



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TESIS:

***PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LA TRIBUNALES
Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR***

TÍTULO:

**“LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU
INCIDENCIA FRENTE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DESARROLLO
INTEGRAL DEL MENOR, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL
PERÍODO ENERO – JUNIO 2015.”**

AUTORA

GEOVANA NATALY GUTIÉRREZ GUAMÁN

TUTOR

M. Sc. JUAN PABLO CABRERA

Riobamba – Ecuador

2016

CERTIFICACIÓN

M.Sc. JUAN PABLO CABRERA, CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, la Tesis titulada: “LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL PERÍODO ENERO – JUNIO 2015.” Realizada por Geovana Nataly Gutiérrez Guamán, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.



M. Sc. JUAN PABLO CABRERA
TUTOR



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
ESCUELA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL PERÍODO ENERO – JUNIO 2015.” Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo y ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

PRESIDENTE

10

Calificación

[Firma]

Firma

MIEMBRO 1

10

Calificación

[Firma]

Firma

MIEMBRO 2

10

Calificación

[Firma]

Firma

NOTA FINAL

10

DERECHOS DE AUTORÍA

Los resultados de la investigación, criterios, análisis y conclusiones, así como los lineamientos propósitos expuestos en la presente tesis, son de exclusiva responsabilidad de la autora, y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



La autora.

.....
GEOVANA NATALY GUTIERREZ GUAMAN

C.C.060391523-2

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a DIOS, a la Virgencita del Quinche, quienes inspiraron mi espíritu para la conclusión de esta tesis.

A mis padres Sr. Walter Gutiérrez y Sra. Beatriz Guamán quienes me dieron la vida, educación, apoyo y consejos, y me han enseñado afrontar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi adorada hija Karen Nicole Barahona Gutiérrez, a ella especialmente le dedico esta tesis, quien fue la q más sufrió porque me prestó el tiempo que le pertenecía de juegos y cariños, para que su madre llegue a culminar la meta propuesta, y con sus abrazos, besos y palabras de cariño me motivó siempre para luchar y velar ella.

A mi novio el Abg. Marcelo David Guzmán López, quien fue la persona que más directamente estuvo conmigo, ayudándome, aconsejándome siempre pendiente y dándome los ánimos para seguir adelante. Realmente él es la persona que me llena y es mi ejemplo a seguir para alcanzar mis metas y conseguir un equilibrio de dedicación y responsabilidad que me permita dar el máximo de mí.

A mis hermanos y cuñados quienes estuvieron conmigo apoyándome y aconsejándome siempre los quiero mucho.

A ti amiga de toda la vida María Lovato, por estar siempre conmigo acompañándome en las buenas y malas, llorando y riendo conmigo, nuestra amistad es un vivo ejemplo de q los amigos verdaderos si existen te quiero mucho.

La autora.

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo de tesis primeramente me gustaría agradecer a ti Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño anhelado.

A la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO por darme la oportunidad de estudiar y ser una profesional.

También me gustaría agradecer a mis profesores durante toda mi carrera profesional porque todos han aportado con un granito de arena a mi formación.

De igual manera agradecer a mi profesor y tutor de Tesis, Mcs. Juan Pablo Cabrera por su visión crítica de muchos aspectos cotidianos de la vida, por su rectitud en su profesión como docente, por sus consejos, que ayudan a formarte como persona.

Y por último a todas aquellas personas que estuvieron conmigo apoyándome en ese largo camino de llegar a cumplir una de mis metas.

A todos ustedes mismas sinceros respetos y agradecimientos.

La autora.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	II
PORTADA.....	III
DERECHOS DE AUTORÍA.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
ÍNDICE	VII
ÍNDICE DE CUADROS	XII
ÍNDICE DE GRÁFICOS	XIII
RESUMEN	XIV
ABSTRACT	XV
INTRODUCCIÓN	XVI

CAPITULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	2
1.3	OBJETIVOS	3
1.3.1	Objetivo General.....	3
1.3.2	Objetivos Específicos	3
1.4	JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA	3

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	4
2.1.1	Fundamentación teórica.....	4

UNIDAD I

PATRIA POTESTAD

2.2	Patria Potestad.....	6
2.2.1	Etimología.....	6
2.2.2	Breve Reseña Histórica.....	6
2.2.3	Concepto	9
2.2.4	Elementos imperativos	10
2.2.5	Diferencia terminológica.....	11
2.2.6	Características:.....	12
2.2.7	Causas que originan la patria potestad	14
2.2.7.1	Procreación	15
2.2.7.2	Filiación	15
2.2.7.3	Adopción.....	15
2.2.8	Objeto.....	15
2.2.8.1	Formación.....	16
2.2.8.2	Protección.....	20
2.2.8.3	Representación.....	23
2.2.9	Límite.....	27

UNIDAD II

SUJETOS DEL DERECHO

2.3	Sujetos del derecho.....	29
2.3.1	Hijo no emancipado	29
2.3.1.1	Clases	30
2.3.2	Sujeto Activo	33
2.3.2.1	Clases	35

UNIDAD III

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

2.4	Ejercicio de la patria potestad	38
2.4.1	Requisitos para el ejercicio de la patria potestad	38
2.4.2	Clases	38
2.4.2.1	Unipersonal	38
2.4.2.2	Pluripersonal o conjunto.....	40
2.4.3	Clasificación de los actos comunes al ejercicio de la patria potestad	45
2.4.3.1	Actos que pueden realizar los menores	45
2.4.3.2	Actos que pueden ser ejecutados por los padres.....	51
2.4.3.3	Actos del menor que requieren la autorización de ambos padres	55
2.4.3.4	Actos que requieren autorización judicial.....	59

UNIDAD IV

PROCESO PARA LA SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

2.5	Proceso para la suspensión y privación de la patria potestad.....	63
2.5.1	Auto de Calificación	68
2.5.2	Orden de completar o aclarar la demanda.....	68
2.5.3	Citación	69
2.5.4	Etapas conciliatorias.....	70
2.5.4.1	Tipos de conciliación	70
2.5.4.2	Conciliación judicial o administrativa.....	70
2.5.4.3	Contestación a la demanda.....	72
2.5.4.4	Consulta de la opinión del menor	74
2.5.4.5	Concesión del régimen provisional	75
2.5.4.6	Cierre de la Audiencia de Conciliación y Contestación	76

2.5.5	Audiencia de Prueba	78
2.5.6	Auto Resolutorio de primera instancia	79
2.5.7	Decisión relativa a los deberes y derechos del progenitor restringido ...	83

UNIDAD V

DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR

2.6	Desarrollo integral del menor	85
2.6.1	Concepto	85
2.6.2	Alcance del desarrollo integral del menor	86
2.6.3	Breve Reseña Histórica.....	87
2.6.4	Características.-	91
2.6.5	Objeto.....	92
2.6.6	Explicación sobre el principio del interés superior del niño.....	95

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1	HIPÓTESIS GENERAL	99
3.2	VARIABLES	99
3.2.1	Variable independiente.....	99
3.2.2	Variable dependiente.....	99
3.3	Operacionalización de las variables	100
3.4	DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	102
3.5	Enfoque de la Investigación	103
3.6	Tipo de Investigación	103
3.7	Métodos De Investigación	103
3.8	POBLACIÓN Y MUESTRA	104
3.8.1	Población.....	104
3.8.2	Muestra	105

3.9	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.....	106
3.10	INSTRUMENTOS.....	107
3.11	TÉCNICAS DE PROCEDIMIENTO, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	107
3.12	Comprobación de la pregunta de hipótesis.-.....	115

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1	CONCLUSIONES.....	116
4.2	RECOMENDACIONES	117

CAPITULO V

MARCO ADMINISTRATIVO

5.1.1	Institucionales	118
5.1.2	Humanos	118
5.1.3	Recursos Materiales	118
5.1.4	Recursos Tecnológicos.....	118
5.1.5	ESTIMACIÓN DE COSTOS (PRESUPUESTO ESTIMADO).....	119
5.1.5.1	Ingresos	119
5.1.6	CRONOGRAMAS DE ACTIVIDADES.....	121
	BIBLIOGRAFIA	122
	ANEXOS	125

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO N° 1	La declaración judicial de privación de la patria potestad.....	100
CUADRO N° 2	El principio constitucional del desarrollo integral del menor...101	
CUADRO N° 3	Población.....	105
CUADRO N° 4	Procesos tramitados en la Unida Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba	106
CUADRO N° 5	Ingresos.....	120
CUADRO N° 6	Presupuesto.....	120
CUADRO N° 7	Cronogramas de Actividades.....	121

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO N° 1	Abogados en el libre ejercicio expertos en materia civil.	110
GRÁFICO N° 2	En su criterio: se declara judicialmente la privación de la patria potestad, para garantizar el principio del desarrollo integral del menor.	111
GRÁFICO N° 3	Considera que: la declaración judicial de la privación de la patria potestad, vulnera de algún modo el principio del desarrollo integral del menor.	112
GRÁFICO N° 4	Cree que la declaración judicial de la privación de la patria potestad, salvaguarda a los menores violentados física o psicológicamente por sus padres.	113
GRÁFICO N° 5	Considera positiva la intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad.	114

RESUMEN

En Ecuador existe una abundante normativa, que tiene por objeto precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que garantizan así su desarrollo. Debido a que, cuando los padres actúan de manera despreocupada frente a sus hijos a tal punto que llega hasta a la agresión de los mismos, produciéndoles un daño físico o psicológico grave, en consecuencia el Estado interviene dentro de la familia, como un garante del derecho fundamental que tienen los niños, niñas y adolescentes.

Y es en tal razón, que en muchas de las ocasiones limita o priva de los derechos de patria potestad a los padres.

Por lo expuesto, se ha establecido en la norma jurídica, un procedimiento para limitar o privar a los padres de sus derechos sobre los hijos, cuando ponen en peligro o situación de riesgo a estos últimos, y es en tal forma, que se establece la suspensión o pérdida de la patria potestad.

Por la gravedad de las causales que privan la patria potestad, queda justificada por sí misma la necesidad de privar a los padres del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, lo cual debe establecerse mediante un proceso judicial determinado.

Finalmente, es importante destacar que la Constitución de la República del Ecuador, vela por el interés superior del niño niña y adolescente, pero además por su desarrollo físico e integral, y es precisamente sobre esta base que se vuelve indispensable salvaguardar a esta criatura indefensa.



ABSTRACT

In Ecuador there is abundant legislation which aims to insure the rights of children and adolescents and to guarantee their development, because some times parents act carelessly towards their children to the point that children are assaulted by them producing a serious physical or psychological injury, so the state intervenes within the family as a guarantor of fundamental right of children and adolescents.

So, that is why in many cases it limits or deprives of guardianship rights to the parents.

For the reasons above, a procedure to limit or deprive the parents of their rights over their children has been established in the respective law when parents put under danger or risk to their children, so they would lose guardianship over the progenies. Causes will be studied during this research.

Gravity of the causes and guardianship right must be established by a certain judicial process.

Finally, it is important to mention that the Constitution of the Republic of Ecuador looks after the interests of children and adolescents, and physical and integral development. So, it becomes indispensable to safeguard this helpless creature.

2 

Reviewed by: Msc. Sonia Granizo L.

CENTRO DE IDIOMAS



COORDINACION

INTRODUCCIÓN

La razón por la cual se ha llevado a cabo esta investigación, es para determinar si la privación judicial de la patria potestad, incide en el principio constitucional del desarrollo integral del menor, garantizando o vulnerando en esta forma los derechos de los menores.

Lo cual resulta importante en las veces que, la Constitución de la República del Ecuador, vela por el interés superior del niño, pero además por su desarrollo integral y es precisamente sobre esta base que se vuelve indispensable realizar esta investigación.

El motivo de la presente investigación, se centrará en indagar en la gravedad de las causales para la privación judicial de la patria potestad y entender si la privación o suspensión, en su caso, de la patria potestad incide en el principio constitucional del desarrollo integral del menor.

Y es por tal razón que se vuelve indispensable realizar un estudio minucioso de cada una de las causales para la suspensión y pérdida de la patria potestad.

Cabe destacar que la patria potestad constituye una relación paterno-filial, siempre que los Niños, adolescentes obtengan un buen desarrollo integral.

El desarrollo de esta investigación está enfocado a realizar un seguimiento y asesoramiento a quienes hayan obtenido la patria potestad de los niños, niñas y adolescentes con la finalidad de evitar la pérdida de ésta, para garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores.

CAPITULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dentro de Ecuador se ha establecido una abundante normativa, que tiene por objeto precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que garantizan su desarrollo. No obstante, esta normativa queda limitada ante los derechos de patria potestad que los padres mantienen sobre sus hijos menores no emancipados.

Según el Código Civil, artículo 283: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.”

No obstante, cuando los padres actúan de manera despreocupada frente a sus hijos o de hecho los agreden, produciéndoles un daño físico o psicológico grave, el Estado interviene dentro de la familia, como un garante del derecho de los menores. Y es en tal razón, que en ocasiones limita o priva de los derechos de patria potestad a los padres.

El Código Civil, en su artículo 303 advierte que: “Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia.”

Sobre esta base, se ha establecido en la norma un procedimiento para privar a los padres de sus derechos sobre los hijos, cuando ponen en peligro a estos últimos, y es en tal forma, que se establece la suspensión o pérdida de la patria potestad.

Es así que en el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art.112 y 113 nos indica las causas para la suspensión y pérdida o privación de la Patria Potestad.

Si se considera la gravedad de las causales, queda justificada por sí misma la necesidad de privar a los padres del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, lo cual debe establecerse mediante un proceso judicial.

Código Civil, artículo 305: “En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquél respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad.”

Finalmente, es importante destacar que la Constitución de la República del Ecuador, vela por el interés superior del niño, pero además por su desarrollo integral y es precisamente sobre esta base que se vuelve indispensable salvaguardar a esta criatura indefensa.

Constitución de la República del Ecuador, artículo 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo la declaración judicial de privación de la patria potestad incide el principio constitucional del desarrollo integral del menor, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, en el período enero – junio 2015?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Determinar en qué medida la declaración judicial de privación de la patria potestad incide el principio constitucional del desarrollo integral del menor, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, en el período enero – junio 2015.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Determinar qué es un principio constitucional.
- Estudiar el principio constitucional del desarrollo integral del menor.
- Analizar la figura jurídica de patria potestad.
- Analizar las causas de privación de la patria potestad.

1.4 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

Esta investigación se justifica por cuanto, de lo constatado no existe una investigación que trate la privación judicial de la patria potestad y su incidencia frente el principio constitucional del desarrollo integral del menor.

Sobre esta base se puede aducir que el trabajo es original y por ende vale la pena ser tratado.

La presente investigación tiene por objeto determinar si la privación judicial de la patria potestad, incide el principio constitucional del desarrollo integral del menor, garantizando o vulnerando en esta forma los derechos de los menores.

Argumentando desde este punto que, la Constitución de la República del Ecuador, vela por el interés superior del niño, pero además por su desarrollo integral y es

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Al haberse realizado estudios bibliográficos y documentales en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, se puede constatar que no existen tesis con que tengan similitud al trabajo de investigación que se encuentra en ejecución.

2.1.1 Fundamentación teórica.

En todo trabajo de investigación es necesario tener un fundamento de hecho y de derecho, el mismo que lo sustentaremos en la gravedad de las causales para la privación judicial de la patria potestad, categorizándolas en dos supuestos: suspensión y pérdida.

Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 112: "Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas: 1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; 2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113; 3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor; 4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada; 5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y, 6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectada podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad. Suspendida la

patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.”

Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 113: “Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos: 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.

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal.”

UNIDAD I

PATRIA POTESTAD

2.2 Patria Potestad

Dentro de la presente investigación se tratarán los parámetros fundamentales de la patria potestad.

2.2.1 Etimología

Proviene del latín: “patrius, a, um”, que significa lo relativo al padre; y “potestas”, que se define como potestad o mando.

2.2.2 Breve Reseña Histórica

“Para muchos sociólogos es un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo período de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de la familia. Una de las notas esenciales de la organización uterina sería -según Sydney Hartlane- que la autoridad sobre los hijos pertenecía a la madre, aunque raramente sería ejercitada por ella. En apoyo de la tesis de la filiación uterina se cita a: Herodoto, Diódoro de Sicilia y Nicolás Damasceno; creyéndose ver confirmada aquella teoría entre los licios, los egipcios, y los antiguos germanos, así como se evidencia aún hoy, entre algunos pueblos como los naires que no conocen al padre y pertenecen a la madre -los tuaregs-, y cuya posición entre la tribu es fijada por la sangre de la madre.” (Castán Vázquez, 1960)

El uso del término “patria potestad” se usó para denominar a los jefes de las primeras familias hebreas. “En el pueblo hebreo, en efecto, se evidencia una amplitud de los poderes...del padre, antes de la aparición de la ley mosaica, era al

mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y haciendas de sus hijos.”
(Méndez Costa, 2001)

“Las Partidas explicaban que era el poder, o señorío que los padres sobre los hijos, según razón natural y según derecho. Lo uno porque nacen de ellos; lo otro, porque han de heredar lo suyo.” IV, TITULO XVI proemio uno de los principales defectos que presentó la figura de la patria potestad en Roma, era la confusión del derecho con la economía primitiva, se involucraba el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario. Esto produjo una serie de atropellos frente a los miembros de la familia y particularmente sobre los hijos. “la institución se fue suavizando en la época imperial, primero con la admisión del peculio profecticio: bienes del padre que el hijo administra, de los que puede disponer, pero que continúan siendo de la propiedad del padre. Luego con el peculio castrense, que permitía al hijo ejercer la propiedad y libre administración sobre lo que adquiriría como soldado, y ya en la Monarquía post Diocleciana, con el cuasi castrense, que hacía propias las adquisiciones del filius familie como funcionario. Recordemos también que los bona adventicia irregularia, peculio adventicio irregular, fueron los que formaron patrimonio constituido al hijo por un tercero con exclusión expresa para el padre de toda prerrogativa sobre los bienes del mismo.”

En el derecho germánico, la potestad del padre recibe el nombre de “Munt”, que significa un derecho y un deber de protección. A diferencia del derecho romano, esta acepción de la patria potestad se ejercía fundamentalmente bajo la idea de protección del incapaz y cesaba a determinada edad o en su defecto “...cuando el hijo ya crecido iniciaba una vida económica independiente...” (Kiip, 1979)

No obstante de esta enorme diferenciación, en la que el padre tenía la obligación de velar por sus hijos incapaces, la historia reseña eventos de abuso por parte de la autoridad paterna, que se cotejan con los acaecidos en Roma.

“Las excesivas atribuciones paternas observadas en la realidad legislativa llevaron a una reacción del derecho medieval, traducida en una negación de la patria potestad entre los lombardos y ciertas doctrinas en Francia...pero de ningún modo dirigidas a desconocer, la patria potestad como derecho natural, lo que fuera conocido en forma prácticamente unánime.” (Méndez Costa, Derecho de Familia, Tomo II, Rubinzal , 2001)

Debe reconocerse que el cristianismo tuvo una influencia importante, como actor ecléctico de los elementos vigentes, entre la potestad romana y el principio protector del Munt germánico, a la vez que asentía la autoridad del padre, la justificaba por el amparo que prestaba al hijo. Slange Réglade, describe con maestría la tesis sostenida por el cristianismo: “Para la Iglesia todo derecho nace de una obligación: como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan del derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad. En el fondo, y después de varios trastornos (alguno tan grave como la Revolución Francesa) éste es el espíritu que perdura en los códigos civilizados modernos.” (De Ibarrola, 1981)

Un hecho que sin duda influyo enormemente en el adoctrinamiento de la institución, fue la Revolución Francesa, llegado este hito histórico la patria potestad evolucionó de un poder a una función, porque aunque no se proclame a este carácter en términos textuales dentro de los códigos franceses, existe un criterio unificado por la doctrina, que refiere a este período como el responsable de transformar a la patria potestad en una función temporal productora de deberes para el padre y limitante de sus facultades. Julliot de la Morandière recuenta estos avances: “...se rebajó la autoridad paterna y se concibió como una medida de protección para los menores, que cesaría a la mayoría de edad del hijo, y se impuso el control por la creación de los tribunales de familia y rehusó el control judicial y la declaración posible de la potestad del padre sobre sus hijos. Sin embargo, esta concepción ha evolucionado en el derecho francés, para admitirse hoy que se ejerce un interés de la familia y de los hijos.” (Morandière, 1951)

A partir del Código Napoleónico la patria potestad se concreta como un estado de protección para el menor, con predominio neto de las reglas consuetudinarias expuestas por Pothier, aunque vale decir que ya la Asamblea Legislativa la había limitado en 1792. Por otra parte, la institución deja de ser específicamente paternal, puesto que pasa a convertirse en patrimonio de ambos padres, destacándose como hecho relevante de la historia que al prepararse el Código Napoleónico, hubo partidarios de emplear como una rúbrica legal las palabras “de la autoridad de los padres y de las madres”, para definir a los sujetos activos.

