que es una manifiesta falta de interés en mantener con el hijo las relaciones parentales del artículo 113; si es que yo no demuestro interés de mantener relaciones parentales filiales con mi hijo, se entiende como una ausencia injustificada del progenitor, porque otra cosa sería que yo puedo ser ausente pero podría evidenciar un interés un vínculo, pero eso no tendría mucha relación, porque como se hace para ausentarme y al mismo tiempo evidenciar que si estoy interesado en mantener un vínculo, es una posición irreconciliable, en cambio sí tiene lógica en el hecho de que me ausenté injustificadamente y consecuentemente evidenció una manifiesta falta de interés, entonces para mí si se parecen. Ahora que los efectos sean diferentes en el uno y en el otro, eso ya es otra cosa, pero para mí si se confunden.

**5. ¿Considera que la causal quinta necesita una reforma para que la misma no sea confundida con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

Sí, creería que se necesita una fusión entre la causal primera de suspensión con la causal quinta de privación, a la final las dos pueden rehabilitarse en algún momento, cuál es la necesidad práctica jurídica de diferenciar las causales, mejor deberían fusionarlas, ya que a la final las causas son parecidas y si los dos no causan ejecutoria es mejor hacer una misma y que se quede las dos como causal de privación de la patria potestad.

### **3.1.1 Observaciones acerca de la entrevista realizada a los abogados litigantes dentro de la rama de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.**

Conforme a las preguntas realizadas, cada abogado ha señalado que muchas veces los jueces no aplican el principio de ISNNA en defensa de los derechos e intereses de los menores de edad, sino más bien, se dejan llevar por influencias emocionales ajenas al caso en concreto, de tal manera, que terminan protegiendo los intereses de los adultos y vulnerando el principio de ISNNA, también mencionan que los jueces realizan un mal uso del principio ya que lo utilizan como justificación en todas las decisiones, esto evidencia la ausencia de un análisis del principio en cada uno de los casos que se presentan, de tal manera que, terminan vulnerando principios y garantías constitucionales. Del mismo modo, respecto al derecho a ser escuchado del menor de edad, los abogados entrevistados mencionan que la mejor forma de garantizar este derecho, es que se tome en cuenta lo dicho por el menor de edad en la audiencia reservada y que además el juzgador cumpla su deber de explicar en sus resoluciones los motivos por el cual consideró o no la opinión del niño.

Por otra parte, en cuanto al alcance que tiene la causal quinta de privación de la patria potestad y su protección al principio de ISNNA, manifiestan que la causal quinta de privación de la patria potestad tiene similitud con la causal primera de suspensión, consideran que prácticamente las dos causales quieren decir lo mismo y señalan que estamos frente a una duplicidad normativa ya que ambas causales regulan una misma conducta y que esto consecuentemente origina confusión en los abogados al momento de interpretar la causal quinta, además que, esta semejanza atentaría al principio del interés superior del niño por regular una misma situación en dos figuras jurídicas diferentes con efectos jurídicos distintos.

Además, mencionan la necesidad de reformar del artículo 113 con la finalidad de unificar las dos causales, pues consideran que la causal primera de suspensión está dentro de la causal quinta de privación de la patria potestad, debido a que, no existe una distinción precisa en ambas causales, de modo que esta situación conlleva a interpretaciones erróneas en los abogados. En concreto, mediante las entrevistas realizadas se demuestra la equivocada interpretación que tienen los abogados frente a la causal quinta de privación de la patria potestad.

### **3.2 Entrevista a los Jueces dentro de la rama del Derecho de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca.**

## RESPUESTAS DE LA JUEZA TERESA CAPÓN

### 1. ¿En sus palabras explíqueme qué entiende por el principio de interés superior del niño?

El Principio de Interés Superior del Niño está recogido en normativa constitucional, está recogido en normativa nacional, inclusive está recogido en Tratados y Convenios Internacionales, nuestra constitución de la república del Ecuador lo tiene establecido en los artículos 45, 44 así también está establecido en el artículo 11 del CONA, pero ¿de qué habla o de que trata el principio de interés superior del niño? es clara la ley, dice; el interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, imponiendo de esta manera a todas las autoridades sean estas administrativas, sean estas judiciales así como a las instituciones tanto públicas, instituciones privadas el deber de que las decisiones que tomen estas instituciones en lo que tiene que ver con los derechos del niño deben proteger esos derechos y siempre debe mirarse este interés superior del niño protegiendo la integralidad de los derechos tanto en los aspecto psicológico, emocional y el aspecto físico de todos los NNA respecto pues a los derechos de los adultos.

### 2. ¿De qué forma la causal quinta de privación de la patria potestad protege el ISNNA?

La causal quinta del artículo 113 del CONA nos habla de la manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral por un tiempo superior a seis meses, ahora bien, hay ocasiones en que la privación de la patria potestad puede ser solicitada no solamente por la madre si no por el padre también, es decir, por cualquiera de los dependiendo con quien este el niño, hay ocasiones en que padre o madre han mostrado desinterés en el niño vulnerando sus derechos, por ejemplo, en el campo recreacional, muchos niños necesitan por estudios trasladarse a otros países o salir del país por temas de recreación, pero los padres o las madres que están lejos de ellos y que se ha desinteresado de su cuidado y protección, no quieren colaborar con el progenitor que está al cuidado del niño para otorgarles las firmas para permisos de salidas del país o para otorgarles para que vayan a campeonatos deportivos a otros países, todo ello si vulnero el principio de ISNNA porque no les permite ejercer integralmente esos derechos como un derecho a la recreación, puede ser un derecho al deporte, puede ser un derecho inclusive a la salud, que el niño necesite viajar o a su vez que necesite una autorización del progenitor en los mismos centros educativos, en una casa de salud o en cualquier otra institución al no permitirse que él ejerza este derecho porque requiere de la firma del otro progenitor, es decir de los dos progenitores, si vulneraría este derecho. Y esta causal hace que se le prive

temporalmente, por un tiempo nada más, de este derecho para que el otro progenitor que está al cuidado pueda ejercer los derechos del niño al cien por ciento, sabiendo que las resoluciones que se emiten en temas de privación de la patria potestad pueden ser reveídas en cualquier momento, es decir, que cuando papá o mamá diga yo ya he vuelto a mantener acercamiento a mi hijo es mi interés mantener este acercamiento, estar cerca de él para su crianza, para su desarrollo, para su protección, puede acudir nuevamente a la justicia, presentar el incidente respectivo para que se restituya esta patria potestad.

