



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

***PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR***

**TÍTULO: “LA OPINIÓN DEL ADOLESCENTE DENTRO DEL JUICIO DE
PATRIA POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR
DEL MENOR, DENTRO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA
UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.”**

AUTOR

JHONNATAN STALIN PALACIOS BUCAY

TUTOR

DR. WALTER PARRA

Riobamba – Ecuador

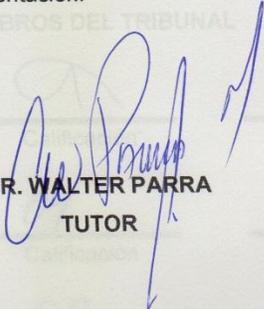
2016

CERTIFICACION

DR. WALTER PARRA, CATEDRATICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS 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 OPINIÓN DEL ADOLESCENTE DENTRO DEL JUICIO DE PATRIA POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, DENTRO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015." Realizada por Jhonnatan Stalin Palacios Bucay, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.


DR. WALTER PARRA
TUTOR

DR. ORLANDO GRANIZO

DR. FREDDY HIDALGO

DR. WALTER PARRA

NOTA FINAL



DERECHOS DE AUTORÍA

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

TÍTULO:

"LA OPINIÓN DEL ADOLESCENTE DENTRO DEL JUICIO DE PATRIA POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, DENTRO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015." Tesis de grado previa la obtención del Título de Abogado 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

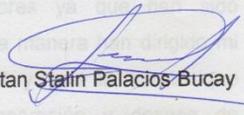
DR. ORLANDO GRANIZO	<u>09</u> Calificación	<u>[Firma]</u> Firma
DR. FREDDY HIDALGO	<u>09</u> Calificación	<u>[Firma]</u> Firma
DR. WALTER PARRA	<u>09</u> Calificación	<u>[Firma]</u> Firma
NOTA FINAL	_____	

DEDICATORIA

DERECHOS DE AUTORIA

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

a mis profesores ya quienes de otra manera
vida me facilitó mi preparación
superación


Jhonnatan Stalin Palacios Bucay

C.C. 0603840422


Jhonnatan Stalin Palacios Bucay

C.C. 0603840422

AGRADECIMIENTOS DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis está dedicado a mis hijos Gerald y Guillermo Palacios, personitas a quienes les debo mucho de lo que soy y seré a mi esposa Domenika Gallegos, a todos ellos dedico mi esfuerzo, mi estudio y oraciones de quienes quedo Debo por honradez dedicar este trabajo a mis profesores ya que han sido quienes de otra manera han dirigido mi vida estudiantil y son la fuente que facilita mi preparación y deseos de superación

Jhonnatan Stalin Palacios Bucay

C.C. 0603840422

Jhonnatan Stalin Palacios Bucay

C.C. 0603840422

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

Esta investigación tratará lo referente a la patria potestad, que es un derecho natural -concepción- y por defecto los padres a salvaguardar la filiación constituyéndose así una verdadera institución encontrarse normada en el derecho de sus fines.

No obstante, también deberá tenerse en cuenta el ejercicio de la patria potestad va a ser un lugar de restringir una función, lo que trata de un mecanismo que interviene activo. Se busca proteger al menor material de sus padres.

De lo constatado no existe una investigación que trate a la opinión del adolescente para la privación de la patria potestad y su incidencia frente al interés superior del niño. Sobre esta base se puede afirmar que el presente trabajo es original y por ende, es trascendente y debe ser estudiado.

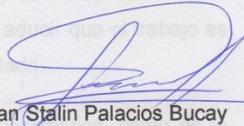
En síntesis, se puede cotejar tanto de la investigación de campo, que la opinión del adolescente para el desarrollo del proceso y la consecución del auto resolutorio, tan solo es una diligencia que el Juez puede o no tomar en cuenta para la resolución.

La problemática de la presente investigación consistirá en determinar que tan eficaz es la opinión del menor, para la privación de la patria potestad de los padres.

Mi agradecimiento sincero a mi familia por haberme dado la oportunidad de crecer física, moral y espiritualmente.

Un agradecimiento meritorio al Doctor Walter Parra tutor de esta tesis y a los docentes de la Universidad Nacional de Chimborazo de quienes quedo eternamente en deuda

Gracias a los maestros y maestras por considerarme un ser individual único e irrepetible, pero que no puedo existir si no es por la existencia de los demás


Jhonnatan Stalin Palacios Bucay
C.C. 0603840422

RESUMEN

Esta investigación tratará lo referente a la patria potestad, que 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.

No obstante, también deberá tratarse lo referente a la suspensión del ejercicio de la patria potestad va más allá de la simple limitación, pues en lugar de restringir una función, interrumpe temporalmente a todas ellas. Se trata de un mecanismo que interrumpe toda la esfera de acción del sujeto activo. Se busca proteger al menor que se halla en el desamparo moral o material de sus padres.

De lo constatado no existe una investigación que trate a la opinión del adolescente para la privación de la patria potestad y su incidencia frente al interés superior del niño. Sobre esta base se puede aducir que el trabajo es original y por ende, es trascendente y debe ser estudiado.

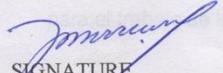
En síntesis, se puede cotejar tanto de la investigación teórica, como de la investigación de campo, que la opinión del adolescente no es fundamental para el desarrollo del proceso y la consecución del auto resolutorio, tan solo es una diligencia que el Juez puede o no tomar en cuenta para la resolución.

La problemática de la presente investigación consistirá en determinar que tan eficaz es la opinión del menor, para la privación de la patria potestad de los padres.

Abstract

INTRODUCCION

This research will be about parental authority, which is a natural right (conception) and legally (adoption) which empowers and obliges parents to safeguard the integrity of their unemancipated children, thus becoming in a real social function, which necessarily must be rationed in positive law, to ensure the fulfillment of its purposes, however, it should also be concerning to the suspension of the of parental authority which goes beyond the simple limitation, because instead of restricting a function, temporarily interrupts all. It is a mechanism that disrupts the entire sphere of action of the active subject; it seeks to protect the child who is in the moral or material neglect by their parents. There is no an investigation that treats the teenagers opinions for deprivation of parental rights and their impact against the interests of the child., so this work is original and it is important and should be studied. In short, you can compare both theoretical research, and the research field which points that the teenager opinion is not critical to the process development and the achievement of the judgment it is only a measure that the judge may or may not take into account for the resolution. The problem of this research is to determine how effective the views of the child are, for the deprivation of parental authority.


SIGNATURE
Reviewed by Solis, Hugo
Language Center teacher



INTRODUCCIÓN

La presente investigación está estructurada por tres capítulos, ordenados de la siguiente forma: Capítulo I, contiene el marco referencial, que es el marco referencial, en donde se puede encontrar el planteamiento del problema, objetivos, justificación e importancia del trabajo.

En el Capítulo II, se encuentra la fundamentación teórica del trabajo, por lo cual es el capítulo más largo, por esta razón se lo ha dividido en cinco unidades, en el siguiente orden: Unidad I, que analiza la figura jurídica de la patria potestad en cuanto a su naturaleza, por tanto, fue necesario analizar su concepto historia y limitaciones en el ámbito práctico.

En la Unidad II, se estudió lo concerniente a la suspensión y terminación de la patria potestad como derecho y deber que poseen los padres sobre sus hijos, principalmente se analizó las causales que dan término a la patria potestad. En la Unidad III, se pasa a estudiar lo que refiere al principio constitucional del interés superior del niño, analizando la normativa internacional que fundamenta al principio, así como la nacional, que es base para el trabajo de investigación.

La Unidad IV se pasa a hablar el tema medular de la investigación, que es la opinión del menor de edad, realizando una distinción entre lo que refiere a la opinión del menor y la connotación que posee la diferencia de edad. La Unidad v habla sobre el análisis de un caso práctico efectuado por la Unidad de la Familia del Cantón Riobamba

En el Capítulo III, se tratará el marco metodológico, que es una síntesis de la metodología empleada a lo largo de la investigación.

INDICE

PORTADA	I
NOTA FINAL	II
DERECHOS DE AUTORÍA.....	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPITULO I	1
MARCO REFERENCIAL	1
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. Justificación e importancia del problema.....	3
CAPÍTULO II	5
MARCO TEÓRICO	5
UNIDAD I	5
PATRIA POTESTAD.....	5
2.1 Patria potestad	5
2.1.1 Etimología.....	5
2.1.2 Historia	5
2.1.3 Concepto	10
2.1.4 Limitación o suspensión del ejercicio y fin de la patria potestad.....	11

UNIDAD II	13
SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	13
2.2 Suspensión y privación de la patria potestad.....	13
2.2.1 Suspensión del ejercicio de la patria potestad	13
2.2.1.1 Causales para la suspensión del ejercicio de la patria potestad.....	13
2.2.1.1.1 Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses.....	14
2.2.1.1.2 Maltrato al menor	15
2.2.1.1.3 Declaratoria judicial de interdicción del progenitor	15
2.2.1.1.4 Privación de la libertad al progenitor en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada.....	16
2.2.1.1.5 Alcoholismo o drogadicción del progenitor	16
2.2.1.1.6 Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral	17
2.2.1.1.7 Restitución del ejercicio de la patria potestad	17
2.2.3 Privación de la patria potestad.....	19
2.2.3.1 Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado	20
2.2.3.2 Abuso sexual del hijo o hija.....	21
2.2.3.3 Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija	21
2.2.3.4 Interdicción por causa de demencia.....	22
2.2.3.5 Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses-	24
2.2.3.6 Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad.....	25
2.2.3.7 Permitir o inducir la mendicidad del hijo	25
UNIDAD III	27
INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	27
2.3 Interés superior del niño	27
2.3.1 Introducción	27
2.3.2 Concepto	28
2.3.3 Características.....	30
2.3.4 Objeto	33

2.3.5 Efecto	34
2.3.6 Fundamentación y soporte jurídico del principio del interés superior del niño	36
2.3.6.1 Tratados internacionales referentes al principio del interés superior del niño	36
2.3.6.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño.....	37
2.3.6.2 Marco constitucional	41
2.3.6.3 Legislación orgánica	44
UNIDAD IV.....	47
OPINIÓN DEL MENOR	47
2.4 Opinión del menor	47
2.4.1 Naturaleza jurídica de la opinión del menor	47
2.4.2 Opinión del menor de edad.....	49
UNIDAD V	53
ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO.....	53
2.5 Análisis de un caso práctico	53
CAPÍTULO III	56
MARCO METODOLÓGICO	56
3 Hipótesis general	56
3.1 Variables	56
3.1.1 Variable Independiente	56
3.1.2 Variable dependiente	56
3.1.3 Operacionalización de las variables.....	57
3.2 Definición de términos básicos.....	59
3.3 Enfoque de la Investigación.....	64
3.4 Tipo de Investigación	64
3.5 Métodos de investigación.....	65
3.6 Población y muestra.....	66
3.6.1 Población.....	66
3.6.2 Muestra.....	66
3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	67

3.8 Instrumentos.....	67
3.9 Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados.....	67
3.10 Comprobación de la pregunta hipótesis	75
CAPÍTULO IV	76
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	76
4. Conclusiones y recomendaciones	76
4.1 Conclusiones	76
4.2 Recomendaciones	77
Bibliografía:.....	78

CAPITULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1. Planteamiento del problema

En Ecuador se ha establecido una amplia normativa que vela por los derechos de los menores de edad, normativa que es paternalista y que se ve transcrita en varios cuerpos legales como la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, y en general en cualquier norma que se refiera a los menores y sus muchos derechos.