Sobre la base de estos precedentes, es que la generalidad de los códigos civiles o de la familia o sus reformas, que datan de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, atribuyen a ambos padres el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos menores de edad.

Se podría decir, que la evolución sólo ha logrado conservar la denominación lingüística de la patria potestad, porque el fin para el que fue concebida ha variado en su totalidad. En la actualidad sería imposible determinarla como un mando, sino que debe ser entendida como una función que realizan los padres en beneficio de sus hijos.

2.2.3 Concepto

Antes de emitir un concepto propio se cita los tratadistas:

Mazzinghi deriva el concepto de ideas primigenias que demarcan el campo de la figura: “El concepto originario se ha enriquecido con la dedicación de que el objeto de la relación es la “protección y la formación” integral de los hijos. Asimismo, es valiosa la referencia al tiempo de su iniciación, ubicando como punto de partida el momento de la concepción, que es cuando se inicia la existencia de la vida humana y aparece un sujeto de derecho distinto de sus progenitores. La patria potestad no es, en efecto, ni un poder conferido a los padres para que ellos se

solacen en su ejercicio, ni una función asignada por la sociedad para que unas personas cuiden de otras. Es...un conjunto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales participa de las características que hemos atribuido a los derechos subjetivos familiares. Y ese conjunto de derechos y obligaciones tiene su origen y su raíz en el orden natural.” (Mazzinghi, 1999)

De acuerdo al Código Civil, artículo 283: “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.”

En un concepto más contemporáneo el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 105 determina: “Concepto y contenidos.- 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.”

En una definición propia, la patria potestad es un derecho natural –concepción- y por defecto jurídico –adopción-, que faculta y obliga a los padres a salvaguardar la integridad de sus hijos no emancipados, constituyéndose así una verdadera función social, que necesariamente debe encontrarse normada en el derecho positivo, para garantizar el cumplimiento de sus fines.

2.2.4 Elementos imperativos

De los conceptos expuestos, se puede concluir que existen tres elementos determinantes para constituir a la figura jurídica, estos son los que a continuación se explica:

Titularidad.- Condición que posee una persona frente a un derecho o a un deber. En el caso de la patria potestad, la titularidad deriva del reconocimiento legal de los padres con respecto de sus hijos.

Potencialidad.- Derecho latente que tienen los padres para asumir el ejercicio de la patria potestad, de un modo permanentemente y particular frente a determinados hechos que requieren de su intervención.

Ejercicio.- Es la parte dinámica de la patria potestad, comprendida como el cúmulo de facultades otorgadas a los padres para efectivizar sus propósitos, traducidos en el beneficio del hijo.

2.2.5 Diferencia terminológica

Es necesario diferenciar a la patria potestad de ciertos términos afines, muy usados cuando se hable de las relaciones entre padres e hijos.

- **Filiación.-** Vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico. En términos legales, es el reconocimiento que debe existir entre padres e hijos, para ejercer los derechos provenientes de la patria potestad. Ante lo cual se refiere la siguiente jurisprudencia: “1. Al no estar inscrito el nacimiento del menor, no existe emplazamiento alguno en el estado de familia, pues este quedó en la incertidumbre...” (Fallo argentino: CNCiv.)
- **Pater Familias.-** La locución latina “*pater familias*” es irregular y arcaica, preservando la antigua desinencia genitiva de “as”, que traducida literalmente significa: padre de familia. El padre de familia era el hombre mayor en el hogar romano, responsable de todos los miembros del grupo familiar.
- **Guarda.-** “...es el cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, nace de la Patria Potestad y está encaminada a proteger a los

menores, regulando el cumplimiento de las relaciones paterno filiales.”
(Cabrera Vélez, 2008)

2.2.6 Características:

Dentro de las principales se citan las siguientes:

1. Jerarquía de Tratado Internacional.- Múltiples son los tratados internacionales que reconocen a la patria potestad en su texto, entre los más destacados ubicamos los que se siguen: Código de Derecho Internacional Privado –Artículos: 69, 70, 71, 72-, Declaración de los Derechos del Niño -Artículos 6 y 7-, Convención sobre los Derechos del Niño –Artículos 3, 5, 9, 14, 18, 19, 20, 27 y 29-

2. Derecho constitucional.- La Constitución de la República del Ecuador, no redacta literalmente el término “patria potestad” en su texto; sin embargo, lo hace presente al determinar ciertas funciones de los padres, lo cual se extrae de los artículos: 29, 69 y 83 numeral 16, que de un modo claro determinan los principios de la figura. Entre los múltiples autores que atribuyen este carácter a la patria potestad se puede extraer a López del Carril, quién taxativamente ha referido en sus obras que la patria potestad tiene asidero constitucional.

Sobre este acierto, Méndez Costa y D’Antonio acuerdan la posibilidad de dirigir una acción constitucional, en caso que se vulnere las facultades constitucionales conferidas a la patria potestad: “...toda perturbación o desconocimiento de los derechos deberes que integran la patria potestad podrá reclamarse mediante el ejercicio de la acción de amparo si se trata de un acto u omisión proveniente de autoridad pública, o por la puesta en marcha del proceso sumarísimo en caso de comportamientos observados por particulares.” (Méndez Costa, Derecho de Familia, Tomo II, Rubinzal , 2001)

3. Temporal.- Como se ha especificado, la mira de la patria potestad es brindar un estado de protección al menor, lo cual posee un carácter netamente estacional, ya que una vez que el menor no necesita de tal estado, la permanencia de la patria potestad carece de sentido. La patria potestad finiquita con la emancipación voluntaria, legal o judicial –Código Civil, artículos 310 y 311-, como se profundizará más adelante.

4. Personalísimo.- La titularidad de la patria potestad únicamente corresponde a los padres frente a sus hijos, se trata de un derecho personalísimo, ya que este se relaciona con el denominado patrimonio moral y en tal sentido, no es susceptible de disposición. En igual opinión se expresa Manuel Chávez Asencio: “Es un conjunto de deberes propios, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros.” (Chávez Asencio, 1997)

Lo cual es compartido por Lafaille, quien argumenta: “...las convenciones que hagan los padres con terceros tendientes a limitar o modificar la regulación jurídica específica son de ningún valor...” (Lafaille, Familia, p. 142)

5. Intransmisible.- Al tratarse de un derecho natural que parte de la procreación, la titularidad, potencialidad y ejercicio de este sólo se extiende a sus congéneres, independientemente de que en la práctica sea perfeccionada sólo por uno de ellos; excluyéndose de tal forma a cualquier tercero, por ser ajeno al ámbito de la figura. Colin y Capitant, merecen una misma opinión al argumentar que la patria potestad es intransmisible: “...por cuanto, reconoce como causa la paternidad o la maternidad y cualquiera de éstas no pueden transmitirse.” (Capitant)

La jurisprudencia mexicana posee criterios casi uniformes sobre el tema: “Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, al carácter de interés público que existe en

esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso que se estipule lo contrario.” (Valdés, 3/DIC/1987)

6. Imprescriptible.- En la opinión de Messineo, citada del libro Derecho Civil Anotado de Llambías: “...ningún derecho familiar es prescriptible.” (Llambías)

Lo cual se traduce literalmente en el derecho alemán, dentro del Bürgerliches Gesetzbuch B.G.B. –Código Civil Alemán- artículo 194, que estatuye: “...la pretensión derivada de una relación jurídico-familiar no se extingue por prescripción...”

7. Es revocable.- Así es entendido por la doctrina, la legislación nacional y extranjera, por cuanto si la patria potestad no se desempeña en concordancia con sus fines -abusando así de sus prerrogativas legales- puede ser privada o suspendida. Si no proporciona al menor de un amparo adecuado, se tendrá como resultado la agresión de sus derechos, lo que conlleva a su revocatoria.

8. No está sujeta al comercio.- En palabras de Gómez Duque: “...quiere decir que los derechos que de ella emana no pueden ser objeto de negociación, no pueden enajenarse.” (Gómez Duque, 2002)

9. Tracto sucesivo.- Resulta bastante evidente que para su perfeccionamiento, el ejercicio de la patria potestad debe ser continuado y por el tiempo que subsista la institución, concediendo a sus titulares una amplia libertad de funciones.

2.2.7 Causas que originan la patria potestad

La investigación atribuye el continuo origen de la patria potestad, a los siguientes factores:

2.2.7.1 Procreación

Es la voluntad de una o dos personas, para dar vida a un nuevo ser. Como se ha dicho anteriormente la patria potestad es un derecho que se deriva de la naturaleza; por ende, se califica a la procreación como la primera causa del establecimiento de la institución.

2.2.7.2 Filiación

Generalmente entendida como el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, pero en un sentido aplicado al motivo del estudio, puede decirse que es el asentamiento de la relación paterno-filial, por intermedio del reconocimiento moral o judicial de los padres. Forma deducida por la jurisprudencia: “Filiaciones contradictorias únicamente se suscitan cuando ya hay previamente un emplazamiento de estado, es decir, cuando la paternidad o maternidad se ha asentado en el Registro del Estado Familiar, constituyéndose así en título de estado en sentido formal y no substancial, oponible erga omnes.” (Salvador, 199)

2.2.7.3 Adopción

“La adopción es un acto de amor del hombre y de la mujer contemporánea y de las próximas décadas, a favor de los niños, adolescentes, menores de edad en general, huérfanos, abandonados, de padres desconocidos.” (Sajón, 1995)

2.2.8 Objeto

Formación, protección y representación, son los propósitos encomendados a la patria potestad, por: Colín – Capitant, Ripert – Boulanger, Castán Vázquez, Méndez Costa y Zannoni; de entre otros estudiosos que ven en estos elementos el finalismo de la figura, adempere de esto, al ser términos muy amplios se presenta

la necesidad de desglosarlos, para poder identificar múltiples objetivos específicos que conciertan al global.

2.2.8.1 Formación

Al tratarse de un concepto macro la formación ocupa diversos campos, todos ellos emplazados a garantizar el desarrollo integral del hijo, ubicándose a los siguientes sub elementos:

2.2.8.1.1 Vida

La vida es un derecho natural que se encuentra positivizado en la normativa jurídica internacional. Artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida..." Artículo 2° de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "Derecho a la vida: 1. Toda persona tiene derecho a la vida." Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida."

En Ecuador el derecho a la vida está especialmente enfocado en la gestación y el nacimiento, puesto que de acuerdo a su Constitución "la criatura concebida" posee los mismos derechos que un ser humano separado del vientre materno, artículo 45: "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción."

2.2.8.1.2 Custodia

"La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la custodia de los menores..." Desde el punto de vista de la convivencia habitual de los padres con sus hijos y la toma de

decisiones que genera dicha convivencia, se presentan circunstancias que coadyuvarán a fundar el carácter del hijo, sobre la base de sus figuras paternas, que asistidos por su madurez inculcarán sus costumbres de vida.

2.2.8.1.3 Educación

Corresponde a los padres la educación de sus hijos, como parte de sus derechos subjetivos familiares, tesis sostenida por Mazeaud. No obstante, la educación se constituye como un derecho patrimonial del menor, que opera de manera determinante en su formación y debe ser contenida en los términos de Lehman: "...influencia psíquica a fin de capacitar corporal, espiritual y socialmente al hijo, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes y en armonía con las circunstancias." (Lehman)

En concordancia con este criterio se pronuncia Castán Vázquez: "El deber de los padres de educar a los hijos es de derecho natural, al igual que la patria potestad misma, en la naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean. Como con doctrina tomista dice que García Hoz, el padre, por ser principio de generación, es así mismo principio de educación para sus hijos. De ahí que los moralistas estudien la educación como un deber de los padres." (Castán Vázquez, La patria potestad , 1960)

Múltiples son las normas que dan tratamiento al componente:

Declaración de los Derechos del Niño, artículo 7º: "El niño tiene derecho a recibir educación que...favorezca su cultura general y le permita...desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad."

Constitución de la República del Ecuador, Segundo párrafo del artículo 29: "Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus

hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas.”

Por la indudable trascendencia que la educación representa para el menor, este apartado ha sido objeto de una abundante contribución legal, que dicta parámetros con el fin de garantizar este tan importante elemento, pero con especial observancia a los derechos naturales de los padres, a quienes como manifiesta Busso, les corresponde la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto han de incidir en la vida de sus hijos, de lo contrario se violentaría su conciencia y preferencias legítimas.

Los Estados deben colaborar únicamente con la educación académica de los menores, asegurándose que ésta sea gratuita para que las personas de escasos recursos puedan cultivarse, su intervención debe reservarse únicamente en caso de la imposibilidad física o moral de los padres, razonamiento que ha sido considerado en el artículo 42 de la Constitución de Irlanda: “En casos excepcionales en que los padres por razones físicas o morales fallen en sus deberes para con los hijos, el Estado como guardia del bien común, procurara por los medios apropiados reemplazar a los padres pero siempre teniendo en cuenta los derechos naturales e imprescriptibles del niño.”

Bajo el criterio de ciertos tratadistas, se concluye que el inculcar una creencia religiosa forma parte del derecho de los padres de educar a sus hijos, lo cual es un hecho fáctico por efecto de la patria potestad. Sin embargo, esta función está siempre condicionada a la voluntad del menor, que al adquirir cierto discernimiento puede cambiar de dogma; la doctrina incluso ha fijado una edad para este evento, así Spota, Belluscio, Zannoni y Borda piensan que, el límite lógico de la facultad de los padres de imponer al menor sus ideas religiosas, está dado por la edad en que se adquiere el discernimiento; es decir, a los catorce años.

Se recalca que, la fijación de una edad mínima en la doctrina es meramente teórica. Ya que al tratarse de un derecho personalísimo –de la sub. especie de la libertad- éste debe ser respetado indistintamente de la edad que posea el menor, por ser titular de una protección amplísima. En un concepto más amplio la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 14 estatuye: “1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.” Sin menoscabo de la edad el menor, tiene el derecho natural de elegir una preferencia religiosa.

Un mismo sentido procura la Constitución de la República del Ecuador, artículo 23: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 11. La libertad de conciencia; la libertad de religión, expresada en forma individual o colectiva, en público o en privado. Las personas practicarán libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás.”

2.2.8.1.4 Corrección

Propia del derecho paterno, tuvo sus inicios en el IUS VITAE ET NECIS del antiguo derecho romano, que implicaba el derecho de vida o muerte del hijo, posteriormente las partidas amilnaron este abuso, determinando que el padre debía castigar a su hijo moderadamente. Estigma que ha ido evolucionando en función de los derechos del menor y de la aceptación de la patria potestad en términos de una función social, hasta llegar a tiempos actuales, en los cuales esta crueldad inspirada en conceptos exagerados de disciplina, ha sido superada por conceptos de amor familiar.

Desde un punto de vista muy particular, el autor cree que el derecho de corrección es necesario para garantizar una adecuada formación del hijo, siempre que se

realice justificadamente y sin que cause daño físico; pensamiento sustentado por el Dr. Spot, para quién el reprender físicamente a un niño, afecta su autoestima.

2.2.8.2 Protección

Puig Peña explica que la protección se ejercita: “Frente a todo peligro que pueda amenazar la salud física y moral.” (Puig Peña)

Partiendo del hecho de que esta delimitación es correcta, es necesario desglosar sus aspectos más comunes:

2.2.8.2.1 Asistencia moral y material

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra disposiciones que aseguran al menor el derecho de asistencia –Artículo 8 No. 2, artículo 19 No. 2, artículo 23 No. 2 y No. 3, artículo 24 No. 2 literal b), artículo 28 No. 1 literal b)-. Para el caso se ha identificado dos tipos: moral y material.

La asistencia moral consistente en la ayuda que prestan los padres a sus hijos con el fin de que desarrollen la autonomía de su conciencia; por su parte, la asistencia material consiste en dar recursos económicos suficientes para cubrir las necesidades biológicas del hijo.

Mientras que la asistencia moral por su naturaleza es difícil de normativizar, la asistencia material posee un gran desarrollo -aún histórico- en la ley, originándose en el IUS COMMUNE del Derecho Romano y adoptando el término de “derecho de alimentos” en las múltiples legislaciones contemporáneas, Claro Solar lo define del siguiente modo: “Con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: comida, la bebida, el vestido, los remedios en caso de enfermedad.” (Claro Solar, 1944)

No obstante, ambas asistencias tienen la misma importancia porque son esenciales para la supervivencia de la personalidad infantil. Pensamiento que, según D'Antonio se encuentra "...sustentado en la inmadurez psicofísica del hijo, que requiere tanto del apoyo espiritual como de la satisfacción de las necesidades materiales..." (D'Antonio, 1979)

2.2.8.2.2 Vigilancia

La patria potestad debe ser ejercida en función del cuidado de los hijos, lo cual conlleva el deber de vigilancia como prolongación, lo cual implica un estado de alerta y de sobre aviso en la salud física y moral del hijo, aún fuera del lugar del domicilio de los padres.

Belluscio, ahonda en la aplicación: "Los principales aspectos de la vigilancia son la fiscalización de los actos del menor; la de sus relaciones personales; el control de comunicaciones postales y telefónicas; el cuidado de que no frecuente ambientes inapropiados para su formación física, moral y espiritual; la prohibición de lecturas perniciosas, así como la de asistir a espectáculos inconvenientes, y el control de audiciones radiotelefónicas y programas de televisión." (Belluscio A. C., 1986)

Sobre el aspecto de la comunicación social existe norma expresa; así, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 45 redacta: "Derecho a la información.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar y escoger información; y a utilizar los diferentes medios y fuentes de comunicación, con las limitaciones establecidas en la ley y aquellas que se derivan del ejercicio de la patria potestad."

2.2.8.2.3 Reintegración de la custodia

Implícitamente la custodia se ve ligada a la patria potestad, ya que permite su ejercicio, lo cual se perfecciona a través de "una convivencia total o parcial", por lo que si llegare a separarse al hijo de sus padres, se atentaría contra ambos

derechos y peor aún, se pondría en riesgo al menor. Es en tal virtud que la ley ha previsto el derecho de los padres para reclamar a sus hijos y hacerlos regresar MANU MILITARI; es decir, por el uso de la fuerza. Concluyéndose que, los padres pueden solicitar al juez la restitución de la custodia del menor. Salvando la posibilidad de que tal separación sea necesaria para el interés superior del niño, como lo expresa el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

PlanioI adiciona que si: "...alguna persona roba al hijo, o lo detiene contra la voluntad del padre, este tiene derecho a reclamarlo judicialmente. En caso de necesidad, puede tramitarse el procedimiento de urgencia (référé). Esta acción se parece a una reivindicación y puede ejercitarse contra cualquier persona en cuyo poder se encuentre el hijo."

La legislación ecuatoriana ha previsto el evento, diferenciándolo en dos contingencias: la retención indebida –cuando una persona aleja arbitrariamente al menor de su círculo familiar- y el traslado del menor fuera del país –cuando el menor sale de suelo ecuatoriano sin autorización de los padres-.

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 77: "Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes.- Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código."

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 121: "Recuperación del hijo o hija.- Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al

país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente.”

Fallo previsto en la jurisprudencia extranjera: “2...la iniciación del procedimiento convencional ante la autoridad central no requiere que esté precedida por un acción judicial, siendo la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor la competente para ordenar o no la restitución que se solicita.” (argentino, 31-7-2000)

“Si bien los padres tienen derecho a que el hijo sea restituido al hogar familiar, desde el punto de vista práctico el problema resulta complicado cuando el menor ha viajado al extranjero y quien lo tiene consigo oculta el lugar donde se encuentra, o aún, no incurriendo en tal ocultamiento, se niega permitir su regreso a nuestro país. Las dificultades se advierten especialmente al no existir tratados internacionales al respecto que establezcan una rápida tramitación del exhorto que puede librar el juez...” (Bossert, 1990)

2.2.8.3 Representación

Sería contradictorio tratar de establecer una representación legal sobre un hijo que no ha sido reconocido legalmente. Invariablemente la identidad se constituye como un derecho anterior al de representación y de hecho lo origina. El derecho a la identidad fue reconocido en 1989, al incorporarse en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 7 dispone: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

Derecho que según el Pacto de San José de Costa Rica no se suspende ni siquiera ante graves emergencias como guerras o peligros públicos. En el texto constitucional del Ecuador, se tipifica a la identidad como un derecho fundamental

del hijo, así en el segundo párrafo del artículo 45, se determina que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía...” En misma forma el artículo 66, declara: “Se reconoce y garantizará a las personas: 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos...”

Con este preámbulo se pasa a la materia, Mosset Iturraspe sostiene que: “La representación, en el actual estado de evolución del Derecho, no es un negocio jurídico sino una situación jurídica que emerge o nace de diversas causas.” (Mosset Iturraspe, 1994)

Para el caso de los hijos menores es: “...una especie...de los incapaces que la ley organiza con finalidad proteccional, a los fines de suplir la incapacidad de obrar de los mismos.” (Méndez Costa, Derecho de Familia, Tomo II, 2001)

La representación que los padres ejercen sobre sus hijos está prevista en el artículo 28 del Código Civil: “Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive...”