### **3. ¿Considera que en la práctica existe un mal uso de la causal quinta de la figura jurídica de privación de la patria potestad?**

Considero que sí, es muy difícil que se pueda demostrar que no, por ejemplo, como operadora de justicia, tenemos un equipo técnico que a través de un informe social va hasta el domicilio, en base a entrevistas, conversa con la mamá, conversa con el niño, también muchas veces nos traen testigos que dicen que sí, que el niño está lejos del papá o de la mamá, pero si he notado que se hace mal uso porque en ocasiones cuando nos toca escuchar al niño, para que ellos emitan su opinión al respecto, nos han manifestado que si han mantenido relaciones con el papá, y que el papá o mamá dependiendo quien no esté con ellos ha estado hace unas semanas, o hace unos días nomas con el niño. Entonces se denota que si hay mal uso e inclusive ha pasado casos en los que se los hacen citar por la prensa a los papás, cuando si saben dónde está el domicilio de este, llevando a errores inclusive a los jueces, cuando posterior a ello nos viene demandas de nulidades de esas resoluciones por cuanto se ha cometido un delito de hasta faltar a la verdad, por que llegan y nos dicen, no, miren, sabían dónde estaba domiciliado, pero como no quería dar la autorización se realizó la privación de la patria potestad. Inclusive también se ha dado el caso que por temas que a veces los progenitores están atrasados de las pensiones alimenticias se busca una forma de sanción al progenitor que este impago, privarle de la patria potestad, que no es el caso porque esto tiene otras causales para la privación, y los temas económicos no son una causal para que se prive de este derecho.

### **4. ¿Considera que existe cierta similitud entre la causal primera de suspensión de la patria potestad con la causal quinta de privación de la patria potestad?**

Puede haber cierta similitud, pero si hay una distinción, la manifiesta falta de interés puede ser que el papá está viviendo en la esquina, pero él no quiere mantener relaciones con el niño, el niño sale, lo ve, pero no lo toma en cuenta, él se va por su camino, no lo visita, es decir, aunque vivieran en una misma casa, pero en distintos departamentos hay una

manifiesta falta de interés, no quiere mantener relaciones. En cambio la ausencia injustificado del progenitor por más de seis meses, puede ser de que en el caso de que papá se ausente, por ejemplo, en temas cuando van a EEUU, al extranjero o aquí en el mismo país se ausenta y ya las mamás ni siquiera los han visto, no saben nada de los papás, entonces hay una ausencia también injustificada porque no habido inconvenientes con papá o mamá, sin embargo, se ha ausentado por más de seis meses que obviamente también guarda similitud con la manifiesta falta de interés, hay cierta similitud pero más o menos la diferencia iría por ahí. En un caso el papá se ausentó definitivamente y en el otro caso el papá si está presente, pero tiene esa falta de interés en mantener relaciones filiales con los hijos.

**5. ¿Cree Ud. que tal similitud provoca confusiones en los juzgadores, el cual podría atentar la seguridad jurídica y el principio del ISNNA?**

Pienso que no se atentaría la seguridad jurídica por cuanto no son causales que estén en contraposición son causales similares, siendo que además los jueces para emitir una decisión de esta magnitud pues obviamente siempre debemos estar amparados y respaldado por los medios probatorios que se nos presenten y tras la valoración de la prueba y que lleve a la convicción al juzgador o juzgadora de los hechos que señala la demandante o el demandante pues se deberá tomar una decisión siempre atendiendo el interés superior.

**6. ¿Considera que el apoyo del equipo técnico debe existir de oficio en todos los trámites de privación de la patria potestad?**

El apoyo de la oficina técnica es trascendental y es necesario para que el juez pueda tomar efectivamente una decisión sin vulnerar los derechos de la niñez y adolescencia, por lo tanto, aunque la parte procesal no la solicite el juez para resolver de mejor manera y si verifica que se puede dar una vulneración de derechos necesariamente tiene que contarse de oficio con el departamento de la oficina técnica de la unidad judicial.

**7. ¿Considera necesario que el legislador mediante mandato de ley, establezca el cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios para que los progenitores privados de la patria potestad puedan volver a ejercer la titularidad de la patria potestad?**

Está dentro de la ley, lo que se emite dentro de las resoluciones de suspensión o privación de la patria potestad son resoluciones que no causan ejecutoria, es por ello que el legislador ya lo ha proveído, es decir que si papá o mamá son privados o suspendidos de la patria potestad cuando la causal desaparezca ellos pueden solicitar al juez nuevamente la restitución de esa suspensión o de esa privación, es decir, el legislador no priva en ningún

momento de que papá o mamá pierdan definitivamente esta patria potestad, según yo me refiero únicamente establece las causales 112 o 113 del CONA. Sería importantísimo que quede establecido directamente en la ley con claridad, sin embargo, hoy sobre niñez y adolescencia el juez tiene que aplicar estas facultades tuitivas que nos dice la ley y que nos dan la posibilidad de activar a los auxiliares de justicia, en este caso si al progenitor al que se le ha privado o suspendido la patria potestad quiere retomar aquella, el juez tiene toda la posibilidad a través de los auxiliares de justicia, pues solicitar que se haga un informe e inclusive puede disponerse que cumplan con una terapia psicológica, una terapia psico familiar, para que vaya existiendo en primera instancia un acercamiento entre padre e hijo para que pueda darse esta restitución de la suspensión o privación de la patria potestas, es decir el juez entre sus facultades puede hacerlo, si bien no está establecida claramente en la ley, el juez por sus facultades tuitivas en beneficio o protección del derecho superior tiene que verificar todo lo que sea concerniente para proteger esos derechos y si es necesario ir con el auxilio del equipo técnico y disponer lo que corresponda, porque ya quedaría a libre criterio del juez no desapegado de la ley pero garantizar la restitución de los NNA porque los derechos son de ellos y también obviamente el progenitor tiene también el derecho de mantener relaciones filiales con su hijo o hija.

## **RESPUESTAS DEL JUEZ WILSON SOLIZ**

### **1. ¿En sus palabras explíqueme qué entiende por el principio de interés superior del niño?**

El principio superior de interés de niños, niñas y adolescentes que está garantizado en el artículo 44 de la constitución, ratificado en el artículo 11 del CONA constituye un principio rector en materia de familia y significa entre otras cosas que el estado, nosotros como administradores de justicia, la familia, la sociedad debemos dejar en un segundo plano los derechos, los intereses de los particulares de las personas mayores, para atender preferentemente el derecho de ellos, en caso de duda de alguna aplicación de norma o principio en el tratamiento de los procesos judiciales aplicamos este principio. lo que nos permite por ejemplo valorar el criterio que los menores tienen en audiencia reservado escuchamos a ellos y atendiendo su madurez aplicamos lo que ellos manifiestan si quieren vivir con la mamá o el papá o cualquier otra circunstancia aquí aplicamos este principio.

