

ppi 201502ZU4645

Esta publicación científica en formato digital es continuidad de la revista impresa
ISSN-Versión Impresa 0798-1406 / ISSN-Versión on line 2542-3185 Depósito legal pp
197402ZU34

CUESTIONES POLÍTICAS

Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público "Dr. Humberto J. La Roche"
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia
Maracaibo, Venezuela



Vol.41

Nº 78

Julio

Septiembre

2023

Una perspectiva de la patria potestad en América Latina: Especial referencia al caso ecuatoriano

DOI: <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4178.54>

*Mayra Roxana Bravo Zambrano**

Resumen

La patria potestad implica, un conjunto de obligaciones, jurídicas y morales, que los padres tienen para con sus hijos y, por tanto, un derecho de protección de la niña, niño y adolescente no emancipado, cuyo único límite es su interés superior. La patria potestad en Colombia se encuentra desarrollada en disposiciones como el Código Civil y el Código de la Infancia y la Adolescencia; en Venezuela esta figura jurídica encuentra normación en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En el caso ecuatoriano, desde el punto de vista legislativo está preceptuada en Código Civil y en el Código de la Niñez y Adolescencia. El trabajo pretende estudiar las disposiciones constitucionales y legales que regulan la patria potestad en Colombia, Venezuela y Ecuador, con mención expresa de este último caso. La investigación fue de tipo documental descriptivo, mediante la aplicación del método analítico. Se concluye que, en el marco de los tres países referidos, la patria potestad juega un papel trascendente en la cohesión y convivencia familiar, pero sobre todo en la garantía del interés superior del niño, y se trata de un conjunto de responsabilidades reconocidas de forma exclusiva a madres y padres.

Palabras clave: patria potestad; interés superior; responsabilidad parental; Ecuador; derecho comparado.

* Abogada. Docente titular de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3202-0538>

A perspective of parental authority in Latin America: special reference to the Ecuadorian case

Abstract

Parental authority implies a set of legal and moral obligations that parents have towards their children and, therefore, a right of protection of the unemancipated child and adolescent, whose only limit is his or her best interest. Parental authority in Colombia is developed in provisions such as the Civil Code and the Code of Childhood and Adolescence; in Venezuela this legal figure is regulated in the Organic Law for the Protection of Children and Adolescents. In the Ecuadorian case, from the legislative point of view, it is precepted in the Civil Code and in the Code of Childhood and Adolescence. The purpose of this work is to study the constitutional and legal provisions that regulate parental authority in Colombia, Venezuela and Ecuador, with express mention of the latter. The research was of a descriptive documentary type, through the application of the analytical method. It is concluded that, in the framework of the three countries referred to, parental authority plays a transcendental role in family cohesion and coexistence, but above all in guaranteeing the best interests of the child, and it is a set of responsibilities recognized exclusively to mothers and fathers.

Keywords: parental authority; best interests; parental responsibility; Ecuador; comparative law.

Introducción

La patria potestad como institución jurídica se encuentra en proceso de redimensión, pues su objetivo central está perfilado en garantizar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y a procurar el desarrollo integral y goce efectivo de sus derechos en un contexto social y familiar, libre, humano, protector y de bienestar.

El Estado, la sociedad y la familia configuran los elementos tripartitos para alcanzar ese objetivo, pero la madre y el padre constituyen el primer escalafón en la adjudicación de responsabilidades para atender de forma prioritaria a las hijas e hijos no emancipados. Los padres deben velar por la alimentación, salud, educación, cuidado y, en general, la calidad de vida de los hijos, todo lo cual se traduce en la denominada patria potestad.

Dada la trascendencia social y familiar de esta institución, la patria potestad se encuentra detalladamente delineada en los instrumentos jurídicos a nivel mundial, y particularmente, en el orden ecuatoriano, mediante el establecimiento de sus concepciones, características, formas de ejercicio, limitaciones y formas de suspensión o restricción. Ello

necesariamente es así, dado que la patria potestad implica la responsabilidad parental en la formación, crianza, cuidado y manutención de los hijos, todos estos considerados aspectos fundamentales para la vida digna y el crecimiento sano de toda niña, niño y adolescente. En otras palabras, pese a su origen etimológico, la patria potestad implica, más que un conjunto de derechos para los padres, un conjunto de obligaciones, jurídicas y morales, que éstos tienen para con sus hijos y, por tanto, un derecho de protección de la niña, niño y adolescente no emancipado cuyo único límite es su interés superior.

