



Análisis Constitucional de la demanda de privación de patria de potestad en Ecuador

Constitutional Analysis of the demand for deprivation of parental authority in Ecuador

Análise Constitucional da demanda de privação do poder parental no Equador

Katterin Kerlling Palacios-Guzmán ^I
katterin.palacios@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0003-2613-4488>

Raúl Fernando Guerra-Coronel ^{II}
raul.guerra@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9164-2599>

Correspondencia: katterin.palacios@gmail.com

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 01 de julio de 2023 * **Aceptado:** 20 de julio de 2023 * **Publicado:** 30 de agosto de 2023

- I. Universidad Estatal Península de Santa Elena, Ecuador.
- II. Universidad Estatal Península de Santa Elena, Ecuador.

Resumen

La patria potestad ha sido una figura de carácter civil que se entiende como el derecho de los progenitores a ejercer una representación legal de sus hijos menores de edad; en la rama del Derecho de Familia, esto se ha entendido como un derecho-responsabilidad de los progenitores para proporcionar el cuidado necesario y contribuir al desarrollo integral de los niños, niñas o adolescentes bajo su cuidado. De no existir este tipo de cuidado la ley prevé la posibilidad de inhabilitar a quien ejerce la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente y lograr que se tutelen sus derechos por parte de un familiar o un tercero autorizado judicialmente, esto, a través de la demanda de privación de la patria potestad. Sin embargo, para iniciar este tipo de acción legal, la normativa presenta algunas ambigüedades jurídicas a resolver, caso contrario, se podría ver afectado el bienestar del menor o el interés superior del mismo. Con el afán de conseguir una armonía entre la legislación y el espíritu garantista y protector de la Constitución se analizan aquellos preceptos que dejan ciertas oscuridades y vacíos en el caso de privación de patria potestad, que deberán ser suplidos por las autoridades competentes. Todo este desarrollo investigativo se lleva a cabo bajo una metodología investigativa del tipo cualitativo y descriptivo, en base a obras jurídicas y precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador, que permiten entender el interés superior del niño y la importancia de tomar decisiones amparadas en este principio.

Palabras Clave: Procedimiento; Inconstitucional; Interés superior del niño.

Abstract

Parental authority has been a civil figure that is understood as the right of parents to exercise legal representation of their minor children; In the branch of Family Law, this has been understood as a right-responsibility of parents to provide the necessary care and contribute to the comprehensive development of the children or adolescents under their care. If this type of care does not exist, the law provides for the possibility of disqualifying the person who exercises parental authority over the child or adolescent and ensuring that their rights are protected by a family member or a judicially authorized third party, this, through the claim for deprivation of parental rights. However, to initiate this type of legal action, the regulations present some legal ambiguities to be resolved, otherwise the well-being of the minor or their best interests could be affected. With the desire to achieve harmony between the legislation and the guaranteeing and protective spirit of the

Constitution, those precepts that leave certain obscurities and voids in the case of deprivation of parental authority are analyzed, which must be replaced by the competent authorities. All this investigative development is carried out under a qualitative and descriptive investigative methodology, based on legal works and jurisprudential precedents of the Constitutional Court of Ecuador, which allow us to understand the best interest of the child and the importance of making decisions protected by this principle.

Keywords: Procedure; Unconstitutional; Best interest of the child.