### **2. ¿De qué forma la causal quinta de privación de la patria potestad protege el ISNNA?**

El niño, así como tiene derecho a la atención y cuidado de los padres, en esta causal refiere a la manifiesta falta de interés del progenitor en atender las relaciones parento filiales,

normalmente las madres que son las actoras quienes son las que demandan la privación de la patria potestad que no es únicamente ya que cualquiera de los dos progenitores puede demandar la patria potestad. En esta causal tenemos que ver efectivamente que el padre no está cumpliendo, no está intentado comunicarse y dar afecto, cariño, protección a sus hijos. Muchos abogados confunden que no ha pagado las pensiones alimenticias o que le ve una vez al mes o que está en EEUU y por eso hay una manifiesta falta de interés, lo que no es verdad. Entonces aquí aplicamos el principio rector y si el padre justifica con una llamada mensual a sus hijos y está trabajando allá, demuestra manifestaciones de afecto y entendemos que no debe prosperar esa demanda de privación. Muchas esposas, mujeres, madres solteras quieren administrar ellas solas y no necesitan de un permiso de salida del país y demandan esta causal, entonces nosotros como juzgadores aplicamos el principio rector y la prueba, desde luego en la causa, y se niega la demanda.

### **3. ¿Considera que en la práctica existe un mal uso de la causal quinta de la figura jurídica de privación de la patria potestad?**

Sí, de cada 10 casos al menos 3 son de madres/padres que quieren independizarse de su pareja, manejar a sus hijos bajo su criterio absoluto sin escuchar el criterio del otro progenitor, por ejemplo para salir del país como a España o EEUU se utiliza esta causal, cuando lo correcto es que demanden la autorización de salida del país no importa que se oponga el padre, porque si ellas demuestran que tiene pasaje de ida y de regreso los jueces le concedemos el permiso de salida del país así el padre se pare de cabeza.

### **4. ¿Considera que existe cierta similitud entre la causal primera de suspensión de la patria potestad con la causal quinta de privación de la patria potestad?**

Hay una similitud sí, pero no es la misma, confundido por jueces y abogados, la primera causal de suspensión es otra, esta es una ausencia física, recordemos que el progenitor que está en EEUU está ausente físicamente, pero tiene interés en mantener relaciones con sus hijos y tiene una videoconferencia por semana, entonces ahí se confunden. Obviamente el legislador no desarrolla de manera correcta por ello es la confusión porque lo correcto sería que determine una ausencia física, psicológica, afectiva, una ausencia integral. Hay similitud, pero no es lo mismo.

### **5. ¿Cree Ud. que tal similitud provoca confusiones en los juzgadores, el cual podría atentar la seguridad jurídica y el principio del ISNNA?**

Desde luego, y afectado en algunos casos cuando se acepta esta sin la debida información, sin la prueba, supongamos que se fue a trabajar en otro país y sufrió una enfermedad, está

enfermo seis meses y no puede comunicarse y ya se aplicaría esto. Desde luego lo que se escribe en materia de patria potestad las resoluciones no causen ejecutoria, no están escritas en piedra, pueden ser revisadas en cualquier momento, pero la forma en que está redactada sin culpar a nuestros legisladores, no podemos exigirles una obra académica, los códigos son obras políticas porque se hicieron en la asamblea nacional, tienen errores, pero ya en la aplicación es responsabilidad de los jueces aplicar correctamente el derecho.

**6. ¿Considera que el apoyo del equipo técnico debe existir de oficio en todos los trámites de privación de la patria potestad?**

Correcto, sí, el equipo técnico entendiéndose únicamente como trabajador social o psicólogo o únicamente trabajo social, es una intervención necesaria.

**7. ¿Considera necesario que el legislador mediante mandato de ley, establezca el cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios para que los progenitores privados de la patria potestad puedan volver a ejercer la titularidad de la patria potestad?**

Sería mejor actualizar estas normas, el artículo 117 habla de una restitución de la patria potestad, puede ser como un acuerdo o mediante un incidente un nuevo proceso, atacando las causas que motivaron esa privación y debemos escuchar a los hijos, si son niños de 5 años, 6 años ya podemos escuchar y valorar la opinión de ellos.

## **RESPUESTAS DE LA JUEZA LOURDES YAMUNIQUE**

**1. ¿En sus palabras explíqueme qué entiende por el principio de interés superior del niño?**

El interés superior del niño es un conjunto de medidas judiciales y administrativas que determina se dé prioridad a todo lo que es los derechos de los niños, es clara esta definición, esta normativa está comprendida en tratados internacionales, algunos que han sido acogidos también por la legislación nacional, está contemplado en el artículo 44, 45 de la constitución de la república del Ecuador y el 11 del CONA, es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de los NNA, que imponen a todas las autoridades administrativas y judiciales e instituciones públicas el deber de ajustar la decisiones para el cumplimiento para considerar este interés se considera la necesidad, entre un justo equilibrio entre los derechos y los deberes de los NNA en la forma que más se priorice el cumplimiento de sus derechos y garantías, se lo tiene bajo diversas excepciones en un principio de interpretación de la ley, también es un principio de valoración probatoria y también es una política pública del estado.

## **2. ¿De qué forma la causal quinta de privación de la patria potestad protege el ISNNA?**

La causal quinta de la privación de la patria potestad, esto es la manifiesta falta de interés en mantener con el hijo/a las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral por un tiempo superior a los seis meses. La constitución reformada en el año 2008 determina que todos los derechos y garantías son iguales, son interrelacionados e interdependientes, entonces es necesario analizar esta causal a la luz del principio del ISNNA. Al hablar, en qué forma incide sobre este principio de interés superior, la falta de interés de un progenitor en mantener relaciones con el hijo o hija, determina dos situaciones subsiguientes; la primera, es que el hijo pierda estabilidad en cuanto a lo que es su desarrollo holístico, afectivo, emocional incluso esta manifiesta falta de interés no se subsume solo a un hecho afectiva o de relaciones sino también de un hecho económico porque no solo existe la desprotección, desvinculación, o el desinterés solamente afectivo de relación si no también el desinterés económico y esto se da muchísimo en nuestro país por el alto índice de migración que hay, entonces al migrar no se paga las pensiones, no hay la posibilidad de ejecutar en el extranjero ningún tipo de medida de ejecución entonces esto implica una desprotección económica, afectiva, social e integral. De qué forma se garantiza con esta causal el interés superior, yo creería que primero en dar estabilidad afectiva, económica, la posibilidad que la madre tome unilateralmente las decisiones que conciernen las diversas etapas de la vida del niño y así mismo de todos los trámites administrativos y judiciales que se requieren eminentemente para el desarrollo de toda persona, porque a veces necesitamos contar con el padre para el tema del acceso a la educación, el acceso a la salud pública, porque en operaciones o intervenciones de alta complejidad siempre los hospitales, los centro médicos públicos sobre todo requieren la autorización de ambos progenitores, entonces cada consorcio es especial y particular, también posibilita un mejor acceso al derechos a la recreación porque la madre puede solicitar los pasaportes o la visa para viajar con su hijo, entonces me parece que dentro de varios ámbitos sean afectivos, integridad personal, psicológica, recreativos, actos jurídicos, administrativos, es una norma que faculta a la madre ejercer por sí sola o en forma unilateral todas estas decisiones que garanticen el normal desenvolvimiento del niño, y al garantizar este normal desenvolvimiento se está garantizando todos los derechos o todos los principios que implican el interés superior.