A tal fin resulta interesante tener de forma general, una visión o perspectiva de la patria potestad en tres países latinoamericanos, como son Colombia, Venezuela y Ecuador, haciendo mención especial a este último. La patria potestad en Colombia, además de regulaciones propias de la Constitución de 1991, se encuentran desarrolladas en disposiciones como Código Civil de 1873 (con sus posteriores modificaciones), y en el Código de la Infancia y la Adolescencia de 2006; en Venezuela esta figura jurídica encuentra normación en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) de 1998 (y sus correspondientes reformas), y tiene soporte en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. En el caso ecuatoriano, la patria potestad, reconocida como derecho y obligación de los padres, se encuentra regulada, de forma indirecta, en la Constitución de 2008, y desde el punto de vista legislativo está preceptuada en Código Civil (cuya última reforma fue en el año 2019), y en Código de la Niñez y Adolescencia (cuya última reforma data del año 2014).

Por tanto, este trabajo tiene como objetivo general estudiar las disposiciones constitucionales y legales que regulan la patria potestad en Colombia, Venezuela y Ecuador, con mención expresa de este último caso. Para ello, se realiza un estudio de tipo documental descriptivo, mediante la aplicación del método analítico, además se hace mención de forma cualitativa a autores nacionales y extranjeros, y a jurisprudencia pertinente en la temática abordada.

1. Concepciones doctrinales de la Patria Potestad

Las interacciones familiares obedecen a vínculos tradicionales que han pasado por distintos cambios con el paso del tiempo, transformaciones que implican, incluso, diferentes concepciones de familia, pero uno de los nexos que se configuran de manera constante es el que existe entre padres² e hijos³. De este modo, los enfoques doctrinales se han abocado

2 Al hacer referencia al término padres, se incluye tanto el padre como la madre.

3 Cuando se establece la palabra hijos, a los efectos de este manuscrito, significa hijas e hijos sea uno o varios; en todo caso, no emancipados.

a la tarea de establecer criterios que permitan sustentar la dinámica familiar, específicamente entre padres e hijos. Anteriormente, la balanza de derechos se inclinaba a favor de los padres; en la actualidad, los factores determinantes son los que procuran defender los intereses de los hijos.

La figura jurídica que se aborda es la que se conoce como Patria Potestad, entendida como una institución del Derecho que contiene elementos familiares, civiles, sociales, de protección, que regula la relación entre padres e hijos. Desde finales de la década de 1980 tiene su sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), pues se le reconoce prioridad a los derechos que tienen los hijos como sujetos en la dialéctica padre-hijos, con la mencionada Convención se promueven y protegen los derechos de cada una de las infancias, en este caso desde un enfoque familiar.

“La patria potestad es la facultad que tienen solo los padres de velar por las necesidades básicas y dar un ambiente satisfactorio para la crianza de su hijo, además de representar y administrar cada uno de sus bienes” (Suárez-Vega, Guzmán-Delgado, & Ramón-Merchán, 2020, pág. 592), por lo tanto, combina aspectos emocionales y fisiológicos con otros de índole económica, en todo caso el contenido es de bienestar para los hijos. Otra definición doctrinal de la figura jurídica que se analiza es la de Acuña San Martín (2015, págs. 56-57) para quien la patria potestad es:

La función tuitiva que corresponde a los padres respecto de sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal y patrimonial...no se alude a un derecho subjetivo del patriarca familiar o de ambos progenitores, sino a una potestad en sentido técnico.

Ahora bien, la potestad hace referencia un dominio o poder que se tendría de parte de los padres hacia los hijos, conlleva una suerte de subordinación por virtud de la cual los hijos estarían en la obligación de obedecer las directrices de sus padres, situación ésta que enciende las alarmas en los casos que tal sujeción pudiera dar lugar a daños para los hijos, es decir que aunque la patria potestad establece obligaciones para los hijos, ello no es sinónimo de derechos de los padres a ultranza o caprichosos, el ejercicio de la patria potestad tiene como aspecto central el bienestar de los hijos, su prioridad absoluta.