Dentro de una de las normas que vela por este grupo vulnerable, se transcribe el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia: “Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.”

El artículo deja en claro, la necesidad de preguntar al menor de edad su opinión, cuando se estén tratando temas que versen sobre sus derechos, propugnándose de cierta forma una garantía en función de los mismos.

Sin embargo, hasta qué punto se puede aducir que pedirle al menor de edad su opinión es beneficioso a sus derechos. Y hasta qué punto, el permitir este acto judicial, se vuelve una forma de que los padres o familiares ejerzan presión sobre el menor, y que su opinión se vuelva un reflejo de la voluntad de estos.

Como se puede advertir, la opinión del menor es muy dúctil y siempre estará del lado, del padre que más le presione o en su defecto del padre que menos control ejerza y le permita criarse en sus propios términos; lo cual evidentemente perjudica sus derechos.

Como punto en contra de la opinión del menor, se presenta la institución constitucional de la tutela efectiva de derechos, que en su artículo 75, expresa: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

De modo que se crea un problema contrapuesto, de un lado está el derecho del menor a expresar su opinión y de otro lado, la Constitución y su mandato expreso de que se tutelen los derechos, cuales en el caso de que un operador de justicia tome la opinión del menor, se verían coartados.

1.2 Formulación del problema

¿Cómo la opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad incide frente al interés superior del menor, en las resoluciones emitidas por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar cómo la opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad incide frente al interés superior del menor, en las resoluciones emitidas por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015.

1.3.2. Objetivos específicos

- Estudiar el alcance de la opinión del adolescente dentro de juicio
- Analizar la incidencia del trámite de privación de la patria potestad
- Determinar los efectos jurídicos que se producen en la resolución

1.4. Justificación e importancia del problema

Esta investigación se justifica por cuanto, de lo constatado no existe una investigación que se a la opinión del adolescente para la privación de la patria potestad y su incidencia frente al interés superior del niño. Sobre esta base se puede aducir que el trabajo es original y por ende, es trascendente y debe ser estudiado.

La normativa que rige este proceso es bastante clara, así: Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 11: “El interés superior del niño.- Parágrafo 3. 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.”

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 60: “Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.”

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 106: “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: La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.”

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

UNIDAD I

PATRIA POTESTAD

2.1 Patria potestad

Para poder abordar el tema de la investigación se tratará e primer lugar lo que es la patria potestad.

2.1.1 Etimología

La expresión “patria potestad” proviene del latín: “patrius, a, um”, que significa lo relativo al padre; y “potestas”, que se define como potestad o mando. Esta expresión también se registra en las voces griegas άρχω que significa “mandar” y πατήρ que significa “padre”.

2.1.2 Historia

Como un antecedente importante sobre la patria potestad señalaremos que tiene su inicio en la naturaleza, es un producto de la realidad biológica de la procreación; consecuentemente se trata de un derecho natural del género humano. Viene de la mano con el surgimiento de la humanidad misma, pues se da con la voluntad de quienes van a ser padres. En tal virtud, su origen es anterior a la noción de Estado y derecho.

Con esta aclaración se procede a relatar la evolución que ha tenido el modelo a través del tiempo.

“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, José María, La patria potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 72)

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, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 276)

En la Roma antigua, la patria potestas se consideraba un poder absoluto e indefinido exclusivo del padre -pater familia- sobre los hijos. La Potestas -

potestad o poder- es distinta de la auctoritas, que también es tenida por el pater. Bajo la Ley de las XII Tablas, el pater familias tenía vitae necisque potestas -el poder de la vida y de la muerte- sobre sus hijos, su esposa, y sus esclavos, de todos los cuales se decía que estaban sub manu, “bajo su mano”, podía enajenarlos -ius vendendi-, abandonarlos o exponerlos -ius exponendi- y entregarlos en noxa a la víctima del delito por ellos cometido - ius noxae dandi-.

“Las Partidas explicaban que era el poder, o señorío que tenían 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 adquiría como soldado, y ya en la Monarquía post diocleciana, con el cuasi castrense, que hacía propias las adquisiciones del filius familiae como funcionario. Recordemos también que los bona adventitia 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.” (De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México DF, 1981, p.429)

En Alemania, la potestad del padre recibe el nombre de “Munt”, que significa un derecho y un deber de protección. A diferencia del derecho en Roma, esta acepción de la patria potestad se ejercía fundamentalmente bajo la idea de protección del incapaz y cesaba a determinada edad. 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, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 276)

La iglesia ha jugado un papel 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, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México DF, 1981, p.417)

La Revolución Francesa contribuyó a la consolidación de la patria potestad, 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.

En el Código Napoleónico se menciona a la patria potestad 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.

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.

2.1.3 Concepto

A continuación, se citará a los principales representantes del derecho de menores y su idea de lo que significa la patria potestad.

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, Jorge Adolfo, Derecho de Familia, Tomo IV, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 320)

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 Orgánico 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.”

Por su parte, Antonio De Ibarrola comparte la Ley Orgánica: “La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.” (De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México DF, 1981, p.415)

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.

2.1.4 Limitación o suspensión del ejercicio y fin de la patria potestad

Una restricción de la patria potestad puede ser temporal o definitiva, cuando utilizamos el término “temporal” se hace alusión a un estado de limitación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, por otro lado, cuando se utilice el término “definitivo” se tratará el fin del derecho como tal. La limitación o suspensión del ejercicio de la patria potestad conserva un estado netamente temporal, porque este puede ser modificado; si en algún momento opera es revocable, se trata de una medida de protección al menor por demostrarse riesgo en su persona.

Al contrario, el fin del derecho de la patria potestad es una medida definitiva, siguiendo este criterio se ubica a Borda: “A primera vista parecería que la diferencia es simplemente terminológica, pues si la patria potestad no puede ejercerse es lo mismo que no tenerla. Sin embargo, hay una diferencia importante: la pérdida de la patria potestad es irreversible, en tanto que la pérdida de su ejercicio no es definitiva...puede reintegrar en sus derechos al padre.” (Borda, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 398)

El término limitación se entiende como una salvedad o una reticencia en determinado espacio, en el caso del ejercicio de la patria potestad es una barrera para impedir la actuación del progenitor o progenitores en cierta esfera de la vida del menor. Una aplicación práctica en limitar las funciones, es acabar definitivamente con la discordia de los padres, el desacuerdo permanente de estos y el continuo emplazamiento al Juez para que resuelva problemas domésticos, limita el desarrollo social del menor. Situación que puede resolverse si el Juez restringe al progenitor beligerante para determinados actos, según se dispone en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia 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...”

UNIDAD II

SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

2.2 Suspensión y privación de la patria potestad

Dentro de la presente parte de la investigación se procederá a analizar lo que es la suspensión y la privación de la patria potestad.

2.2.1 Suspensión del ejercicio de la patria potestad

La suspensión del ejercicio de la patria potestad va más allá de la simple limitación, pues en lugar de restringir una función, interrumpe temporalmente a todas ellas. Se trata de un mecanismo que interrumpe toda la esfera de acción del sujeto activo. Se busca proteger al menor que se halla en el desamparo moral o material de sus padres.

2.2.1.1 Causales para la suspensión del ejercicio de la patria potestad

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, plantea en su artículo 112 los presupuestos para suspender el ejercicio de la patria potestad: “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 afectado 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.”

Se advierte desde este punto que existe una antinomia al detallar las causales de suspensión del ejercicio y la pérdida o privación del derecho, así del artículo citado, los numerales 1, 3 y 6 son los mismos que los que se detallan en el artículo 113 *Ibidem*, numerales: 4, 5 y 7. Temas que se abordarán en el sub capítulo “emancipación judicial”, por considerarse que deben ser encasillados como causal de pérdida o privación del derecho.

2.2.1.1.1 Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses

La ausencia injustificada de un progenitor implica el abandono del hijo menor de edad, el cual queda desprotegido del abrigo de los padres. El abandono permanente implica el desentendimiento total por parte de los padres frente al menor, por lo cual amerita la privación definitiva de la patria potestad. No obstante, el abandono temporal del hijo menor, implica la suspensión de la patria potestad, misma que puede ser recuperada si los padres empiezan a mostrar preocupación por el menor de edad.

Para un mejor entendimiento se cita a Méndez Costa: “El abandono...que debe ser comprobado y declarado como presupuesto de las medidas tutelares que correspondan, dentro de las cuales la entrega en guarda para futura adopción es una de ellas.” (MÉNDEZ COSTA Y D’ANTONIO, Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, Pág. 380)

2.2.1.1.2 Maltrato al menor

Tratando el numeral 2 del artículo 112 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se indica que el daño psicológico al igual que el maltrato físico perjudican al menor de igual forma, si se ha enmarcado como principio constitucional, el cuidado a la integridad física y psíquica del niño, igual de dañino es el detrimento físico al psicológico, si la conducta del o los progenitores hacen peligrar la integridad del niño. Ahora que, de un modo muy subjetivo es el Juez quién debe evaluar la gravedad del maltrato, por cuanto la norma no es clara.

2.2.1.1.3 Declaratoria judicial de interdicción del progenitor

Brevemente diremos que la interdicción es la prohibición del ejercicio de un derecho por mandato de la ley, cuando se logra demostrar ante un Juez, que una persona se encuentra imposibilitada o inhabilitada de gobernarse así misma. En el caso del progenitor, la interdicción le impide automáticamente que pueda ejercer su derecho de patria potestad. Si el padre es incapaz de sí mismo, entonces sería contradictorio responsabilizarlo del cuidado de un menor.

2.2.1.1.4 Privación de la libertad al progenitor en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada

Según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia artículo 112, numeral 4, es causal de suspensión del ejercicio de la patria potestad la privación de la libertad del progenitor, norma que se equipara al Código Civil, artículo 311: “La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos: 4o.- Se efectúa asimismo, la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.”

Dentro de esta causal se derivan varios elementos que justifican su práctica:

1. La sentencia que prive al progenitor de su libertad debe estar ejecutoriada, lo que implica que debe ser una decisión final y no sujeta a recuso. 2. Aunque el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no lo indique, el Código Civil también prevé un tiempo no menor a 4 años de privación de la libertad para que se conforme la causal. 3. Pese a no contemplarse en la norma, debe decirse que la orientación de la misma se fundamenta en el abandono que sufriría el menor por la condena del padre, si este último es privado de su libertad, le sería imposible cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad.

2.2.1.1.5 Alcoholismo o drogadicción del progenitor

Marta Stilerman: “Resulta igualmente desaconsejable que una madre adicta se haga cargo de un menor, si su adicción no le permite desarrollar una vida "normal", tanto en el plano laboral como en su rol de madre. El niño padece esta situación que él no ha elegido y de cuyas tristes consecuencias es víctima. En algunos casos graves de adicción, se corre el riesgo de que el mayor que es adicto intoxique también al menor.” (Stilerman, Marta, Menores

Tenencia. Régimen de Visitas, Editorial Universidad Aires, Buenos Aires, 2002, Pág. 102)

2.2.1.1.6 Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral

A pesar de que esto resulta sumamente subjetivo, se puede decir que el incitar, causar o permitir al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral, implica que el progenitor ponga en peligro a su hijo menor de edad, sea que lo induzca a ejecutar estas conductas o que no lo corrija, para que no las ejecute, lo cual tiene que ver con las obligaciones que posee el progenitor de corregir al menor de edad.