Resumo

A autoridade parental tem sido uma figura civil entendida como o direito dos pais de exercerem a representação legal dos seus filhos menores; No ramo do Direito de Família, isso tem sido entendido como um direito-responsabilidade dos pais em prestar os cuidados necessários e contribuir para o desenvolvimento integral da criança ou adolescente sob seus cuidados. Caso não exista essa modalidade de cuidado, a lei prevê a possibilidade de desqualificar quem exerce o poder parental sobre a criança ou adolescente e garantir que seus direitos sejam protegidos por familiar ou terceiro autorizado judicialmente, este, por meio do pedido de privação dos direitos dos pais. No entanto, para iniciar este tipo de ação judicial, os regulamentos apresentam algumas ambiguidades jurídicas a serem resolvidas, caso contrário o bem-estar do menor ou o seu interesse superior poderão ser afetados. Com o desejo de alcançar a harmonia entre a legislação e o espírito garantidor e protetor da Constituição, analisam-se aqueles preceitos que deixam certas obscuridades e vazios no caso de privação do poder parental, que devem ser substituídos pelas autoridades competentes. Todo este desenvolvimento investigativo é realizado sob uma metodologia investigativa qualitativa e descritiva, baseada em obras jurídicas e precedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional do Equador, que nos permitem compreender o melhor interesse da criança e a importância de tomar decisões protegidas por este princípio.

Palavras-chave: Procedimento; Inconstitucional; Melhor interesse da criança.

Introducción

La Constitución de la República de 2008, reconoce en su parte dogmática, los derechos y garantías que amparan a las personas y que buscan el disfrute de una vida en dignidad, es así que, en el catálogo de derechos que contempla esta norma suprema, se incluye a la niñez y adolescencia como

grupo de atención prioritaria, a quienes se les atribuye derechos específicos acorde a sus necesidades. Esto se relaciona directamente con la normativa internacional que a través de instrumentos internacionales de derechos humanos protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De esta manera, existen principios de aplicación a estos derechos fundamentales que se traducen en la búsqueda del desarrollo integral y la efectividad de sus derechos, uno de estos principios es el *interés superior del niño*, que, se espera sea utilizado en cualquier ámbito a nivel nacional (público y privado) y que las decisiones se ajusten a los intereses de los menores manteniendo un debido equilibrio entre sus derechos y las responsabilidades propias de sus edades.

Es a partir de esta idea, que se espera que el contenido normativo y las decisiones de las autoridades o funcionarios en la palestra pública se acoplen a estos principios, y que conozcan las atribuciones que les otorga la ley, pero, lo que es más importante, deben atender al espíritu de la Constitución y al alcance de los objetivos que cada legislación lleva implícitamente; para esto, se vuelve necesario contar con normas claras, expresas, compatibles con la Constitución y el bloque de constitucionalidad y con la realidad socio-jurídica. Con mucho más énfasis, en materias de mayor atención como la niñez y adolescencia.

Además, las normas deben guardar estrecha relación con la Constitución y cuando estas se prestan para interpretaciones restrictivas de derechos humanos deben catalogarse como inconstitucionales, esto es lo que se pretende demostrar a lo largo de este trabajo realizando un análisis interpretativo de la legislación en materia de niñez y adolescencia cuando se refiere al proceso de privación de la patria potestad, teniendo en cuenta que este figura es un derecho y responsabilidad de los padres y madres de familia que buscan el cuidado de sus hijos menores de edad no emancipados. Es de esta manera que se pone a disposición del lector este desarrollo investigativo que intenta abordar la normativa con una mirada de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en concordancia con el espíritu constitucional ecuatoriano.

Metodología

La metodología a aplicar durante el desarrollo del trabajo investigativo, que hace referencia al estudio de la demanda de privación de patria potestad y su procedimiento, con el fin de hallar la existencia de vacíos jurídicos que al no ser suplidos contradicen el espíritu garantista y de protección que brinda a los niños, niñas y adolescentes la Constitución, tendrá un enfoque

cualitativo, mismo que se refiere al proceso de recopilación de dogmática jurídica a través de obras, jurisprudencia, doctrina sobre la temática planteada.

