



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**Aplicación de la acción judicial de privación de patria  
potestad**

**AUTOR:**

**Rosado Vera, Alex Alberto**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA  
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TUTOR:**

**Benavides Verdesoto, Ricky Jack, Abg.**

**Guayaquil, Ecuador**

**28 de agosto del 2020**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **ROSADO VERA, ALEX ALBERTO**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

**TUTOR:**

f. \_\_\_\_\_  
**Benavides Verdesoto, Ricky Jack**

**DIRECTORA DE LA CARRERA:**

f. \_\_\_\_\_  
**Lynch Fernández, María Isabel, Mgs.**

**Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2020**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **ROSADO VERA, ALEX ALBERTO**

### **DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación: “**Aplicación de la acción judicial de privación de patria potestad**”, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2020**

### **EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_  
**Rosado Vera, Alex Alberto**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **AUTORIZACIÓN**

Yo, **ROSADO VERA, ALEX ALBERTO**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **“Aplicación de la acción judicial de privación de patria potestad**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2020**

**EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_  
**Rosado Vera, Alex Alberto**

# URKUND

The screenshot shows the URKUND interface. On the left, there is a sidebar with document details: 'Documento: Tesis Alex Rosado, Tutor Dr. Benavides.doc (D77686023)', 'Presentado: 2020-08-11 16:51 (-05:00)', 'Presentado por: maritzareynosodewright@gmail.com', 'Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.urkund.com', and 'Mensaje: Tesis Alex Rosado, Tutor Dr. Benavides. [Mostrar el mensaje completo](#)'. Below this, a yellow highlight indicates '1% de estas 16 páginas, se componen de texto presente en 3 fuentes.' On the right, there is a 'Lista de fuentes' table with columns 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The table lists three sources: a URL from docplayer.es, 'TESIS FINAL MICAELA CARRILLO.docx', and 'Tesis finalizada Katherin Lata Capítulos extras corregido.docx'. Below the table are sections for 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas'. At the bottom, there is a navigation bar with icons for search, back, forward, and a status bar showing '0 Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

## EL AUTOR:

f. \_\_\_\_\_  
**Rosado Vera, Alex Alberto**

## TUTOR:

f. \_\_\_\_\_  
**Benavides Verdesoto, Ricky Jack**

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por darme la oportunidad de llegar a esta etapa de mi vida y permitirme cumplir con mis objetivos.

Agradezco a mis padres, por siempre apoyarme e impulsarme a alcanzar mis metas y ser incondicionales. Por todo el esfuerzo y sacrificio, por sus enseñanzas y valores inculcados, por ser mis guías en este camino.

A mi hermana Vanessa, por ser mi compañía, mi inspiración y mi modelo a seguir.

A las abogadas Karin Secaira Kuffó y María Consuelo Espinoza Mateus, por ser mis mentoras y formadoras en el mundo del derecho.

Agradezco expresamente a los profesores Ricky Benavides, Luis Cabezas-Klaere, Johnny de la Pared, Carlos de Tomaso, Xavier Cuadros y Ernesto Salcedo, por ser los mejores maestros que tuve en mi paso por las aulas universitarias.

*\*En memoria del padre Henry Joselito Gallardo Orellana,  
maestro, profesor y amigo, víctima de la pandemia COVID-19,  
mientras escribía el presente trabajo.*



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**MGS. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO**  
DECANO

f. \_\_\_\_\_

**MARITZA GINETTE REYNOSO GAUTE**  
COORDINADORA DEL ÁREA

f. \_\_\_\_\_

**MARICRUZ DEL ROCÍO MOLINEROS TOASA**

## OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Jurisprudencia  
**Carrera:** Derecho  
**Periodo:** UTE A 2020  
**Fecha:** 28 de agosto de 2020

## ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **“Aplicación de la acción judicial de Privación de Patria Potestad”** elaborado por la/el estudiante **Rosado Vera, Alex Alberto**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ SOBRE DIEZ (10/10)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

## TUTOR

f. \_\_\_\_\_

**Benavides Verdesoto, Ricky Jack**



# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>X</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>XI</b>
<b>Capítulo 1</b> .....	<b>2</b>
1.1 Antecedentes de la Patria Potestad:.....	2
1.2 Definiciones: .....	3
1.3 Concepto de la Patria Potestad .....	5
1.4 Suspensión, Limitación y Privación de Patria Potestad .....	6
1.5 Diligencias Preparatorias respecto a la Privación de Patria Potestad: .....	8
<b>Capítulo 2</b> .....	<b>11</b>
2.1 Problema Jurídico:.....	11
2.2 Hipótesis y posible solución: .....	16
<b>Conclusiones:</b> .....	<b>19</b>
<b>Recomendaciones:</b> .....	<b>21</b>
<b>REFERENCIAS (o BIBLIOGRAFÍA)</b> .....	<b>22</b>