Como se puede apreciar en el artículo correspondiente, el más nocivo de estos actos perniciosos es el de inducir al hijo menor de edad a la mendicidad, pero este acto es de tal gravedad que se pena con la privación de la patria potestad.

2.2.1.1.7 Restitución del ejercicio de la patria potestad

Méndez Costa, Puig Peña, D'Antonio, Borda, Chávez Asencio, entre tantos otros tratadistas acuerdan que la suspensión de la patria potestad puede ser restituida: "Si las causas de su suspensión o modificación desaparecen antes de la emancipación del hijo, el padre o madre recuperan su antigua potestad". (Lacruz Berbejo, José Luís y Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1974, p. 195)

"Cuando termine el estado de incapacidad declarado judicialmente por nueva sentencia, se tiene posibilidad de recuperar la patria potestad." (Chávez

Asencio, Manuel, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, México DF, 1997, p. 355)

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, plantea en su artículo 112 los presupuestos para suspender el ejercicio de la patria potestad: “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 afectado 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.”

En mismo sentido, artículo 117 *Ibidem*: “Restitución de la patria potestad. - El Juez, a petición de parte, puede restituir la patria potestad en favor de uno o de ambos progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas

de que si han variado sustancialmente las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión.

Para ordenar la restitución, el Juez deberá oír previamente a quien solicitó la medida y en todo caso al hijo o hija de acuerdo a su desarrollo evolutivo.

También puede el Juez, atento las circunstancias del caso, sustituir la privación o la suspensión por la limitación de la patria potestad, cumpliéndose lo dispuesto en los dos incisos anteriores.”

2.2.3 Privación de la patria potestad

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 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.”

2.2.3.1 Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado

Código Civil, Art. 311: “La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos: 1o.- Cuando maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño;”

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 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;

Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 9: “. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades

competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

2.2.3.2 Abuso sexual del hijo o hija

El abuso sexual debe ser una causal para la privación definitiva de la patria potestad ya que es un delito monstruoso, por el cual un progenitor agrede a su hijo menor de edad de forma sexual, ante este tipo de actos debe separarse al menor agredido de su progenitor para que este ya no siga abusando de él.

“El delito cometido respecto de uno de los hijos ocasiona la pérdida de la patria potestad respecto de todos, pues es evidente que un padre que puede cometer semejante crimen no ofrece ninguna garantía para los demás hijos. La solución no sería aplicable a los hijos que nacieran después de la condena, pues ello importaría dar proyecciones excesivas.” (Borda, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 395)

2.2.3.3 Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija

La explotación del hijo menor de edad por parte del progenitor es un abuso, que el padre emplea sobre su hijo, para poder acceder a un tema económico, por la gravedad de estas causales el menor de edad debe salir de la patria potestad, ya que de seguir en ella el padre continuaría explotándolo.

“El delito debe tener carácter doloso – se excluyen, pues, el culposo y el preterintencional- y que debe mediar condena penal. En todo caso, la patria potestad se pierde con relación a todos los hijos, y no solo respecto de la víctima del delito, ya que la indignidad para ejercerla es manifiesta.” (Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 356)

“Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia. Los supuestos de este inciso son actos positivos, como cuando los padres impulsan a los hijos hacia el delito o la mala vida.” (Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 356)

2.2.3.4 Interdicción por causa de demencia

Los interdictos son personas mayores de 18 años que han sido declaradas incapaces absolutas judicialmente, la razón de esto es que no son capaces de administrar sus bienes, debido a varias causales, de entre las cuales se desprende la demencia, que es la pérdida de la razón.

Dentro de la investigación puede decirse que un demente que haya sido declarado interdicto, no puede poseer un menor de edad a su cuidado.

Código Civil, artículo 1463: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 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: 4. Interdicción por causa de demencia;”

“De la incapacidad mental de los padres como causal de suspensión en el ejercicio de la patria potestad.”

“...sostuvo que la norma legal sólo comprendía al demente declarado en juicio. Así, expresó con claridad Borda que un enfermo mental no interdicto no podía ser privado de sus atributos paternos, pues nadie puede ser tenido por incapaz sin una sentencia que lo declare, mientras Zannoni afirmó que por incapacidad mental debía entenderse la que resulta de la sentencia de interdicción por demencia, conforme...el Código Civil. Ello sí, ambas posiciones concordaban en que resulta de la sentencia de interdicción determinaba, de pleno derecho, la suspensión en el ejercicio de la patria potestad.”(Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 343)

“...la suspensión será una consecuencia de la sentencia que lo declare interdicto. El efecto de esta se produce ipso jure, sin necesidad de una declaración específica sobre la patria potestad. Un enfermo mental no

interdicto no puede ser privado de sus atributos paternos, pues nadie puede ser tenido por incapaz sin una sentencia que lo declare. Sin perjuicio de que si la conducta del padre enfermo no interdicto comprometiese la salud, seguridad o moralidad del menor, el juez podría suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad por vía de sanción.” (Borda, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 400)

2.2.3.5 Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses-

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 113 define más claramente la idea: “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: 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,”

De acuerdo con lo antes estudiado podemos decir que la falta de interés en el hijo o el incumplimiento de los deberes de la patria potestad se resumen como el abandono del menor, por cuanto, si ninguno de los progenitores mantiene relaciones parentales con su hijo, es evidente que se encuentran incumpliendo sus deberes, encontrándose el menor en desamparo. Razón por la que se trata a estos dos ítems de forma conjunta.

La mayoría de los tratadistas presentan un criterio casi unificado -Sajón, D’Antonio, Borda, Méndez Costa, Chavanneau, entre tantos otros- al

momento de definir al abandono, acordando con Belluscio que: “El abandono es el desprendimiento de los deberes del padre o la madre, o sea, la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley, y no simplemente el cumplimiento más o menos irregular de los deberes resultantes de la patria potestad.” (Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 356)

2.2.3.6 Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad.

“Todas las conductas narradas en el dispositivo legal que comentamos deben adquirir la entidad suficiente como para “poner en peligro” la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, por lo que debe apreciarse que cabe exigirles marcada gravedad y -al mismo tiempo- no estar a un eventual resultado, pues lo que aquí interesa es la potencialidad.”(Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 338)

2.2.3.7 Permitir o inducir la mendicidad del hijo

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 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: 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

“Por peligro material o moral debe entenderse la incitación a realizar actos perjudiciales a la salud física o moral del menor; la mendicidad o vagancia de este, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o gente

viciosa o de mal vivir.” (Borda, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 396)

UNIDAD III

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

2.3 Interés superior del niño

En esta parte de la investigación se estudiará lo que el principio del interés superior del niño.

2.3.1 Introducción

El Principio del Interés superior del Niño ha sido elevado a norma de Derecho Internacional por su importancia, existen tres palabras que definen el principio; estas son las que se siguen:

Según esta norma, los adolescentes están regidos a mantener una directriz, siendo un grupo diferenciado por su edad y necesidades. Se entenderá que esta palabra contiene un error lingüístico, porque niño y adolescente son palabras completamente diferentes. Es recomendable darle la calificación adecuada de “menor” en lugar de “niño”.

El maestro Daniel Hugo D’Antonio, en su libro titulado “Convención sobre los Derechos del Niño”, concuerda con esta denominación y explica el porqué: “Es de apreciar la similitud que existe entre los vocablos utilizados, en tanto “preeminencia” implica superioridad, “mejor” importa un comparativo de bien, denotado idea de preferencia.” (D’ANTONIO, Daniel Hugo, Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p.44)

2.3.2 Concepto

Al hablar sobre la concepción del “interés superior del niño”, este tiene un complejo comentario, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; el mismo que debería ser usado todas las veces que sea necesario y que al aplicarse favorezca al menor, tiene orden de prevalencia frente a cualquier otro derecho que se le compare. Al mencionar la creación del principio, determinaremos en términos generales, que se ha buscado instaurar dentro del contexto mundial el verdadero poder del menor para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales.

Luego de haber explicado este comentario, se expondrá la norma que estableció al “interés superior del niño” en el ordenamiento jurídico; poniendo 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: “ Todas las medidas que se refieran a los niños tanto en las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán considerar un primer plano el atender el interés superior del niño.

El compromiso de los Estados Partes es 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.

Las instituciones, servicios y establecimientos estarán encomendados por Los Estados Partes, que está en obligación los ciudadanos a que cumplan

los niños las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en el ámbito de la seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

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.” (FACIO – FRIES, Género y Derecho, Colección Contraseña, Santiago de Chile, 1999, p.548)

Por tal, debe estudiarse a la referida norma en los siguientes términos: 1).La norma agendi, dice que la mención a que el “interés superior del niño”, proviene de un tratado internacional, por lo que su práctica es de conocimiento universal; 2).El componente estructural el principio posee un alcance en lo que a derecho respecta; por ende, debe prevalecer sobre otras normas o casos concretos; 3).Dentro del ámbito político cultural, las naciones deberán aplicar e instauraran dentro de la jurisdicción, medidas públicas que precautelara el bienestar.

En un concepto personal, según diversas expresiones que han sido consultadas, se dice que el “Mejor interés del menor”, como: Que la norma que se aplicara es a cualquier tema de minoridad, el administrador público y persona particular, deberán tomar la mejor decisión en beneficio sobre los

derechos de este grupo, ya existiendo otros intereses en el mismo contorno; que provoque, un efectivo resguardo a la integridad física y emocional del menor.

Existen tres palabras que definen el principio; estas son las que se siguen:

2.3.3 Características

Las principales características son las siguientes:

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: El Comité de los Derechos del Niño, ha dado conocer 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, de este análisis sobre la Convención, no podrá dejar sin efecto el hacerse cargo de esta noción. Es sin embargo, de que este apelativo se usara por el órgano nombrado, según su autor nos indica que, "directiz" es un término más correcto para expresar ésta idea.

3.- In dubio pro homine: Este principio se adhiere al interés superior del niño, "...la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de conocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria." (PINTO, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Argentina, 1997, pág.81)

Al ser el interés superior del niño una directriz difusa, ésta se conjuga con el principio de In dubio pro homine, este último propio de la materia de Derechos Humanos. El interés superior del niño es un derecho humano de los menores.

4.- Multifactorial: Por multifactorial entendemos que es la que se concibe al procedimiento regulatorio, el mismo que será utilizado para canalizar diversos agentes que inciden en el desarrollo de la vida de un menor, estos agentes actuarán como factores jurídicos de diferente título; pero que indistintamente de éste, se someten al principio del interés superior del niño.

5.- Interpretativo: La función interpretativa cumple con los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia la misma que permite interpretar constantemente 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.

Dentro de esta doctrina es sostener el interés superior del niño para lograr la consagración, 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." (CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño...en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia..., p.81.)

Todo orden normativo se debe interpretar en un orden sistemáticamente en aras de una aplicación racional, caso contrario, su conjugación -de la figura jurídica y del proceso- se perdería en razón de ambigüedades.