Aplicar un enfoque cualitativo implica no priorizar algunas técnicas que consisten en la recopilación de datos cuantitativos tomados de una muestra poblacional, sino, se vuelve trascendental la búsqueda de información concreta y válida que sirva para fortalecer la argumentación y el análisis que pretende desarrollarse en el presente trabajo investigativo. Este enfoque es mi común hallarlo en los artículos de investigación de las ciencias sociales y jurídicas. Así, dentro de esta metodología se utilizarán diversos métodos investigativos como el método analítico, sintético y hermenéutico, que permiten realizar un ejercicio de interpretación normativa y un análisis exhaustivo de normas y fuentes del derecho que proporcionen información útil según el tema a abordar. De forma adicional, mantendrá un alcance descriptivo a partir de la información que se logre recabar, los argumentos y criterios jurídicos que permitan evidenciar ambigüedades o vacíos jurídicos en la legislación, lo que daría paso a la aplicación de la ley de una forma arbitraria o errónea.

Finalmente, esta metodología responde a los objetivos planteados, principalmente, porque se ha plasmado la necesidad de realizar un análisis del procedimiento para pedir la privación de la patria potestad y cómo los hallazgos de este análisis son vulneradores del principio de interés superior del niño.

Resultados

Patria potestad en la legislación ecuatoriana

Dada la importancia del cuidado de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad y debido a la limitante o vulnerabilidad que puede llegar a ser la minoría de edad, se ha otorgado como derecho y responsabilidad la patria potestad a los padres y madres, principalmente (Espinoza, 2022). Esta figura comúnmente conocida y denominada patria potestad se refiere a la responsabilidad parental frente a temas importantes durante el desarrollo de este grupo social, esto es, proporcionarle cuidado, decidir sobre su educación, brindarle manutención, velar por su desarrollo emocional y físico, etc., pero también, sucede que la patria potestad puede verse desde la representación legal que ejercen los progenitores o los familiares que ejercen el cuidado del niño o niña, en el ámbito patrimonial y judicial conforme lo recoge el Código Civil.

Así este cuerpo normativo señala que: “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, 2005, art. 283). Claro está que, cuando los padres e hijos de familia viven juntos y, en lo principal, los padres mantienen un vínculo matrimonial o de unión de hecho ambos tendrán la patria potestad de los menores, o en casos excepcionales (como la residencia de uno de los progenitores en el extranjero), estos podrían llegar a un acuerdo para el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, al existir una separación de hecho o divorcio se deberá acordar entre los padres o bajo el mandato de un juez a quien se le entrega la patria potestad. También la patria potestad puede ser ejercida por un familiar autorizado por un juzgador, o si el menor no cuenta con familiares hasta el tercer grado de consanguinidad deberá estar bajo el cuidado del Estado y entrará a acogimiento institucional hasta que pueda ser adoptado por otra familia que acredite los requisitos de ley, para poder legalmente crear un vínculo con el menor y ejercer la patria potestad.

Este derecho con el que cuentan los progenitores o quienes posteriormente designe la autoridad judicial, no es absoluto, pues es una especie de rol que se le encomienda a una persona con madurez emocional y psicológica para que brinde los cuidados necesarios a quienes están bajo su custodia. Los límites a esta patria potestad son los derechos y principios sentados con un fin protector hacia la niñez y adolescencia. Así es posible que quien desde un comienzo tuvo en su poder el ejercicio de la patria potestad en lo posterior esta puede suspenderse, limitarse o privarse (revocarse). Para sustentar lo dicho es necesario mencionar lo considerado por la Corte Constitucional en sus líneas jurisprudenciales:

La Constitución prevé como derechos fundamentales de los niños, niñas adolescentes: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además, **los protege de toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos**. También, impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (énfasis me pertenece). (Sentencia No. 2691-18-EP/21, 2021, p. 6)

Este tipo de protección que emana desde la norma suprema ecuatoriana, que se ampara en el bloque de constitucionalidad, limita el actuar arbitrario de las personas adultas que mantienen bajo su

cuidado a niños, niñas o adolescentes. Pues, para el tipo de actos señalados con negrita, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) prevé algunos procedimientos administrativos y de carácter judicial a seguir cuando un menor de edad atraviesa situaciones que ponen en riesgo su integridad personal.