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo resolver un problema jurídico procesal en materia de menores, dentro de la legislación ecuatoriana. Se analiza respecto de una incompatibilidad de normas sustantivas y adjetivas en la acción de privación de patria potestad, así como su incorrecta aplicación e interpretación por parte de los jueces especializados en la materia. Para poder resolver este problema, fue necesario analizar en el primer capítulo, las nociones y conceptos de la legislación ecuatoriana respecto a esta figura y la relación legal entre padres e hijos, teniendo en cuenta el principio constitucional del interés superior del menor. En el segundo capítulo se expone acerca de las normas contradictorias, la impertinencia de diligencias preparatorias, así como la disparidad de criterios de los pronunciamientos judiciales sobre este mismo conflicto normativo. Finalmente, como conclusiones y recomendaciones, se propone una solución basada en derecho acerca de la mejor manera de resolver este problema jurídico, a la luz de principios constitucionales y mediante reformas a la ley.

### ***Palabras Claves:***

Privación de patria potestad, interés superior del menor, diligencias preparatorias, incompatibilidad de normas.

## **ABSTRACT**

The present paper aims to solve a procedural legal problem in matters of minors, within Ecuadorian legislation. It analyses an inconsistency problem of substantive and adjective rules in the action for deprivation of custody, as well as their incorrect application and interpretation by specialized judges in the matter. In order to solve this problem, it was necessary and pertinent to analyze in the first chapter the notions and concepts of Ecuadorian legislation with respect to this legal figure and the legal relationship between parents and children, considering the constitutional principle of the best interests of the child. The second chapter sets out on conflicting rules, the impertinence of preparatory proceedings, as well as the disparity of criteria from judicial pronouncements on this same legal conflict. Finally, as conclusions and recommendations, a legally based solution is proposed on how best to solve this legal problem, in the light of constitutional principles and through reforms to the law.

***Keywords:***

Deprivation of custody, best interests of the child, preparatory proceedings, rules inconsistency.

# DESARROLLO

## Capítulo 1

### 1.1 Antecedentes de la Patria Potestad:

La figura de la patria potestad tiene sus orígenes históricos en el derecho romano, la cual era conocida como *patria potestas*, término que traducido del latín significa autoridad paterna. Este rol era ejercido por el *pater familias*, el cual tenía mucho poder e influencia sobre sus hijos, incluso sobre su vida, además de la capacidad de alquilar hijos, venderlos, disponer de sus bienes, así como de juzgar y condenarlos a muerte. Desde esta época ha ido evolucionando esta institución jurídica y a lo largo del tiempo se fueron atenuando los poderes que tenían los padres sobre sus hijos, e incluso llegaron a castigarse y prohibirse ciertos abusos. La concepción de la patria potestad pasó de ser el derecho y la obligación del padre, a reconocer los derechos de los menores y protegerlos. (Borda, 1960)

Esta institución ha evolucionado de tal forma que, en tiempos modernos, las madres ya son capaces de ejercer la patria potestad sobre sus hijos. El derecho y protección también se extendió a hijos nacidos fuera de matrimonio y así mismo, uno de los cambios más notorios es la temporalidad de esta figura, ya que la patria potestad romana tenía carácter vitalicio, mientras que en el derecho moderno es temporal, hasta que el menor alcance la mayoría de edad. (Meza Barros, 1979)

Ya entre los siglos XIX y XX, la figura de la patria potestad logró establecerse dentro de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, en su mayoría dentro de una codificación específica sobre el derecho de menores. La expedición del Código del Niño en Uruguay en el año 1934 marca un antes y un después en el derecho de menores en la

región, ya que contempla las primeras nociones principales de los derechos que tienen los menores de edad por su condición como tal, sirviendo como ejemplo y modelo de los demás países, entre ellos el Ecuador. (Saltos, 2007)

A partir del primer código civil ecuatoriano, expedido en el año 1859, se comenzaron a dar las primeras nociones sobre la patria potestad, definiciones y relaciones jurídicas entre padres e hijos que eran establecidas en la ley, como la crianza y educación, sin embargo había una fuerte diferencia entre los hijos concebidos dentro de matrimonio e hijos fuera de matrimonio, en esa época además, la autoridad eclesiástica tenía mucha influencia en el derecho civil y sobre todo en los efectos civiles que surgían de un matrimonio en cuanto a hijos. En el Ecuador, a su vez, fue evolucionando esta figura jurídica en los diferentes códigos civiles que se fueron expidiendo, restándole más facultades a los padres, implicando más a las madres en el rol de la patria potestad y alejándose de cierta forma de las normas eclesiásticas. (Plaza de García, 1992)