6.- Llena los vacíos legales: Autores como Parker sugieren, que el "interés superior del niño" debe servir para la orientación y luego para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. "Los decisivos judiciales deben suplir los vacíos legales, porque, tratándose de una cuestión civil, no se admite que los jueces dejen "...de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes" (art.15 CC); aplicándose "...el espíritu de la ley..." en aquellos casos en que su texto no resulte suficiente..." (STILERMAN Marta, *Menores Tenencia. Régimen de Visitas*, Editorial Universidad Aires, Buenos Aires, 2002, Pág.95)

7.- Las políticas públicas deberán tener como prioridad: La formulación de la Convención sobre los Derechos del Niño, proyecta al interés superior del niño hacia las políticas públicas, en su Art.3, N° 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.” (FERRAJOLI, Luigi, El fundamento de los derechos fundamentales, Ed. Trotta, España, 2001, p.45.)

En el 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.”

2.3.4 Objeto

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.” (WEINBERG, Inés, Convención Sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p.101)

Dentro del ámbito general el objetivo es que; al existir 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.”

Se dice que el objeto del principio será primordial, el cuidado del menor, en los 3 diferentes ámbitos como son el Administrativo, judicial o social.

2.3.5 Efecto

Freedman, argumenta: “El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros.” (FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007].)

Cecilia Grosman explica claramente que es de interés privado el interés del niño, ya que esta implica varios factores como la protección que consiste en un interés privado, existe una tesis que se constituye en el principal argumento del método de protección, la misma que se refiera a una parte importante, que al ser la niñez el futuro de la humanidad, cualquier decisión en pro de sus derechos, es un verdadero afianzamiento del interés de la sociedad. Los derechos del bien colectivo del niño no pueden contraponerse ante los derechos de la minoridad, porque la finalidad es el fin común.

Para asegurar este cumplimiento del interés superior del niño, a nivel mundial, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño; para que se garantice la condición de los menores por sobre cualquier otro derecho. D'Antonio desarrolló con precisión la idea del estándar jurídico.

“Es precisamente para obtener la armoniosa integración entre ambas parcelas de lo jurídico que aparecen los “estándares” entre los que encontramos el “interés superior del niño” como límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes, flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares. Cabe apreciar que dicho límite autonómico no se refiere sólo al órgano judicial, sino que abarca, conforme al contenido del art.3º.1 de la Convención sobre los derechos del Niño, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.” (D'ANTONIO, Daniel Hugo, Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p.47)

El interés superior del niño es integral, llegando a que este derecho no pueda confrontarse. Con este testimonio se constituye como su fin posterior, mismo

que busca tutelar la condición del menor, indistintamente del medio en que este se encuentre.

2.3.6 Fundamentación y soporte jurídico del principio del interés superior del niño

En el presente capítulo se estudiará las normas que establecen al interés superior del niño en el contexto mundial, como a las bases legales que sustentan el principio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; el mismo que realizará la anotación de las normas conexas que nombran, benefician, protegen o que simplemente subsisten de forma vinculante al principio. Con esto se buscará concebir el 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.

2.3.6.1 Tratados internacionales referentes al principio del interés superior del niño

El interés superior del niño fue reconocido originariamente en la “Declaración de los Derechos del Niño”. Es sin embargo, previsible que una sola declaración fue insuficiente para instaurar un principio tan sobredimensionado; de tal manera que, 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”.

Ya que esto ha servido de gran importancia 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”.

2.3.6.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño

El Tratado internacional propulsado por la Organización de las Naciones Unidas, posee 54 artículos en los que se reconoce que todas las personas menores de 18 años son sujetos de derecho. Fue la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, por medio de su resolución 44/25, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, esto de conformidad a lo que estipula su artículo 49. El establecimiento normativo del “interés superior del niño”, se dicta a través de este instrumento internacional, no sólo por la utilización de una redacción más amplia, sino también porque al tratarse de una convención, su contenido es de cumplimiento obligatorio para los Estados suscriptores. Los artículos que formulan el principio, son los que a continuación se detallan:

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.

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.”

La Convención sobre los Derechos del Niño, puso a disposición que en los organismos estatales y particulares -de los estados suscriptores- provean sus actuaciones de acuerdo al “interés superior del niño”; lo que mantiene la falencia originaria de no delimitar el concepto del principio, conservando a este umbral como una vana interpretación de la terminología de sus palabras. Como diferenciación de la Declaración de los Derechos del Niño, se instaura en el segundo párrafo del artículo 3, el compromiso de los Estados Partes de velar por el bienestar de los menores, utilizando los medios legales para asegurar su prosperidad, particularmente frente a sus padres o tutores; es decir, por primera vez los Estados partes son vigías del núcleo familiar, prolongando el alcance y responsabilidad de la función pública.

El comentario en el párrafo 3 del artículo citado, esto por la exhortación que se efectúa a los Estados Partes, para que certifiquen a las instituciones públicas que tengan como objeto el cuidado de menores, las condiciones establecidas al trabajo social que debe realizar un Estado, ya que, una institución de trato social no mejora la calidad de vida de los menores, por el solo hecho de existir; este ente debe revestir una auténtica finalidad de ayuda, virtud que debe resguardarse con elementos como: seguridad, sanidad y otros expuestos en la norma.

En la aplicación del principio del artículo tercero, menciona que dentro de la Convención existen varias normas que contienen en su mandato al “interés superior del niño”.

Artículo 9.- “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, y serán las autoridades competentes quienes determinen, la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En el procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esta separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de

ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes deberán cerciorarse, de que la petición no tenga graves consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

El artículo 9 resguarda la integridad del menor en el ambiente familiar -regla aplicada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, además de establecer los parámetros a seguirse, cuando éste debe ser distanciado de uno o ambos padres por motivos de maltrato, descuido o la separación voluntaria del hogar. El maltrato, por su parte, es sinónimo de violencia, agravio que cuando se comete en la persona del menor, obliga al Estado a actuar en su beneficio, separándole del círculo de hostilidad que le rodea. En la legislación ecuatoriana por ejemplo se ha previsto la pérdida de la patria potestad, en caso de determinarse maltrato en contra de la persona del hijo.

El aparato estatal se verá obligado a velar por el menor si se da el descuido o abandono, para de esta manera socorrer al niño que ha sido privado del medio familiar y colocarle en un lugar de que favorezca su bienestar o, en su defecto, iniciar un proceso adoptivo que resguarde su condición. Al respecto Méndez Costa y D’Antonio añaden: “En concordancia con lo antes señalado, es de una adecuada técnica legislativa el reservar el tipo adoptivo pleno para menores de edad en situación de abandono, la que debe ser comprobada y declarada como presupuesto de las medidas tutelares que correspondan...” (MÉNDEZ COSTA Y D’ANTONIO, Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 380.)

En la norma estipula que los procedimientos para establecer el maltrato o abandono, es derecho de las partes concurrir a este proceso y presentar los descargos que consideren oportunos, lo cual radica en el derecho a la defensa, reconocido por la Constitución Política de la República del Ecuador, en su Art. 76, inciso 7, literal a: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”

2.3.6.2 Marco constitucional

La 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.

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.” (FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta S.A., Madrid, 2004, p. 853)

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.

Artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador: “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.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en

los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”

La clave en la norma antes estudiada es el “desarrollo integral”, se refiere a la salud física y emocional del menor, desarrollo que se complementa con diferentes aspectos sociales; en nuestra Constitución se la ha incluido de tal forma que se han convertido en políticas nacionales del Estado, es una estrategia garantista, para que los menores se desenvuelvan lo mejor posible en varios aspectos de su vida diaria.

En el marco constitucional se utiliza al interés superior del niño, como directriz en cualquier acto administrativo con relación a menores. 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 de nuestra Constitución, mencionaremos 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 vulnerar el derecho de otras personas, su aplicación debe primar sobre cualquier derecho que intente contraponérsele. En nuestra investigación como dato comparativo, se ha

podido constatar que ni aún la Constitución Francesa de 1946 con modificaciones hasta el 2003, posee en su texto tal primicia.

2.3.6.3 Legislación orgánica

Una vez reconocido el principio en el orden constitucional ecuatoriano, es menester que se enuncie la práctica del interés superior del niño en la legislación orgánica, relativa al Derecho de Menores. En tal concepto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, refiere:

Art.11.- “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.”

La investigación puede observar en la ley orgánica ecuatoriana una definición del principio, pese a que la lingüística recurrida antes del aserto es: "...está orientado..."; en lugar de "es"; la idea que se forma posteriormente es la clara definición del interés superior del niño. Como se pudo constatar en la normativa internacional, el principio no fue concretado categóricamente, sólo se hace constar una simple apreciación de la terminología de sus palabras. La legislación ecuatoriana en el uso de la lógica, ha procedido primeramente a definir su entendimiento, conceptualizándolo en tres premisas: 1. El interés superior del niño garantiza el cumplimiento del Derecho de Menores, al ser una directriz debe ser aplicada en cualquier ámbito que coadyuve a la minoridad; 2. Su esfera debe ser practicada por cualquier autoridad –la palabra "administrativa" comprende a todo el sector público- o institución; 3. La toma de decisiones o actos por parte de las autoridades o instituciones, debe versarse en la práctica de esta directriz.

Estos antecedentes estructuran el funcionamiento del principio. El ámbito de aplicación es el Derecho de Menores, la sujeción contiene a autoridades e instituciones y finalmente, se detalla la forma en que se aplicará su precepto; esto sobre las decisiones o actos administrativos.

La legislación ecuatoriana especifica que el interés superior del niño debe ser aplicado de forma que guarde proporción entre los derechos y deberes de los niños; esta es una significativa innovación en materia de menores y en el entendimiento de lo que guarda el principio. La exigencia del cumplimiento de deberes a los menores es la consagración del interés superior del niño, como mecanismo rector-guía en beneficio de la minoridad, ya que la imposición de deberes es la creación de responsabilidades, elemento necesario en una formación integral. Es en tal virtud que el Código Orgánico

de la Niñez y la Adolescencia ecuatoriano, recoge en su artículo 64, 8 los deberes de los menores, entre los cuales se distinguen el respeto a la Patria, el cumplimiento de la educación y la preservación del medio ambiente, entre otros.

Visto desde otra perspectiva, si se concediera únicamente derechos a los menores, se produciría un desbalance en su poder y, por tanto, las decisiones que se tomaran para definir su situación estarían impedidas de cumplir con su fin; las autoridades no decidirían lo que es mejor para el niño, sino lo que a éste le resulta más cómodo o fácil; y al estar el menor en un constante proceso de aprendizaje, es menester que cumpla con una agenda que le permita tener una educación completa, realizando actividades que posiblemente no le son recreativas, pero que enriquecen su acervo. Este es el sentido de establecer deberes para los menores. Como se observa su esencia obedece a precautelar su interés superior.

El último párrafo de la citada norma destaca a la “opinión del niño”, tema que por su complejidad será abordado posteriormente en el subcapítulo del mismo nombre.

La normativa orgánica que regula el interés superior del niño en el Ecuador es bastante completa, ya que expresa el concepto que debe llevar el principio, su alcance, los sujetos obligados a su cumplimiento y, como hecho más relevante, contiene disposiciones que modernizan este criterio, mejorando su ejercicio en pro de la minorid

UNIDAD IV

OPINIÓN DEL MENOR

2.4 Opinión del menor

A continuación, se plantea lo concerniente a la opinión del menor en temas que afecten sus derechos y para el caso puntual de la investigación la patria potestad.

2.4.1 Naturaleza jurídica de la opinión del menor

Como se explica en líneas anteriores, el menor debe concurrir a la Conciliación para expresar su opinión; tal derecho está consagrado en el artículo 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.”

El mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, insta a los Estados Partes a garantizar la actuación del menor dentro del proceso que le afecte; claro que ésta actuación está condicionada a su capacidad interlocutoria. Dicho en otras palabras, para la intervención del menor debe medirse su madurez intelectual. En la legislación ecuatoriana se prevé este particular en el párrafo tercero del Art. 273 Código Orgánico de la Niñez y la

Adolescencia: “Concluidos los alegatos, oirá reservadamente la opinión del adolescente, necesariamente, o del niño o niña que esté en edad y condiciones de prestarlo.”

A este respecto, debe decirse que la doctrina se halla en concordancia con las disposiciones legales. De acuerdo a Inés Weinberg “Ello se debe a que para conocer las necesidades de un menor, qué es lo mejor para su provecho, nada mejor que informarnos cabalmente desde él, siempre que, como lo destaca sabiamente la Convención, esté en condiciones de “formarse un juicio propio”; es decir, despojado de toda influencia. La opinión debidamente anotada del menor informa cuál es su superior interés.” (WEINBERG, Inés, Convención Sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 104)

“... se debe tomar en cuenta esta particularidad en los casos en que existe conflicto entre las personas que ejercen la autoridad parental ya sea entre sí o con el menor. Si la autoridad parental se necesita como intermediaria permanente del adolescente (menor) la respuesta del derecho francés (y del mexicano también) a su capacidad natural de escuchar, hablar y decidir, no es satisfactoria pues el derecho de custodia, prerrogativa de esta autoridad, tiene una fuerza excepcional. Esto es válido en México, en donde el texto de la norma no permite que los menores sean escuchados en juicio. Aunque existe el compromiso a nivel internacional, Bonnard subraya que esto reviste una problemática especial tratándose de menores que han alcanzado una edad en la que difícilmente van a aceptar las decisiones que se les impongan por la fuerza, aunque éstas vengan del Poder Judicial. Efectivamente, el equilibrio entre la autoridad parental y la necesidad del menor sólo puede darse en el análisis de cada caso concreto por el juzgador.” (PÉREZ

DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 360)

Debe precisarse que los Administradores de justicia no son muy proclives a escuchar el criterio de los menores de edad, Stilerman: “Frente a la opinión del menor, es menester indagar si, tras su negativa, se encuentra un sustento en las actitudes del progenitor al que rechaza, o si la misma está determinada (o al menos influida) por los sentimientos de rechazo que le son transmitidos por aquel con quien convive.” (STILERMAN, Martha, Menores, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 74 – 75)

Sobre esta base se puede argumentar que en la práctica hay una parte de personas que acepta la opinión del menor y otra que la rechaza, el condicionante de las personas que aceptan la opinión del menor es que este tenga más de 14 años, en tanto, que la parte que la rechaza se plantea en el caso de que el menor de edad tenga menos de 14 años

2.4.2 Opinión del menor de edad

Según el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 60: “Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.”

Consecuentemente, se pasará a estudiar lo concerniente a la opinión del menor de edad.

Dentro del tema de la investigación se ha procedido a estudiar la opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad y la forma como este acto incide frente al interés superior del menor. La normativa vigente especifica normas varias para establecer la patria potestad de los menores, no obstante, cuando se habla de la opinión del menor de edad, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia es puntual en determinar al artículo 106, como la norma para definir la incidencia de la opinión del menor en el juicio de patria potestad.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 106.- 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; y,

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.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.”

En síntesis, la norma del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia especifica que en el caso de los menores de 12 años, es el Juez quién debe valorar la opinión de los menores atendiendo al su grado de madurez, no obstante, en el caso de los menores adultos; es decir, de los mayores de 12

años y de hasta 17 años, el administrador de justicia, no puede hacer otra cosa que acoger su opinión y aplicarla, a menos que su opinión contraría claramente su derecho a un desarrollo integral.

Como una observación de esto, se puede concluir que en el caso de los menores de 12 años, el Juez debe evaluar su madurez, lo cual requiere de un gran discernimiento por parte del administrador de justicia, no obstante, en el caso del adolescente simplemente se requiere su opinión, la cual es prácticamente obligatoria para el Juez.

UNIDAD V

ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO

2.5 Análisis de un caso práctico

Dentro del caso práctico, como antecedentetenemos que se presenta una demanda en la Unidad de la Familia Mujer niñez y adolescencia del Cantón Riobamba de **PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD**, por la señora Patricia Liliana Haro en contra de Eduardo Peralta, quien es el padre de la menor Andrea Jacqueline Peralta Haro de 6 años de edad, como antecedente tenemos que los conyugues vivían en España aproximadamente por 11 años en la cual procrearon a la menor Jacqueline Peralta y luego cuando la pareja decidió volver al Ecuador el padre les abandono teniendo la señora que demanda actuar de padre y madre para la menor ya que desde que el demandado abandono el hogar no ha ejercido los deberes de la patria potestad y les ha dejado completamente en el abandono, solicitando la señora Patricia Liliana Haro que se declare mediante resolución la Privación de la patria potestad del padre de la niña.

EN LA RESOLUCION QUE HACE EL JUEZ TENEMOS LAS SIGUIENTES VALORACIONES.

Primero. - se considera competente para resolver esta Litis mediante el sorteo de rigor correspondiente. **Segundo.** - el juez debe observar que no exista nulidad procesal y que se haya seguido el debido proceso en este caso. **Tercero.**- en este caso el juez valora todo los pasos que se deben cumplir en esta clase de juicios como es la calificación de la demanda, citación, completar la demanda y razón de la audiencia de conciliación en la cual manifiesta que no se presenta el demandado ni su abogado defensor pero si asiste la actora con su abogado patrocinador también como manda el art 106 numeral 6 del código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Se

escuchó a la niña Jacqueline Peralta de 6 años de edad, quien manifestó en presencia del juez y secretario que su madre es la que le da lo que necesita y le da todo el amor además se encuentra estudiando y es con la madre con quien quiere seguir viviendo y que a su padre no le ve desde hace mucho tiempo y que ni siquiera la llama por teléfono.

CUARTO.- el juez observa los informes emitidos por el Equipo técnico, el informe presentado por el Dr. Jaime Flores supervisor medico quien manifiesta que desde Junio del 2014 la niña se encuentra bajo la tutela de la madre Patricia Liliana Haro de la Cruz y recomienda que se debe valorar la opinión de la niña, esto es con el bienestar de precautelar el bienestar físico de la misma, también en esta resolución manifiesta la valoración del informe de la doctora Blanca Orozco supervisora y educadora quien en sus conclusiones y recomendaciones manifiesta en la parte medular que la niña manifiesta que son algunos meses que no se comunica con el padre y que desea poder viajar con su mama a España además el juez valora el informe que presenta la doctora Maria Teresa Vallejo, trabajadora social del Consejo de la Judicatura del Cantón Riobamba, quien recomienda de igual forma que una vez cumplido con lo dispuesto se proceda a entregar lo solicitado por la actora, estos 3 informes serán de suma importancia en el momento de Resolver para el juez., además en este caso también se recepta testimonios de testigos los cuales son presentados por la parte actora.

QUINTO.- el juez por ultimo hace su valoración final en la cual observa todas las pruebas presentadas por la parte actora y RESUELVE Aceptar la demanda de PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD presentada por la señora PATRICIA LILIANA HARO DE LA CRUZ en contra del señor EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS, disponiendo por tanto la privación de la misma en cuanto al demandado en relación a su hija ANDREA JACQUELINE PERALTA HARO, debiendo la misma quedar bajo el amparo de lo que establece los Arts, 11,12, 113 numeral 5 del código

Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 44 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador, con el trámite contemplado en el artículo 271 y siguientes del mencionado código de la materia.

En resumen, en este caso se valoró tanto la opinión de la menor por ser menor a doce años y además se valoró los informes del equipo técnico del juzgado ya que estas son las bases que el juez necesita para una resolución que favorezca al menor en cuanto a su bienestar físico.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3 Hipótesis general

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como la opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad incide frente al interés superior del menor, en las resoluciones emitidas por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015?

3.1 Variables

3.1.1 Variable Independiente

La opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad.

3.1.2 Variable dependiente

El interés superior del menor

3.1.3Operacionalización de las variables

Variable independiente: La opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad

CUADRO N° 1

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
La opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad.	Art. 273 Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia: “Concluidos los alegatos, oirá reservadamente la opinión del adolescente, necesariamente, o del niño o niña que esté en edad y condiciones de prestarlo.”	Derecho de menores	Privación de la patria potestad	Entrevista Encuesta

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Jhonnatan Stalin Palacios Bucay

Variable Dependiente:El interés superior del menor.

CUADRO N° 2

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
El interés superior del menor	La concepción del “interés superior del niño”, 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.	Derecho civil Derecho de menores	Menor que debe participar en juicio cuando este le afecte	Entrevista Encuesta

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Jhonnatan Stalin Palacios Bucay

3.2 Definición de términos básicos

Adolescente: Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 4: “Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.”

Opinión del menor: Weinberg “Ello se debe a que para conocer las necesidades de un menor, qué es lo mejor para su provecho, nada mejor que informarnos cabalmente desde él, siempre que, como lo destaca sabiamente la Convención, esté en condiciones de “formarse un juicio propio”; es decir, despojado de toda influencia. La opinión debidamente anotada del menor informa cuál es su superior interés.”

Patria potestad: Antonio De Ibarrola comparte la Ley Orgánica: “La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.”

Interés superior del niño: 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.”

Legislación: “La ciencia de leyes/ Conjunto o cuerpo de leyes que integran el derecho positivo en un Estado.” (CABANELLAS 2008)

Ley: “Regla de conducta obligatoria dictada por el Poder legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones.”(CABANELLAS 2006)

Tenencia: López del Cabril, inicia con la siguiente puntualización: “La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una "ocupación y posesión actual y corporal de una cosa", sino que el vocablo "guarda" es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aun cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.” (LÓPEZ DEL CABRIL Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 280)

Custodia familiar como medida de protección: Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 1424: “Medidas de protección para los casos previstos en este título.- Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y más leyes, las

autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas: 2. Custodia familiar o acogimiento institucional.

Maltrato: Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 67: “Concepto de maltrato. Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.”

Desarrollo integral: Constitución de la República Del Ecuador, 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. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de

expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”

Tutela efectiva de derechos: “El mismo que argumenta que el derecho a la tutela judicial efectiva, hace referencia a un contenido complejo que incluye aspectos tales como el derecho al acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada y en si el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, que comprenden sin duda la facultad de poder reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso, para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.” (Pico Junay, J. “Las Garantías Constitucionales Del Proceso”. Barcelona. 1997.)

Proceso Oral: Enrique Véscovi, quién aduce: “...debe aclararse que cuando hablamos de oralidad, lo hacemos para usar un término que es de común conocimiento y aceptación, aunque sabemos de antemano que prácticamente no hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, sino que todos son mixtos. Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen, en general, una fase de oposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación o casación, también escritos. Son por lo tanto mixtos, más correctamente deberíamos llamarlos procesos por audiencia, ya que en ésta (trial) es en donde se realiza la parte sustancial del juicio.” (VÉSCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá, 2006, p.5)

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.

Rector-guía: El Comité de los Derechos del Niño, ha dado conocer 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, de este análisis sobre la Convención, no podrá dejar sin efecto el hacerse cargo de esta noción. Es sin embargo, de que este apelativo se usara por el órgano nombrado, según su autor nos indica que, "directiz" es un término más correcto para expresar ésta idea.