Previo a adentrarnos en procedimientos que el Estado brinda a la sociedad al amparo de los niños, niñas y adolescentes, es menester que, la patria potestad no solo sea entendida desde el plano civil, sino desde el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Así este texto legislativo se refiere a la patria potestad como: “no solamente (...) 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” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 104). Dentro de estas obligaciones se encuentra el cuidado y adecuado goce y ejercicio de derechos, pero, también la protección ante cualquier acto que violente a los menores o que ponga en riesgo su desarrollo (esto último se halla contenido en la legislación en materia de niñez y adolescencia).

Es esta normativa en materia de niñez y adolescencia la que servirá a lo largo de este trabajo académico como referencia y guía para profundiza sobre el tema de patria potestad y cuándo, como ya se ha mencionado, procede una demanda o acción para limitarla, suspenderla o privarla, todo esto, con fines de brindar una atención prioritaria y protección a los niños, niñas y adolescente.

Interés superior del niño y la niña, en base a los pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencias No. 048-13-SEP-CC, 064-15-SEP-CC y 2691-18-EP/21).

Es común notar que en el litigio hagan alusión a ciertos principios que dan fuerza a las interpretaciones o análisis de la normativa y su aplicación, en este caso, para alcanzar cierta protección judicial a los niños, niñas y adolescentes se requiere de la aplicación del principio de interés superior del niño. Pero, para hablar del interés superior del niño, es importante remitirnos a una guía que proporciona la Función Judicial donde se considera a este no solo como un principio, sino como una norma sustantiva directamente aplicable conforme a los derechos de este grupo y como norma de procedimiento.

Así se lo puede representar a través de una tabla para su mejor comprensión:

Tabla 1:

Interés superior del niño como norma sustantiva, como principio y como norma de procedimiento.

Interés Superior del niño como norma sustantiva: **En virtud de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos de los NNA, el interés superior del niño resulta exigible y su garantía, respeto y protección son obligatorios para los Estados y sus instituciones. (...) El interés superior del niño es de directa aplicación, como los demás derechos de los NNA.**

Interés Superior del niño como principio: El Comité de los Derechos del Niño, dispone a las autoridades administrativas y judiciales, así como, a las instituciones públicas o privadas, considerar el interés superior del niño en la toma de decisiones que afecten a la niñez y adolescencia como un principio interpretativo favorable al ejercicio de sus derechos

Interés Superior del niño como norma de procedimiento: La aplicación del interés superior como norma de procedimiento implica dos momentos: a) Siempre que se tome decisiones en las que se afecte a un niño, niña o adolescente se debe tomar en cuenta las repercusiones positivas o negativas sobre estas personas; b) El segundo momento es la motivación de la decisión de la autoridad, indicando que se han realizado las acciones necesarias para respetar el interés superior del niño.

Nota: Los conceptos fueron tomados y transcritos textualmente de la *Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales* (2021). Consejo de la Judicatura, pp. 13-15.

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

En este caso, al revisar las disposiciones normativas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el interés superior del niño se concibe como un principio a aplicar para decidir de manera más favorable a los derechos de los niños. Textualmente manifiesta que:

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; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y

adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías (...). El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (2003, art. 11)

Entonces para que se mantenga vigente y se materialice este principio a favor de los intereses de las niñas, niños y adolescentes, requiere del cumplimiento y verificación de algunos elementos como: i) que las autoridades y las instituciones se ajusten la toma de decisiones basadas en priorizar el ejercicio de los derechos de los niños; ii) se debe mantener un balance entre los derechos y deberes de forma que esto conlleve a mantener el bienestar del menor; iii) debe prestarse para interpretar la ley en un sentido de mayor favorabilidad a los derechos de los niños; y, iv) es necesario escuchar la opinión de estos tomando en cuenta su edad y la madurez que estos han adquirido para decidir por sí mismos sobre un tema específico.