## **1.2 Definiciones:**

Actualmente, dentro de la legislación ecuatoriana podemos encontrar dos normativas relacionadas directamente con la patria potestad, inicialmente en el Código Civil como normativa base, que trataba y regulaba todos los temas del derecho de Familia y Niñez, antes de la expedición de normativas exclusivas a menores. En segundo lugar, está el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que acumuló todo lo referente a esta materia, sin embargo, se complementa con lo que todavía se mantiene en el Código Civil.

El *Código Civil* (2005) cuerpo normativo por excelencia, que contempla la figura de la patria potestad desde hace muchos años, la define en su artículo 283 primer inciso como “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados”.

Esta definición parece un poco limitada y desactualizada hoy en día, por lo cual, se han ido incorporando particularidades a la patria potestad, en parte por el constitucionalismo adoptado por el Ecuador en el 2008 y la evolución y progresividad de los derechos, tal es así, que el artículo 105 del *Código de la Niñez y Adolescencia* (2003) amplía y actualiza esta definición, pues señala que “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”.

Se puede apreciar fácilmente que la definición del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es un complemento a la que establece el Código Civil, ya que menciona que la patria potestad no es solo el conjunto de derechos, sino que establece ciertas obligaciones que igualmente los padres deben de cumplir.

En el ejercicio de la Patria Potestad, como es evidente, intervienen dos clases de sujetos: el primero, quien está obligado a ejercerlo que son los padres; el segundo quien es objeto de tal ejercicio, sobre quien caen los derechos, que son los menores o hijos reconocidos (matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos). Entre ambos sujetos se establece una interrelación de derechos y obligaciones cuyo cumplimiento hace posible la estabilidad integral del hogar. Son deberes y derechos personales de los padres el cuidar de los hijos, el velar por los alimentos indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidades de la familia; educación, corrección moderada, y aprovechamiento de servicios, que permita inculcar en los hijos el hábito íntegro, incentivar a los principios del trabajo y a las labores del hogar, fomentar en el menor los principios y valores principales del ser humano para un buen desarrollo en su crecimiento, entre otras.

Así mismo, los hijos también tienen deberes fundamentales que cumplir dentro de esta relación con sus padres, entre los cuales se pueden encontrar el de “mantener un comportamiento responsable y respetuoso, asistir ayuda o socorrer a sus progenitores cuando estos lo necesiten, colaborar con las tareas del hogar, así como no abandonar el hogar de sus progenitores”, tal como lo ordena el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en su artículo 103.

### **1.3 Concepto de la Patria Potestad**

Después de recopilar y analizar las diferentes definiciones sobre la patria potestad, se la podría definir mejor como un vínculo o relación jurídica que se crea *ipso iure* por la filiación entre los padres con sus hijos, del que nacen derechos, deberes y obligaciones, de carácter legal y constitucional, necesarios para el adecuado desarrollo de los menores, hasta alcanzar la adultez o la emancipación. Junto a esta definición, no se puede excluir el principio constitucional de que el interés superior del menor goza de interpretación favorable frente a otros derechos constitucionales, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 44, inciso 1 *in fine* “se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”.

Si bien la patria potestad es muy importante, al ser clave para garantizar el bienestar de los menores y de la familia, como núcleo esencial de la sociedad, esta figura jurídica es más un reconocimiento y protección de derechos y en menor medida, una necesidad práctica en la sociedad.

La utilidad práctica de la patria potestad se ve muy limitada a casos concretos, siendo esta estrictamente necesaria para temas de salidas del país de un menor con solo uno de sus progenitores o sin ninguno de ellos. Con menor rigurosidad, pero importante también, la utilidad de la patria

potestad se la puede encontrar para decisiones de los padres en cuanto a la salud y educación de sus hijos, como hospitalizaciones o ingresos y cambios de institutos educativos. Por esto, puedo concluir de igual manera, que la patria potestad es un poder de decisión que tienen los padres sobre sus hijos, siempre velando por lo más beneficioso para el menor, siendo esto un deber de responsabilidad por parte de los padres.