In dubio pro homine: Este principio se adhiere al interés superior del niño, "...la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de conocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria." (PINTO, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Argentina, 1997, pág.81)

Emancipación judicial: "En tanto que la patria potestad se extingue por ausencia de alguno de los presupuestos que confieren su titularidad...La

pérdida de la patria potestad constituye, así, manifestación de la faz punitiva del derecho civil.” (Godio Philip, Eduardo, El abandono como causal de pérdida de la patria potestad, LL, Buenos Aires, 1978, p. 400)

Inconducta notoria: Código Civil, Art. 311: “La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos: 3o.- Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad; y,”

3.3 Enfoque de la Investigación

Modalidad básica de la investigación

El enfoque de la presente investigación es cualitativo y cuantitativo. Cualitativo porque en primer término interpreta, analiza la opinión del adolescente dentro de juicio, para posteriormente conocer la incidencia que tiene en la privación de la patria potestad y el interés superior del menor. Y cuantitativo porque se aplicará procesos estadísticos que permitan verificar la hipótesis planteada en relación a la figura jurídica.

3.4 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, donde se aplicó la entrevista. Al mismo tiempo se contactó a 10 Abogados especialistas en Derecho de Menores, a quienes se aplicó las encuestas.

3.5 Métodosde 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 que puedan contribuir al entendimiento de los Derechos Fundamentales.

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

3.6 Población y muestra

3.6.1 Población

La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados: 4 Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y 10 Abogados expertos en derecho de menores.

POBLACIÓN:	N.-
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba	4
Abogados expertos en derecho de menores	10
Total	14

3.6.2 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 aportaran con sus conocimientos en la elaboración de la misma, conocimientos que los encontraremos luego de determinar la cantidad de persona y cuales va 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 abarcará el universo.

3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

La Entrevista

La entrevista se dirigirá a conocer la opinión de los 4 Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

Las Encuesta

Las encuestas serán aplicadas a 10 Abogados que se especializan en derecho de menores.

3.8 Instrumentos

Cuestionario de entrevistas.

Cuestionario de encuestas.

3.9 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.

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

1. ¿Qué es para usted la opinión del adolescente?

Juez 1: El derecho consagrado en la Constitución, Tratados Internacionales y el Código de la niñez y la Adolescencia.

Juez 2: Es el criterio que permite al adolescente sobre asuntos que les interesa para su bienestar

Juez 3: Es la exteriorización de los sentimientos que efectúa un adolescente ya que es fundamental.

Juez 4: Es la voluntad del mencionado

2. En su criterio: la opinión del adolescente es determinante dentro de un juicio de patria potestad.

Juez 1: De acuerdo a la edad y su madurez lo que determinamos en los informes sociales.

Juez 2: El criterio del adolescente sí, en el artículo 106 parte final dice que es obligación acatar esa opinión del adolescente, aunque el Juez tiene que analizar la opinión

Juez 3: Por regla general es determinante la opinión del adolescente

Juez 4: Un adolescente está en la facultad de expresar y toma sus decisiones, por lo tanto sabe lo que le conviene

3. Considera que: permitir la opinión del adolescente dentro de un juicio de patria potestad incide en su principio de interés superior.

Juez 1: Sí es un derecho

Juez 2: No, tomando en consideración que son asuntos que les compete a los adolescentes.

Juez 3: No es permitir, es obligación del Juez escuchar la opinión del adolescente, lo cual garantiza el cumplimiento eficaz de los derechos del niño.

Juez 4: Por supuesto le permite ejercer el derecho y está íntimamente ligado al principio.

4. Cree que la opinión del menor de edad es decisiva en la resolución que emite el juez frente a los juicios por patria potestad.

Juez 1: No, es el análisis de todo lo actuado

Juez 2: No, por cuanto existen varios factores como son los informes del equipo técnico, pero siempre se debe escuchar la opinión para tomar la decisión

Juez 3: Por regla general es decisiva pero tiene sus excepciones

Juez 4: Es decisivo pero a veces se realiza excepciones

5. Considera que, este procedimiento se orienta a garantizar el principio del interés superior del niño.

Juez 1: Necesariamente, para las investigaciones que se realice

Juez 2: Sí, los Jueces somos garantistas de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Juez 3: Está garantizado al velar por los intereses del niño y el adolescente

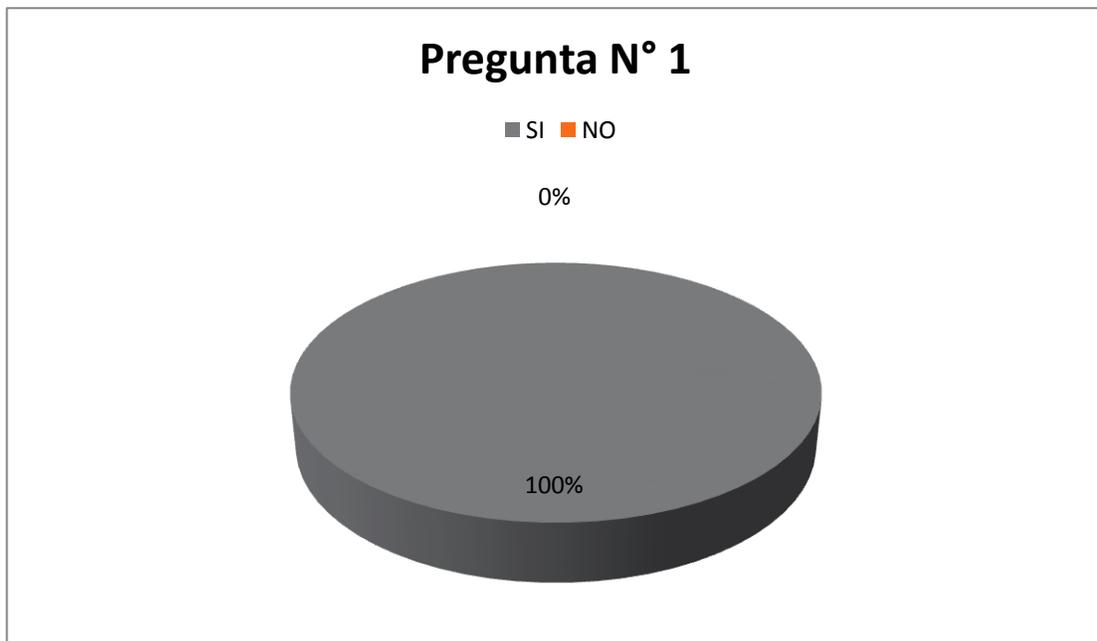
Juez 4: Sí le garantiza, y permite la protección al menor

ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores.

1. ¿Conoce Ud. lo que es la opinión del adolescente?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	10	100
2	No	0	0
	TOTAL	10	100,00

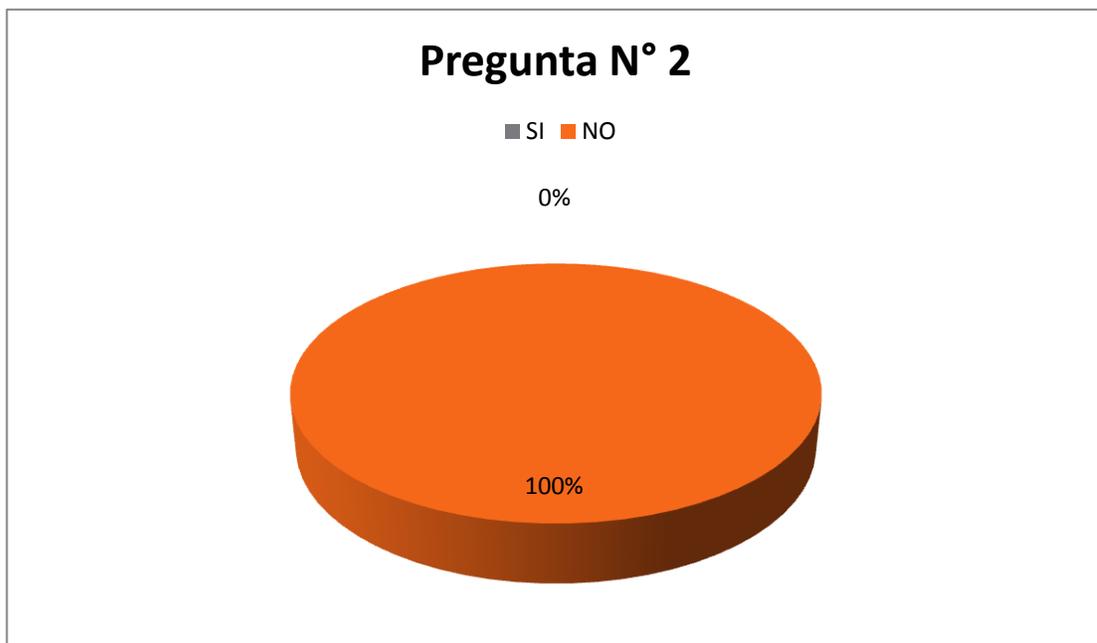
Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, indican que conocen lo que es la opinión del adolescente



2. ¿Considera Ud. que la opinión del adolescente es determinante dentro de un juicio de patria potestad?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	0	0
2	No	10	100
	TOTAL	10	100,00

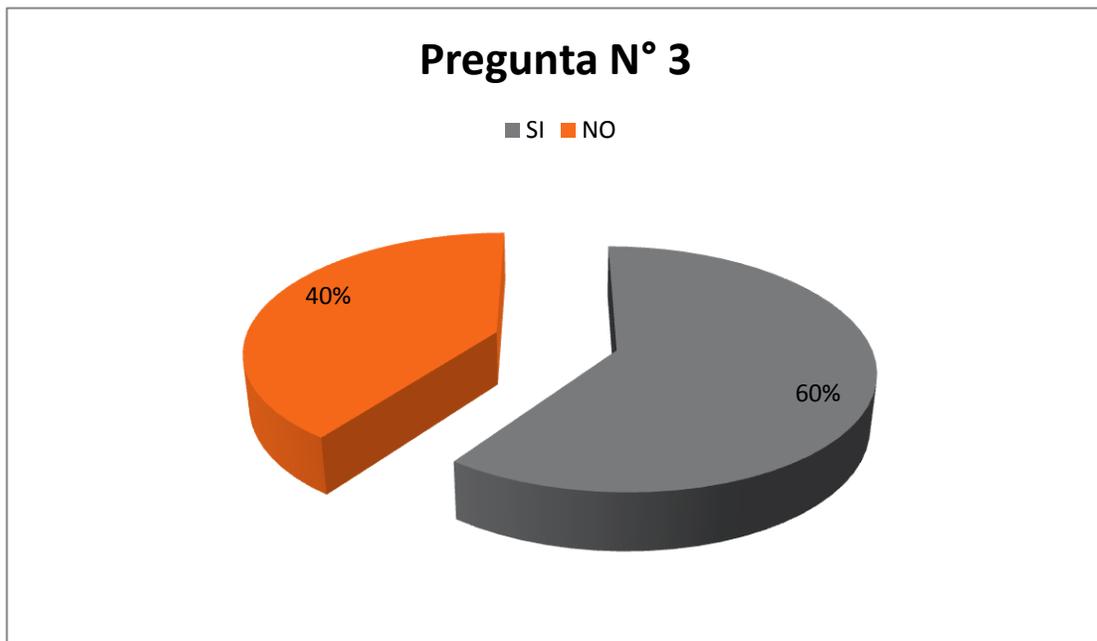
Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, considera que la opinión del adolescente NO es determinante dentro de un juicio de patria potestad



3.- En su criterio: permitir la opinión del adolescente dentro de un juicio de patria potestad incide en su principio de interés superior.