## **3. ¿Considera que en la práctica existe un mal uso de la causal quinta de la figura jurídica de privación de la patria potestad?**

Claro, si desde luego, considero que si existe un mal uso de la causal quinta porque existen dada la circunstancia socioeconómica del país, actualmente se vislumbra mayores índices de migración, y en los informe social y psicológicos que todo el tiempo se han mandado a elaborar en todo proceso de privación de patria potestad, la primera motivación de las madres es justamente los planes de migrar ya sea legal o ilegalmente a los EEUU o ya sea a otro país, entonces evidentemente al tratar de emigrar necesitan al no contar con el apoyo del progenitor, esta es la causal más invocada, normalmente corresponden a la realidad pero más que corresponder a la realidad si no hubiese este interés migratorio las cosas se quedarían en ese estado no se haría el proceso de privación de la patria potestad que tiene un número de incidencia altísimo de tramitación en los juzgados y segundo pues de no haber esta circunstancia particular anteriormente se obtenían se implementan otras formas de lograr estos derechos, por ejemplo, había la autorización de salida del país, había acuerdo de mediación para la compra de pasaporte, otro tipo de circunstancias, sin embargo ahora veo que la causal se invoca con muchísima más frecuencia en estos últimos tiempos por la exacerbación de la crisis económica básicamente.

#### **4. ¿Considera que existe cierta similitud entre la causal primera de suspensión de la patria potestad con la causal quinta de privación de la patria potestad?**

La ausencia injustificada por más de seis meses, si, si existe cierta similitud, pero los efectos son totalmente diferentes, porque en el primer caso es solamente una suspensión, la suspensión está sujeta a una serie de actos reivindicatorios que pueden hacer la causal de suspensión, en cambio, la privación es una pérdida absoluta de todos los derechos que implica la patria potestad, porque la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los progenitores sobre los hijos no emancipados y que tratan de garantizar o propender que se cumplan todos los parámetros o aristas de la vida de un hijo, cuidado, desarrollo integral, protección, defensa de derechos y todas las garantías que están establecidas en la constitución, no es solamente un conjunto de obligaciones sino también de derechos y dígame obligaciones que son de padres a hijos y también de hijos a padres, entonces si hay una cierta similitud sin embargo la privación es una medida un poco más radical y es más difícil restablecer una privación de patria potestad que una suspensión para efectos de ejecutar o deshacer esta situación jurídica. Una ausencia injustificada es un término sumamente general porque dice por más de seis meses, puede ser una apatía, pero una manifiesta falta de interés es cuando yo le he requerido al padre el pago y no asoma, cuando el hijo le ha llamado al padre y no quiere venir a verle, cuando es desatento, eso es una manifiesta falta de interés, no cumplo mis obligaciones morales, económicas, legales, entonces esa es una manifiesta falta de interés.

**5. ¿Cree Ud. que tal similitud provoca confusiones en los juzgadores, el cual podría atentar la seguridad jurídica y el principio del ISNNA?**

No, porque están establecidas en la ley en normas diferentes y tienen conceptos diferentes.

**6. ¿Considera que el apoyo del equipo técnico debe existir de oficio en todos los trámites de privación de la patria potestad?**

Si, si bien está prohibido para los juzgadores disponer una prueba de oficio, bajo el artículo 142 se tiene que poner en su demanda todas sus pruebas, el 168 facultad al juez disponer una prueba mejor resolver siempre y cuando esté debidamente fundamentado, si es que no lo piden porque evidentemente no les interesa a veces la intervención del equipo técnico para esconder estos intereses migratorios o simplemente por caprichos de las madres y no desean que mantengan relaciones con los hijos, para esconder esto muchas veces no se pide la intervención, entonces el juez tiene que disponerla pero de conformidad con el 168 porque no se nos está facultado a nosotros hacer prueba de oficio, excepto la del 60 del CONA que es cuando el NNA está en capacidad de expresarse el juez puede escucharlo.

**7. ¿Considera necesario que el legislador mediante mandato de ley, establezca el cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios para que los progenitores privados de la patria potestad puedan volver a ejercer la titularidad de la patria potestad?**

No creería por la siguiente razón, porque aquel que se deja privar la patria potestad es porque no le interesa ejercerla, entonces en todos mis 11 años de judicatura nunca he visto un procedimiento de restablecimiento de patria potestad, entonces sería un desgaste crear una serie de requisitos para restablecer la patria potestad, por que quien se deja privar la patria potestad es justamente porque no tiene interés en mantenerla, es decir al padre que quieren que le priven la patria potestad, comparece a juicio, lucha, hace prueba de descargo y no permite que le quiten el ejercicio de la patria potestad, aquel que no le interesa la patria potestad no hace absolutamente nada, es más, si pudieran, se allanaran, no está facultado allanarse en la privación o suspensión de la patria potestad porque son derechos indisponibles, sin embargo algunos pretenden hacer aquello, porque no les interesa ejercer la patria potestad, porque no quieren esa responsabilidad o esos deberes.

**3.2.1 Observaciones acerca de las entrevistas realizadas a los Jueces dentro de la rama de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.**

De acuerdo a las entrevistas realizadas, es necesario indagar en las respuestas dadas por los administradores de justicia, debido a que, en la pregunta cinco la jueza Capón responde, que ante la posible confusión que los jueces puedan tener ante la similitud de la causal quinta

de privación de la patria potestad con la causal primera de suspensión, no se atentaría contra la seguridad jurídica ni contra el principio de interés superior del NNA, bajo la noción que no se encuentran en contraposición estas dos causales; frente a esta respuesta es imperante señalar que la seguridad jurídica se basa en el respeto a la constitución y a las normas jurídica previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

La seguridad jurídica es una garantía que se le otorga a toda persona para que sus derechos no sean vulnerados; si un juzgador cae en confusión frente estas dos causales que forman parte de dos figuras jurídicas diferentes con efectos jurídicos distintos, evidentemente se vulneraría la seguridad jurídica puesto que al privar la patria potestad el progenitor pierde definitivamente los derechos que tiene respecto a su hijo/, es muy diferente a lo que sucede con la suspensión de la patria potestad, aquí en cambio existen restricciones a ciertos derechos que tienen los progenitores respecto a sus hijos/as.