#### **1.4 Suspensión, Limitación y Privación de Patria Potestad**

Con las normas actuales, los padres y demás legitimados activos que establece la ley, tienen derecho de acción contra el otro progenitor que también ostente y comparta el ejercicio de la patria potestad, con las acciones judiciales de suspensión, limitación y privación de la misma. Cada acción tiene sus respectivas causales que las motivan, pero con el único objetivo de que el menor no se vea involucrado o afectado en un mal manejo de la crianza y educación por parte de uno o de ambos de sus padres y que los derechos que los menores tengan, se sigan cumpliendo y desarrollando de la mejor forma.

La suspensión de la patria potestad tiene previstas seis causales en la ley para poder ser activada y alegada ante juez competente. Estas causales van orientadas a conductas de unos de los progenitores que, de probarse, evidenciarían una falta de cuidado y diligencia en su rol de buen progenitor o padre de familia. La mayoría de estas causales prevén situaciones que no afectan al menor de una manera directa, pero que sí podrían influir negativamente en la crianza, formación y educación del menor, tales como la interdicción, privación de libertad o alcoholismo de uno de los progenitores. Una vez superadas estas causales, el padre suspendido, podrá solicitar la restitución de la patria potestad.



La privación de la patria potestad, por otro lado, contempla conductas más graves que la suspensión. Analizando estas conductas, en todas hay una afectación o vulneración directa de uno de los progenitores al menor, incluso se encuentran conductas que son catalogadas como delitos por el Código Orgánico Integral Penal, como el maltrato físico o psicológico, abuso y explotación sexual y permitir o inducir la mendicidad. Tras haber sido privado de la patria potestad, es muy difícil para el progenitor lograr que se le restituya, dependiendo de la causal, sin embargo, si las circunstancias lo ameritan, la ley permite que también se pueda restituir la patria potestad después de haber sido privada de ella.

La limitación de la patria potestad, en cambio, es una figura legal que se la concibe de una forma diferente a la suspensión y privación. La limitación no contempla causales en la ley, así como las otras figuras ya mencionadas y va orientada a restringir una o más funciones que la patria potestad les otorga a los progenitores. Esta figura queda más a discreción y decisión del juez, siendo posible que se pueda sustituir la suspensión o privación por una limitación, si así lo considera pertinente el juez.

Una vez analizadas las figuras relacionadas a la patria potestad, me es pertinente profundizar en la figura y acción judicial de la privación o pérdida de la patria potestad. Es precisamente la privación de la patria potestad, una acción dirigida a evitar continuar el poner en peligro a un menor, el cual, según las causales, ya ha sido expuesto a una situación de detrimento. De las siete causales establecidas para esta figura, solo tres no son catalogadas como delito por el Código Orgánico Integral Penal, las cuales son la interdicción por demencia del progenitor, la falta de interés en el menor por más de seis meses y el incumplimiento grave o reiterado de los deberes por ostentar la patria potestad. Estas conductas, si bien no constituyen delitos, si tienen una afectación directa en el menor, al no tener el mínimo cuidado o atención que requiere la crianza de los menores.

Tomando en cuenta las siete causales, en el caso de que se pruebe y se configure el delito en las causales respectivas, mas la causal de interdicción por demencia del progenitor, las únicas causales de privación que podrían ser susceptibles de restitución sería la falta de interés y el incumplimiento reiterado de los deberes de la patria potestad. Por esta razón, el recuperar la patria potestad después de haber sido privado de ella es muy difícil y evidencia una gravedad mucho mayor respecto a la suspensión o limitación.

Específicamente, la causal de manifiesta falta de interés de mantener relaciones parentales por más de seis meses, es la menos dañina y perjudicial al menor, causal que hasta podría ser catalogada y considerada menos perjudicial que algunas causales previstas incluso en la figura de la suspensión de patria potestad, como el maltrato, el alcoholismo o narco dependencia y la incitación a que el menor atente contra su integridad física o moral.

### **1.5 Diligencias Preparatorias respecto a la Privación de Patria Potestad:**

Antes de entrar al siguiente capítulo, me es oportuno analizar respecto a la figura legal de las diligencias preparatorias, debido a que, de entre las siete causales para privar la patria potestad, la causal quinta, precisamente la de manifiesta falta de interés de mantener relaciones parentales por más de seis meses, requiere de diligencias procesales previas, a parte de su tramitación normal.

Es de esta forma que para poder aplicar y hacer uso judicial de la presente causal, es necesario analizar el trámite referente a las diligencias preparatorias previstas en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estas diligencias pre-procesales, se dividen en dos, las cuáles son las Diligencias Preparatorias, como tal y la de Providencias Preventivas.

Sin embargo, la que interesa en esta investigación es el análisis de las Diligencias Preparatorias.