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	6	60
2	No	4	40
	TOTAL	10	100,00

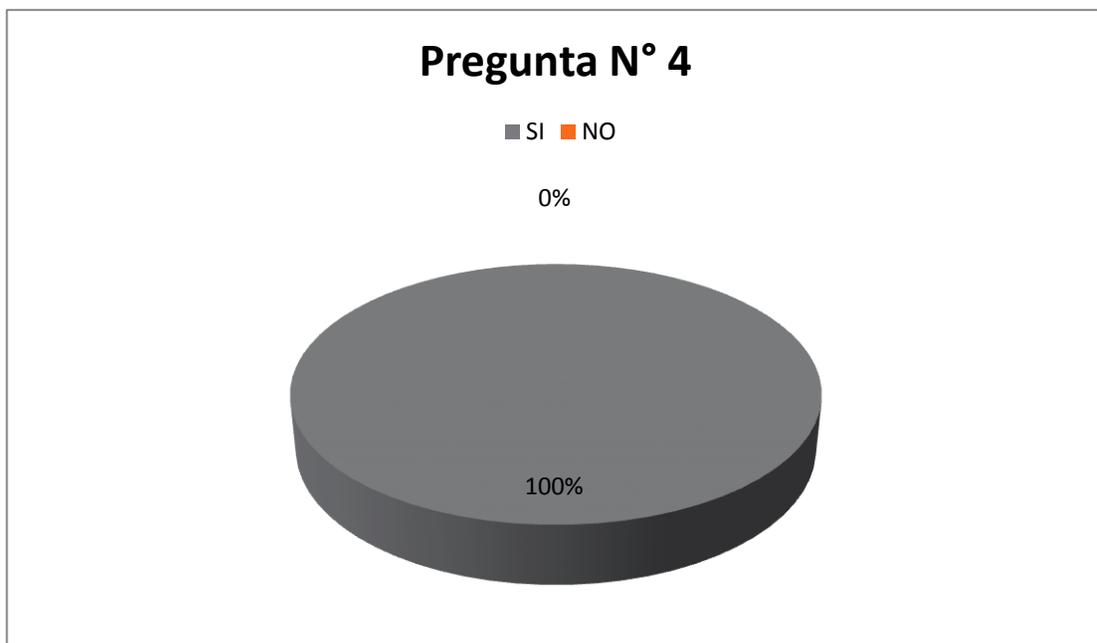
Interpretación de resultados: El 60% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que permitir la opinión del adolescente dentro de un juicio de patria potestad incide en su principio de interés superior



4.- Cree que: la opinión del menor de edad es decisiva en la resolución que emite el juez frente a los juicios por patria potestad.

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	10	100
2	No	0	0
	TOTAL	10	100,00

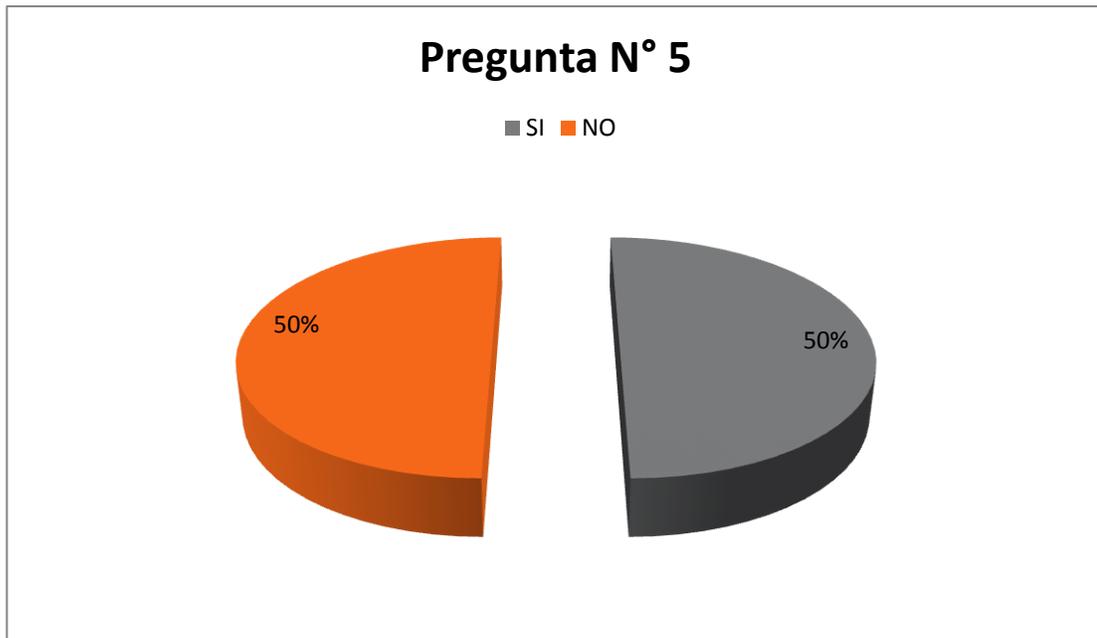
Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, creen que la opinión del menor de edad es decisiva en la resolución que emite el juez frente a los juicios por patria potestad



5.- Estima Ud., que este procedimiento se orienta a garantizar el principio del interés superior del niño.

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	5	50
2	No	5	50
	TOTAL	10	100,00

Interpretación de resultados: El 50% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, estima que este procedimiento se orienta a garantizar el principio del interés superior del niño



3.10 Comprobación de la pregunta hipótesis

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como la opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad incide frente al interés superior del menor, en las resoluciones emitidas por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015?

Respuesta: Luego de esta investigación se puede concluir que sí fue relevante determinar a través de un análisis jurídico como la opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad incide frente al interés superior del menor, en el auto resolutorio emitidos por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4. Conclusiones y recomendaciones

4.1 Conclusiones

- De la investigación de campo se puede concluir que los administradores de justicia, garantizan la opinión del menor dentro de los juicios que le afecten en sus derechos. No obstante, debe atenderse a su edad y madurez para tomar en consideración dicha opinión.

- De la investigación de campo se puede determinar que los administradores de justicia, así como los abogados en libre ejercicio expertos en el derecho de menores, consideran que la opinión del menor no debe ser determinante dentro del juicio de patria potestad. Lo cual en consideración de la investigación no tiene sentido, ya que esta opinión está amparada por la ley.

- La suspensión de los derechos de la patria potestad se realiza en función de proteger la integridad del hijo menor de edad, frente a un progenitor abusivo, esto atendiendo al principio del interés superior del niño.

4.2 Recomendaciones

- Si llega a decretarse la suspensión o privación de la patria potestad, es necesario que los administradores de justicia garanticen la seguridad del menor de edad, mediante providencias que limiten a los padres agresores.
- La opinión del adolescente dentro del juicio de patria potestad no debe ser determinante, ya que el administrador de justicia debe atender a las otras pruebas, como es el caso del informe social, económico y psicológico, del equipo técnico del juzgado.
- El administrador de justicia debe siempre justificar motivadamente su decisión de suspender la patria potestad, principio del interés superior del niño, en protección del menor.

Bibliografía:

- BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986
- BORDA, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984
- CASTÁN VÁSQUEZ, José María, La patria potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, México DF, 1997
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño..., García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia...
- D'ANTONIO, Daniel Hugo, Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001
- DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México DF, 1981
- FACIO – FRIES, Género y Derecho, Colección Contraseña, Santiago de Chile, 1999, p
- FERRAJOLI, Luigi, El fundamento de los derechos fundamentales, Ed. Trotta, España, 2001
- GODIO PHILIP, Eduardo, El abandono como causal de pérdida de la patria potestad, LL, Buenos Aires, 1978
- GÓMEZ DUQUE, Álvaro, Elementos de Derecho de Familia, Leyer, Antioquia, 2002
- GROSMAN, Cecilia, Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998
- LACRUZ BERBEJO, José Luís y Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1974

- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Derecho de Familia, Tomo IV, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999
- MÉNDEZ COSTA Y D'ANTONIO, Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001
- PINTO, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Argentina, 1997
- RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1990
- STILERMAN Marta, Menores Tenencia. Régimen de Visitas, Editorial Universidad Aires, Buenos Aires, 2002
- WEINBERG, Inés, Convención Sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004

Leyes:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA
- CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

**LA OPINIÓN DEL ADOLESCENTE DENTRO DEL JUICIO DE PATRIA
POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR,
DENTRO DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA UNIDAD JUDICIAL DE
LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA,
EN EL AÑO 2015**

JHONNATAN STALIN PALACIOS BUCAY

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

1. ¿Qué es para usted la opinión del adolescente?

.....
.....
.....
.....

2. En su criterio: la opinión del adolescente es determinante dentro de un juicio de patria potestad.

.....
.....
.....
.....

3. Considera que: permitir la opinión del adolescente dentro de un juicio de patria potestad incide en su principio de interés superior.

.....
.....
.....
.....

4. Cree que la opinión del menor de edad es decisiva en la resolución que emite el juez frente a los juicios por patria potestad.

.....
.....
.....
.....

5. Considera que, este procedimiento se orienta a garantizar el principio del interés superior del niño.

.....
.....
.....
.....

Nombre y firma:



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

**LA OPINIÓN DEL ADOLESCENTE DENTRO DEL JUICIO DE PATRIA
POTESTAD Y SU INCIDENCIA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR,
DENTRO DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA UNIDAD JUDICIAL DE
LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA,
EN EL AÑO 2015**

JHONNATAN STALIN PALACIOS BUCAY

ENCUESTA DIRIGIDA A: Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores.

1. ¿Conoce Ud. lo que es la opinión del adolescente?

Sí ()

No ()

2. ¿Considera Ud. que la opinión del adolescente es determinante dentro de un juicio de patria potestad?

Sí ()

No ()

3.- En su criterio: permitir la opinión del adolescente dentro de un juicio de patria potestad incide en su principio de interés superior.

Si ()

No ()

4.- Cree que: la opinión del menor de edad es decisiva en las resoluciones que emite el juez frente a los juicios por patria potestad.

Si ()

No ()

5.- Estima Ud., que este procedimiento se orienta a garantizar el principio del interés superior del niño.