Impresión que es compartida, Belluscio explica que: “Se trata pues, de una representación necesaria y universal. Necesaria porque los padres que ejercen la patria potestad no podrían renunciar a asumirla, y porque el menor está sujeto forzosamente al mandato. Y universal porque, en principio, se extiende a todos los actos de la vida del hijo trátase de asuntos judiciales, extrajudiciales o administrativos y de relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales.” (Belluscio A. C., Manual de Derecho de Familia, Tomo II, 1986)

Cuando se habla de una representación necesaria debe hacerse referencia a López del Carril, tratadista que sostiene que la representación de los padres sobre los hijos es, en todo caso, necesaria y no legal, porque ésta se origina de la

relación paterno filial mas no de la ley. Por otra parte, Monroy Cabra sostiene que la representación es por su objeto judicial o extrajudicial.

En una percepción propia, uno y otro tratadista confunden el sentido de la representación, López del Carril tiene razón al argumentar que es necesaria, pero el decir que “no es legal” es, en esencia, contradictorio a lo que significa la figura, una de las funciones de la representación es precisamente que los padres atiendan asuntos legales, que se restringen al menor por su incapacidad. Monroy Cabra delimita de mejor manera a la representación, al decir que aplica de modo “judicial o extrajudicial”, tiene razón, si revisamos a estos términos en estricto sentido literario jurídico dentro de la justicia ordinaria y extrajudicial o fuera de ella, no obstante, estos dos términos han sido creados dentro de un contexto legal, por lo cual limitan el sentido de la representación.

Por estas razones, el autor determina que la representación puede derivar en la siguiente división:

2.2.8.3.1 Representación moral

A referir en líneas anteriores a Belluscio y su concepto de la representación, se advirtió que su criterio era compartido por la distinción de la palabra “extrapatrimonial”, término que se utiliza: “Cuando se dice que un derecho no es susceptible de apreciación pecuniaria se está expresando que se trata de un derecho que carece de valor económico y que, por lo tanto, es un derecho extrapatrimonial, y éstos son aquellos derechos subjetivos que no se ejercen sobre cosas o sobre bienes (en sentido estricto), sino que tienen como soporte la persona misma o las relaciones de familia.” (Argentino, 15 Mayo 1990)

Sin embargo, es de una mejor práctica denominar “moral” a este tipo de representación, debido a que el accionar cotidiano del hijo se ve necesitado de los padres para consolidarse. Generalmente la representación se ejerce en ámbitos

que carecen de base legal, tal es el caso de las obligaciones escolares, en las cuales se requiere la presencia de los padres para múltiples circunstancias o cuando el menor es internado en un hospital y se exhorta a los padres para aplicar cierto tratamiento médico.

La representación moral de los padres actúa en todas las esferas que contienen al hijo, porque busca la habilitación de sus actos. Con acierto afirma Chávez Asencio que la representación moral: "...busca la promoción integral del menor en todo aspecto humano, sociológico y espiritual." (Chávez Asencio, La Familia en el Derecho, 1997)

2.2.8.3.2 Representación legal

La representación legal es una institución propia del Derecho de Menores que nace por mandato de ley, cual dispone que en determinados casos una persona debe realizar aquellos actos jurídicos que le están vedados a otra persona por ser incapaz; incapacidad que en la persona del hijo debe ser atendida desde un punto de vista de patrocinio tutelar. "La representación se extiende, en principio, a todas las relaciones jurídicas que tengan como sujeto a los hijos menores, o que afecten un interés legítimo o un derecho subjetivo a ellos referido." (Zannoni, 1981)

A nivel práctico la representación legal opera en dos supuestos: 1. Actos jurídicos: Cuando la ley declara como necesaria la representación parental en ciertos actos jurídicos, que emanan de la voluntad, como es el caso de la celebración de contratos prevista en el artículo 295 del Código Civil; y 2. Comparecencia a juicio, ya que si el menor comparece como ofendido, imputado o tercero, debe hacerlo a través de la representación de sus padres, lo cual se desprende del Código Civil artículos: 300, 301.

Se cita a la legislación ecuatoriana, cuya ley especial posee un contingente a la representación legal. De la investigación se deriva que estos limitantes han sido

considerados por la doctrina, pero no de un modo tan restrictivo y sus posibles abusos. El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 108 redacta: “Suspensión de la representación legal por causa de conflicto de intereses.- Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que existan o puedan existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos.”

2.2.9 Límite

Al existir una figura en el derecho de familia que tiene por efecto el amparo integral del hijo, es necesario prever el caso de que dicha figura no cumpla con su finalidad. La patria potestad puede coadyuvar a padres irresponsables para que expongan física o moralmente a su prole. Julliot de la Morandière, el ilustre jurista francés y miembro de Comisión de Reformas al Código Civil de su país, agrega a este respecto: “La debilitación o desaparición de la patria potestad, juntamente con la debilitación del poder marital, es uno de los puntos de la llamada evolución moderna.” (De la Morandière, 200)

Como bien señala el tratadista en los tiempos actuales existe una marcada desfragmentación del núcleo familiar, que ha dado origen a nuevas expresiones de la patria potestad. La familia ampliada en ausencia de los padres es un claro ejemplo de esto. Al tratarse de personas no titulares del derecho su contenido se halla irremediablemente limitado.

Conjuntamente a este razonamiento, está el taxativo establecido en la norma para limitar a los progenitores, en caso de que las decisiones que adopten sean contrarias al interés superior de su hijo menor. El Código de la Niñez y Adolescencia determina tal eventualidad en su artículo 111: “Limitación de la patria potestad.- Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá

decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución.”

UNIDAD II

SUJETOS DEL DERECHO

2.3 Sujetos del derecho

Si se ha referido que la patria potestad tiene un origen natural, entonces, los progenitores y su resultado -el hijo-, son los sujetos de la patria potestad; lo cual se prolonga en la adopción -como causa excepcional-. Tanto en la ley como en la doctrina se diferencian claramente a dos sujetos, López del Carril: “Sujetos activos y pasivos; los primeros lo constituyen el padre y la madre, no sube en forma alguna a los demás ascendientes ni se ramifica en pariente alguno y, en cuanto a los pasivos, siempre es necesario ser hijo...” (López del Carril, 1999, p. 372)

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 105 realiza taxativamente esta clasificación: “Concepto y contenidos.- 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...” Argumento compartido en el Código Civil, artículo 283: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.”

2.3.1 Hijo no emancipado

Se utiliza la denominación de “sujeto pasivo” para el hijo menor de edad, debido a que es la persona natural incapaz que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo. Es decir, como causa del estado de protección en que se mantiene el hijo, éste debe ceder frente a los actos ejercitados por sus padres, ya que estos se orientan a su salvaguarda.

Dicho estado de protección se justifica sobre lo que Savigny denomina “la capacidad de obrar”, o en el caso del menor su ausencia. “Tomando en

consideración estos presupuestos corresponde advertir que cuando nos referimos al tema de la capacidad debemos distinguir entre la aptitud para ser titular de un derecho (capacidad de derecho) y la posibilidad de ejecutar el derecho (capacidad de hecho). En tanto la primera es en la etapa actual de la legislación propia de toda persona cualquiera sea su estado individual, sólo en relación con la capacidad de ejercicio es donde encuentra significación el estado de minoridad.” (D’Antonio, Actividad jurídica de los menores de edad, 1981)

La incapacidad en el tema de derecho de menores, se refiere a personas que poseen discernimiento, pero la ley las sujeta a una representación necesaria para protegerlas por su falta de experiencia y por cuanto podrían inducir o ser inducidas a cometer un error de naturaleza enorme.

Generalmente la incapacidad se ve constituida por la edad en el hijo, incapacidad que subsiste hasta cumplir los 18 años salvo la emancipación y situaciones especiales.

2.3.1.1 Clases

Existen a su vez varios tipos de sujetos pasivos:

2.3.1.1.1 Criatura que está por nacer o nasciturus

De acuerdo a Belluscio: “La patria potestad comienza con la concepción...” (Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 304)

La Constitución de la República del Ecuador reconoce taxativamente el derecho de este sujeto, en su artículo 45: “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.” Un mismo sentido procura el artículo 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia: “Derecho a la vida.- Los

niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción, es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, supervivencia y desarrollo.” Criterio compartido en el artículo 61 del Código Civil: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

2.3.1.1.2 Los menores de edad

Al hablar en materia de sujeto pasivo, se hace referencia al universo englobado en los hijos menores de 18 años de edad. Limitación que se encuentra perfectamente definida en el derecho positivo.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1: “Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...” Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 2: “Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad...” Código Civil artículo 21: “Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”

2.3.1.1.3 Hijo no reconocido

Apartado que supone un problema de aprendizaje, si se ha dicho que la patria potestad es consecuencia de un resultado biológico, sería contradictorio condicionar la procreación a una exigencia tipificada. Sin embargo de lo dicho, al tratarse de una investigación, es necesario establecer este pre requisito ya que

origina derechos tangibles y marca el inicio de la relación paterno-filial. Invariablemente, los padres que hayan reconocido al menor poseen legalmente el derecho de patria potestad sobre su prole, lo que no ocurre cuando los padres abandonan al hijo sin reconocerlo o cuando uno de los padres no reconoce a su hijo. Bossert y Zannoni plantean un razonamiento al respecto: “En cuanto al hijo...que uno de los padres no hubiera reconocido, obviamente el ejercicio corresponde solo al otro progenitor.” (Bossert, Eduardo y Zannoni, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 423)

Planteamiento consentido en el artículo 247 del Código Civil: “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido.”

2.3.1.1.4 Mayores de edad con discapacidad

Habiéndose especificado que el sujeto pasivo de la patria potestad es el hijo menor de edad, el autor ha considerado importante tratar el presente sub capítulo como una extensión de la figura. Teniendo claro que la interdicción es el medio legal para tratar a los mayores de edad con discapacidad, por cuanto, la incapacidad de hecho se extiende de manera plena a las personas que han alcanzado la mayoría de edad y están vedadas de realizar actos jurídicos, por carecer de calidad física o moral para realizarlos. Debe decirse que la ley ecuatoriana plantea un supuesto que vuelve necesario este apartado, el Código de la Niñez y Adolescencia determina en su artículo 2: “Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.”

Es decir, la norma ha dejado un espacio abierto que salvaguarda casos excepcionales, como es el de las personas mayores de edad que requieren la protección que brinda la figura y en tal virtud se concibe la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que en su artículo Innumerado 4, especifica: “Titulares del derecho de alimentos.- Tienen derecho a reclamar alimentos: 3 Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.”

Previniendo que el autor no ha logrado obtener doctrina que apoye este argumento, lo propone como aporte de la investigación, sustentado en lo siguiente: 1. Al referirse al derecho de alimentos, se habla siempre de proporcionar a una persona incapaz lo necesario para su subsistencia. 2. Para demandar el derecho de alimentos es necesario que exista parentesco entre el alimentante y el alimentario, considerando particularmente que los primeros obligados son los padres y en su ausencia, otros familiares. 3. La patria potestad se funda en proporcionar un estado de protección a los hijos incapaces. Consecuentemente, el mantener, cuidar y proveer de lo necesario a un hijo con habilidades especiales, más que un derecho alimentario es una prolongación de la patria potestad, traducida como la protección integral del hijo, en pos de una función social.

Sobre esta base, se cataloga a los mayores de edad que padezcan de una discapacidad, o de circunstancias físicas o mentales especiales, como sujetos pasivos de la figura.

2.3.2 Sujeto Activo

Se cataloga a los padres como el sujeto activo de la patria potestad, se trata de dos o en su caso una persona natural que ejerce acciones con el fin de proteger a su hijo. Se utiliza siempre el denominativo “padres” porque el efecto de la patria potestad atañe a ambos progenitores; padre y madre son los responsables de preservar a su hijo en un estado de protección. Numerosa es la doctrina que concuerda con este aserto, Monroy Cabra como ejemplo: “En cuanto a los hijos naturales, el ejercicio de la patria potestad le corresponde, a ambos padres...”

Un mismo sentido plantean Méndez Costa y D’Antonio: “...cualquiera de los progenitores puede cumplimentar por sí mismo y con suficiente legitimación todos aquellos actos que se encuentren dirigidos a lograr el pleno desarrollo personal del hijo con excepción de los casos en que la ley exige la concurrencia de voluntades de ambos padres.” (Méndez Costa, Derecho de Familia , 2001)

Puig Peña, sostiene: “La patria potestad, es pues una facultad de los padres y de nadie más que ellos...” (Peña)

Evidentemente este criterio está reflejado en el derecho positivo:

Declaración de los Derechos del Niño, artículo 6º: “El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres...”

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 105: “Concepto y contenidos.- 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...”

Código Civil, artículo 283: “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.”

A través de la norma citada se puede concluir que en el derecho positivo, la patria potestad se rige por la relación del “ejercicio conjunto atenuado” (Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, La reforma del régimen de patria potestad, en cuadernos de familia, Tomo II, p. 19)

De los padres, con respecto a su hijo común, lo cual se deriva de los elementos imperativos de la figura. López del Carril acertadamente agrega a este particular: “...aun cuando la patria potestad se le atribuya a “los padres” y en el de compartida se les atribuya al padre y a la madre, siempre tienen ambos, cada uno por si, la titularidad y la potencialidad de la patria potestad.” (López del Carril, Derecho de Familia, 1999)

Lo cual se recoge en el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 100: “Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.”

2.3.2.1 Clases

Por las distintas formas en que se conciben las familias, se realiza la siguiente clasificación:

2.3.2.1.1 Padres legítimos y legitimados

De lo expuesto en el sub capítulo “Elementos imperativos”, puede argumentarse que para la acción de la patria potestad, es condición sine qua non que los padres reconozcan a sus hijos, la titularidad supone en el régimen legal el único elemento válido para que la patria potestad se perfeccione.

Jurisprudencia: “El reconocimiento, como acto jurídico familiar, es de carácter personalísimo, de suerte que nadie sino el propio padre o madre pueden formularlo.” (Fallo argentino: CNCiv., Sala M, 16-4-96, “G., A. R. c/A., C. O. y Otros.”)

Ahora que, este reconocimiento puede ser voluntario o forzado; es decir los padres pueden ser legítimos y legitimados.

2.3.2.1.1.1 Padres legítimos

Para efectos de esta especie de sujeto activo, se utiliza el término legítimo para denominar a los progenitores que han reconocido voluntariamente a su hijo, validando en términos de ley su relación paterno-filial y facultando al menor para conocer su vínculo familiar.

Código Civil, artículo 248: “Naturaleza jurídica del reconocimiento.- El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce.” En un mismo sentido el artículo 34, de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, determina: “Reconocimiento al inscribir.- La declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos...”

2.3.2.1.1.2 Padres legitimados

El término legitimado según el Diccionario Jurídico Espasa, es: “En sentido propio...la cualidad de un sujeto jurídico consistente, dentro de una situación jurídica determinada, en hallarse en la posición que fundamenta, según el derecho, el otorgamiento a su favor de una tutela jurídica...En otras palabras, la legitimación viene a ser la atribución subjetiva, en el proceso, del derecho y la obligación que se trae a discusión al mismo.” (Espasa, 2005)

Invariablemente, al hablar del padre legitimado se hace referencia a un conjunto de presupuestos procesales y materiales, que se requieren para que una relación jurídica nazca o en el presente caso, se derive en un reconocimiento forzado del padre sobre su hijo. La paternidad se otorga a una persona por vía judicial, para colocar al hijo dentro de un ámbito de derechos frente a su padre.

Dicho procedimiento se encuentra contemplado en la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código Orgánico del Código de la Niñez y Adolescencia, artículo enumerado 10, así como en el Código Civil, artículo 252: “El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinados padre o madre.”

Mazzinghi, concluye: “Por último, si no estuviese acreditada la filiación paterna ni la materna y el hijo obtuviera su declaración judicial a través de una acción dirigida contra ambos progenitores, la situación debe ser resuelta...sea el ejercicio conjunto si convienen o por quien ejerza la tenencia, en caso contrario. Si ninguno la ejerciera, estaríamos, probablemente frente a un supuesto de abandono que deberá ser resuelto a través del otorgamiento de la tutela del menor o de su guarda pre adoptiva.” (Mazzinghi, Jorge Adolfo, Derecho de Familia, Tomo IV, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 341

UNIDAD III

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

2.4 Ejercicio de la patria potestad

Una vez que se ha explicado teóricamente a los sujetos de la patria potestad, es necesario tratar su incidencia práctica, el "...ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos progenitores." (Bossert E. y., 1990)

2.4.1 Requisitos para el ejercicio de la patria potestad

Para que la patria potestad pueda ser ejercida efectivamente, es necesario se verifique primero el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Titularidad legítima o legitimada, por parte de uno o ambos progenitores.
2. Potencialidad efectiva de actuar por parte de los padres.
3. El hijo no se debe encontrar emancipado legal, voluntaria o judicialmente.

2.4.2 Clases

El ejercicio de la patria potestad puede adoptar las siguientes formas:

2.4.2.1 Unipersonal

Como se anticipó uno de los requisitos para el ejercicio de la patria potestad es la titularidad, que no es otra cosa que el reconocimiento de la paternidad o maternidad sobre el hijo, lo cual no supone un problema, aun cuando el reconocimiento sea forzado. Sin embargo, subsiste la posibilidad que ante la negativa de uno de los progenitores de reconocer al hijo, el otro padre prescinda

de las medidas judiciales que le asisten para concretar dicho reconocimiento, en este caso se estaría ante un ejercicio unipersonal de la patria potestad. Que en concepto de Bossert y Zannoni, se produce: "...cuando se concentran todas las facultades de ejercer la patria potestad, en un solo progenitor..." (Bossert E. y., Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires)

Incidente previsto en la Constitución de la República del Ecuador, artículo 69: "Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones..."

Sin embargo, el ejercicio del medio puede tornarse conjunto si el progenitor ausente en un momento dado reconoce al hijo, sin menoscabo del tiempo que haya transcurrido para este acto, particular estipulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 107: "Ejercicio de la patria potestad en caso de reconocimiento posterior.- El reconocimiento posterior del hijo o hija da derecho al ejercicio de la patria potestad."

Vale indicar que el ejercicio también podría tornarse unipersonal, si radicado originalmente en ambos padres, uno de ellos es suspendido o privado del ejercicio de su patria potestad, Belluscio, concuerda: "Como es natural, el ejercicio de la patria potestad se toma unipersonalmente cuando...uno de los padres...está legalmente privado de dicho ejercicio."

(Belluscio, 1986)

Cual se aplica también en el caso de su muerte: "La solución legal es la única admisible; si uno de los titulares muere...es natural que sea el otro progenitor quien asuma la plenitud del ejercicio." 8 (Mazzinghi, Derecho de Familia, Tomo IV, 1999)

Ante lo cual todas las facultades se concentrarían en el otro padre; al tenor de lo que dispone el artículo 305, del Código Civil: “En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquel respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad.”

2.4.2.2 Pluripersonal o conjunto

El ejercicio de la patria potestad, se fundó con el fin de que los padres del menor sean quienes decidan ligadamente sobre la formación y desarrollo de su hijo. Realmente, este es el tipo de ejercicio que definió desde la época de Pothier a la patria potestad, debido a la conveniencia de que dos personas maduras reflexionen sobre los aspectos mayores de la vida del hijo, procurando siempre su mejor desenvolvimiento. Razonamiento previsto en toda la normativa y la enorme mayoría de la doctrina: Messineo, Castán Vázquez, Chávez Asencio, Manuel, Gómez Duque, Monroy Cabra, Méndez Costa, D’Antonio, Puig Peña, entre tantos otros.

Manifestación perfeccionada en los siguientes cuerpos:

Convención sobre los Derechos del Niño, que en su párrafo primero, artículo 18 redacta: “1. 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.”

Constitución de la República del Ecuador, artículo 83: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las

hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción...”

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 100: “Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.”

Código Civil, en su artículo 283 indica: “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.”