Confundir estas dos causales atentan contra la seguridad jurídica y por ende al principio interés superior del niño, pues ante la privación de la patria potestad se pierde derechos frente al menor de edad, derechos que son indispensables para su desarrollo integral. O en el caso que se suspenda la patria potestad cuando debía privarlo, igual vulnera derechos del niño/a ya que el progenitor sigue ejerciendo derechos respecto a su hijo mismos que pueden perjudicar el bienestar y desarrollo del niño/a.

En la séptima pregunta, la misma jueza menciona que tanto la privación como la suspensión son temporales y señala que “el legislador no priva en ningún momento de que papá o mamá pierdan definitivamente esta patria potestad” bajo este contexto se puede decir que la jueza entiende a la privación como una medida temporal, sin embargo, como ya se había desarrollado en líneas anteriores a lo largo del trabajo, la naturaleza jurídica de la privación de la patria potestad es definitiva, pues se trata de una medida extrema, donde los progenitores pierden de forma absoluta el conjunto de derechos que tienen frente al menor de edad y solo de manera extraordinaria el progenitor privado puede recuperar la patria potestad.

Por otro lado, el juez Soliz en su respuesta a la primera pregunta, referente a lo que entiende por el principio de interés superior del niño señala “debemos dejar en un segundo plano los derechos, los intereses de los particulares de las personas mayores, para atender preferentemente el derecho de ellos” es decir, entiende a la noción como un principio prioritario, idea que no es adecuada ya que el principio de interés “superior” del NNA es prominente, es decir, que ante un conflicto de interés se entiende de mayor jerarquía los intereses de los NNA. El principio se encuentra vinculado al ejercicio de un derecho, por ende,

los NNA tienen la facultad de reclamar y exigir tanto el cumplimiento como el respeto a todos sus derechos. Recordemos que proteger el interés superior del NNA, significa también defender intereses sociales.

Por otra parte, la Jueza Yamunaque, señala “El interés superior del niño es un conjunto de medidas judiciales y administrativas” criterio que no es acertado, pues el principio, es como tal, un principio, un enunciado normativo con exigencia normativas. Nada tiene que ver con ser una medida judicial o administrativa.

En definitiva, mediante la entrevista los jueces han manifestado, que sin duda, la causal quinta de privación de la patria potestad protege el ISNNA, sin embargo, existe un mal uso de la causal quinta de la figura de privación de la patria potestad por parte de los progenitores que tienen a su cargo a los menores de edad, del mismo modo, aluden que en efecto la causal quinta tiene cierta similitud con la causal primera de suspensión y dos de los tres jueces señalan que esta confusión vulneraría el principio de ISNNA, además, mencionan que esta similitud la debemos a la redacción que tiene la causal quinta de privación, redactada por nuestros legisladores, también consideran que incluso las partes son los que llevan a error a los jueces, pues muchos abogados también confunden estas causales, empero establecen que la responsabilidad de estas confusiones recae en cada administrador de justicia, ya que se deben resolver los casos con base a las pruebas e información aportada. Del mismo modo señalan que a pesar de esta similitud, nos debe quedar claro que se trata de dos figuras jurídicas distintas con efectos jurídicos distintos, por ende, no regulan una misma conducta.

Por otra parte, los juzgadores concuerdan en que la intervención de la oficina técnica debe ser primordial en estos casos, tanto como resulta necesario poder solicitarlo de oficio como prueba para mejor resolver. En cuanto a los requisitos que por mandato de ley deberían implementarse a los progenitores que han sido privados de la patria potestad para que los cumplan y puedan adquirir nuevamente la patria potestad, señalan que sería conveniente que estén establecidos de manera clara en la ley, no obstante, consideran que debido a las facultades tuitivas que tienen los jueces para solicitar a través de los peritos, informes o solicitar que cumplan con terapias, no resulta fundamental.

### **3.3 Discusión de Resultados**

De acuerdo al trabajo de campo realizado a través de entrevistas a jueces, abogados y en conjunto con las investigaciones que se tomaron como precedentes para la elaboración del trabajo de investigación, se ha comprobado que la denuncia planteada al inicio del trabajo es

acertada, en virtud, de que tanto los jueces como los abogados entrevistados, están de acuerdo que la causal quinta de privación de la patria potestad, si bien, garantiza el principio de interés superior del NNA que fue analizado a lo largo del trabajo, conlleva también a confusiones a jueces y en su mayoría en los abogados litigantes, ya que, de cierta forma los abogados configuran a la causal quinta como un tipo de supuesto general, de la cual surge la causal primera de suspensión de la patria potestad, aludiendo como principal argumento que la manera en la que se encuentra redactada la norma da para entender que la ausencia del progenitor se encuentra también en aquella manifiesta falta de interés en mantener con el hijo/a las relaciones parentales indispensables, conducta que se regula en la causal quinta del artículo 113 del CONA.

En efecto, no es menos cierto que la causal quinta de privación de la patria potestad muestra una redacción no muy bien estructurada, sin embargo, no significa que estamos frente una misma conducta respecto a la causal primera de suspensión. Es necesario que tanto jueces como abogados/as sepan distinguir o interpretar adecuadamente las normas legales, es preciso que logren una adecuada interpretación de la causal quinta, ya que, la misma debe ser entendida de acuerdo a su intención, deben entender la racionalidad de la causal para evitar caer en una errónea interpretación. De igual manera los juzgadores son los intérpretes de la ley y también tiene la obligación de exponer la diferencia que tienen las causales, con el fin de eludir aquella premonición donde se entiende que al a postre la causal quinta de privación regula la mismo que la causal primera de suspensión de la patria potestad.

En cuanto al mal uso de la causal quinta de privación, los jueces que fueron entrevistados concuerdan que esta causal es utilizada frecuentemente, pero de forma equivocada para privar la patria potestad, los casos que más se han dado dentro de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia es cuando la madre/padre no consigue la autorización de salida del país por parte del otro progenitor; otra de las situaciones donde también se demuestra este mal uso, es cuando existen problemas adulto céntricos, y utilizan la causal como un tipo de sanción para el otro progenitor. No obstante, es deber del abogado/a hacer uso de las leyes de manera ética, sin defraudar a ley, si bien los abogados tienen la libertad de asesorar a todos sus clientes, también existe la obligación de no hacer uso de una normativa con el objetivo de defraudar a la ley y obtener así resultados contrarios a lo que la norma busca. Así mismo, es responsabilidad de los jueces analizar las pruebas e información aportada por las partes para evitar que los abogados/as hagan un mal uso de la causal.