Si ()

No ()

Nombre y firma:

UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CHIMBORAZO. Riobamba, lunes 19 de Noviembre del 2015, las 15h56. VISTOS.- De fs 9 de los autos comparece la señora PATRICIA LILIANA HARO DE LA CRUZ, presentando demanda de privación de la patria potestad en contra de EEDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS, dentro de los siguientes términos: de la partida de nacimiento que en una foja útil adjunto, justifico que soy la progenitora de la menor ANDREA JACQUELINE PERALTA HARO, de nacionalidad Española, quien en la actualidad tiene 6 años de edad, procreada con mi conyugue el señor EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS, resulta que los padres de la menor tenemos la nacionalidad Española y por consiguiente nuestro hogar lo tuvimos en la provincia de Murcia, España, aproximadamente 11 años, durante este tiempo de permanencia legal en el país mencionado nació nuestra hija ANDREA JACQUELINE PERALTA HARO, aproximadamente hace dos años regresamos al Ecuador, luego de estabilizarnos el padre de mi hija la abandono, desde ese momento hasta la fecha ha pasado más de un año que el padre de mi hija a mas de abandonarle se ha despreocupado por completo de los derechos y obligaciones que le impone la patria potestad teniendo la compareciente a veces de hacer de padre y madre de la menor, inclusive viéndome en la obligación de regresar a España con una oferta de trabajo y así brindarle un mejor porvenir a mi hija en mención. Con estos antecedentes, la actora solicita se dicte resolución de privación de la patria potestad del padre de la niña. – Hallándose la causa en estado de resolver se considera: PRIMERO.- El suscrito juez es competente para resolver la presente causa por encontrarme legalmente posesionado del despacho. SEGUNDO.- Dentro de la tramitación de la misma no hay que declarar nulidad procesal alguna que pueda influir en la decisión de la misma, más bien se declara su validez.- Se aclara que si bien en el auto de calificación de la demanda, por un error involuntario de digitación se hace constar como que la causa es de tenencia, sin embargo del texto de la propia demanda se desprende claramente que lo solicitado por la actora así como toda tramitación de esta causa corresponde a la privación de la patria potestad , lo que no influye en la resolución n de la causa, esto además al amparo de lo dispuesto por el Art 44 de la Constitución de la República art 9 ibidem, en relación 11 y 12 del código de la materia.- TERCERO.- De fs 11 consta la calificación de la demanda, ordenándose citar al demandado por medio de la sala de citaciones.- a fs 13 consta un auto que se aclara la calificación de la demanda.- cumplido los requisitos formales a petición de parte de la actora y toda vez que no se ha podido cumplir con las citaciones ordenadas, se procede citar al demandado a través de la prensa, mediante tres publicaciones realizadas en el diario la Prensa, con fechas 31 de julio, 13 de Agosto y 24 d Agosto del 2015, tal como consta de fs 54 a 56 del proceso, sin que haya comparecido la parte demandada ni dentro ni fuera del tiempo legal, tal como consta de la razón de secretaria de fs 58.- Convocada que ha sido la audiencia de Conciliación y el Contenido de la misma reposa en el archivo de la judicatura. La presente acta queda debidamente suscrita conforme lo dispuesto en la ley, por el secretario de la Unidad Judicial de la Familia mujer niñez y adolescencia con sede en el

Cantón Riobamba, el mismo que certifica su contenido, las partes quedan notificadas con las decisiones adoptadas en la presente audiencia sin perjuicio de lo dispuesto en la ley respecto de su notificación escrita en las casillas judiciales que se han señalado en este proceso, en esta audiencia se ha escuchado en forma reservada a la menor Andrea Jacqueline Peralta Haro quien ha manifestado en forma expresa su deseo de permanecer con su madre bajo su protección y cuidado. Además se procedió a revisar la prueba anunciada, así a favor de la parte actora se tiene. 1) no hay impugnación a la prueba de la contraparte que considerara pues no consta anunciada ninguna de autos.- 2) Que se tenga como prueba los informes emitidos por los miembros del equipo técnico de esta Unidad, los que consta de fs 39 y vta. El informe de fecha 30 de Mayo del 2015, presentado por el Doctor Jaime flores supervisor medico quien en sus conclusiones manifiesta que desde junio del 2014 la menor se encuentra bajo la tutela de la madre Patricia Liliana Haro de la Cruz y recomienda que se debe valorar la opinión de la niña, esto con la finalidad de precautelar el bienestar físico de la misma, de fs 43 a 44 consta el informe de fecha 9 de Julio el 2015, realizada por la doctora Blanca Orozco, supervisora educadora quien en sus conclusiones y recomendaciones manifiesta en la parte medular que la niña manifiesta que son algunos meses que no se comunica con el papa, que no sabe donde está y que desea viajar con la mama a España, una vez que se haya cumplido con todas las diligencias se da paso al tramite solicitado por la madre de la niña señora Patricia Liliana Haro de la Cruz, de fs 45 a 49 consta el informe de fecha 5 de Julio del 2015, realizado por la doctora Maria teresa Vallejo, trabajadora social de la Unidad, quien recomienda de igual forma que una vez cumplido con lo dispuesto legalmente se proceso a otorgar lo solicitado por la actora en esta causa.- cabe resaltar que al momento de resolver esta autoridad considerara el valor del contenido de estos 3 informes.- 3) Se ha solicitado se recepte la declaración testimonial de los siguientes testigos: ESTEFANIA PATRICIA VALLES PONCE, con CC 0603873209, pap, votación 189-0039, de 22 años edad, domiciliada en esta ciudad de Riobamba, en las calles España 33-93 y la 37, de estado civil soltera de religión católica de ocupación comerciante, quien responderá a las preguntas que la parte actora en forma oral le va a realizar, las mismas que previamente será calificadas, constitucionales y legales, quien luego de las explicaciones sobre las penas de perjurio y sobre la obligación que tiene de decir la verdad a lo que se va a preguntar, luego del juramento de Ley respectivo dice:1) Conoce usted a los señores EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS Y PATRICIA LILIANA HARO DE LA CRUZ. R: Si les conozco ya que tengo un local de bisutería y la señora era mi vecina, a ella le conozco personalmente desde hace un año y medio aproximadamente y le conocí al señor no en persona sino solo por fotos y referencias de la mencionada señora.-2) Diga el testigo si conoce si los mencionados señores son padre de alguna niña y si es afirmativo dirá sus nombres y apellidos si los conoce? R: si conozco que son padre de una niña cuyos nombres y apellidos son ANDREA JAQUELINE PERALTA HARO., 3) Diga la testigo en la actualidad la niña ANDREA JAQUELINE PERALTA HARO, con quien vive y cual es su domicilio. R: se que la niña vive con su madre señora PATRICIA

LILIANA HARO DE LA CRUZ y la dirección del domicilio es, en el barrio El Pinar 1, Av. Canonico Ramos de la Ciudad de Riobamba.- 4) Diga la testigo si sabe y le consta que tiempo es que el señor EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS, padre de la mencionada niña, ya no vive con ella.- R. ya ha de ser mas o menos hace más de año y medio de lo que yo sé, por lo que yo me puse el local de bisutería al señor ya no le e visto. MAYRA KARINA ANDRADE CARVAJAL, con CC 0604025166, pap votación 128-0001, de 21 años de edad, domiciliada en esta ciudad de Riobamba , en la Av. 11 de Noviembre y Canonico Ramos, de estado civil unión libre, de religión católica, de ocupación estudiante, quien responderá a las preguntas que la parte actora en forma oral le va a realizar las misma que serán calificadas previamente como constitucionales y legales, quien luego de las explicaciones sobre las penas de perjurio y sobre la obligación que tiene de decir la verdad a lo que se la va a preguntar, luego del juramento de Ley respectivo dice. 1) Conoce usted a los señores EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS Y PATRICIA LILIANA HARO DE LA CRUZ. R: si les conozco desde que Vivian en España esto es hace unos ocho años, pues yo vivía en España yo vivía cerca de ellos.-2) Diga la testigo si conoce si los mencionados señores son padre de alguna niña y si es afirmativo dirá sus nombres y apellidos si los conoce? R: si conozco que son padre de una niña cuyos nombres y apellidos son ANDREA JAQUELINE PEARLTA HARO.- 3) Diga la testigo en la actualidad la niña ANDREA JAQUELINE PERALTA HARO, con quien vive y cuál es su domicilio. R: se que la niña vive con su madre señora PATRICIA LILIANA HARO DE LA CRUZ y la dirección del domicilio es, en el barrio El Pinar 1, Av. Canonico Ramos de la Ciudad de Riobamba.- 4) Diga la testigo si sabe y le consta que tiempo es que el señor EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS, padre de la mencionada niña, ya no vive con ella.- R. desde que Patricia vive aquí en Ecuador, no se el tiempo exacto pero es más de un año. 4) que se tome en cuenta los certificados emitidos por la Directora Comercial de la empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Riobamba y certificado emitido por el director del Consejo Nacional de Telecomunicaciones de Chimborazo, los que consta fs. 51 y 41.- En cumplimiento con lo dispuesto en los Art. 60,106 Inc. Final y 291 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en concordancia con el Art 44 y siguientes de la Constitución de la República y toda vez que se halla presente la niña ANDREA JACQUELINE PERALTA HARO, No se revisa la prueba de la parte demandada por cuanto no ha comparecido a juicio y no anunciado ninguna.- Posteriormente la parte actora emitió sus alegatos en la que se ratifica en sus pretensiones iniciales- CUARTO.- revisada la prueba de las partes, a favor de la actora se desprende: 1) En cuanto a los informes presentados por el equipo técnico del juzgado a mi cargo el Doctor Jaime Flores, supervisor medico de esta Unidad, concluye que desde Junio del 2014 la niña se encuentra bajo la tutela de la madre Patricia Lliana Haro de la Cruz y recomienda que se debe valorar la opinión de la esto con la finalidad de precautelar el bienestar físico de la misma.- Tanto la doctora Maria Tersa Vallejo como la doctora blanca Orozco trabajadora social y supervisora educadora Respectivamente de la Unidad, recomienda que por el bienestar de la niña se procesa a dar paso a lo solicitado por la parte

actora, es decir que en cuanto a la privación a la patria potestad del padre de la niña.- En cuanto a las declaraciones testimoniales, la misma resulta concordables entre si, desprendiéndose principalmente que la niña vive actualmente con su madre en esta Ciudad de Riobamba y es ella quien únicamente le provee de lo necesario para su bienestar, que desconoce el domicilio actual del demandado, quien además no vive con la niña desde hace un año atrás.-En cuanto a la prueba documental revisada, documentos de fs. 41y 51, se justifican las diligencias que ha realizado la parte actora para tratar de ubicar el domicilio actual del demandado, lo que no ha sido posible.- En la audiencia Reservada en el cumplimiento con lo dispuesto en los Art 60,106 Inc. Final en relación con el art.291 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, en concordancia con el art.44 y siguientes de la constitución de la República, la niña ANDREA en forma resumida manifiesta encontrarse viviendo con su madre quien es la que le da amor y todo lo que necesita, además se halla estudiando además de eso dice que es con ella con quien quiere seguir viviendo y que ha su padre no le ve desde hace mucho tiempo y que ni siquiera la llama por teléfono, lo que corrobora tanto lo recomendado por los miembros del quipo técnico como el contenido de las declaraciones testimoniales.

*En base a lo argumentado en el considerando CUARTO, esta autoridad sin mas análisis que realizar, acogiendo lo recomendado por los miembros del equipo técnico, cuyos informes tienen el carácter de prueba pericial según el Art.260, Inc. Segundo. del Código de la materia, siendo el deber primordial de esta autoridad, tomar las decisiones que mas convengan al normal desarrollo psíquico y físico de los niños, niñas y adolescentes, **RESUELVE aceptar la demanda de PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD presentada por a señora PATRICIA LILIANA HARO DE LA CRUZ, en contra del señor EDUARDO ALBERTO PERALTA VARGAS,** suponiendo por tanto la privación de la misma en cuanto al demandado en relación a su hija ANDREA JACQUELINE PERALTA HARO debiendo quedar bajo el amparo y protección de la mencionada actora.- Resolución que dicta al amparo de los que establece los Art.11,12,113 Nº 5 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 44 y siguientes de la Constitución de la República, con el trámite contemplado en el art.271y siguientes del mencionado código de la materia.- A petición expresa de la parte actora se declara la rebeldía en que ha incurrido la parte demandada al no haber comparecido tanto a la audiencia de conciliación como a la de prueba pese haber estado citado.-*