Virtud por la cual, el ejercicio conjunto de la patria potestad es un principio universal de derecho; incluso existe jurisprudencia en algunos países sobre la nulidad que ocasiona su contraposición. Ejemplo: “La Corte Constitucional de Alemania ha declarado nula la regla...según la cual la responsabilidad parental puede ser atribuida a uno solo de los padres. La Corte precisó que el poder del Estado no puede intervenir en atribuir de manera autoritaria la guarda de los hijos a uno solo de los progenitores, cuando los dos padres desean asumir conjuntamente el poder parental, ambos son capaces de educar al hijo y no existe razón alguna para que, en interés del niño, le sea adjudicada la guarda a uno de los progenitores.” (Pousson, J y A. p. 98 y s.s)

No obstante, el ejercicio conjunto posee la dificultad de reunir permanentemente a sus componentes, suponiendo que ambos padres autoricen ligadamente todo acto del hijo, aún en temas minúsculos o emergentes, lo cual derivará en el entorpecimiento de su desarrollo. Criterio compartido por Díaz Usandivaras: “Si la ley presupone o admite que la pareja parental debe repartir sus funciones parentales está induciendo a un comportamiento negativo. Esto solo puede evitarse entendiendo que los hijos deben tener un juego único de reglas

personales con las cuales deben vivir, que deben ser establecidas por la madre y el padre mediante una negociación y un acuerdo.” (Díaz Usandivaras)

“Por lo tanto, durante la convivencia se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro...” (Polakiewicz. Marta, Los Derechos del Niño en la Familia, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 185)

Sosteniendo que la patria potestad es un patrimonio de los padres y de los hijos, y teniendo presente que el derecho civil posee figuras para que los incapaces sean representados en caso de ausencia de los progenitores, es necesario indicar que el medio actual obliga a incluir a la “familia ampliada” como parte del ejercicio pluripersonal de la patria potestad. La Convención sobre los Derechos del Niño, generosamente prevé esta posibilidad en su artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

La familia ampliada es un nuevo estilo de grupo familiar, en la cual los abuelos, tíos y demás parentela, participan de la crianza del menor, que convive en un espacio más dilatado que el de su familia nuclear –padres-. Adempero de lo expuesto, se apunta que este planteamiento no se halla regulado en la norma ecuatoriana.

2.4.2.2.1 Clases

Ahora las nuevas expresiones de la familia plantean dos formas del ejercicio conjunto: 1. El ejercicio de los padres convivientes; y, 2. El ejercicio de los padres separados de hecho o divorciados:

2.4.2.2.1.1 Padres convivientes

Gómez Duque: “La patria potestad la ejercen los padres conjuntamente...”
(Gómez Duque, Elementos de Derecho de Familia, Antioquia)

Especialmente cuando conviven, porque poseen lo que en términos de Méndez Costa se denomina “cumplimiento del deber de cohabitación” con respecto de su hijo; es decir que, por los derechos y obligaciones que los padres poseen sobre sus hijos y aún por los que se deben en mención del matrimonio, estos se encuentran bajo un régimen de legitimidad en las acciones que tomen para el bienestar de su prole; comprendiéndose que, al estar orientados a la protección del menor, los actos de uno u otro progenitor se encuentran autorizados por su par, ya que como explica López del Carril: “...lo que no siendo privativo de ninguno, pertenece a ambos.” (López del Carril, Derecho de Familia, 1999)

2.4.2.2.1.2 Padres separados de hecho o divorciados

Determinándose que el ejercicio de la patria potestad es conjunto cuando los padres reconocen a sus hijos, se origina una contradicción al hablar de un hogar disuelto o en todo caso fragmentado, en el cual, el menor debe abstenerse diariamente de uno de sus padres para la toma de decisiones a él relacionadas. El presente tratará sobre la potencialidad del ejercicio conjunto, en los casos de padres que estén separados legalmente, de hecho o divorciados; y la incidencia que acarrea tal estado sobre el ejercicio de la patria potestad.

En criterio del autor, el Congreso Hispano-Americano de Profesores de Familia, reunido en marzo de 1983, en Salta - Argentina, ya adoptó una solución adecuada a esta problemática, cuando por unanimidad aprobó la siguiente resolución: “En caso de que el matrimonio estuviese legalmente divorciado o separado de hecho, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que tenga la tenencia del menor, como el derecho de contralor del otro progenitor sobre la

forma como se ejerce la patria potestad por el que tiene la tenencia.” Discernimiento que ya había sido previsto en 1977, por las VI Jornadas de Derecho Civil, en Santa Fe – Argentina, cuando por basamento universal en el derecho comparado, se acordó que: “...la atribución del ejercicio de la patria potestad, corresponde a quien convive con el menor, sin perjuicio de los derechos de visita y de supervisar la educación, que se mantienen para el otro progenitor.”

Solución que ha sido compartida por la norma ecuatoriana:

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 118: “Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.”

Código Civil, artículo 307: “En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo.”

2.4.3 Clasificación de los actos comunes al ejercicio de la patria potestad

Luego de estudiar las nociones del ejercicio de la patria potestad, deben diferenciarse los actos que pueden ser ejecutados por los hijos menores y por los padres con libertad, así como los actos del hijo que deben consentir los padres, para finalmente tratar los actos que deben ser autorizados por un Juez; todos ellos relativos a un correcto funcionamiento de la figura.

2.4.3.1 Actos que pueden realizar los menores

Habiéndose determinado que los menores de edad por su condición de incapaces están vedados de autogobernarse, ya que la ley los sujeta a una representación necesaria como medida de protección, debe señalarse que al poseer

discernimiento pueden ejercer acciones, que no necesariamente deben ser consentidas por sus padres, pues son necesarias para su desempeño. A continuación se citarán varias diligencias que el menor puede realizar sin el consentimiento de sus padres.

2.4.3.1.1 Celebrar pequeños contratos

Guillermo Borda explica esta facultad de un modo claro: “Finalmente y aunque la ley no lo prevea, los menores...tienen capacidad para celebrar un sinnúmero de pequeños contratos, que considerados aisladamente tienen poca importancia, pero que tomados en su conjunto revisten fundamentalmente trascendencia en la vida cotidiana.” (Borda, 1998)

Como un simple ejemplo, está el que un menor pueda pagar por un bien o un servicio, dígase comprar algo de comer o acceder a un viaje en transporte público, estos son pequeños contratos que no son consentidos por los padres y que forman parte de la vida del menor.

2.4.3.1.2 Reconocer hijos naturales

Según el artículo 248 del Código Civil: “El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce.” Por su parte la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en su artículo 30, redacta: “Obligados a inscribir.- Están obligados a declarar el nacimiento y solicitar su inscripción, en su orden, las siguientes personas: 1. El padre; 2. La madre...”

Por tanto, al tratarse de normas generales que no catalogan de modo alguno la calidad de los padres en función de su edad, se concluye que no existe delimitación para impedir que el menor de edad pueda reconocer a su hijo, sobre todo si se toma en cuenta que este contraste si existe para los hermanos y otros

parientes del nacido, quienes por mandato de ley deben tener una mayoría de edad para el acto.

Finalmente debe decirse que, la ley no requiere la mayoría de edad en los padres, por la trascendencia que posee el derecho a la identidad, dicho vínculo legal será el punto de partida para la consecución de varios derechos que el interés superior del niño exige.

Jurisprudencia: “1. La Convención sobre los Derechos del Niño...establece la identidad del menor como uno de sus derechos básicos de protección. 2. Existe una responsabilidad social de garantizar al niño su derecho a conocer su origen.” (Fallo argentino: CNCiv., Sala D, 2-4-96, “C., A. G. c/ L. L., R. L.”)

2.4.3.1.3 Trabajar a partir de los quince años

“Apegados a un concepto compartido por organizaciones como: la Organización Internacional del Trabajo OIT y la UNICEF. Podemos decir que el “trabajo de menores”, es toda actividad sistemática y económica, realizada por personas de 15 o más años, que forzadas por las circunstancias, tienden a solventar su autoabastecimiento o el sostenimiento familiar, factor que mediatiza su desarrollo físico, mental e intelectual. No es prolijo extraer y explicar cada palabra de esta definición, sus elementos son de conocimiento universal. No obstante, debe apreciarse dos variables que regulan este andamiaje:

La primera variable condiciona que: El menor debe tener por lo menos 15 años para acceder al trabajo como un derecho, el fundamento de esta aseveración está sustentado en el Convenio sobre la Edad Mínima, celebrado en 1973 por la OIT, su consigna es clara y bien definida: artículo 2, N° 3: “La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince

años.” Vale decir que la Constitución de la República del Ecuador, ha incorporado este principio en su texto.

Dentro de la segunda variable se deduce que: La actividad económica debe estar orientada al autoabastecimiento del menor; o en su defecto, al sostenimiento de su familia. En la primera posibilidad, la acceso al trabajo garantiza la supervivencia del menor, por lo cual, la figura jurídica se alinea al “interés superior del niño”, principio que vela por la integridad entre otras situaciones la económica- del grupo minoril. Dentro del segundo orden, el trabajo del menor debe practicarse como una contribución al grupo familiar, siendo responsables de esta labor en primer término- los padres. Lo contrario, es decir, el utilizamiento del menor como medio de subsistencia de padres irresponsables, es una práctica que vulnera directamente al “interés superior del niño.” (Cabrera Vélez J. P., 2010)

“En cuanto al ejercicio de profesiones para las cuales es preciso tener título habilitante, la obtención de este faculta, pues, al menor a ejercerla sin autorización paterna.” (César, 1986)

2.4.3.1.4 Disposición de bienes adquiridos con el trabajo del menor

Particular contemplado en el artículo 288 del Código Civil: “Peculio profesional o industrial del hijo de familia.- El hijo de familia será considerado como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial.” Entiéndase por peculio la cantidad de dinero o de bienes que posee una persona producto de su esfuerzo, por lo que el peculio del menor puede ser administrado por él de manera libre, sin requerir autorización de los padres.

2.4.3.1.5 Participación del menor dentro de procesos judiciales

Se instituyen en la ley una serie de eventos procesales, en los que se admite la actuación del menor:

2.4.3.1.6 Rendir su testimonio como ofendido de una infracción penal

La versión testimonial del menor puede convertirse en un importante medio probatorio, sobre todo cuando no existen otros medios para demostrar la trasgresión de sus derechos.

Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 258: “Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido.-En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal.

El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador. De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante.

La declaración deberá practicarse en forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Las partes procesales podrán presenciar la declaración, si el Juez considera que no atenta contra el interés superior del niño, niña o adolescente.

Terminada la declaración el Juez podrá autorizar el interrogatorio de las partes por su intermedio.

El Juez no permitirá que se formulen las preguntas que contravengan las disposiciones de este artículo.”

2.4.3.1.6.1 Concurrir como testigo no idóneo

La declaración de testigos menores adultos, es decir de adolescentes comprendidos entre 14 y 17 años, debe ser valorada por el juez que tramite la

causa y sus declaraciones pueden servir como presunciones de acuerdo a la sana crítica, aclarándose que el juez de oficio puede rechazar la declaración de los testigos menores de edad aun cuando no se les tache. Procedimiento encaminado en las órbitas civil y penal:

Artículo 209 del Código de Procedimiento Civil: “Testigos no idóneos por minoridad.- Por la falta de edad no pueden ser testigos idóneos los menores de dieciocho años; pero, desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valorización de tales testimonios.

La misma apreciación hará el juez respecto de la declaración del testigo, cuando el suceso hubiere ocurrido antes de que el testigo haya cumplido catorce años.”

Artículo 127 del Código de Procedimiento Penal: “Testimonio de menores.- Los menores de dieciocho años declararán sin juramento, pero con la presencia de un curador que en el mismo acto nombrará y posesionará el tribunal.”

2.4.3.1.6.2 Brindar juramento deferido

El juramento deferido puede ser prestado por los menores adultos comprendidos entre la edad de 15 y 17 años, para demostrar la relación laboral a falta de un contrato de trabajo, lo cual se establece en el párrafo tercero del artículo 88 Código de la Niñez y la Adolescencia: “Formas del contrato de trabajo.- A falta de contrato escrito, el adolescente podrá probar la relación laboral por cualquier medio, incluso el juramento deferido.”

2.4.3.1.6.3 Comparecer a juicio

Pese a existir incapacidad manifiesta en la persona del menor, el Código de la Niñez y la Adolescencia, párrafo final del artículo 65, proclama: “Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los

siguientes casos: Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.”

Un mismo sentido procura la norma enunciada en su artículo 236: “Legitimación activa.- Sin perjuicio de la facultad de los órganos competentes para actuar de oficio y de los casos en que se concede acción pública, pueden proponer la acción administrativa de protección: 1. El niño, niña o adolescente afectado;”

La disposición se refiere a los siguientes cuerpos legales: Código Civil: 1453 y 1486; Código de Comercio: 6, 8, 9 y 483; Código de Trabajo: 35 y 82. A manera sucinta se dirá que, el Código Civil refiere al tema de las obligaciones contractuales cuando una de las partes es menor de edad, similar a lo aplicado en el Código de Comercio, las disposiciones del Código de Trabajo, por su parte hacen referencia a la posibilidad del mayor de 15 años, para concurrir a juicio y demostrar la relación de dependencia con su empleador. Finalmente, es necesario decir que si la ley asiente la concurrencia del menor a ciertos actos jurídicos, es indispensable que también se vaticine su comparecencia a juicio.

2.4.3.2 Actos que pueden ser ejecutados por los padres

Es evidente que el alcance del ejercicio de la patria potestad es amplísimo, por tanto, resulta imposible enumerar todas aquellas facultades que posee el sujeto activo; no obstante, este sub capítulo se funda en determinar los actos que establecidos en la ley, facultan expresamente a los padres para actuar con libertad.

2.4.3.2.1 Administración de los bienes del hijo

Gómez Duque, explica el modelo: “Se refiere la administración al manejo de bienes ajenos...La administración de los bienes de los hijos tiene la función especial de conservarlos, fundamentalmente lo que se busca es que los padres administrando estos bienes los conserven íntegros...” (Álvaro, Antioquia)

Belluscio merece la misma opinión: “Los padres pueden por si solos ejecutar todos los actos de administración y los meramente conservatorios. Según el criterio de Orgaz, son actos conservatorios los que solo tienen por objeto preservar un valor patrimonial en peligro, y actos de administración los que además de conservar los capitales tienen por fin hacerles producir los beneficios que normalmente pueden ellos suministrar al propietario según su naturaleza y destino.” (Augusto, 1986)

Dentro de la legislación ecuatoriana la administración de los padres se encuentra consentida en el Código Civil, artículo 292: “El padre o la madre es responsable en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La responsabilidad del padre o la madre para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en los bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el usufructo; y se limita a la propiedad, en los bienes de los que es administrador.”

En general esta noción es adecuada; sin embargo, debe agregarse que los bienes de los menores también pueden ser enajenados en la gestión administrativa de los padres, siempre con el fin de mejorar el patrimonio del menor o ante la posibilidad de ruina de uno de ellos.

2.4.3.2.2 Goce del derecho de usufructo

Monroy Cabra expone la figura del siguiente modo: “El usufructo legal es el derecho que la ley concede a quienes ejercen la patria potestad para hacer propios los frutos de los bienes de los hijos...” (Gerardo, 2001)

En este concepto podemos destacar tres elementos constitutivos:

1. Es un derecho de quienes ejercen la patria potestad, delimitación bastante acertada; adempero, como se estudió el sujeto activo puede adoptar varias formas, por tanto, la delimitación empleada por Méndez Costa y D'Antonio, es mucho más enfocada al medio: "...el padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos...que estén bajo la patria potestad." (Hugo, 2001)

Antecedente que lleva a concluir, que el usufructo posee una naturaleza personalísima de los padres con respecto de los bienes de sus hijos, Gómez Duque concuerda: "...el usufructo legal por ser un derecho personalísimo de los padres no puede cederse a ningún título, ni tampoco se gana o se pierde por la prescripción." (Duque, 2002)

2. Sirve para hacer propios los frutos de los bienes de los hijos, por lo que al no existir una delimitación sobre el porcentaje o la especie de los bienes, se entiende que el derecho de usufructo: "...es universal, porque recae sobre la totalidad de los bienes muebles e inmuebles de los hijos de familia." (Duque, 2002)

3. Finalmente, aunque el concepto de Monroy Cabra no lo advierta de un modo expreso, el perfeccionamiento del derecho de usufructo debe ejecutarse de un modo práctico; omitiendo cualquier requisito formal. Valencia Zea, efectúa un aporte muy importante al respecto: "...el usufructo legal del titular de la potestad se constituye sin ninguna formalidad, ya que los padres toman de plano la posesión de los bienes de su hijo, y los administran y usufructúan. Para ser más precisos y más lógicos...por ser un derecho derivado de la potestad parental, es derecho familiar..." (Arturo, 1977)

El derecho positivo, concierta con la doctrina:

Código de Derecho Internacional Privado, artículo 70: "La existencia del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio, se

someten también a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren.”

Código Civil, artículo 285: “Si el hijo es común de ambos cónyuges, la sociedad conyugal goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia...Si el hijo ha sido concebido fuera de matrimonio, tendrán dicho usufructo el padre o padres, a cuyo cuidado se halle confiado...” Artículo 289, Ibídem: “Los padres administrarán los bienes del hijo cuyo usufructo les concede la ley, siguiendo las reglas de la administración de los bienes de la sociedad conyugal.”

Sin embargo, de que en el concepto utilizado como modelo no se contemple, se nombra la trascendencia que el derecho de usufructo plantea, según Borda: “El usufructo legal es el derecho que tienen los padres de usar y gozar los bienes de los hijos de percibir para sí las rentas y frutos que ellos produzcan...Se afirma que es una justa compensación de los desvelos y cuidados del padre, y un resarcimiento de los gastos que irroga la educación del menor; que debe excusarse al padre de la obligación de rendir cuentas, atenta la índole del vínculo, tanto más si se considera lo dilatado de la minoridad...El usufructo que la ley reconoce a los padres no tiene el sentido de un simple beneficio; está, ante todo, afectado al cumplimiento de los deberes de la patria potestad (educación, alimentos, etc.) y al cuidado y conservación de los bienes...” (Guillermo, Editorial Perrot)

2.4.3.2.3 Consentir la adopción del hijo

El Código de la Niñez y Adolescencia, indica en su artículo 161: “Consentimientos necesarios.- Para la adopción se requieren los siguientes consentimientos: 2. Del padre y la madre del niño, niña o adolescente que se va a adoptar, que no hayan sido privados de la patria potestad;”

Invariablemente este es un acto que debe ser consentido por ambos progenitores.

2.4.3.3 Actos del menor que requieren la autorización de ambos padres

“Cuando la ley requiere el consentimiento expreso del otro progenitor media concurrencia de voluntades por exigencia normativa.” (Méndez Costa, Derecho de Familia Tomo II, 2001)

Indistintamente de si la patria potestad se ejerce de modo conjunto, los actos detallados a continuación deben consentirse expresamente por ambos padres:

2.4.3.3.1 Matrimonio del menor

Sambrizzi, señala que: “...para consentir el matrimonio de los menores de edad es indispensable la expresión de voluntad de ambos progenitores.” (Eduardo, 1994)

Razonamiento apoyado en el derecho positivo, por las razones sociales que existían cuando América Latina tradujo el Código Civil Francés -1804-. El casamiento de los menores se previno con el objeto de disfrazar un hecho natural, de pensamientos moralistas basados en el decoro, algo muy propio de la época, resultaba innegable argumentar que ante la inexperiencia del menor los padres debían autorizar su matrimonio, por considerarse a este un acto tan trascendente. Pensamiento que tal vez era aplicable, pero que en tiempos actuales resulta antagónico por la importancia que tiene el desenvolvimiento de los adolescentes en un mundo competitivo.

Frente a lo dicho, se comprueba que una parte de la legislación Latino Americana, continua permitiendo este absurdo -Código de Familia Panamá Artículo 35, Código Civil de la Nación Argentina, Sanción Ley 340 artículo 166-, el Código Civil ecuatoriano no podía excepcionarse, artículo 83: “Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próximo.”

A modo de conclusión, no se debería permitir el matrimonio de un menor de edad; la autorización de sus padres es una simple formalidad, que en nada ayudará al menor frente a los deberes conyugales o parentales. Para este tipo de actos debería requerirse la edad mínima obligatoria de 18 años, que es cuando los adolescentes inician su vida como sujetos relativamente idóneos. Criterio compartido por la Corte Suprema de Estados Unidos: “Para la mayoría de la Corte, las edades legales establecidas para votar, beber, conducir o adquirir pornografía, demuestran cómo la sociedad dibuja la línea entre la adultez y la niñez en los 18 años.” (anglosajó)

2.4.3.3.2 Celebración de contrato

El contrato de mutuo es un instrumento por el cual una persona llamada mutuante, se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles a otra persona llamada mutuario; para perfeccionarse solamente se debe poder enajenar un bien. Consecuentemente y bajo el punto de vista de la lógica este contrato podría ser celebrado por un menor, pues puede realizar actos con relativa conciencia; por lo tanto la incapacidad debe ser entendida como una restricción de la capacidad de obrar, mas no como una limitación absoluta del menor.

Sobre la base de este razonamiento, la ley ha resuelto que el menor pueda celebrar contratos que le obliguen personalmente; así, el Código Civil en el primer párrafo de su artículo 295 estipula: “Los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, la madre, o por el guardador, en el caso del artículo precedente, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional e industrial.”

En el segundo párrafo del artículo 295, Ibídem se indica: “Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado, excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización escrita del padre, de la madre, o su guardador; y si lo tomare, no

quedará obligado por estos contratos, sino hasta el monto del beneficio que haya reportado de ellos.” Lo cual implica que para la consumación práctica del comercio, se necesita del consentimiento de los padres, ya que si se habla del giro ordinario de un negocio, se está haciendo referencia a transacciones comerciales continuas, por lo que tomar dinero prestado o comprar al fío es indispensable para este efecto.