Este tipo de diligencias prevé dos situaciones, ya sea para completar la legitimación activa o pasiva de las partes, para el proceso futuro o para adelantar la práctica de una prueba urgente. Las diligencias preparatorias tienen la intención de que haya un adecuado acceso al derecho a la defensa para casos específicos y que este sea más efectivo, con objetivos de un proceso ágil y con celeridad. Sin embargo, en los artículos referentes al Título de Diligencias Preparatorias, se puede apreciar que hay requisitos que en realidad hacen que este proceso previo sí se demore, al ser necesaria la presentación de una demanda formal, como en un proceso normal, la respectiva calificación, así cómo la práctica de la citación, lo cual demora muchos días en el sistema procesal ecuatoriano y la posible contestación con oposición de la misma.

Este no es el único problema a raíz de las diligencias preparatorias. A parte de que el trámite requiere de ciertas formalidades con diligencias y términos por cumplir, se le hace conocer a la contraparte, de que en el futuro se la va a demandar, siendo esto muy beneficioso para el demandado, cuando ya se tramite el proceso principal. De esta manera, el demandado tendrá más tiempo para preparar sus excepciones, y de cambiar en lo posible los hechos, en perjuicio de la parte actora.

A pesar de los inconvenientes que presentan las diligencias preparatorias en la práctica del ejercicio del derecho, hay procesos en materia de menores que requieren de este tipo de diligencias, afectando de cierta manera la celeridad que debería primar en protección de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, por la naturaleza de los procesos en materia de menores, los hechos son muy fáciles de alterar y al tener la parte demanda conocimientos de que se la demandará en el futuro, es igual de fácil que

pueda causar un perjuicio a la parte actora, ya sea en manipulación de hechos o de pruebas, lo cual a futuro daría como resultado una sentencia que no precisamente garantice lo óptimo para el menor en disputa.

La intención de las diligencias es muy necesaria, sin embargo, el exceso de formalidades y tiempo que toma el poder realizarlas, no las hacen muy atractivas y favorables a la hora de acudir a la justicia, en especial en temas de niñez y adolescencia.

## Capítulo 2

### 2.1 Problema Jurídico:

Una vez analizadas las instituciones jurídicas de la patria potestad y de las diligencias preparatoria, se puede apreciar que dentro de la legislación ecuatoriana se encuentran diferentes problemas jurídicos que dificultan la interpretación y la aplicación de las normas en la presente materia. Para poder explicar los problemas, citaré los artículos en cuestión.

Por un lado, el artículo 270 inciso cuarto del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA), establece una disposición especial que dice lo siguiente:

“A la demanda de privación de la patria potestad por ausencia injustificada del padre, madre o ambos, según corresponda, deberá acompañarse copia certificada del proceso de investigación policial y social y su omisión es causa de nulidad del juicio.” (2003)

De este inciso se pueden extraer dos conclusiones importantes:

- Para la sustanciación del proceso de patria potestad, dentro de esa causal, se necesita previamente una investigación policial y social, la cual debería ser obtenida mediante una diligencia preparatoria.
- La única causal de privación de patria potestad que requiere esta diligencia preparatoria es la ausencia injustificada de padre, madre o ambos, según corresponda.

En referencia con el primer punto, en cuanto a la diligencia preparatoria, esta institución se encuadra a lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), dentro del Título II referente a las

diligencias preparatorias, en su artículo 120 numeral 1, que prevé lo siguiente:

“Art. 120.- Aplicación. - Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de:

1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal.” (2016)

Tal como lo determina el artículo 270 inciso cuarto del CONA, la diligencia preparatoria que exige para la sustanciación del proceso va orientada para completar la legitimación activa de la parte en el futuro proceso de privación de patria potestad, siendo además el mismo juez que conozca tanto la diligencia preparatoria como el proceso principal.

Un primer gran problema que se puede encontrar, es en referencia al segundo punto, en cuanto a la causal de la privación de patria potestad que exige la diligencia preparatoria, la cual según el artículo 270 inciso cuarto del CONA es: “la ausencia injustificada de padre, madre o ambos, según corresponda.” Sin embargo, si nos remitimos al artículo referente a la privación de la patria potestad, nos podremos percatar que tal causal que expresa el artículo 270 inciso cuarto, no existe, puesto que no está prevista en las causales de privación establecidas en el artículo 113 del CONA, tal como podemos ver a continuación:

*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.” (2003)*

Muy aparte de esto, la causal de privación que establece el artículo 270 inciso cuarto del CONA, se asemeja o se acerca más a la causal primera de suspensión de patria potestad, la cual es una acción diferente a la de privación, tal como se analizó en el capítulo anterior, sin embargo, esta causal tampoco es exacta a como la prevé la normativa especial, esta causal de suspensión está prevista en el artículo 112 del CONA y dice lo siguiente:

*Art. 112.- “Suspensión de la patria potestad. - La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:*

- 1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;” (2003)*

Por lo antes expuesto, se puede apreciar que el legislador no tuvo la previsión de establecer la acción judicial ni la causal específica que requiera la diligencia preparatoria para completar la legitimación activa, siendo necesario que se presente copia certificada del proceso de investigación

policial y social al momento de presentar la demanda, por una causal que no está exactamente definida y se presta para diferentes interpretaciones.