Ahora bien, en realidad este involucramiento y participación que deben tener los niños en aquellos procedimientos que versen sobre sus derechos y que traten sobre cuestiones determinantes para el futuro y proyecto de vida y desarrollo de estos menores son de suma importancia, pues, como se sabe los niños, niñas y adolescentes si bien son sujetos de especial protección, también son sujetos de derechos que tienen la capacidad para decidir o al menos expresar su opinión (Espinoza, 2022). Pero, además, la Corte Constitucional ha mencionado que para tomar en cuenta el derecho a escuchar la opinión de los niños debe existir: una **preparación de los niños, niñas y adolescentes** quienes tienen el derecho a conocer qué es lo que está sucediendo, cómo se va a realizar su participación y quienes estarán presentes; una **audiencia** donde sean escuchados por una autoridad competente; **evaluación de las capacidades** de los menores para formarse un criterio respecto de lo que está ocurriendo; **debida información** de los resultados del proceso y cómo sus opiniones fueron tomadas en cuenta para efectos de conocer su postura; y, **deben contar con un espacio y personal para expresar sus quejas** (Sentencia No. 2691-18-EP/21, 2021).

Finalmente, se podría añadir que, la Corte Constitucional ha hecho un exhaustivo trabajo para abordar este principio, a partir de su jurisprudencia. Y cabe recalcar que no se trata de un principio cualquiera que puede ser omitido, al contrario, es necesario para orientar las decisiones cuyo fondo se relacione con el goce de derechos de niños, niñas y adolescentes, por esta razón se sientan una serie de parámetros a considerar cuando se tenga que aplicar este principio, además este debe ir relacionado con el contexto específico de cada caso y la situación en la que se encuentra el menor,

detectando su vulnerabilidad en mayor o menor grado, de ser el caso; es decir, que este principio también se caracteriza por flexibilidad y adaptabilidad a las situaciones concretas, pero siempre orientándose hacia la protección de los niños, su dignidad humana, y la necesidad de propiciar su desarrollo (Sentencia No. 207-11-JH/20, 2020).

Privación de la patria potestad y su procedimiento según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en concordancia con lo que establece el texto constitucional, prevé en su normativa procedimientos que ponen el fin al ejercicio de un derecho-responsabilidad otorgado a los padres y madres, esto es, la patria potestad, principalmente cuando existen factores que atentan contra la dignidad, bienestar y desarrollo de estos niños, niñas o adolescentes. Cuando este tipo de actos suceden, se deberá activar la vía judicial a través de las instituciones públicas destinadas al amparo de los derechos de los niños, o a petición de la parte interesada quien tenga como fin hacerse cargo del cuidado del menor con asistencia de un abogado defensor.

Como en todo proceso es común encontrarse con una serie de requisitos legales para activar estos mecanismos judiciales, pero, al igual que podría suceder con la normativa en general, estas disposiciones para la activación de procesos en materia de niñez y adolescencia están sujetas a mejoramiento debido a posibles vacíos o lagunas jurídicas que podemos advertir previo a señalar los artículos que corresponden al proceso de privación de la patria potestad. De esta forma, partimos con el artículo 113 del CONA, que enlista las causales por las cuales procede esta privación de patria potestad de uno o ambos progenitores, únicamente mediante resolución judicial:

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. (2003, art. 113)

Si se revisan estas causales de forma atenta, se puede identificar que todas estas conllevan un factor común: la falta de cuidado y amparo de los intereses de los menores que permitan su desarrollo