La ley separa a los contratos que no se integran al peculio profesional del menor y que son consentidos por los padres para su validez. En el caso de que los padres asientan la celebración del contrato de su hijo, entonces, ellos también quedan obligados al cumplimiento de lo acordado, quedando el hijo como deudor subsidiario de la obligación. Código Civil artículo 296: “Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre o la madre autorice o ratifique por escrito, obligan directamente al padre o a la madre, y subsidiariamente al hijo, hasta el monto del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos.”

2.4.3.3 Autorizar al menor para salir del país

Puesto que el menor quedará físicamente fuera de la órbita de la patria potestad de sus padres, es necesario que ambos autoricen su salida del país, ya sea en el caso de que el menor se ausente con uno solo de sus padres, como en el caso de que vaya a ausentarse con un tercero.

De este modo lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 109: “Autorización para salir del país.- Los niños, niñas y adolescentes ecuatorianos y extranjeros residentes en el Ecuador que viajen fuera del país con uno de sus progenitores deben contar con la autorización del otro.

En caso de que viajen solos o con terceros, requieren la autorización de los dos progenitores, salvo que uno de ellos esté privado de la patria potestad; o en su defecto, con la autorización del Juez.

Cuando viajen solos o en compañía de terceros, en la autorización de salida deberá constar el motivo del viaje, el tiempo que permanecerán fuera del país y el lugar preciso de su residencia en el extranjero. Si se trata de salida por un tiempo superior a los seis meses, la autoridad que emitió la autorización la pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores que deberá controlar permanentemente la localización, actividades y estado general de los niños, niñas y adolescentes que han salido del país en éstas condiciones.

No se requiere autorización cuando viajen en compañía de los dos progenitores o uno de ellos cuente con la autorización del otro constando en documento público y debidamente autenticado en caso de haber sido otorgado en país extranjero.”

Según Mazzinghi, esta medida de protección se debe: “...a la creciente facilidad de los desplazamientos internacionales, y quizás también, a la tentación de uno de los progenitores de sustraer la prole a la relación con el otro.” (Adolfo, 1999)

El desplazamiento de menores es un hecho de gran connotación en América Latina, con mención particular de Colombia, país que en el año 2008 valió a 180.000 colombianos desplazados, por las acciones de grupos armados ilegales. “Tornando como base la valiosa información recolectada por Conferencia Episcopal por medio de la Sección de Movilidad Humana del Secretariado Nacional de Pastoral Social a través del Sistema de Información RUT, se puede observar que la población constituida por menores de edad (individuos con menos de 18 años) alcanza una cifra cercana al 54% del total de desplazados, de los cuales el 48% son del género femenino y el 52% del masculino. De este 54% el 35% corresponde a niños con edades inferiores a los cinco años.”

La sustracción del menor por uno de los padres, bajo entendimiento de Eusebio Gómez, consiste en su retención y ocultamiento, dando como resultado que el menor quede sustraído de la patria potestad de uno de sus padres, aunque no medie traslación.

2.4.3.3.4 Autorización y representación para la comparecencia del menor en juicio

A diferencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código Civil restringe la actuación del incapaz a juicio, análisis que es compartido por la investigación, sobre la base de la representación necesaria que debe poseer el menor, en defensa de sus mejores intereses. Deben ser los padres quienes con discernimiento consientan o no, una acción judicial interpuesta por el menor y, a falta de estos, un curador.

Código Civil, artículo 300: “El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad.

Si el padre o la madre niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que éste quiere intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis.”

2.4.3.4 Actos que requieren autorización judicial

Manteniendo el concepto de que el ejercicio de la patria potestad es un derecho de los padres, debe decirse que la ley tipifica varios contingentes orientados a evitar el menoscabo del acervo económico de los menores, ante las decisiones que pueden tomar sus padres en calidad de administradores, refiriendo siempre al caso de que no hayan sido vedados de esta función bajo el peculio adventicio extraordinario. Como apuntan Bossert y Zannoni: “Los progenitores deberán

demostrar la conveniencia que para el menor significa la realización del acto, sea por la contraprestación que se obtendrá, sea por la necesidad que para el capital de este o para su persona presenta la realización del acto...” (Bossert Eduardo y Zannoni, 1990)

Sobre esta base, se genera una clasificación de actos inherentes al ejercicio de la patria potestad que requieren autorización judicial:

2.4.3.4.1 Emancipación

Discutir los múltiples aspectos de la emancipación requiere de un amplio espacio, que será empleado posteriormente como una forma de extinguir la patria potestad; por ahora simplemente se dirá que para que se produzca debe existir el consentimiento de los padres, quienes a su vez solicitan a un Juez especializado autorice la emancipación del menor. Bossert y Zannoni, agregan: “Los progenitores deberán demostrar la conveniencia que para el menor significa la realización del acto, sea por la contraprestación que se obtendrá, sea por la necesidad que para el capital de este o para su persona presenta la realización del acto...” (Bossert Eduardo y Zannoni, 1990)

2.4.3.3.5 Disposición de bienes inmuebles de los hijos

Mazzinghi, explica: “La norma relativa a los bienes de menores no funciona de la misma manera, pues aunque padre y madre estén de acuerdo en disponer de bien del hijo, es necesaria la autorización judicial. Cuando hay oposición de uno de los progenitores, la autorización judicial suplirá la voluntad del disconforme, con lo cual se llega a concluir que lo verdaderamente necesario para disponer de los bienes de hijos menores es la autorización judicial y no el acuerdo de los padres.” (Adolfo, Derecho de Familia Tomo IV, 1999)

El Código Civil, en su artículo 297 se pronuncia en este mismo sentido: “No se podrán enajenar...en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.”

Puntualizándose categóricamente que la autorización judicial rige únicamente en el caso de disposición de bienes inmuebles, cabe señalarse que la norma ecuatoriana resulta insuficiente, ya que no considera este filtro para los bienes muebles, que en muchos casos pueden ser más valiosos que un inmueble, como es el caso de una industria textil, en la que no permitiéndose la enajenación de la propiedad donde se ubica la empresa, se permite abiertamente vender la maquinaria de trabajo que tiene un valor mucho más interesante. Por estas razones la investigación concluye que es necesario tipificar una norma a este respecto. Un mismo sentido aplica la disposición del dinero del menor, que es la cosa mueble por excelencia, ante lo cual no se necesita profundizar. Borda explica un mecanismo de control para este efecto: “...debe depositarse a la orden del juez, y cuya extracción por el padre sólo podrá hacerse previa justificación de la inversión, y siempre que ésta sea administrable, según el criterio del magistrado.” (Borda, Manual de Derecho de Familia, 1984)

2.4.3.3.6 Constitución de derechos reales

Código Civil artículo 297: “No se podrán...hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.” Ha existido la necesidad de tratar este tema de un modo separado, por su importancia; si la norma citada prohíbe la enajenación de inmuebles por precautelar el patrimonio del menor, entonces la constitución de hipoteca también debe estar sujeta a autorización judicial, ya que ante la posibilidad del no pago, la propiedad del menor se vería embargada. La autorización judicial se instituye para evitar que el patrimonio del menor se disminuya, sea por la directa enajenación o por la constitución de un crédito hipotecario no pagado.

Belluscio explica la razón para que el juez autorice la hipoteca: “Para autorizar la constitución de derechos reales sobre bienes del menor, los jueces deben apreciar la conveniencia de la operación. Si, la constitución de hipoteca se ha autorizado para realizar gastos de conservación indispensables o mejoras que aumentaran la renta...” (Augusto, Manual de Derecho de Familia Tomo II, 1986)

UNIDAD IV

PROCESO PARA LA SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

2.5 Proceso para la suspensión y privación de la patria potestad

A continuación se explicará el proceso para limitar el derecho de patria potestad a los padres, como se podrá ver en la explicación se ha contenido tanto las causales de suspensión como las de privación de la patria potestad.

Iniciando el estudio de la demanda –instrumento que funda el trámite C.G.-, es necesario primero verter representaciones anteriores a su existencia, éstas son las expuestas bajo los conceptos de acción y pretensión. En palabras de Couture, la acción es “...el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión.” (Eduardo C. , 2007)

Extrayéndose que la acción es el derecho de reclamo, claro está, que para que exista un verdadero reclamo, es necesario que exista también una pretensión; de acuerdo con Devis Echandía la pretensión es: “El efecto jurídico concreto que el demandante...persigue con el proceso.” (DEVIS ECHANDÍA, 2004)

En función de estos criterios, se concluye que previo a la firma de una demanda, es menester que exista una acción y una pretensión, que rijan el despacho. Para el motivo del estudio existen tres pretensiones: Limitación, suspensión o privación de la patria potestad, según se aprecia en el artículo 115 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Retomando el motivo del sub capítulo “La demanda es, entonces, un acto de iniciación del proceso. En ella se ejerce el poder de acción y se deduce la pretensión.” (Enrique, 2006)

La investigación ha constatado por la revisión de varios textos, que el aludido por el Maestro Enrique Véscovi, es el concepto más acertado de la demanda; esto por cuanto integra a los conceptos anteriores al acto, utilizándolos como fundamentación de su estructura.

Abandonando momentáneamente a la doctrina, se enuncia la fundamentación legal de la demanda en el contexto ecuatoriano. Artículo 272 del Código de la Niñez y Adolescencia: “La demanda y la citación.- La demanda deberá reunir los requisitos contemplados en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil y el Juez la calificará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la misma.” El artículo reseñado hace mención al anterior Código de Procedimiento Civil, el artículo 71 al que se hace referencia, fue sustituido por el 67 del actual cuerpo, mismo que enumera los requisitos que debe contener la demanda.

Código de Procedimiento Civil, artículo 67: “Requisitos y contenido: La demanda debe ser clara y contendrá:

1. La designación del juez ante quien se la propone;
2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La especificación del trámite que debe darse a la causa;
7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor, y
8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.”

A continuación se explicará cada uno de los requisitos de la demanda, vistos desde una perspectiva propia del procedimiento Contencioso General.

El Juez de Niñez y Adolescencia es el competente para conocer el despacho, debiéndose aplicar además de esto la competencia en razón del territorio, que siempre estará subordinada al lugar del domicilio del menor.

Tasando a las partes procesales es necesario citar a Francesco Carnelutti: “Puesto que la relación Jurídica no es más que un conflicto de intereses jurídicamente regulados, y puesto que no hay interés sin interesado, la relación jurídica supone dos sujetos, que son, respectivamente, el sujeto de la obligación y el del interés protegido o, en particular, del derecho subjetivo.” (Francesco, 1998)

Deducción que desprende a dos integrantes en el proceso: El actor, poseedor del derecho subjetivo -que es el menor a través de su representante- quién propone la acción; y el demandado, que es el progenitor contra quien se intenta la limitación, suspensión o privación de la patria potestad. En términos procesales estos sujetos adoptan los denominativos de sujeto activo y pasivo en su orden.

No obstante de esto, se precisa que en el caso de la patria potestad los sujetos de esta delimitación se dilatan, por la connotación que posee la figura. En el eventual de que el hijo menor corra riesgo a cargo de uno de los progenitores y en ausencia o abandono del otro, la ley legitima activamente a los familiares y a las entidades públicas, para que concurren ante los órganos judiciales y aboguen por la seguridad del menor.

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 115: “Legitimación activa.- Disponen de acción para solicitar la limitación, suspensión o privación de la patria potestad:

1. El padre o la madre que no se encuentre afectado por alguna de las causales que justifique dichas medidas;
2. Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad;
3. La Defensoría del Pueblo, de oficio o a petición de parte;

4. La Junta Cantonal de Protección de Derechos, de oficio o a petición de parte; y,
5. Los representantes legales o directores de las entidades de atención en que se encuentra un niño, niña o adolescente.”

Finalmente, para efectos de este reclamo se legitima al mismo menor pese a su incapacidad manifiesta, el Código de la Niñez y la Adolescencia, párrafo final del artículo 65, proclama: “Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos: Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.” Un mismo sentido procura la norma enunciada en su artículo 236: “Legitimación activa.- Sin perjuicio de la facultad de los órganos competentes para actuar de oficio y de los casos en que se concede acción pública, pueden proponer la acción administrativa de protección: 1. El niño, niña o adolescente afectado;”

Generalmente dentro de los fundamentos de hecho, lo que se hace es deducir una explicación del por qué se pretende la demanda, explicando las razones por las cuales el ejercicio de la patria potestad de los progenitores, está transgrediendo los derechos y así el bienestar del menor. Este apartado recibe el siguiente nombre en la doctrina: “Supuesto Precedente de la Interposición de la Demanda Judicial”, “...es la afirmada existencia de un conflicto por parte del actor y su necesidad de encontrarle una solución que no pase por el uso de la fuerza particular. Como se ve, este supuesto hace el porqué de la interposición.” (Adolfo A. V., 2009)

Entre otras directrices se debe especificar: La situación emocional por la que está atravesando el niño; las razones por las cuales el solicitante ha decidido promover la demanda, especificando un caso concreto que lo haya motivado.

La cosa cantidad o hecho que se exigirá, será la restricción de la patria potestad en cualquiera de sus formas; este requisito devuelve a la investigación al primer párrafo de este sub-capítulo: La pretensión es el objeto jurídico del proceso, motivo que obliga a que su determinación sea fijada racionalmente, obedeciendo a “Los principios que exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas.” (L, 2001)

Así, según sea del caso se solicitará la limitación, suspensión o privación de la patria potestad, sobre la base de lo que determinan las causales del Código de la Niñez y Adolescencia. (Espasa, Espasa Calpe S.A, 2005)

La Cuantía es el vocablo utilizado para limitar el “Valor de la materia litigiosa”

Por lo que, en consideración del tema, será siempre indeterminada. Si en primer término se habla de que el proceso de menores tiene como fin la conservación del interés superior del niño, sería contradictorio establecer una cantidad económica que represente a la patria potestad.

El trámite a seguirse es el Contencioso General, establecido por el artículo 271 del Código de la Niñez y la Adolescencia. La substanciación de todos los asuntos relacionados con las materias de que trata el Libro Segundo y las del Libro Tercero del Código de la Niñez y la Adolescencia es de competencia privativa del Juez de Niñez y Adolescencia.

Para la citación a la parte demandada, se procederá según lo señalado en el Código de Procedimiento Civil, adicionándose para este efecto en el libelo, la dirección del domicilio del demandado, o el desconocimiento de la misma.

El actor necesariamente deberá presentar esta demanda acompañado de un abogado que le patrocine y a quién autorice dentro de la causa. Será menester procesal que señale domicilio judicial para sus futuras notificaciones.

Cumpliendo con el numeral 8, del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, será necesario adicionar a la demanda la partida de nacimiento del niño. “Para la presentación de la demanda se deberá reunir los requisitos contemplados en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil. La prueba debe ir aparejada a la demanda, y ha de constar en ella que realmente se ha constituido el estado civil en que se funda el pretendido derecho...” (Juan, 1993)

De este argumento, se evidencia que debe aparejarse a la demanda la partida de nacimiento. Este documento sirve como presupuesto de la legitimidad con la que concurren las partes; en criterio de Emilio Betti, el presupuesto es la competencia para alcanzar o soportar los fundamentos jurídicos, a los cuales se aspira regular.

2.5.1 Auto de Calificación

“Recibida la solicitud de inicio –que es la demanda-, el juez de trámite –director del proceso- verifica la competencia y controla el cumplimiento de los requisitos formales...” (BERMEJO, Patricia, Revista de Derecho Procesal, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 56) Artículo 272 del Código de la Niñez y Adolescencia: “La demanda deberá contener los requisitos contemplados en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil y el Juez la calificará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la misma. En su primera providencia el Juez la calificará y, si reúne los requisitos legales, la aceptará a trámite, caso contrario se ordenará completarla como lo dispone el artículo 73 del Código antes citado.”

2.5.2 Orden de completar o aclarar la demanda

Si la demanda no cumple con los requisitos legales, el Director del Proceso estará a lo que dispone la norma orgánica; es decir el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, mismo que establece los pasos a seguirse si la demanda omitiere las formalidades de ley: “Presentada la demanda, el juez examinará si reúne los requisitos legales. Si la demanda no reúne los requisitos que se puntualizan en los artículos precedentes, ordenará que el actor la complete o aclare en el término de tres días; si no lo hiciera, se abstendrá de tramitarla, por resolución de la que podrá apelar únicamente el actor. La decisión de segunda instancia causará ejecutoria. El juez cuando se abstenga de tramitar la demanda, ordenará la devolución de los documentos acompañados a ella, sin necesidad de dejar copia. El superior sancionará con multa de diez a cincuenta dólares de los Estados Unidos de América al juez que incumpliere las obligaciones que le impone este artículo.”

2.5.3 Citación

Artículo 8, inciso 2do, literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;” Desprendiéndose del texto, la clara obligación que posee el Estado de avalar al demandado, un pleno conocimiento de la acción que contra él se ha propuesto; lo cual tiene su origen histórico en las reglas del debido proceso, según Gozáni: “El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción y el ejercicio efectivo del derecho de defensa...” (Alfredo, 2001)

Aplicado al Derecho de Familia, Mentasti dice: “El debido proceso, concepto que hoy aplicamos a los procesos familiares, se refiere a un procedimiento que asegure los principios procesales fundamentales; esto comprende algo más que garantizar la defensa del contrario, porque en las controversias familiares “el contrario” es el otro integrante de la familia; entonces, más que garantizar que el

contrario se procure una defensa, en primer lugar debe hacer efectiva la igualitaria participación de todos los involucrados en el conflicto familiar.” (Claudia, 2001)

Razón que conmina a que la citación de la demanda sea perfeccionada con la legalidad estipulada en los artículos 73 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; este elemento procesal es indispensable para la continuidad del juicio.

2.5.4 Etapa conciliatoria

Se trata de un término procesal exacto, previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia. La conciliación tiene como objeto que las partes intervinientes – padres, familia y menor- lleguen a un acuerdo en lo referente al menor, esto sin menoscabo de la figura jurídica que se esté ventilando.

2.5.4.1 Tipos de conciliación

De acuerdo a la legislación vigente, la conciliación se puede llevar a cabo en dos formas: Conciliación judicial o administrativa; y conciliación extrajudicial o independiente.

2.5.4.2 Conciliación judicial o administrativa

Peldaño subsiguiente para el acato del procedimiento Contencioso General, la Audiencia de Conciliación y Contestación es precedida por el Juez que conduce la causa en conflicto; es decir, la diligencia es llevada a cabo por el mismo órgano que tramita el proceso; es en tal virtud que recibe el nombre de administrativa, “...es especialmente en esta etapa donde se promueve la mediación como una forma de manejar el conflicto, ya que por la naturaleza de las relaciones familiares, en general complejas y a largo plazo, conviene al interés de la familia la solución negociada de los problemas...” (Silvia, 2002)

Artículo 273 del Código de la Niñez y Adolescencia: “La audiencia de conciliación será conducida personalmente por el Juez, quien la iniciará promoviendo en las partes un arreglo conciliatorio que, de haberlo, será aprobado en la misma audiencia y pondrá término al juzgamiento...Antes de cerrar la audiencia, el Juez insistirá en una conciliación de las partes; si no la hay y existen hechos que deban probarse, convocará a la audiencia de prueba que deberá realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento.”