Este problema jurídico no se queda ahí, pues ya ha generado inseguridad jurídica grave dentro del ejercicio judicial.

Al no haber cosa juzgada material en procesos de Niñez y Adolescencia, por la naturaleza del tema, este tipo de casos no llegan vía recurso de casación a la Corte Nacional de Justicia, por lo que la imposibilidad de que haya jurisprudencia sobre el tema es un problema, siendo de esta forma las Salas de Apelación de Corte Provincial las llamadas a sentar precedentes y criterios jurídicos en esta materia. Sin embargo, al no ser criterios vinculantes a nivel nacional, se puede tener diferentes apreciaciones y criterios, siendo todos de igual jerarquía. Tal es el caso que, dentro de la misma Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la provincia del Guayas, hay dos criterios diferentes sobre este mismo problema.

Un tribunal de esta Sala, conformada por los jueces Lenin Zeballos, Mauricio Suárez y Rocío Córdova, dentro de la causa 09201-2014-3864 en sentencia de apelación, resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de calificación de una demanda de suspensión de patria potestad, basándose en el artículo 270 inciso 4, debido a que:

“...el artículo 270 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe de manera taxativa frente a la pretensión de limitar la patria potestad de un progenitor por el supuesto jurídico de ausencia injustificadas por más de seis meses...la Sala considera que el incumplimiento de acompañar la investigación policial y social a la demanda, origina que de acuerdo a la normativa del artículo 270 del Código de la Niñez y



Adolescencia, produzca nulidad de la causa que se esté juzgando, anula el proceso” (Resolución, 2014)

Analizando esta sentencia de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores del Guayas, emitida el 29 de septiembre de 2014, es de gran notoriedad ver que en un proceso de suspensión de patria potestad, se tome en cuenta las disposiciones del artículo 270, cuando este se refiere solo a privación de patria potestad. Pero lo que resulta más curioso, es que en la motivación se refiera a limitación de patria potestad. Esta sentencia, lo único que logra es confundir y agravar el problema de incompatibilidad de normas existente. Lo único interesante que se puede extraer de esta sentencia, es que se presume que la Sala desvirtúa la acción de privación y asume que la acción correcta a la que se refiere el artículo 270 es la de disolución de patria potestad, ya que toma en cuenta el fondo de la causal a la que se refiere el artículo. Sin embargo, este criterio no es el único.

Otro tribunal de la misma Sala, conformada por los jueces Lenin Zeballos, Ricardo Jiménez y Rocío Córdova, repitiéndose dos de los tres jueces que conocieron el anterior proceso del 2014, dentro de la causa 09333-2016-00496 de privación de patria potestad, resuelven aceptar el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia, en la cual la jueza *a quo* desechó la demanda, estableciendo como criterio que:

“... el artículo 270 del Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra contenido dentro de la Sección Primera, Capítulo IV del Título X del Libro III del Código de la Niñez y Adolescencia, sección relativa a las normas especiales para la investigación de la Policía y Oficina Técnica y, específicamente, dicha norma materia de estudio, trata la reinserción del niño o adolescente en su familia biológica y que contiene además un procedimiento específico para la privación de la

patria potestad cuando no se pueda ubicar al padre o madre o ambos para declararse la adoptabilidad del niño o adolescente... Este proceso se funda en el Art. 113 numeral 5 del CNA que trata sobre la falta de interés del padre en mantener con el hijo relaciones parentales indispensables para el desarrollo por un tiempo mayor a seis meses. A este tenor, la norma del Art. 270 del CNA establece que se requerirá el mencionado informe policial y social cuando exista ausencia injustificada del padre o madre o ambos, por tanto, no es necesario que la documentación requerida sea adjuntada a la demanda por cuanto no se ha alegado la ausencia injustificada del padre sino mas bien una presunta falta de interés de éste para mantener relaciones parentales con su hijo". (Acepta Recurso de Apelación, 2016)

Lo que resulta peculiar, es que dos de los tres jueces redactaron una sentencia muy contradictoria con apenas dos años de diferencia, siendo el mismo juez ponente en ambos casos y en base a los mismos artículos de la ley. ¿Es posible que los mismos jueces se contradigan de una forma tan rotunda sobre un mismo tema? ¿Por qué en ambos casos establecen criterios diferentes? ¿Cómo es posible que exista una inseguridad jurídica tan evidente?