integral. Así pues, la autoridad judicial competente evaluará pormenorizadamente los hechos para decidir si procede la privación de la patria potestad o no. Para conocer si procede o no esta acción, procedimentalmente la ley nos habilita como profesionales del derecho a actuar de la siguiente manera: se deberá alegar alguna o varias de estas causales acompañadas de medios probatorios; una vez puesta esta causa a conocimiento del juez este resolverá mantener la patria potestad o al contrario, designar esta responsabilidad y derecho al progenitor o progenitora que no se halle inhabilitado para este ejercicio. En el caso de que ambos progenitores sean inhabilitados, una persona legalmente capaz será designada como tutor(a) y tendrá la patria potestad, pero, si no hay familiares que ejerzan esta responsabilidad, el juez declarará la adoptabilidad del menor. Finalmente, si una de las causales comprobadas que dan origen a la privación de la patria potestad constituye un delito de acción pública el juez remitirá el expediente a la fiscalía para que inicie el proceso penal correspondiente (CONA, 2003).

Ahora bien, el Código no solo ha previsto estas reglas de procedimiento para que el juez resuelva sobre la privación de la patria potestad, sino que, existen más disposiciones aplicables a este proceso; así, cabe remitirnos al artículo 270 del mismo Código que versa sobre los procesos investigativos para la reunificación familiar cuando los hijos o los padres han sido separados los unos de los otros. Sin embargo, en este artículo se añade un inciso no muy relacionado con el tema de reinserción del menor a su familia biológica, sino, más bien, se vincula con la privación de la patria potestad, de forma tal forma que, en el inciso cuarto del artículo mencionado se señala que: “A la demanda de privación de la patria potestad **por ausencia injustificada** del padre, madre o ambos, según corresponda, **deberá acompañarse copia certificada del proceso de investigación policial y social** y su omisión es causa de nulidad del juicio” (énfasis me pertenece) (CONA, 2003, art. 270).

Realizando entonces un análisis de esto queda como requisito obligatorio realizar un proceso de investigación policial y un proceso de investigación social, aunque no existe un reglamento o normas en la ley que detallen cómo deben llevarse a cabo estos procedimientos, porque no se puede dejar al arbitrio de las autoridades policiales estos actos, pues, en materia de niñez y adolescencia el tratamiento es especial y se requiere de las directrices normativas para proceder de una forma favorable a los derechos del grupo protegido.

Por otro lado, este artículo cuyo requisito establece la necesidad de contar con un proceso de investigación policial y social aplicable a la causal de “ausencia injustificada” en el proceso de

privación de la patria potestad, da paso a la confusión. Lo que ocurre aquí es que, el artículo que habla sobre la privación de la patria potestad (CONA, Art. 113) no incluye esta causal de forma expresa, misma que podría relacionarse con la causal quinta que se refiere a 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”. No obstante, no existe claridad en estas líneas normativas. Para esto se torna necesario realizar por parte de las autoridades, en lo principal, un ejercicio intelectual sobre esta situación jurídica de forma tal que se unifiquen criterios y se oriente al justiciable y a quienes aplica la ley.

Además, según los requisitos analizados del artículo 270, estos, se vuelven indispensables para solicitar la privación de la patria potestad, al menos, cuando se aleguen algunas de las causales que tengan relación con el abandono injustificado, posibilitando así actuaciones arbitrarias o decisiones motivadas con un artículo que contiene un vacío y oscuridad, lo que, devendría en una vulneración de la protección constitucional que brinda la norma suprema a los niños, niñas o adolescentes y a su interés superior.

A todo esto, conviene citar a la Corte Constitucional, que en su Sentencia No. 064-15-SEP-CC, ha mencionado lo siguiente:

El interés superior del niño constituye la obligación, por parte de **todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente** los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad (énfasis me pertenece). (2015, p. 21)

Pues, no conformes con este vacío jurídico y oscuridad a la vez, se plantea que, como medidas judiciales, los administradores de justicia eleven a consulta esta norma, para que la Corte Constitucional como máximo órgano de justicia e interpretación constitucional, resuelva de manera fundamentada acorde a la protección constitucional que se otorga a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De modo similar, se podría elevar ante acción de inconstitucionalidad el Art. 270 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para que se analice que ese tipo de procesos investigativos judiciales y sociales no regulados por la norma que, dejan sueltos los criterios a aplicar a la hora de administrar justicia y velar por los intereses de los menores.