La Audiencia de Conciliación tiene como fin el tratar que las partes lleguen a un acuerdo en lo relativo a la patria potestad del menor, situación que puede versar sobre la restricción de esta o aún con respecto de una posible restitución. Situación que no se aplica a las causas que originan la suspensión o la pérdida de la patria potestad, por su gravedad y por el estado de riesgo en el que se encontraría el menor. Si las partes aceptan algún término de negociación, el Juez levantará un acta en la que legitime dicho acuerdo, que siempre deberá estar orientado a precautelar el interés superior del niño, en concordancia a lo que dispone el N° 1, del Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;”

“En comentario a la norma, se puede decir que es ineficiente, por cuanto la sola decisión de los padres no puede motivar una solución prudente, menos aun cuando previamente ha existido la oposición de uno de ellos –presumiendo cierta inconveniencia, el Juez está en la obligación de precautelar el interés superior del niño, por lo que debería ordenar una investigación exhaustiva, que fundamente una decisión de esta trascendencia y solo en el caso, de demostrarse que el acuerdo de los padres es conveniente para el menor, debe proceder a aprobar el acta; mas no como se realiza en la práctica, dentro de la cual el juez simplemente se reduce a transcribir lo acordado por los padres, sin llevar a cabo estudio alguno que demuestre la conveniencia del acuerdo.” (Pablo, 2009)

Frente a esto, es recomendación del trabajo investigativo que, previo a la Audiencia debe ordenarse una prueba pericial que demuestre la eficacia o no del acuerdo al que pretenden llegar los padres; el fundamento de este aserto es deducido en las palabras de Eduardo Cárdenas, quién mantiene la postura de que la función conciliadora del juez, se desarrolla con la intervención intensa de los integrantes del equipo, dinamizada por el experiencia interdisciplinaria que fundamentalmente incluye el contexto vivencial del justiciable, a la expectativa del resultado de la intervención judicial, órgano enriquecido por la incorporación de la complejidad de cada situación. (Inmediación, especialización, interdisciplina)

2.5.4.3 Contestación a la demanda

Si las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio o cuando las causas que han motivado el juicio obedecen a las enunciadas para la suspensión o la pérdida de la patria potestad, el Juez sienta razón y procede al correspondiente trámite, como se puede observar en el artículo 273 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Si no se produce conciliación alguna, el Juez escuchará de inmediato las réplicas y contra réplicas de las partes, comenzando por el de contestación del demandado, quien, luego del alegato del accionante, tendrá la oportunidad de hacer una breve réplica.” En esta audiencia también debe tramitarse la contestación a la demanda -litis contestatio-, la parte accionada, debe expresar su postura con respecto de acción. En criterio de Devis Echandía: “El objeto de la contestación es, pues, conocer el concepto y voluntad del demandado respecto a las pretensiones del demandante, principalmente por tres aspectos: 1) la...negación de los hechos y las peticiones de la demanda; 2) la presentación de las excepciones; 3) la petición o presentación de sus pruebas.” (Hernando, 2004)

Al no lograrse un acuerdo conciliatorio, lógicamente la parte demandada debe negar los argumentos de hecho y de derecho en que se funda la demanda; sólo de este modo se podrá instaurar una verdadera contestación, ya que se dota al juez de un escenario completo y no parcializado de las circunstancias en que se

desarrolla el menor, determinándose así un verdadero contenido y objeto de la litis. En un mismo sentido y para completar el condicionante de la negativa, el demandado debe plantear su pretensión dentro del juicio. “La pretensión del demandado es siempre negativa (aunque alegue hechos positivos).” (Enrique V. , 2006)

La parte demandada debe dar a conocer las causas que sostienen la oposición; procesalmente, estas causas reciben el nombre de excepciones que, según Devis Echandía pueden dividirse en: “...dilatatorias que son las que tienden a aplazar la contestación, puesto que, según la ley, “suspenden el curso de la acción”; y perentorias...que tienden a destruir el efecto de la acción (pretensión).” (VÉSCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá, 2006, p.78) En criterio de la investigación, estas excepciones deberían denominarse de forma y fondo, ya que las dilatorias o de forma, únicamente tienden a tratar aspectos procesales; mientras que las perentorias o de fondo, buscan repeler la esencia misma del accionar.

Dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, no se redacta norma alguna que regule la forma como ha de llevarse a cabo la prueba dentro del proceso, por lo que ésta tiene que practicarse análogamente a lo que establece el Código de Procedimiento Civil. No obstante, en criterio de la investigación y siguiendo los pasos del Proceso Oral, la prueba debería ser formulada dentro de la primera audiencia, por acatamiento de la característica de concentración; razonamiento que es practicado por el Juzgado 5to de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito, Provincia de Pichincha. No obstante, se puntualiza que en la práctica existe una innumerable cantidad de juzgados, que recepta el convencional escrito de prueba posterior a la Audiencia de Conciliación.

Concluida la contestación a la demanda se concede el uso de la palabra al actor, quién impugnará los asertos que el demandado haya propuesto y solicitará su respectiva formulación de pruebas. En consideración de Kielmanovich: “El

principio del favor probationes, de escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial explícito, pero de incalculable aplicación en nuestro medio, supone que en casos de objetivas dudas y especialmente de dificultades probatorias –como acontece habitualmente en los procesos contenciosos de familia-, habrá de estar a un criterio amplio a favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas, teniendo en consideración que los hechos llamados a constituirse en objeto de las mismas normalmente ocurren en la intimidad del hogar y, en su caso, en presencia de testigos comprendidos dentro de las generales de la ley...” (Jorge, 2002)

De modo paralelo, el Juez oficiará al Equipo Técnico del Juzgado para que inicie la investigación respectiva. Se trata de un estudio social-económico que, “...posibilita la profundización jurídica del sentido nuclear de la persona mediante la indagación profunda de su realidad y de sus interacciones, exigiendo del juez soluciones que se adapten a las circunstancias de cada caso, a la realidad de la cuestión a resolver.” (Silvia V. M., 2002)

“La prueba pericial (dictamen pericial, como elemento probatorio cuya finalidad es la comprobación de los hechos controvertidos) será practicada, en principio, por intermedio de los profesionales del equipo del tribunal.” (Amendolara, 2001)

Posteriormente a la intervención del actor, el demandado tiene un breve espacio para efectuar la réplica que considere del caso, defendiendo su postura de los asertos del primero. Artículo 273 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Si no se produce conciliación alguna, el Juez escuchará de inmediato las réplicas y contra réplicas de las partes, comenzando por el de contestación del demandado, quien, luego del alegato del accionante, tendrá la oportunidad de hacer una breve réplica.”

2.5.4.4 Consulta de la opinión del menor

Debe escucharse reservadamente la opinión del menor como un paso subsiguiente del trámite:

12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño; que esté en condiciones de formarse un juicio propio, 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.”

Mandato que insta a los Estados Partes a garantizar la actuación del menor dentro del proceso que le afecte; claro que esta actuación está condicionada a su capacidad interlocutoria. Dicho en otras palabras: Para la intervención del menor debe medirse su madurez intelectual, razonamiento reflejado en la legislación ecuatoriana, artículo 273 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Concluidos los alegatos, oirá reservadamente la opinión del adolescente, necesariamente, o del niño o niña que esté en edad y condiciones de prestarlo.”

2.5.4.5 Concesión del régimen provisional

“En este punto es necesario hacer una acotación, la legislación minoril ecuatoriana propende siempre a la protección de los menores y es por esta causa que ha creado la figura del régimen provisional en las distintas figuras; esto consiste en el otorgamiento temporal de un derecho.” (Juan P. C., 2008)

Así pues manifiesta el Artículo 274 del Código de la Niñez y Adolescencia, lo siguiente: “En los juicios sobre de patria potestad, prestación de alimentos y régimen de visitas, el Juez necesariamente hará una fijación provisional sobre la pretensión del accionante, en la misma audiencia...”

2.5.4.6 Cierre de la Audiencia de Conciliación y Contestación

Al ocupar el Juez un papel de conciliador, debe insistir en que las partes lleguen a un arreglo; incluso al final de la Audiencia. El soporte de esta disposición se basa en que en el Derecho de Menores y más ampliamente en el Derecho de Familia, las partes mantienen profundas diferencias que solo pueden ser superadas a través del diálogo y esto es precisamente lo que logra la Audiencia. Luego de que las partes se hayan escuchado razonadamente, existe una posibilidad de que sensibilizadas por la situación de su hijo, puedan llegar a un entendimiento, lo cual depende en gran parte del papel que realice el operador de justicia.

Si la conciliación fuere fallida el Juez convocará a la audiencia de prueba que deberá consumarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento.

2.5.4.6.1 Conciliación extrajudicial o independiente

Una conciliación extrajudicial proviene de un derivamiento de causas procesales a un centro independiente, en donde se practicará una mediación o negociación asistida; la derivación de causas procesales en materia de menores, tiene su origen en Ecuador, a partir del 1ero de agosto del 2007, fecha en la que el Instructivo Para la Derivación de Causas a Centros de Mediación, fue inscrito en el Registro Oficial N° 139, creando la posibilidad de solucionar estos conflictos intraprocesalmente, a través de centros destinados a la mediación.

Este modelo se encuentra contemplado en la Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 190: “Se reconoce el arbitraje la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.” Por lo cual, la Mediación es una figura con piso constitucional,

reconocida como medio alternativo para la solución de conflictos. El Código de la Niñez y la Adolescencia reconoce la procedencia de la Mediación en su artículo 294: “La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.”

Hablando ya propiamente de la Mediación, este es un medio independiente por el cual un centro autónomo destinado a este fin, facilita que las partes provenientes de un proceso judicial, encuentren una solución al conflicto que les afecta. La falta de investigación de las condiciones en que se quiera ubicar al niño, conlleva a un aberrante error. Si una de las partes –es decir uno de los padres- inicialmente pensó en la necesidad de instalar un trámite legal por el peligro o inconveniencia que a criterio propio corría el hijo, una mediación que establezca un acuerdo no tiene razón de ser. Únicamente una investigación de carácter social puede constituir los fundamentos necesarios para conocer sí el acuerdo, ahora pretendido, es favorable o no. Por estas razones es basamento de la investigación que, cuando se ventile un tema de suspensión o privación de la patria potestad, este debe ser tramitado únicamente por el juez.

Llegado el advenimiento dentro de la mediación, se elabora un acta que relate los términos del mismo, con la subsiguiente firma de las partes, reiterando que de acuerdo al Código de la Niñez y la Adolescencia, todo acuerdo o fallo es meramente “provisorio”, mientras las condiciones que motivaron la resolución no varíen. El acta de mediación debe homologarse dentro del juzgado que haya conocido la causa; de este modo cobrará la legalidad necesaria para exigir su cumplimiento.

2.5.4.6.2 Imposibilidad de la conciliación extrajudicial o independiente

La imposibilidad de la mediación se produce por dos factores: Uno, el especificado en el artículo 47 Ley de Arbitraje y Mediación: “El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en

su defecto, la imposibilidad de lograrlo.”; es decir, cuando las partes no lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto. Dos, por la causa dispuesta en el artículo 51 Ley de Arbitraje y Mediación: “Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.”;

De producirse una imposibilidad, esta conllevará a que se continúe el trámite judicial. Como aspecto negativo de la derivación está el hecho de que de no llegarse a un acuerdo, el mediador no está en condiciones de imponer un régimen provisional del derecho demandado, -actuación que sí posee el juez-.

2.5.5 Audiencia de Prueba

Código de la Niñez y Adolescencia artículo 275: “Audiencia de prueba.- En la audiencia de prueba actor y demandado, en el mismo orden, presentarán los medios probatorios que hubieren sido oportunamente anunciados, comenzando con el examen de los testigos, que podrán ser interrogados por los defensores de ambas partes, y los informes de los técnicos, que deberán responder a las observaciones, solicitudes de aclaración o ampliación que aquellos les formulen. Por Secretaría del Juzgado se dará lectura resumida de los documentos que agreguen las partes y de los oficios e informes que se han recibido.

Los interrogatorios de los abogados defensores se harán directamente a los testigos, peritos y contraparte, sin necesidad de intermediación del Juez, que sólo podrá objetar, de oficio o a petición de parte, las preguntas que considere inconstitucionales, ilegales, irrespetuosas o impertinentes respecto del enjuiciamiento.

Concluida la prueba, los defensores, comenzando por el del actor, podrán exponer sus alegatos sobre la prueba rendida.”

Así se ha organizado la forma de llevar a cabo la Audiencia de Prueba, misma que debe ser iniciada por el actor. La frase “presentarán los medios probatorios que hubieren sido oportunamente anunciados”, viene a referir las pruebas que debieron ser presentadas y calificadas, dentro de la formulación de pruebas en la Audiencia de Conciliación y Contestación a la Demanda; por lo que el actor debe exhibir los medios, comenzando por el testimonial, seguido de los informes periciales y técnicos. A continuación, el demandado exhibirá las pruebas que hubiere solicitado, en el mismo orden.

La dinámica es que los abogados de las partes pueden actuar a lo largo de la intervención de su oponente, realizando las observaciones y preguntas que consideren prudentes para la defensa de su tesis; el Juez simplemente actuará, en caso de conflicto por el mal proceder de las partes, mas no como intermediador, ya que los abogados del proceso tienen absoluta libertad para interrogar de la forma que estimen pertinente a los testigos o peritos. Concluida la exhibición de la prueba, la secretaria del juzgado dará lectura resumida de los documentos que agreguen las partes, y de los oficios e informes que se han recibido.

Finalmente se pasará a la fase de los alegatos, que viene a ser la disputa referente a las pruebas presentadas; es decir, en esta parte procesal ambos abogados, empezando por el del actor, exhibirán la concordancia de sus asertos por medio de las pruebas obtenidas, y disminuirán los intentos probatorios de su contra parte; seguidamente, le corresponde al abogado de la parte demandada exponer sus alegatos, en uso de las pruebas obtenidas.

2.5.6 Auto Resolutorio de primera instancia

Una vez que la causa ha sido sustanciada, el Juez debe pronunciarse sobre el resultado del juicio, jornada que se define a través de un “auto resolutorio”. Artículo 277 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Auto resolutorio.- El Juez pronunciará auto resolutorio dentro de los cinco días siguientes a la audiencia.” De

acuerdo con los tratadistas Cendra, Moreno y Cortés “Los actos de finalización del proceso son resoluciones del órgano jurisdiccional que, como su nombre indica, ponen término, de una manera provisional...a un procedimiento incoado.” (Cortés, 1996)

Habiéndose definido al auto resolutorio, es importante discutir sobre la motivación que éste debe tener; Carnelutti resume a la motivación en tres palabras: “...exposición del pensamiento...” (Carnelutti, 1998)

Categorizando que, en materia de derecho, la motivación está sujeta al ordenamiento jurídico y a los elementos del caso concreto. Con relación a este tema, la investigación presenta un concepto de motivación en materia de derecho, que fue expuesto por el Dr. Edgardo Donna, en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Penal, llevadas a cabo en Quito-Ecuador, el 29 de septiembre de 2009: La motivación en los procesos judiciales, es una fundamentación elaborada sobre un asiento social, que en nada se diferencia a la utilizada en un informe de impacto o de un estudio de vivienda; ya que en la misma forma en que un informe o un estudio debe poseer una fundamentación que justifique su resultado, la motivación de una decisión judicial debe justificarse por elementos de hecho y de derecho que fomenten su eficacia.

Restringiéndose en el ejercicio de la patria potestad a uno de los dos progenitores, el otro asumirá el íntegro ejercicio de este derecho sobre el menor, como se dispone en el Código Civil, artículo 305: “En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquél respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad.” Para este efecto se utilizará los postulados establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia, último párrafo del artículo 113: “Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque

no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

Y artículo 106, Ibídem: “Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
3. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
4. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
5. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113;
6. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales...”

Adicionalmente de resolver la patria potestad de los padres sobre sus hijos, el juez debe dictar medidas de protección que resguarden la integridad del menor, frente a la eventual desobediencia de la decisión judicial, particular previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 116: “Medidas de protección.- En la misma resolución que ordene la privación, suspensión o limitación de la patria potestad, el

Juez dispondrá una o más medidas de protección para el niño, niña o adolescente y sus progenitores, con el objeto de favorecer las circunstancias que justifiquen una posterior restitución de esta potestad.”

2.5.7 Decisión relativa a los deberes y derechos del progenitor restringido

Una vez limitada, suspendida o privada la patria potestad, es necesario que el Juez especifique los deberes y derechos que el progenitor restringido mantiene aún sobre su prole, en este sentido se pronuncian Méndez Costa y D´ Antonio: “Como consecuencia lógica del desplazamiento que se efectúa respecto de denominado ejercicio de la patria potestad y en razón de que tal progenitor sigue vinculado a su hijo por filiación manteniéndose igualmente la llamada titularidad, de la máxima institución protectora, la ley contempla la permanencia de ciertos derechos, reconocidos más en miras al interés del hijo que con la finalidad de conceder prerrogativas al padre.” (Hugo, Derecho de Familia Tomo II , 2001)

En tal virtud se detallan los deberes y derechos de los padres restringidos en su patria potestad:

1. Alimentos.- “Los Alimentos Legales provienen del parentesco, y su fundamento es el derecho a la vida.” (Cabrera Vélez, Juan Pablo, Alimentos; legislación, doctrina y práctica, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2007, p. 13)

La condición de que los padres sean los primeros obligados a prestar alimentos a sus hijos, se mantiene aún cuando se restrinjan sus derechos inherentes a la patria potestad. Belluscio acota: “La privación de la patria potestad implica la extinción de...los derechos y deberes emergentes de ella, excepto la obligación alimentaria...En cuanto a la obligación alimentaria del hijo, como no está vinculada con la patria potestad, no se altera.” (Augusto, Manual de Derecho de Familia Tomo II, 1986)

2. Decidiéndose sobre el tema de la patria potestad –en el caso puntual de la limitación- el Juez está obligado a fijar las visitas, Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 122: “Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los

progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.” Si se tratase de una decisión judicial que suspenda o prive la patria potestad, el régimen de visitas debería evaluarse cuidadosamente, pues las causas que originan tal decisión son de extrema gravedad para el menor. Al respecto agrega Mazzinghi: “...una situación negativa, como es la que resulta de la quiebra familiar, la ley reconoce al progenitor que no ejerce la patria potestad el derecho de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.” (Adolfo M. J., Derecho de Familia Tomo IV, 1999)

3. Finalmente, el Juez deberá indicar que los derechos del progenitor restringido, habrán de ser asumidos por el progenitor que mantiene la patria potestad del hijo en común, Código Civil, artículo 305: “Reemplazo de la patria potestad.- En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquél respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad.”

UNIDAD V

DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR

2.6 Desarrollo integral del menor

Dentro de la presente parte de la investigación se estudiará el desarrollo integral del menor, que es un sinónimo para tratar el principio del interés superior del niño.

2.6.1 Concepto

El desarrollo integral del menor, posee un total reconocimiento universal y es por tal motivo que ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional General. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones; entre otras se refiere al “interés superior del niño”.

Dutto al igual que otros tratadistas, se suma a esta idea: “...sería más ajustado hacer mención al “mejor interés del niño”, tal como lo han señalado Roggiano y Zaldarriaga, pues no siempre el superior interés de un niño puede ser el mejor...”

En el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 11 nos dice: El interés superior del niño.- 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. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. 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.

2.6.2 Alcance del desarrollo integral del menor

El alcance del desarrollo integral del menor, inviste una compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que además, posee orden de prevalesencia frente a cualquier otro derecho que se le coteje. Haciendo mención a la creación del principio, se puede apuntar en términos generales, que con su institución, se ha buscado fundar en el contexto mundial el verdadero poder del menor para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales.

Anticipado este breve comentario, se procederá a exponer la norma que instituyó al “interés superior del niño” en el ordenamiento jurídico; ubicándose a esta primera delimitación, como el punto de partida de la innumerable cantidad de debates sobre su contexto; así pues, el Art.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, enuncia: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia

de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

De acuerdo con Facio y Fries: “Este concepto del derecho incluye tres componentes: componente formal-normativo que se refiere a la norma agendi (ley nacional o tratado internacional); componente estructural que esté referido al contenido que se le da a la norma al momento de interpretarla o aplicarla (legisladores/as, jueces, policías, etc.); y componente político cultural que es el significado que se le va a dar a la norma por otros agentes a través de la creación de doctrina jurídica, costumbres y tradiciones.”

Gatica y Chaimovic, conceptualizan al principio del siguiente modo: “El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña.”

Bonnard sostiene que: “El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo.”

2.6.3 Breve Reseña Histórica

Los motivos históricos que fomentaron el apareamiento del “interés superior del niño” en el contexto mundial, fueron los derivados de los enfrentamiento bélicos y

en especial de los que se originaron a partir de la Segunda Guerra Mundial, hecho indignante que llena de vergüenza al mundo. Fue el conflicto armado más grande y sangriento de la historia, en el que se enfrentaron las Potencias Aliadas y las Potencias del Eje. Las fuerzas armadas de más de setenta estados participaron en combates aéreos, navales y terrestres. Por efecto de la guerra murió alrededor del 2% de la población mundial de la época (60 millones de personas), en su mayor parte civiles.

Numerar los efectos derivados de la Segunda Guerra Mundial y sus muertes, es inconmensurable, pero relatando los más graves se puede nombrar: Los desplazamientos humanos, hambre, pobreza, enfermedades crónicas producidas por el lanzamiento de bombas nucleares contra Japón. Hechos tangibles, que aún acabada la guerra afectaron embarazosamente los más elementales derechos, especialmente de los grupos vulnerables y en particular mención, el de los menores.

Los avatares de las guerras –en general-, fueron la razón para que se desarrolle un creciente interés social en el mundo por la minoridad; y es a partir de esta transformación que los diferentes Estados convierten a los niños en el blanco de sus políticas públicas. La infancia se vuelve una materia de disertación para los grandes pensadores de la época; por ejemplo: Marx, denuncia a través de ella, las violencias más profundas del capitalismo industrial. Y Durkheim, expuso que: “rastrea como hostiles a las primeras formas de cohesión social, actitud que debe suprimirse de modo de volver más eficaces los procesos de socialización infantil”. “Esta preocupación por los niños induce a Europa a realizar encuentros para tratar temas vinculados a la infancia. Modalidad que se traslada a América, y para fines de siglo las reuniones se realizan alternativamente en uno y otro continente.”