## **2.2 Hipótesis y posible solución:**

Si bien, cada caso de Niñez y Adolescencia es diferente y por más que se tramiten procesos similares, los hechos nunca serán iguales, la primera sentencia mencionada no tiene una mayor motivación sobre la decisión respecto a los hechos. En cambio, la segunda sentencia motiva mejor su decisión y toma en cuenta que la disposición del artículo 270 inciso 4, forma parte del título Normas especiales para la investigación de la Policía y Oficina Técnica, y específicamente el artículo 270 en general, va enfocado a

la reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica y en relación con su adoptabilidad, además de analizar concretamente entre ausencia justificada referente a la suspensión y falta de interés en mantener relaciones parentales, la cual es causal de la privación y a su vez es alegada en el segundo proceso. A parte de esto, la motivación de la segunda sentencia tiene mucho sentido, ya que si va enfocada hacia la adoptabilidad, esta solo se puede obtener de una sentencia que haya privado la patria potestad, lo cual no es posible si se tratare de una suspensión, tal como lo menciona la sentencia del año 2014. Esto la convierte en una sentencia más apegada a derecho y correcta motivación. Pero, ¿por qué esta motivación de la sentencia del 2016 no se dio en el primer caso del 2014?

Así mismo, este segundo tribunal al final de la sentencia hace un severo llamado de atención a la jueza *a quo* “*por su falta de análisis mínimo de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos...a efectos de evitar la denegación expresa del acceso a la justicia como en el presente caso*” (Aceptar Recurso de Apelación, 2016).

A pesar de que las dos sentencias sean contradictorias, ambos criterios tienen la misma jerarquía y no se puede establecer un único criterio vinculante. A parte de esto, pudieran existir muchos otros criterios, tanto de la misma Sala compuesta por otros tribunales, como de las diferentes Salas que conozcan procesos de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del resto de las cortes provinciales a nivel nacional, siendo esta situación una grave afectación a la seguridad jurídica en todo el Ecuador en esta materia, debiéndose establecerse un solo criterio, ya sea como reforma o interpretación de resolución con fuerza de ley.

Tomando en cuenta lo que menciona la segunda sentencia, tampoco es muy específica la ley en determinar, que el requisito de la investigación es solo para los casos en los que se busque la reinserción del menor, dejando la interpretación de la norma muy abierta todavía, lo cual se presta a confusión

por parte de los abogados en el libre ejercicio. Solo con el hecho de que la ley confunda y establezca una causal que no concuerda con ninguna de las causales de las acciones de patria potestad, genera una inseguridad jurídica y por ende una afectación a los derechos de los menores.

## **Conclusiones:**

Ante la evidente contradicción, tanto en la norma legal, como en los criterios de los jueces de Sala y ante la imposibilidad que los procesos de Niñez y Adolescencia sean resueltos en Casación, lo mas óptimo para corregir esta situación, sería de una reforma legal que incluya y solucione este problema jurídico. Que se determine la causal específica, por la cual se requiera de la investigación policial previa o de no ser posible una reforma legal, debido al tiempo que toma una reforma en la función legislativa, sería muy positivo una resolución con fuerza de ley por parte de la Corte Nacional de Justicia, tal como lo prevé el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial para casos de dudas u oscuridad de la ley, tomando en cuenta la incompatibilidad aquí expuesta y la disparidad de criterios de diferentes jueces, aclarando de tal manera que se establezca un único criterio que pueda brindar seguridad jurídica en esta materia.

Aparte de la especificación de la causal adecuada, la ley no debería solicitar la referida investigación policial como una diligencia preparatoria, sino que debería ordenarse esta diligencia al momento en que la o el juzgador califica la demanda. La razón principal de esta postura, es por la cantidad de tiempo que se pierde con una diligencia preparatoria, siendo una forma de aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, optimizando el interés superior del menor y garantizando sus derechos con una pronta resolución.

Tal como se analizó en el primer capítulo, la causal de manifiesta falta de interés en mantener con los hijos relaciones parentales, es la menos dañina y perjudicial para el menor, sin embargo, solo para esta causal se necesita una investigación de la policía, lo cual es muy incoherente. Si se requiere de una prueba para proceder por esa causal, bastaría con una investigación por parte del personal de la Oficina Técnica de las respectivas Unidades Judiciales, el cual está conformado por trabajadores sociales y psicólogos,

que pueden hacer sin ningún problema este tipo de informes detallando la situación individual del menor como la situación o realidad de la familia, en un tiempo relativamente corto. A parte que, oficiar a la Dirección Nacional de la Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN) y la espera de su respuesta tomaría mucho más tiempo.