Con todo lo señalado, los artículos en discusión sí se prestan para arbitrariedades o decisiones con motivaciones ambiguas, lo que resultaría en vulneración al principio del interés superior del niño

en el caso, por ejemplo, de requerirse obligatoriamente un proceso investigativo para otorgar la privación de la patria potestad. Pues tomando en cuenta este principio, tales formalidades que no quedan claras podrían sustituirse por tomar en cuenta la opinión del menor, de acuerdo con su edad y a su desarrollo y así si garantizar el principio del interés superior del niño.

Discusión

La legislación ecuatoriana integra en su contenido jurídico, reglas de derecho sustantivo y de derecho adjetivo, en materia de niñez y adolescencia sucede aquello, pues el contenido jurídico de estos cuerpos normativos contiene los derechos, deberes de los niños y niñas, así como también las obligaciones de los padres respecto de sus hijos menos de edad no emancipados. No obstante, como debe ser sabido, las leyes siempre están sujetas a su mejoramiento o rectificación. Esto sucede con el procedimiento de privación de patria potestad que, si bien, ha sido explicada por estudiosos del derecho, en ningún caso se hace alusión al vacío jurídico existente en el artículo 270 inciso cuarto del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que se presta para interpretar de diversas formas, desconociendo el verdadero sentido de tal disposición normativa. Pues, haciendo alusión a la seguridad jurídica las normas deben ser claras más aún si el objetivo de estas disposiciones es brindar protección a un grupo de atención prioritaria. Es así que se puede tomar en consideración la identificación de un vacío jurídico que genera ambigüedad al momento de aplicar la norma, además, cuando existe este tipo de errores legislativos, en el caso de niñez y adolescencia, las disposiciones sujetas a confusión deberían ser cuidadosamente aplicadas o solucionadas por parte de los administradores de justicia en base al interés superior del niño, pero, si es aplicado aún teniendo en cuenta su confusión y considerando que se presta para ambigüedades, sin buscar alguna medida alternativa que resuelva esta confusión, se atenta directamente contra el interés superior del niño.

En este tipo de casos quienes están en constante revisión y aplicación de la norma deben tener en cuenta que solo cuando en la práctica (en algún caso concreto) son identificados estos problemas, ahí recién los administradores de justicia, abogados en libre ejercicio, o funcionarios públicos y privados observan este tipo de incongruencias, vacíos, oscuridades o ambigüedades en la ley; caso contrario, tales situaciones son ignoradas. Pues bien, tomando en cuenta que el tema de la privación de la patria potestad es un tema de tratamiento especial porque se podrían poner en juego los intereses de los menores de edad no emancipados, debe ser abordado con suma atención, de tal

forma que se activen mecanismos judiciales para arreglar o modificar estas situaciones tomando en cuenta la protección constitucional e internacional hacia los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, también conviene precisar que, tras las diversas reformas y modificaciones que ha sufrido el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es preocupante que no se haya tomado en cuenta tal artículo que deja una idea suelta y que de ninguna manera se describe el procedimiento a seguir y en qué casos, inclusive, esta disposición puede ser utilizada erróneamente por alguna defensa técnica perjudicando al menor sobre sus derechos, y priorizando un procedimiento o documento formal del cual no se tiene suficiente conocimiento, de esta forma, se podría inducir a tomar una decisión judicial contraria al principio del interés superior del niño.

En este sentido, considerando el espíritu garantista y protector de los derechos de grupos sociales de atención prioritaria que establece la Constitución, cualquier normativa o disposición por parte de cualquier autoridad que se contraponga a la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes va en contra de este garantismo constitucional y su normativa que expresamente contiene la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por sobre otros derechos inclusive.