Respecto a la intervención del equipo técnico de la Judicatura, al inicio del trabajo, mencionamos que esta intervención es importante y por ende debería estar establecida

dentro del artículo 113 del CONA, sin embargo, para los juzgadores no resulta fundamental, ya que, consideran que tienen la facultad de pedir prueba de oficio bajo el concepto de prueba para mejor resolver, empero, defendemos la idea que esté expresada en el artículo 113, por su importancia en los procesos judiciales, ya que al estar establecido por mandato de ley en los casos de privación, da como resultado una mayor protección al principio de ISNNA, de tal manera que ya no sea una facultad sino más bien una obligación para el Juzgador.

Por otra parte, respecto a la necesidad de establecer mediante mandato de ley requisitos obligatorios para los progenitores que perdieron la patria potestad y quieran volver a ejercerla, el criterio de los administradores de justicia entrevistados fue que; no es necesario, debido las facultades tuitivas que tiene los Juzgadores para solicitar ciertos requisitos; y que además muchas de las veces los progenitores que se dejan privar es porque no quieren ejercer la patria potestad, por ende, sería una pérdida de tiempo. Empero, uno de los jueces entrevistados, expresó que sería interesante que se estableciera dichos requisitos dentro del artículo 117 del CONA; criterio del cual coincidimos pues de esta forma el interés superior del NNA estaría mejor tutelado.

## CAPÍTULO IV

### Conclusiones y Recomendaciones

#### Conclusiones

I- Como primera conclusión dentro del presente trabajo de titulación, mencionamos lo importante que es analizar el principio de interés superior del NNA de manera particular en cada uno de los casos que se presentan, no solo respecto a los juicios de privación de la patria potestad, sino más bien en todo los tramites donde se encuentren comprometidos los derechos e intereses de los NNA, en virtud de que, el principio es un mandato de optimización, por tanto, responderá de manera diferente en cada una de los trámites que se presentan. De esta manera, el principio tendrá su razón de ser y cumplirá con la finalidad de garantizar los derechos e intereses del NNA.

También es crucial que todo el conjunto de responsabilidades que tienen los progenitores respecto a sus hijos/as, sea asimilado como un tema natural, es decir, que surge de la naturaleza del ser humano y deben ser cumplidas sin ninguna excusa. Y que al momento que exista un constante incumplimiento de obligaciones, y se considere que la relación entre el padre/madre e hijo/a es perjudicial e irreparable, resulta fundamental activar la figura jurídica de privación de la patria potestad como mecanismo de protección para el menor de edad.

II- Como segunda conclusión tenemos lo importancia del derecho a ser escuchado de todo NNA en los casos de privación de la patria potestad, y en sí, dentro de todos los casos donde se ven comprometidos los intereses del menor de edad; es más, se configura como un deber que tienen todos los jueces, de escuchar al NNA en miras de garantizar su interés superior, así como, la obligación de expresar en sus resoluciones que aspectos importantes consideraron de la opinión del menor de edad y las razones del porqué no llegaron a considerarlos de ser el caso. Así mismo, en los juicios de privación de la patria potestad es importante que el NNA esté informado sobre la situación, para que este pueda dar su opinión sin ningún tipo de temor, siempre con la seguridad que todo lo que va expresar ante el juez va ser valorado.

Para que este derecho sea garantizado plenamente es indispensable que los jueces tomen en cuenta las cinco medidas enumeradas por el Comité de los Derechos del Niño, analizadas anteriormente en el capítulo II del presente trabajo. Inobservar la opinión del menor de edad

por parte de las autoridades competentes refleja una grave violación al principio de ISNNA y consiguientemente de todos aquellos derechos propios de los menores de edad.

**III-** En cuanto a la causal quinta de privación de la patria potestad, que es; la manifiesta falta de interés en mantener las relaciones parentales “indispensables” para su desarrollo integral, causa en el NNA una notable y evidente desprotección por parte de quienes se presume son los responsables en proteger y velar por el bienestar del hijo/a. Así pues, mediante la activación de la figura jurídica de privación de la patria potestad en contra del progenitor que incumple sus obligaciones y transgrede los derechos de su hijo/a, se garantiza el interés superior del NNA, a consecuencia de que la patria potestad trae consigo un conjunto de derechos y obligaciones, que al no privarle de la autoridad parental al progenitor, seguirá siendo titular de varios derechos respecto del hijo/a, mismos que podrían perjudicar al menor de edad y su interés superior.

También es importante conocer y tener presente la finalidad que tiene la figura jurídica de privación de la patria potestad, ya que, al ser una especie de mecanismo de protección para los NNA, los juzgadores al momento de dar paso a esta privación, deben resolver los casos en miras de encontrar el mejor interés del NNA, protegiendo obligatoriamente el principio ISNNA en todas sus decisiones judiciales.

**IV-** En esa misma línea, la causal quinta de privación de la patria potestad se activa en situaciones extremas donde se considera que la relación entre padre e hijo/a es nociva y perjudicial para el desarrollo normal del NNA; se evita que la conducta del progenitor continúe vulnerando los derechos de su hijo/a y afectando su desarrollo integral.

La causal quinta engloba requisitos específicos que deben ser probados, para dar paso a la privación de la patria potestad; para aplicar correctamente la causal es necesario que se cumplan con los requisitos que la causal exige, así también, el criterio del juez es importante para que se dé paso a la privación de la patria potestad. La privación se da mediante decisión judicial, la cual se dicta con base en el interés superior del menor, de esta forma los jueces deben evaluar cada caso de forma particular teniendo presente las pruebas, los informes y testimonios, para determinar si la figura jurídica de privación de la patria potestad es la adecuada para proteger al NNA.

**V-** Por otro lado, Al ser alegada y comprobada la causal quinta o cualquier otra del artículo 113 del CONA el progenitor privado pierde absolutamente el conjunto de derechos que tiene sobre el hijo/a, por ende, es necesario que en situaciones donde se quiera recuperar

la patria potestad, el progenitor privado de la misma, justifique su debida rehabilitación y cumplan con requisitos establecidos por mandato de ley.