## **Recomendaciones:**

Ante los dos posibles escenarios para poder resolver esta incompatibilidad y disparidad de criterios, en caso de que este problema jurídico sea tomado en cuenta para una reforma legal, el inciso cuarto del artículo 270 debería modificarse de la siguiente forma:

“Para la demanda de privación de la patria potestad por 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, según corresponda, deberá solicitarse a la o el juzgador en la demanda que se ordene una investigación social sobre la situación del menor. En la calificación de la demanda, se ordenará y oficiará a la Oficina Técnica de la Unidad Judicial la apertura de la investigación referida. La o el juzgador solo podrá convocar a audiencia, cuando el informe sobre la investigación social se incorpore al proceso. Se velará por los principios del interés superior del menor y el principio de celeridad.”

De no ser posible una reforma, la Corte Nacional de Justicia, debería pronunciarse mediante una resolución con fuerza de ley, con las cuales ya ha resuelto muchos problemas de interpretación de diferentes tipos de normas, incluyendo la de materia procesal, como lo es en este caso, debiendo tomar en cuenta la motivación de la sentencia de Sala del caso 09333-2016-00496, antes mencionado.

## REFERENCIAS

Aceptar Recurso de Apelación, 09333-2016-00469 (Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia del Guayas 29 de septiembre de 2016).

Borda, G. (1960). *Manual de Derecho de Familia* (2a edición ed.). Buenos Aires: Perrot.

Código Civil (24 de junio de 2005). Registro Oficial No.46. Quito, Pichincha, Ecuador.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (3 de enero de 2003). Quito, Pichincha, Ecuador.

Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo de 2016). Quito, Pichincha, Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Registro Oficial No.449. Montecristi, Manabí, Ecuador.

Meza Barros, R. (1979). *Manual de Derecho de la Familia* (Vol. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Plaza de García, N. (22 de septiembre de 1992). La Patria Potestad y su Evolución en el Sistema Civil Ecuatoriano. *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*(6), 137-151.

Resolución, 09201-2014-3864 (Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas 29 de 09 de 2014).



Saltos, E. R. (2007). *El Derecho Especial de Menores y el Código de la Niñez y Adolescencia*. Guayaquil: Biblioteca Jurídica.



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Rosado Vera, Alex Alberto**, con C.C: # 0919918821 autor del trabajo de titulación: **Aplicación de la acción judicial de privación de patria potestad**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 28 de agosto del 2020

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Rosado Vera, Alex Alberto**

C.C: **0919918821**



<b>REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA</b>			
<b>FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN</b>			
<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	Aplicación de la acción judicial de privación de patria potestad.		
<b>AUTOR(ES)</b>	Alex Alberto, Rosado Vera		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Ricky Jack, Benavides Verdesoto		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TÍTULO OBTENIDO:</b>	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	28 de agosto del 2020	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	23
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Procesal Civil, Derecho de Niñez y Adolescencia, Derecho Civil		
<b>PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:</b>	Privación de patria potestad, interés superior del menor, diligencias preparatorias, incompatibilidad de normas.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>El presente trabajo de titulación tiene como objetivo resolver un problema jurídico procesal en materia de menores, dentro de la legislación ecuatoriana. Se analiza respecto de una incompatibilidad de normas sustantivas y adjetivas en la acción de privación de patria potestad, así como su incorrecta aplicación e interpretación por parte de los jueces especializados en la materia. Para poder resolver este problema, fue necesario analizar en el primer capítulo, las nociones y conceptos de la legislación ecuatoriana respecto a esta figura y la relación legal entre padres e hijos, teniendo en cuenta el principio constitucional del interés superior del menor. En el segundo capítulo se expone acerca de las normas contradictorias, la impertinencia de diligencias preparatorias, así como la disparidad de criterios de los pronunciamientos judiciales sobre este mismo conflicto normativo. Finalmente, como conclusiones y recomendaciones, se propone una solución basada en derecho acerca de la mejor manera de resolver este problema jurídico, a la luz de principios constitucionales y mediante reformas a la ley.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593-4-939081561	<b>E-mail:</b> alexrosado1@hotmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):</b>	<b>Nombre:</b> Maritza Ginette Reynoso Gaute		
	<b>Teléfono:</b> +593-4-994602774		
	<b>E-mail:</b> maritzareynosodewright@gmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			