A inicios del siglo XX, es que toma fuerza este afianzamiento; como respuesta al estudio realizado sobre de las condiciones sociales en que se desarrollaban los niños, la miseria y la pobreza eran vistas como favorecedoras de conductas ahora

caracterizadas como anti-sociales. En tales dramáticas condiciones, se produce la evolución actual del pensamiento, que tras encontrar la noción de los derechos humanos, busca garantizar los derechos propios de los niños, remarcando la importancia de que se les proteja de modo efectivo y que es deber de los Estados promover y garantizar su defensa igualitaria.

No fue, sino a partir de 1920 en que se inicia la elaboración de tratados internacionales, que garanticen el cumplimiento de los derechos básicos del grupo minoril. El Centro de Estudios Constitucionales de Chile, de la Universidad de Talca, elaboró el siguiente recuento del tema “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, a través de la dirección de Gonzalo Aguilar Cavallo:

“En 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990. La CDN es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.”

El principio fue reconocido por primera vez en 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño: Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por

otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Más tarde la C.D.N., marcaría el apareamiento del “interés superior del niño” en la normativa mundial; esto por cuanto, el principio se contiene expresamente dentro del Artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”; como una observación a este respecto, debe agregarse el razonamiento de Gloria Baeza Concha: “En este contexto, evidentemente, debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño no sólo a partir de la vigencia de la CDN, sino con anterioridad, lo cual justifica su carácter de norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la esencia de la naturaleza humana.”

Posterior a la suscripción de la CDN y por ende del reconocimiento al “interés superior del niño”, varios países de América Latina, cambiaron su legislación correspondiente a menores, por la vigente proteccional, así pues se detalla: Bolivia: Nuevo Código de Menores (18/12/92). Brasil: Estatuto del Niño y del Adolescente (13/07/90, Ley Federal 8069). Chile: Ley de violencia intrafamiliar y la Ley de Maltrato Infantil (agosto 1994). Ecuador: Nuevo Código de Menores" (7/8/92), "Ley reformativa" a la ley orgánica de la función judicial y al Código de Menores (1994). Guatemala: Existía al año 1995 un "Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia". Perú: "Código de los Niños y Adolescentes" (Diputados, 1993)

De este modo se demuestra que el “interés superior del niño” subsiste de modo histórico, sobre el argumento de ser el tratado que ha recibido mayor número de ratificaciones. En el mismo sentido, la clara modificatoria en la legislación minoril

de los países Latino Americanos, hace fe tangible de la obediencia y respeto que posee el principio.

2.6.4 Características.-

Dentro de otras se anotan como principales las que se siguen:

1.- Derecho de primera generación: La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo tercero, funda que el interés superior del niño es un principio que deberá tomarse en cuenta para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que no es asimilable al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

2.- Rector-guía: Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, señalando que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como "rector-guía" de ella. De este modo, cualquier análisis sobre la Convención, no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción. Sin embargo, de que este apelativo ha sido usado por el órgano nombrado, es de opinión del autor, que "directriz" es un término más correcto para expresar ésta idea.

3.- Multifactorial: Por multifactorial se concibe al procedimiento regulatorio, que puede ser utilizado para canalizar diversos agentes que inciden en el desarrollo de la vida de un menor, agentes que pueden traducirse en factores jurídicos de diferente título; pero que indistintamente de éste, se someten al principio del interés superior del niño.

4.- Interpretativo: Cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los

derechos del niño. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

Se sostiene en doctrina que el interés superior del niño consagraría, en estos casos, el criterio sistemático de interpretación. "...los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño." Se debe aclarar que todo orden normativo se interpreta sistemáticamente en aras de una aplicación racional, caso contrario, su conjugación -de la figura jurídica y del proceso- se perdería en razón de ambigüedades.

5.- Es prioridad de las políticas públicas: La formulación de la C.D.N. proyecta al interés superior del niño hacia las políticas públicas, en su Art.3, Nº 1: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño." Se puede argumentar que fundar el interés superior del niño en el trato social, debe ser una política de la autoridad pública, esto sobre la base del desarrollo teórico de Luigi Ferrajoli: "...es una obligación de la autoridad pública, asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales."

Como ejemplo, se transcribe un extracto del Estatuto de Missouri, de los Estados Unidos: "Hace a la política pública de este Estado, que cada niño goce de un contacto frecuente y significativo con ambos progenitores post divorcio y constituye la política de este Estado alentar a ambos padres a compartir todas aquellas decisiones y derechos que hacen a la educación y crianza de sus hijos."

2.6.5 Objeto

Como se demostró en el subcapítulo denominado "Breve Reseña Histórica", el desarrollo integral del menor fue instituido con la finalidad de evitar que se

cometan agresiones a la esfera minoril, componente vulnerable de la sociedad; esto claro, en una visión a priori de superar problemas fenomenológicos, como las guerras. Empero, si se estudia a posteriori al principio, se podrá distinguir su fin ulterior, que consiste en proteger la situación de los menores y sus derechos, sin menoscabo del ambiente en determinado tiempo o lugar, tarea fundamental de los estados suscriptores de la C.D.N. Con esta premisa, se puede aducir que el objeto primordial para el cual se creó la directriz, es la protección integral de la minoridad.

Weinberg, explica el objetivo del siguiente modo: “Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño.”

El entable entra en el ámbito general como objetivo; ahora que, existen diferentes opiniones en cuanto a los objetivos especiales: “Al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños -incorporadas a aquel por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños -como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.”

Coligiendo, se puede argumentar que el objetivo del principio es el cuidado integral del menor, sea éste interpretado en el ámbito: Administrativo, judicial o social.

2.6.6 Explicación sobre el principio del interés superior del niño

En esta parte se estudiará lo concerniente a las normas que establecen al interés superior del niño en el contexto mundial, así como a las bases legales que sustentan el principio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; accesoriamente, se realizará la anotación de las normas conexas que nombran, benefician, protegen o que simplemente subsisten de forma vinculante al principio. Con esta amplia determinación se buscará concebir al interés superior desde un punto de vista formal, pero ha de advertirse que la investigación ha dividido a esta fundamentación en tres partes: Primera, el origen del principio enunciado en la normativa de los tratados internacionales. Segunda, el marco constitucional y la legislación orgánica, que avalan su aplicación en la jurisdicción ecuatoriana. Tercera, la legislación conexas, que actúa como soporte del principio y endosa su éxito.

El interés superior del niño fue reconocido originariamente en la “Declaración de los Derechos del Niño”. Sin embargo, era previsible que una sola declaración era un medio insuficiente para instaurar un principio tan sobredimensionado; en tal, fue necesario perpetrar una convención a la que se aliaran los diferentes Estados y quedasen de este modo comprometidos a su cumplimiento. Es sobre esta reflexión, que nace la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

Preámbulo que ha servido para explicar la división de los períodos, en lo que respecta a la fundamentación jurídica en los Tratados Internacionales: Por un lado está la creación histórica o “Declaración de los Derechos del Niño”; y por el otro, el establecimiento normativo o “Convención sobre los Derechos del Niño”.

Especificado que el interés superior del niño se origina con la aparición de la Declaración de los Derechos del Niño y posteriormente con la Convención sobre los Derechos del Niño, debe justificarse su internación en el ordenamiento ecuatoriano, lo cual parte de la Constitución de la República, a través de su

reconocimiento a los tratados internacionales en los artículos: 416, 424, 425, con una especial mención del Art. 417, que redacta: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

Para el caso del interés superior del niño –figura proveniente de un tratado internacional ratificado por el Ecuador- no se aplica la enunciación con que inicia el Art. 417, debido a que esta directriz ya fue concebida con fecha muy anterior a lo que reseña la Constitución ecuatoriana -2008-, es por este motivo que la Constitución debió tomar este concepto e implantarlo dentro de su ordenamiento. Agregándose que al tratarse de un principio pro ser humano –que en doctrina se conoce como In Dubio Pro Homine- el interés superior del niño guarda plena concordancia con la aplicación constitucional.

Se transcribe a continuación la norma que admite el interés superior del niño en la Constitución de la República del Ecuador.

Art.44.- “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”

Por medio del artículo 44, la Constitución ha incluido el principio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta norma se traduce como una garantía constitucional de los derechos de los niños; se trata de una premisa que intenta conceptualizar al “interés superior del niño” como rector-guía del derecho de menores. Es fácil avizorar que la Constitución ha procurado identificar al principio como una caución, lo que nos introduce a la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli: “...<<garantismo>> designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación extrema conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.”

De esta manera el Estado garantiza al interés superior del niño en el transitar de la sociedad, el sustento de esta medida según lo expresa el maestro Ferrajoli, es la protección del bienestar de los menores y así el bienestar mismo de la sociedad.

Una palabra clave utilizada en la norma expuesta es “desarrollo integral”, haciendo mención al desenvolvimiento del menor en el plano físico y emocional, desarrollo que se encuentra circundado por múltiples aspectos sociales; esta expresión ha sido utilizada por la Constitución para estructurar una norma primaria, que ha tratado de contener todos estos factores en las políticas nacionales del Estado, por tanto, la norma se consolida como una estrategia garantista, en favor del desenvolvimiento de los menores en los varios aspectos de su vida diaria.

Otro reconocimiento constitucional que se desprende de la norma, es la imposición de utilizar al interés superior del niño, como directriz en cualquier acto administrativo con relación al tema minoril. Lo cual se aplica a la característica denominada “rector-guía”, fundamento de mayor trascendencia, en la aplicación del interés superior del niño.

Como una innovación del modelo constitucional, debe exaltarse lo que enuncia la parte final del párrafo primero del artículo 44; esto es el reconocimiento del principio como derecho de primera generación -característica primordial de la

directriz, como se detalla en capítulo de parámetros fundamentales-; es decir, que pese a que el interés superior del niño pueda verse confrontado con el derecho de otras personas, su aplicación debe primar sobre cualquier derecho que intente cotejarsele. Como dato comparativo, la investigación ha podido constatar que ni aún la Constitución Francesa de 1946 con modificaciones hasta el 2003, posee en su texto tal primicia.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 HIPÓTESIS GENERAL

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como la declaración judicial de privación de la patria potestad incide en el principio constitucional del desarrollo integral del menor, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, en el período enero – junio 2015?

3.2 VARIABLES

3.2.1 Variable independiente

La declaración judicial de privación de la patria potestad.

3.2.2 Variable dependiente

El principio constitucional del desarrollo integral del menor.

3.3 Operacionalización de las variables

Variable independiente: La declaración judicial de privación de la patria potestad

CUADRO N° 1 La declaración judicial de privación de la patria potestad

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
La declaración judicial de privación de la patria potestad	Código Civil, art. 303: Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia.	Derecho familiar	Vulneración de derechos de menores Privación de los derechos de los padres	Encuesta

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Variable Dependiente: El principio constitucional del desarrollo integral del menor.

CUADRO N° 2 El principio constitucional del desarrollo integral del menor.

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
El principio constitucional del desarrollo integral del menor	C.R.E. Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.	Principio constitucional Protector de derechos de la niñez y adolescencia	Garantizar el desarrollo integral del menor	Encuesta Entrevista

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

3.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Patria potestad: Código Civil, artículo 283: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.”

Privación de la patria potestad: Código Civil, artículo 303: “Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia.”

Patria potestad unipersonal: Código Civil, artículo 305: “En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquél respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad.”

Principio constitucional de desarrollo integral del menor: Constitución de la República del Ecuador, artículo 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”

Garantía constitucional: “...garantías judiciales, a las que define como instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y a las garantías de las partes en el proceso, definidas como las que tienen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional, que coinciden con el concepto de debido proceso.”
(Fix-Zamudio, 2002)

3.5 Enfoque de la Investigación

Modalidad básica de la investigación

El enfoque de la presente investigación es cualitativo y cuantitativo porque en primer término interpreta, analiza el principio constitucional del desarrollo integral del menor.

Y cuantitativa porque se aplicara procesos estadísticos que permitan verificar la hipótesis planteada en relación a la privación judicial de la patria potestad.

3.6 Tipo de Investigación

Documental bibliográfica.- La investigación se realizara apoyándose en fuentes bibliográfica, hemerográfica y archivística; la primera se basa en la consulta de libros de primera instancia y segunda, estrictamente pegados a la Constitución de la República del Ecuador, la segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos, y la tercera en documentos que se encuentran en los archivos, como cartas, oficios, circulares, expedientes y direcciones electrónicas que se han emitido sobre este tema en particular.

De campo.- Se investigó en el lugar de los hechos, es decir el contacto directo del investigador con la realidad de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y Abogados especialistas en Derecho Civil, donde se aplicó las encuestas y entrevistas correspondientes.

3.7 Métodos De Investigación

INDUCTIVO: Porque analizaremos otros factores como por ejemplo la revisión casuística.

DEDUCTIVO: Porque detallaremos toda la estructura determinada en la Constitución lo referente a Garantías y Derechos.

ANALÍTICO-SINTÉTICO: Porque este método hizo posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea, caso, etc.

HISTÓRICO - LÓGICO: Porque analicé científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales.

DESCRIPTIVO - SISTÉMICO: Porque fue una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.

MÉTODO DIALECTICO: Que permite la confirmación de ideas en base a una hipótesis.

MÉTODO DE LA FENOMENOLOGÍA: Realiza el estudio de hechos como han sucedido sin tintes subjetivos ni prejuizgamientos.

MÉTODO COMPARADO: Identificar ordenamientos jurídicos de diferentes Estados; que puedan contribuir al entendimiento de los Derechos Fundamentales.

MÉTODO CONCEPTUAL: Su objetivo es clasificar los conceptos, para arribar a definiciones precisas.

3.8 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.8.1 Población

La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados que son los jueces de la Unidad Judicial de la Familia,

Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y 10 Abogados especialistas en Derecho de Niñez.

POBLACIÓN:	N.-
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba	5
Abogados especialistas en Derecho Civil	10
Total	15

CUADRO N° 3 Población

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

3.8.2 Muestra

La población y la muestra no tienen otro fin que ayudarnos a identificar las personas o los actores reales que serán parte de la investigación o los que aportarán con sus conocimientos en la elaboración de la misma, conocimientos que los encontraremos luego de determinar la cantidad de persona y cuáles van a ser los entrevistados o encuestados, para poder extraer sus conocimientos.

Como la población no es cuantiosa, no existe la necesidad de tomar una muestra, por cuanto la investigación de campo es no probabilística, no intencional.

Cuadro de procesos tramitados en la Unida Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba.

CUADRO N° 4 Procesos tramitados en la Unida Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba

Numero de Juicio	Actor	Demandado
2015-0602	MORA ROMERO EDGAR RIGOBERTO	DONOAS GONZALES VERONICA ALEXANDRA
2015-0593	PINDUISACA CHARIGUAMAN VERONICA PAULINA	LOPEZ AGUALSACA ASENCIO PATRICIO
2015-0795	AUCANCELA PILATAXI MARIA JUANA	LOPEZ ROMERO RICARDO PATRICIO
2015-0806	LOPEZ MIRANDA JOSE	ALTAMIRANO CALPICAÑA CARMEN DEL ROCIO

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

3.9 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

Las entrevistas

Las entrevistas serán aplicadas a los jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba

Las encuestas

Las encuestas serán aplicadas a los abogados especialistas en derecho civil.

3.10 INSTRUMENTOS

Cuestionario de entrevistas.

Cuestionario de encuestas.

3.11 TÉCNICAS DE PROCEDIMIENTO, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Para el procesamiento, análisis y discusión de resultados se utilizarán técnicas estadísticas y lógicas.

La interpretación de los datos se lo realizará a través de la inducción, el análisis y la síntesis, para lo cual se tomará en cuenta la información recabada en las entrevistas serán aplicadas a los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y 10 Abogados especialistas en Derecho Civil.

ENTREVISTA DIRIGIDA A: Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

1. ¿Qué es para usted la privación de la patria potestad?

Juez 1: La privación de todos los derechos de los padres sobre sus hijos.

Juez 2: La privación de los deberes y derechos de los padres sobre sus hijos.

Juez 3: Es la medida que limita el ejercicio de la patria potestad.

Juez 4: Limita la custodia de los padres del niño.

Juez 5: Privar de los derechos al padre porque no ha cumplido con sus obligaciones

Interpretación de resultados: El 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la

privación de la patria potestad implica limitar los derechos de los padres sobre sus hijos no emancipados.

2. En su criterio: se declara judicialmente la privación de la patria potestad, para garantizar el principio del desarrollo integral del menor.

Juez 1: Sí porque es una medida de protección.

Juez 2: Sí porque garantiza el principio del interés superior del niño.

Juez 3: Sí porque salvaguarda el principio del interés superior del niño.

Juez 4: Sí porque garantiza el principio del interés superior del niño.

Juez 5: No, por cuanto esto podría incidir en el desarrollo del hijo.

Interpretación de resultados: El 80% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la privación de la patria potestad se realiza para garantizar el interés superior del niño. El 20% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la privación puede repercutir en el desarrollo del menor.

3. Considera que: la declaración judicial de la privación de la patria potestad, vulnera de algún modo el principio del desarrollo integral del menor.

Juez 1: No, porque más bien protege sus derechos.

Juez 2: Es una decisión que se toma para amparar al niño.

Juez 3: No, efectiviza sus derechos.

Juez 4: No, porque garantiza sus derechos.

Juez 5: Si, el derecho a la convivencia familiar, en donde debe existir la presencia del padre.

Interpretación de resultados: El 80% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la

privación de la patria potestad no vulnera el desarrollo integral del menor. El 20% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la privación si puede repercutir en el desarrollo integral del menor.

4. Cree que la declaración judicial de la privación de la patria potestad, salvaguarda a los menores violentados física o psicológicamente por sus padres.

Juez 1: Sí porque impide que se sigan vulnerando sus derechos.

Juez 2: Sí.

Juez 3: Sí porque esta es una medida de protección.

Juez 4: Sí porque es el objetivo de la privación.

Juez 5: Sí

Interpretación de resultados: El 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la declaración judicial de privación de la patria potestad, salvaguarda a los menores de sus padres, quienes los han violentado.

5. Considera positiva la intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad.

Juez 1: Sí cuando no existe otra alternativa, y así lo recomienda trabajo social.

Juez 2: Si es positivo porque salvaguarda los derechos del niño

Juez 3: Es positivo porque salvaguarda del peligro a los niños

Juez 4: Sí

Juez 5: Sí

Interpretación de resultados: El 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la

intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad, es una medida positiva.

ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en materia civil.

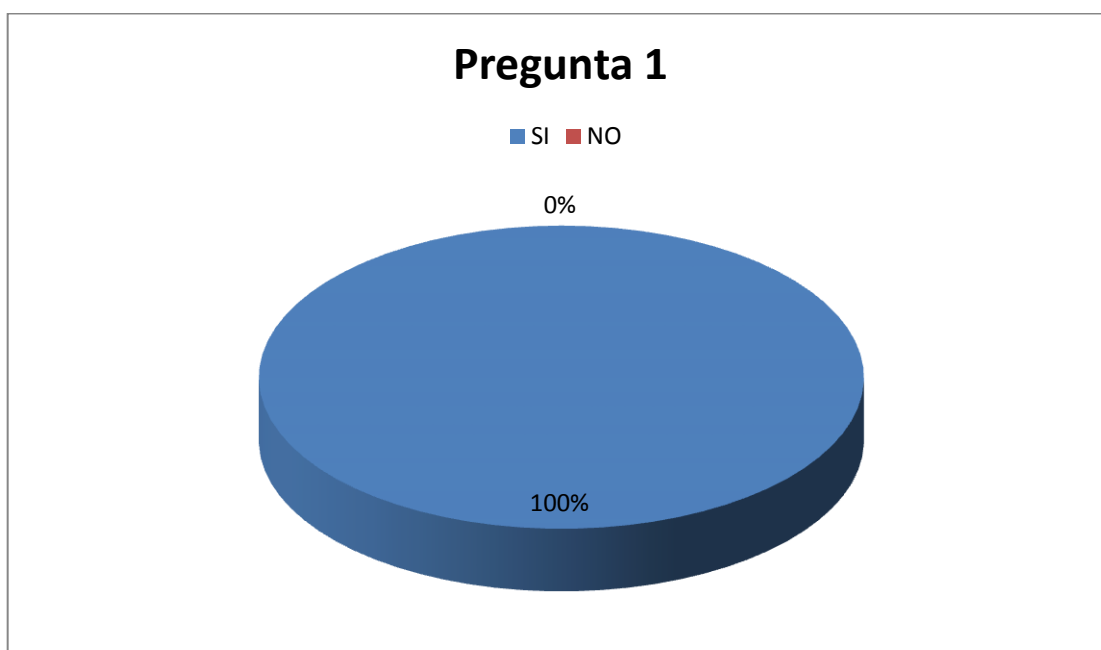
1. ¿Conoce Ud. lo que es la privación de la patria potestad?

Sí (10)

No (0)

Tabulación de resultados:

GRÁFICO N° 1 Abogados en el libre ejercicio expertos en materia civil.