**VI-** Otro de los temas expuestos en el presente trabajo, fue el tema de la causal quinta como objeto de erróneas interpretaciones por parte de los profesionales en derecho, ya que, esto también da paso al mal uso de la causal y por ende de la figura jurídica de privación de la patria potestad, este mal uso, en general se da por conflictos entre los adultos/progenitores, que a la final dichos conflictos terminan vulnerando los derechos de los NNA.

De igual modo, no es menos cierto que la causal quinta de privación de la patria potestad muestra una redacción neutra que da paso a una confusión con la causal primera de suspensión de la patria potestad, sin embargo, eso no significa que estamos frente una misma conducta. En virtud de aquello es importante que jueces y abogados/as logren y sepan distinguir e interpretar adecuadamente las normas legales.

**VII-** Como última conclusión del presente trabajo de titulación, consideramos que, debido a la importancia de la intervención del equipo técnico en los juicios de privación de la patria potestad, es conveniente y fundamental su participación, de esta manera, no se limitaría el acervo probatorio y se evitaría que los jueces resuelvan en base a hechos que no respondan con la realidad.

## **Recomendaciones**

Como primera sugerencia, es importante que, al momento de interpretar el principio de interés superior del niño, los jueces/as lo realicen tomando en cuenta cada caso de manera particular; no es adecuado la aplicación de un libreto ya elaborado como justificación en todos los trámites donde se encuentren comprometidos los intereses de los menores de edad.

Así también, es sugerente que se establezca con claridad en el artículo 117 del CONA requisitos para que el progenitor privado de la patria potestad cumpla obligatoriamente con dichos requisitos y pueda ser nuevamente titular de la patria potestad, así este tema no queda solo en las facultades tuitivas que tienen los juzgadores. De igual modo es necesario el establecimiento de políticas públicas, como la creación de establecimientos dirigidos a educar a padres y madres responsables, de esta forma los padres/madres podrán asimilar sus dificultades y debilidades e ir trabajando en las mismas, e ir mejorando las relaciones

parentales entre padre/madre e hijo con el fin de lograr una mejor protección a los derechos e intereses del menor de edad.

Referente a la intervención del equipo técnico de la judicatura en los trámites de privación de la patria potestad, sugerimos que su intervención se encuentre expresada en el artículo 113, ya que si bien los jueces tienen la facultad de pedir de oficio, bajo el argumento de prueba para mejor resolver, muchas veces no lo aplican, y el hecho de que se encuentre expresada en la ley en los casos de privación da como resultado una mayor protección al principio de ISNNA, de tal manera que ya no sea una facultad sino más bien una obligación para el Juzgador.

En cuanto a la equivocada interpretación que los abogados/as tienen respecto a la causal quinta de privación de la patria potestad, debido a que, entienden que la causal quinta regula la misma conducta de la causal primera de suspensión de la patria potestad, y que se trata de una duplicidad regulada en dos figuras jurídicas distintas. Recomiendo a los profesionales en derecho que le den cierta flexibilidad a la norma, esto les permitirá entender por encima de todo, cuál es su intención. A pesar de que la norma utiliza un lenguaje neutro, es responsabilidad de todos los jueces y abogados revisar la integralidad de la ley y lograr encontrar el verdadero sentido de las leyes.

### Referencias Bibliográficas

- Oñate, L. (2017). La Privación de la Patria Potestad y su Incidencia en el Derecho de visitas de los Padres, en las causas tramitadas en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, Durante el periodo febrero del 2015 a febrero del 2016. Riobamba, Ecuador. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/3604/1/UNACH-EC-FCP-DER-20170015.pdf>
- Abascal, J. (s.f.). Introducción histórica a Roma. España. UNIVERSIDAD DE ALICANTE. [https://www.cervantesvirtual.com/portales/antigua\\_historia\\_y\\_arqueologia/roma/](https://www.cervantesvirtual.com/portales/antigua_historia_y_arqueologia/roma/)
- Aguirre, C. (s.f.). La Filiación, entre Biología y Derecho.: <https://corteidh.or.cr/tablas/r32808.pdf>
- Álvaro, C. (2018). Proyecto de reforma al artículo 113 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para garantizar la pérdida de la patria potestad por abandono de los progenitores. Riobamba, Ecuador. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA REGIONAL DE LOS ANDES. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9663/1/PIURAB015-2019.pdf>
- Porca, A. y Doménech, A (s.f). Relaciones Familiares y Desarrollo de los hijos/as. España, Valencia. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. [https://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/68869/M%C3%B3dulo%201\\_M%C3%A1ster%20Psicolog%C3%ADa%20y%20Gesti%C3%B3n%20Familiar.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/68869/M%C3%B3dulo%201_M%C3%A1ster%20Psicolog%C3%ADa%20y%20Gesti%C3%B3n%20Familiar.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Bermúdez, M. (2019). La patria potestad y su posible privación. Madrid, España. UNIVERSIDAD DE CUNEF. [https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM\\_MUAPA\\_2019-3.pdf](https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM_MUAPA_2019-3.pdf)

Cárdenas, A. (2020). Estudio doctrinario de la suspensión de la patria potestad a los progenitores en los casos de abandono a menores. Universidad Técnica de Machala,

UTMACH. [http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/16419/1/T-4035\\_AZUA%20CARDENAS%20ALLISON%20DANIELA.pdf](http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/16419/1/T-4035_AZUA%20CARDENAS%20ALLISON%20DANIELA.pdf)

Castro, R. (2015, 4 de junio). Patria Potestad en Roma (Derecho Romano). (Video). YouTube.

<https://youtu.be/MsDejK1mCvQ>

Castro, Santos, M. (2019). La patria potestad y su posible privación. Colegio universitario de estudios financieros, CUNEF.

[https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM\\_MUAPA\\_2019-3.pdf](https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM_MUAPA_2019-3.pdf)

Cillero, M. (2001). El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. San José, Costa Rica.

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39410>

Código Civil Ecuatoriano. (24 de junio de 2005). Quito. Registro Oficial Suplemento 4

Código de la Niñez y Adolescencia. (3 de enero de 2003, última modificación: 14 de mayo de 2021). Quito. Registro Oficial No. 737

Código Orgánico de la Función Judicial. (9 de marzo de 2009, última modificación: 25 de mayo de 2015). Quito. Registro Oficial Suplemento 544

Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo de 2015, última modificación: 08 de diciembre del 2020) Quito. Registro oficial Suplemento 506

Consejo de la Judicatura. (2021) Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales. Recuperado de:

<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>

Consejo de la Judicatura, (23 de junio del 2022). Resolución 147-2022 (Pleno del Consejo de la Judicatura)

Constitución de la Republica del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Quito. Registro Oficial No. 449

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Garantía de derechos niños, niñas y adolescentes. CIDH. Recuperado de: <https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-deinfancia/convencion-derechos-del-nino/?gclid=CjwKCAjwue6hBhBVEiwA9YTx8F1xXS8ju-dOc9q03ldtpDPiGn-dZ5oaXr-975D-YQq9XrOBt-SG0xoCQRsQAvD BwE>

Convención sobre los Derechos del Niño. (2006). Madrid. UNICEF Comité Español

Corte Constitucional del Ecuador, (10 de marzo del 2021). Sentencia No. 2691-18-EP/21 (Teresa Nuques Martínez)

Cuesta, A. (2022). Privación y suspensión de la patria potestad por dejación de las obligaciones parentales. Universidad de Valladolid. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/55633/TFG-N.%202015.pdf?sequence=1>

Campaña, F. (2004) Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia Ecuador.:

[https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2006/01/20\\_analisis\\_del\\_codigo.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2006/01/20_analisis_del_codigo.pdf)

Gacto, E. (2018). El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna. Universidad de Murcia.