Finalmente, ante estos escenarios quienes forman parte de la Función legislativa o a través de la Corte Constitucional se torna posible atender a este tipo de vacío jurídico que representa una serie de ambigüedades al momento de aplicar esta disposición normativa (inciso cuarto del artículo 270 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia) para esclarecer el procedimiento a seguir cuando se busca demandar la privación de la patria potestad a uno de los progenitores o a ambos, todo esto, con el fin de atender adecuadamente las necesidades y promover el bienestar del menor que no se halla recibiendo ese tipo de atención y cuidados como debería ser.

Conclusiones

La importancia de ejercer una correcta patria potestad sobre los niños, niñas y adolescentes recae en el debido cuidado, bienestar y correcto desarrollo que deben recibir estos menores. Pues, su condición de vulnerabilidad debido a su corta edad es suficiente para otorgarles la protección desde el ámbito estatal, y principalmente a través de la justicia cuando sus derechos son violentados. De esta forma, el presente trabajo investigativo ha orientado su desarrollo en este sentido.

Para casos específicos, la normativa ha destinado la posibilidad de activar un proceso de privación de la patria potestad y separar a los niños de sus cuidadores, con la finalidad de recibir una mejor

protección por parte de familiares habilitados para cumplir con esta responsabilidad. De esta forma, la privación de la patria potestad debe tener un proceso claro y sencillo pues se tratan de causales que activan este procedimiento cuando existen acciones que realmente atentan contra la integridad de los menores, y en el caso de colocar trabas o disposiciones normativas ambiguas puede resultar contraproducente para los niños y adolescentes.

Sucede que, con el análisis de la normativa que aborda el proceso de privación de patria potestad se logra identificar un vacío jurídico que no amplía o explica la forma en qué se debe llevar a cabo un proceso investigativo o social previo a demandar judicialmente, además, este tipo de procedimientos investigativos se activarían cuando exista la causal de ausencia injustificada de quien ejerce la patria potestad, entonces, no queda realmente claro si esta situación se vuelve una causal adicional o se encasilla dentro de una ya existente dentro del artículo que versa sobre las causales para solicitar la privación de la patria potestad. Entonces, al tener un artículo inaplicable por su confusión o que puede ser aplicado de forma errónea se transgrede la protección constitucional que el Estado brinda a sus niños, niñas y adolescentes.

Aún sabiendo que la ley es perfectible, se debe tener en cuenta la importancia de interpretar y analizar de forma crítica la normativa que rigen estos procesos, de este modo, se puedan suplir estos errores a través de las autoridades competentes para subsanar esto. En todo caso, la Constitución y el bloque de constitucionalidad al amparar directamente a los niños, niñas y adolescentes y a su interés superior, influyen directamente para que, al modificar esta normativa se tomen decisiones de la forma más favorable a sus derechos.

Referencias

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), pp. 223-247.
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46.
- Consejo de la Judicatura. (s.f.). Guía Evaluación y determinación del interés superior de la niñez en los procesos judiciales.

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

Corte Constitucional del Ecuador. (31 de julio, 2013). Sentencia No. 048-13-SEP-CC. Caso No. 0169-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de marzo, 2015). Sentencia No. 064-15-SEP-CC. Caso No. 0331-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de julio, 2020). Sentencia No. 207-11-JH/20. Caso No. 207-11-JH. J.P. Daniela Salazar Marín.

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

Espinoza, E. (2022). La patria potestad en la legislación ecuatoriana. *Revista Científica: Ciencias & Sociedad*, 2(2). <http://cienciaysociedaduatf.com/index.php/ciesocieuatf/article/view/29>

Llamuca, D., Ayaka, P., Luna, J., y Ramos, L. (2022). La patria potestad y sus determinaciones en Ecuador. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, VII(2). Edición Especial.

Samaniego, F. (2017). ¿Quién ejerce la patria potestad cuando los padres están separados? *Asamblea Nacional*. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/blogs/franklin-samaniego/50860-quien-ejerce-la-patria-potestad-cuando>

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).