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Interpretación de resultados:

El 100% de los 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, conocen lo que es la medida de privación de la patria potestad.

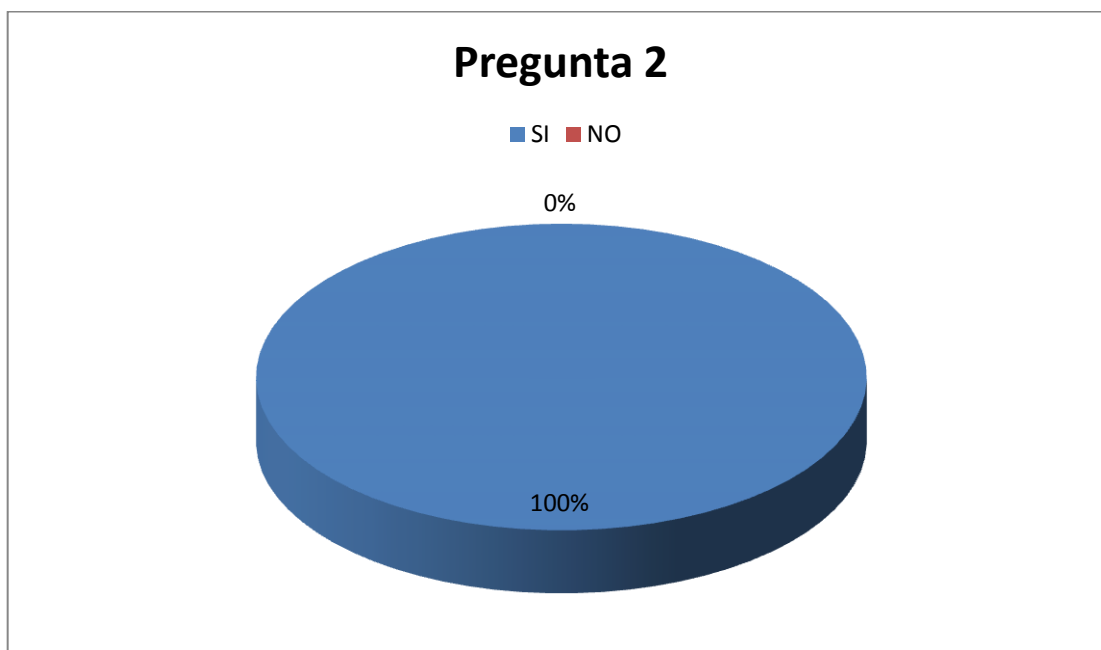
2. En su criterio: se declara judicialmente la privación de la patria potestad, para garantizar el principio del desarrollo integral del menor.

Sí (10)

No (0)

Tabulación de resultados:

GRÁFICO N° 2 En su criterio: se declara judicialmente la privación de la patria potestad, para garantizar el principio del desarrollo integral del menor.



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Interpretación de resultados:

El 100% de los 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, consideran que: la medida de privación de la patria potestad se realiza para salvaguardar el principio de desarrollo integral del menor.

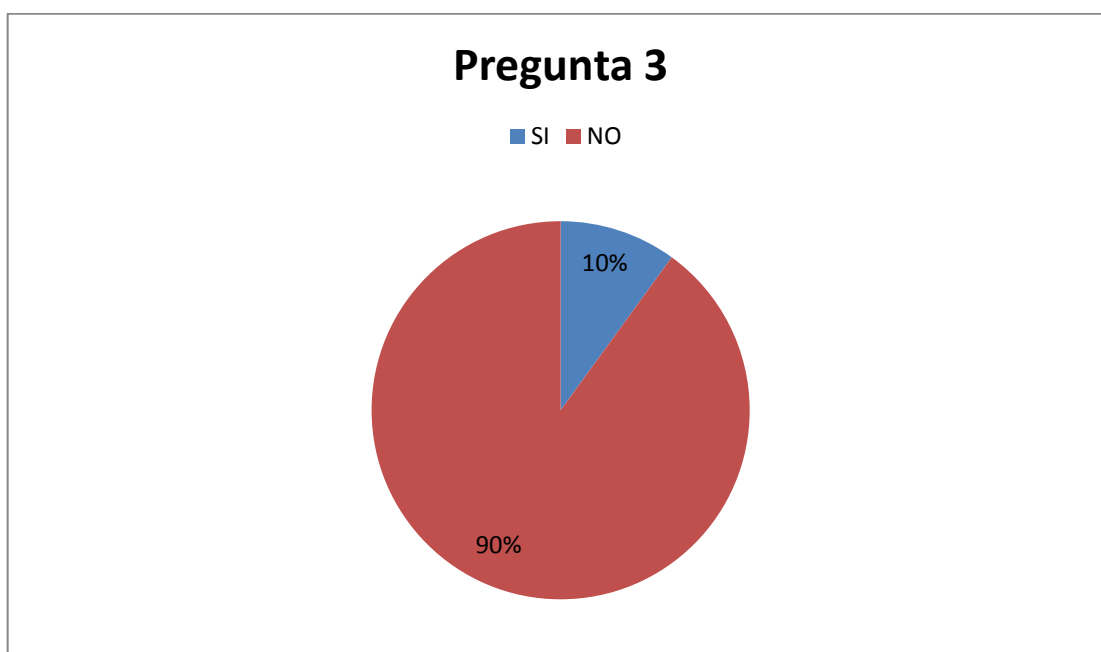
3.- Considera que: la declaración judicial de la privación de la patria potestad, vulnera de algún modo el principio del desarrollo integral del menor.

Si (1)

No (9)

Tabulación de resultados:

GRÁFICO N° 3 Considera que: la declaración judicial de la privación de la patria potestad, vulnera de algún modo el principio del desarrollo integral del menor.



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Interpretación de resultados:

El 90% de los 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, consideran que: la declaración de privación de la patria potestad no vulnera el principio del desarrollo integral del menor. El 10% de los 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, consideran que sí.

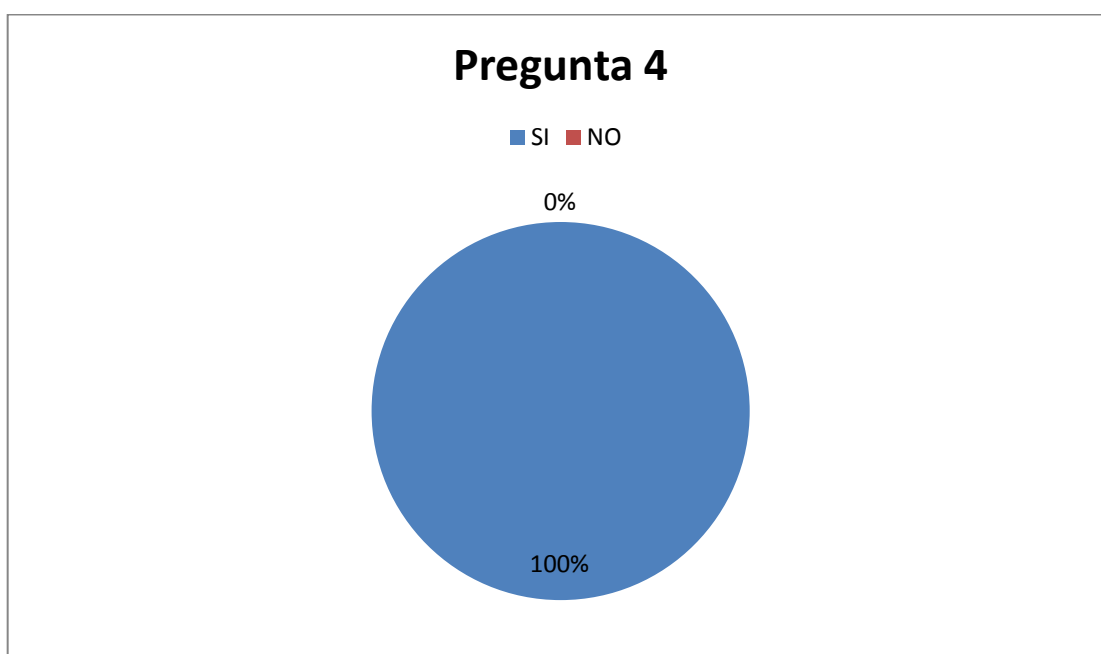
4.- Cree que la declaración judicial de la privación de la patria potestad, salvaguarda a los menores violentados física o psicológicamente por sus padres.

Si (10)

No (0)

Tabulación de resultados:

GRÁFICO N° 4 Cree que la declaración judicial de la privación de la patria potestad, salvaguarda a los menores violentados física o psicológicamente por sus padres.



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Interpretación de resultados:

El 100% de los 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, consideran que: la declaración judicial de la privación de la patria potestad, sí salvaguarda a los menores violentados física o psicológicamente por sus padres.

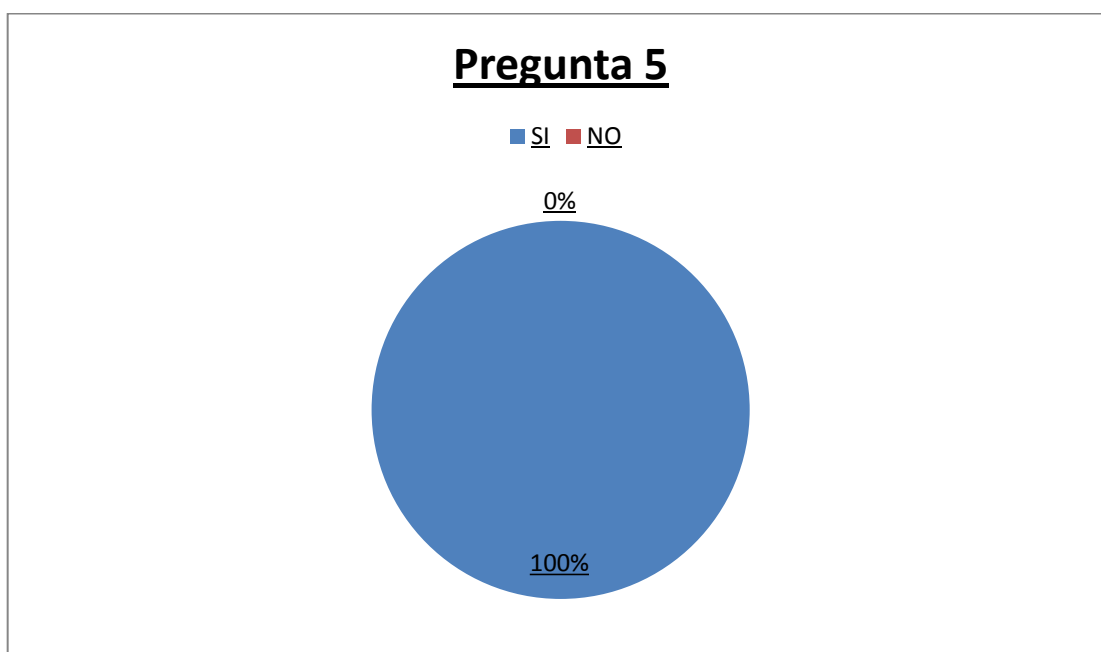
5.- Considera positiva la intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad.

Si (10)

No (0)

Tabulación de resultados:

GRÁFICO N° 5 Considera positiva la intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad.



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Interpretación de resultados:

El 100% de los 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, consideran: positiva la intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad.

3.12 Comprobación de la pregunta de hipótesis.-

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como la declaración judicial de privación de la patria potestad incide en el principio constitucional del desarrollo integral del menor, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero – junio 2015?

Respuesta: Luego del trabajo realizado la investigación puede concluir que si ha sido relevante determinar a través de un análisis jurídico como la declaración judicial de privación de la patria potestad incide en el principio constitucional del desarrollo integral del menor, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero – junio 2015.

Esto debido de que debe protegerse el principio del desarrollo integral del menor, esto aún y a pesar, de que se prive la patria potestad de los padres, medida que se toma por la gravedad de las causales que dan lugar a la limitación de la patria potestad; y que se orientan a proteger la integridad física y espiritual de los hijos menores de edad

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

- De la investigación de campo se puede llegar a la siguiente conclusión: El 80% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la privación de la patria potestad se realiza para garantizar el interés superior del niño. El 20% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la privación puede repercutir en esta. En otra pregunta se obtuvo que, el 80% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indicaron que la privación de la patria potestad no vulnera el desarrollo integral del menor. El 20% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la privación si puede repercutir en el desarrollo integral del menor, esto debido a la ausencia de uno de los padres.
- De la investigación de campo se puede decir que: El 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la declaración judicial de privación de la patria potestad, salvaguarda a los menores de sus padres, quienes los han violentado. Además de esto en otra pregunta se coteja que el 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, indican que la intervención judicial para colocar al menor en un acogimiento familiar, que le garantice su integridad, es una medida positiva. Consecuentemente se concluye que la privación judicial de la patria potestad es una medida positiva y que además el acogimiento familiar es una solución adecuada ante tal privación, ya que se salvaguarda

del peligro a los menores. Vale indicar que esta misma fue la opinión de los abogados encuestados.

4.2 RECOMENDACIONES

- En función de la investigación de campo se recomienda que la suspensión de la patria potestad no impida el régimen de visitas, para que el menor pueda mantener contacto con su padre, esto siempre y cuando la causal de la suspensión de la patria potestad no sea grave y mientras el régimen de visitas se realice bajo la vigilancia del padre custodio.

- Es recomendación de la presente investigación que se busque familias que presten el acogimiento familiar, fomentando de este modo el interés social a los menores de edad.

CAPITULO V

5.1 MARCO ADMINISTRATIVO

En el marco administrativo mencionaremos que el presente trabajo de investigación estará llevado por todo lo planificado para lo cual es necesario tomar en cuenta los siguientes recursos:

5.1.1 Institucionales

Los jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

5.1.2 Humanos

Investigadora.- Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

Expertos.- Director de Tesis, Abogados, Autoridades Institucionales

5.1.3 Recursos Materiales

Internet.

Hojas A4

Impresiones

Computador

Copia

6. Económicos

5.1.4 Recursos Tecnológicos

1.-Computadora

2.-Impresora

3.-Internet

4.-Flash Memory

5.-Cds

5.1.5 ESTIMACIÓN DE COSTOS (PRESUPUESTO ESTIMADO)

La realización de la presente investigación requiere del siguiente presupuesto.

5.1.5.1 Ingresos

La investigación será financiada en su totalidad por la investigación, en un valor de USD: Quinientos veinte dólares.

CUADRO N° 5 Ingresos

Recursos	Unidad	Cantidad	Costo
Materiales			
Material de Oficina			
Hojas formato A4	Resma	2	\$ 30
Carpetas	Unidades	15	\$ 7
Esfero Gráfico	Unidades	5	\$ 5
Lápiz	Unidades	5	\$ 3
Impresiones			
Copias	Unidades	500	\$ 80
Anillados	Unidades	10	\$ 15
Impresiones	Unidades	1000	\$ 200
Empastados	Unidades	5	\$ 80
Equipo			
Internet	Unidades por Hora	150 horas	\$ 100
TOTAL			\$ 520

Fuente: Operacionalización de las variables
Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

mán

CUADRO N° 6 Presupuesto

Recursos Humanos	\$ 0
Recursos Materiales	\$ 520
Total	\$ 520

Fuente: Operacionalización de las variables
Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

5.1.6 CRONOGRAMAS DE ACTIVIDADES

CUADRO N° 7 Cronogramas de Actividades

ACTIVIDADES	MES 1				MES 2				MES 3				MES 4				MES 5			
	1S	2S	3S	4S	1S	2S	3S	4S	1S	2S	3S	4S	1S	2S	3S	4S	1S	2S	3S	4S
Presentación del proyecto y desarrollo del capítulo I y II	X	X	X	X																
1.- Tutoría					X															
Desarrollo Capítulo III						X	X	X												
Diseño y aplicación del Instrumento							X	X	X											
2.- Tutoría										X										
Desarrollo Capítulo IV											X	X								
3.- Tutoría													X							
Desarrollo Capítulo V														X	X	X				
Corrección del Proyecto																	X	X		
Presentación del Informe																				X

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Geovana Nataly Gutiérrez Guamán

BIBLIOGRAFIA

Adolfo, M. J. (1999). *Derecho de Familia Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Alfredo, G. O. (2001). *El Debido Proceso*. Buenos Aires : Rubinzal Culzoni Editores .

Álvaro, G. D. (Antioquia). *Elementos de Derecho de Familia*. 2002: Leyer.

Amendolara, B. B. (2001). *Tribunales y procesos de familia*. La Plata: Platense.

Anglosajó, F. (s.f.). *Corte Suprema de los Estados Unidos*. Stanford vs.Kentucky.

Argentino, F. (15 Mayo 1990). *Causa C 41121 de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires.

Argentino, F. (31-7-2000). *CNCiv., Sala M. N., G. c/H., S.*

Arturo, V. Z. (1977). *Derecho civil Tomo V*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Augusto, C. B. (1986). *Manual de Derecho de Familia Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Belluscio, A. C. (1986). *Manual de Derecho de Familia, Tomo II,*. Buenos Aires,: Ediciones Depalma.

Borda, G. (1984). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Borda, G. (1998). *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Bossert Eduardo y Zannoni, E. (1990). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Cabrera Vélez, J. P. (2008). *legislación, doctrina y práctica*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

Cabrera Vélez, J. P. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

Carnelutti, F. (1998). *Sistema de Derecho Procesal Civil Tomo I*. México: Cárdenas Editor Distribuidor.

Castán Vázquez, J. M. (1960). *La patria potestad*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

César, B. A. (1986). *Manual de Derecho de Familia Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- Claro Solar, L. (1944). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*. Santiago .
- Claudia, M. (2001). *Aspectos Constitucionales y derechos humanos de la familia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corté, C. M. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Madrid : Editorial Colex .
- Chávez Asencio, M. (1997). *La Familia en el Derecho*. México DF: Editorial Porrúa.
- D´Antonio, D. H. (1979). *Patria Potestad, Rubinzal*. Buenos Aires: Culzoni Editores .
- De Ibarrola, A. (1981). *Derecho de Familia*. México DF: Editorial Porrúa.
- De la Morandière, J. (200). *Introduction a l'étude du droit civil francais*.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (2004). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Díaz Usandivaras, C. (s.f.). *Intercambio interdisciplinario, . Terapia Familiar*.
- Diputados, C. e. (1993). *Código del Niño* . Uruguay.
- Duque, Á. G. (2002). *Elementos de Derecho de Familia*. Antioquia: Leyer.
- Eduardo, C. (2007). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Bdef.
- Eduardo, S. (1994). *Impedimentos matrimoniales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Espasa, D. J. (2005). *Espasa Calpe S.A*. Madrid.
- Fallo argentino: CNCiv. (s.f.). *Sala E, 25-2-99. "N. N. y/O. O., P. E. s. /Inscripción de nacimiento."*).
- Francesco, C. (1998). *Sistema de Derecho Procesal Civil Tomo I*. México: Cárdenas Editor Distribuidor.
- Gerardo, M. C. (2001). *Derecho de Familia y de menores*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Gómez Duque, Á. (2002). *Elementos de Derecho de Familia* . Antioquia: Leyer.
- Hernando, D. E. (2004). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Hugo, M. C. (2001). *Derecho de Familia Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

- Jorge, K. (2002). *Revista de Derecho Procesal, Tomo I*, . Buenos Aires : Rubinzal – Culzoni Editores.
- Juan, L. H. (1993). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito .
- Juan, P. C. (2008). *Legislación Doctrina y Práctica*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Kiip, T. y. (1979). *Derecho de Familia, Volumen II*. Barcelona: Bosch Casa Editora .
- L, C. (2001). *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Nomos: Baden-Baden.
- Lehman. (s.f.). *Derecho de Familia*.
- López del Carril, J. (1999). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Llambías. (s.f.). *Código civil anotado, Tomo I*.
- Mazzinghi, J. A. (1999). *Derecho de Familia, Tomo IV*. Buenos Aire: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Méndez Costa, M. J. (2001). *Derecho de Familia* . Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores .
- Méndez Costa, M. J. (2001). *Derecho de Familia Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Morandière, D. I. (1951). *Introduction a l'étude du droit civil français, Tomo I*. París: Edit. Rousseau.
- Mosset Iturraspe, J. (1994). *La representación. Origen, evolución, derecho comparado y proyectos de reforma, Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Pablo, C. V. (2009). *Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Peña, P. (s.f.). *Tratado de derecho civil español*. Tomo II, p. 148.
- Puig Peña, F. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil Español*.
- Sajón, R. (1995). *Derecho de Menores, p. 339*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Salvador, F. d. (199). *Cámara de Familia de la Sección del Centro*.
- Silvia, V. M. (2002). *Revista de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Valdés, M. L. (3/DIC/1987). *Fallo mejicano, Amparo directo 7020/86*. 3era Sala Ejecutoría, p.42.

Zannoni, E. (1981). *Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

A

N

E

X

O

S