<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/FMfcgzGsnLPWQtqqjZPqzXR NZq ftjHJL?projector=1&messagePartId=0.1>

García, J. (2017, 18 de febrero). Extinción de la patria potestad. Derecho Romano.

<https://www.derechoromano.es/2017/02/extincion-patria-potestad.html>

Hernández, G. (2010). La pérdida de la patria potestad y el interés del menor. Barcelona, España. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESPAÑA. Recuperado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/48647/ghc1de1.pdf>

Jacometo, M y Rossato, A. (2017). Relaciones familiares versus aprendizaje. Ecuador.

UNIVERSIDAD POLITECNICA SALESIANA. Recuperado de:

[https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/13952/6/Alt\\_v12n1\\_Jacometo\\_Ross\\_ato.pdf](https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/13952/6/Alt_v12n1_Jacometo_Ross_ato.pdf).

Larga ausencia y abandono del hijo no son lo mismo, para efectos de patria potestad. (05 de diciembre de 2017). Legis Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/larga-ausencia-y-abandonodel-hijo-no-son-lo-mismo-para-efectos-de-0>

López, A. (2007). La clasificación de los 'hijos ilegítimos' según 'Las Siete Partidas' de Alfonso X 'El Sabio'. 20minutos. <https://normas-apa.org/referencias/citar-un-blog/>

Martínez, A. (2001). Pérdida de la patria potestad. Aspectos relevantes.:[https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/9/r9\\_9.pdf](https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/9/r9_9.pdf)

Otero, A. (1936). La patria potestad en el derecho histórico español.

<https://docplayer.es/37786070-La-patria-potestad-en-el-derecho-historico-espanol.html>

¡Padres presentes, niños felices!. (2022, 7 de junio). Seguros Bolívar. <https://www.segurosbolivar.com/blog/bienestar-de-la-familia/padres-presentes-ninos-felices-celebremos-juntos/>

Polakiewicz, M., y Grossman, C. (2004) El interés superior del niño. La infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos: el papel del estado. En Grossman, C (Eds.). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad (pp. 25-104). Editorial Universidad.

Ramos, L. (2020). La patria potestad. Evolución histórico jurídica comparada. Universidad de La Laguna. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/20777/La%20patria%20potestad.%20Evolucion%20historica%20juridica%20comparada..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ravelo, Y. y Figuero, K. (2018). Análisis de la pérdida de la patria potestad en la ciudad de Barranquilla: años 2015-2016. Universidad de la Costa. <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/77/1075227183%20%201123632482.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Juzgado P de la Unidad Judicial de Mujer, Niñez y Adolescencia, (17 de junio del 2019).  
Causa No. - 01204-2019-03537 (Wilson Solis)

Rodríguez, M. (2012). El desarrollo humano integral: aportes desde la tríada matemática-cotidianidad y pedagogía integral. Revista electrónica Praxis Investigativa ReDIE Vol. 4, No. 7.

Rosado, A. (2020). Aplicación de la acción judicial de privación de patria potestad. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/15696/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-592.pdf>

Ruz, G. (2017). La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio. Universidad Austral de Chile. Revista de Derecho Valdivia, vol. 30. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173753621006>

Sempertegui, K. (2022). La privación de la patria potestad como medida de protección de los hijos. Guayaquil, Ecuador. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/18629/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-812.pdf>

Toscano, J. (2007). El abuso del Derecho en el Ecuador. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/768/1/T525-MDE-ToscanoEl%20abuso%20del%20derecho%20en%20el%20Ecuador.pdf>

Zabala, P. (2017). Necesidad de reformar el art. 115 del Código de la niñez y adolescencia en cuanto a la legitimación activa para la privación de la patria potestad. Universidad Nacional de Loja.

<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/18727/1/TESIS%20FINAL%20D E%20PAULO%20CESAR%20ZABALA.pdf>

Zusman, S. (2018) La Interpretación de la Ley. Teoría y métodos. Editorial. Fondo editorial.

**ANEXOS**

**Anexo A Preguntas de la entrevista dirigida a los Abogados**

<p><b>1. ¿Qué entiende por el principio del interés superior del niño?</b></p> <p>.....</p>
<p><b>2. ¿Los juzgadores en sus resoluciones aplican la noción como principio interpretativo?</b></p> <p>.....</p>
<p><b>3. ¿Cómo se demuestra la protección al derecho a ser escuchado del menor de edad tanto en las resoluciones orales como escritas?</b></p> <p>.....</p>
<p><b>2. ¿Considera que la causal quinta de privación se confunde con la causal primera de suspensión de la patria potestad?</b></p> <p>.....</p>

3. **¿Considera necesario que la causal quinta necesita una reforma para que la misma no sea confundida con la causal primera de suspensión de la patria potestad?**

.....

## **Anexo B Preguntas de la entrevista dirigida a los Jueces**

**¿En sus palabras explíqueme qué entiende por el principio de interés superior del niño?**

.....

**¿De qué forma la causal quinta de privación de la patria potestad protege el ISNNA?**

.....

**¿Considera que en la práctica existe un mal uso de la causal quinta de la figura jurídica de privación de la patria potestad?**

.....

**¿Considera que existe cierta similitud entre la causal primera de suspensión de la patria potestad con la causal quinta de privación de la patria potestad?**

.....

**¿Cree Ud. que tal similitud provoca confusiones en los juzgadores, el cual podría atentar la seguridad jurídica y el principio del ISNNA?**

.....

**¿Considera que el apoyo del equipo técnico debe existir de oficio en todos los trámites de privación de la patria potestad?**

.....

**¿Considera necesario que el legislador mediante mandato de ley, establezca el cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios para que los progenitores privados de la patria potestad puedan volver a ejercer la titularidad de la patria potestad?**

.....