De manera que, las corrientes doctrinales que le dan soporte a la patria potestad desde una perspectiva patriarcal se transforman y conllevan a establecer que la relación familiar entre padres e hijos se vislumbra como una responsabilidad de aquellos en aras de la plenitud moral, psicológica, física, social, escolar, familiar, económica de los hijos. Entonces, los conceptos de la patria potestad conforme a costumbres que enaltecían a los padres por encima de los hijos y que, configuraban los hijos como objetos de derecho se han transformado, especialmente por la Convención sobre

los Derechos del Niño que sostiene en su artículo 27, numeral segundo, lo siguiente: “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. Actualmente, los niños y adolescentes (hijos no emancipados) son sujetos de derechos, en atención a ello es que la patria potestad cambia sus parámetros.

Aunque hoy nos pueda resultar paradójico y aún inadmisibles, durante mucho tiempo, ni en la legislación de los Estados ni en el *corpus* de la normativa internacional de los derechos humanos, las niñas, niños y adolescentes eran percibidos como una categoría social y política *per se*, siendo ésta una inexcusable condición histórica de posibilidad y legitimidad para que el tiempo de la infancia y la adolescencia no se tradujese en naturalizada desigualdad y su espacio en impositiva carencia de autonomía y libertad (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 2019: 04).

Dentro de estas consideraciones es menester señalar que, además de la prioridad absoluta, el interés superior repercute de manera decisiva en la revolución y evolución de la patria potestad, ya que enfatiza el carácter protector de los hijos, pero a través de la lente de la dignidad y no desde las restricciones, los hijos ya no tienen meras obligaciones o derechos inferiores a los de los padres. Bajo la figura de la patria potestad reciente se enaltece la especial dimensión del interés superior, un principio que es bastión de cada criterio doctrinal, decisión jurisdiccional, redacción normativa, en todo caso de las interpretaciones jurídicas que se suscitan en la sociedad.

Desde una perspectiva internacional, la evolución del interés superior como principio ha sido doble: por una parte, del mismo modo que en los derechos internos, se incorporó en tratados internacionales relativos al derecho de familia (adopción internacional, edad mínima para contraer matrimonio, entre otros temas) hasta la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño; por otra, algunos textos de naturaleza recomendatoria se referían al interés del niño de forma más amplia (como es la Declaración de Ginebra, adoptada en 1924 por la Sociedad de Naciones) (Torrecuadrada García-Lozano, 2016).

En suma, el interés superior, desde la plataforma internacional adecua los parámetros de las instituciones jurídicas relacionadas los hijos para protegerlos y resaltar los derechos que como sujetos les corresponden, incluso por encima de los de los padres dentro de la esfera de la patria potestad. Aunado a lo anterior, la patria potestad tiene distintos componentes que, si bien pueden variar entre una legislación y otra, en términos generales se manifiestan en tres atributos, a saber: la guarda y custodia, la representación y la administración patrimonial.

La primera de ellas, es decir la guarda y custodia se circunscribe a la obligación de los padres de prevenir cualquier tipo de riesgo en pro de los hijos, deben desarrollar diversos mecanismos que permitan su amparo. Esto es una terminología amplísima, pues en razón de las edades de los hijos serán distintos los posibles riesgos que puedan amenazarlos. Los padres deben permanecer alertas en una suerte de vigilancia para salvaguardar integralmente a sus hijos. En función de dicho cometido el progenitor con el que convivan los hijos es quien debe ejercer las actividades correspondientes permanentemente, pero no de manera exclusiva (salvo decisión que implique mayor beneficio para los hijos), pues amerita un cuidado personal y acompañamiento constante hacia los hijos.

Por su parte, la representación implica actuar en lugar del hijo, este último solo puede actuar por intermedio de sus padres; sin embargo, el ejercicio de algunos derechos no requiere la representación, como es el caso del derecho a trabajar, ya que no es requisito *sine qua non* la representación de los padres, sino que una vez que se alcance la edad mínima para trabajar, basta con cumplir con registros en instituciones públicas, el ejemplo se deriva del hecho que a mayor autonomía de los hijos no emancipados, menor será la representación por parte de los padres.

Este atributo opera con independencia de que el hijo tenga bienes y permite que se actúe por él o se le autorice tanto en el ámbito judicial como extrajudicial; por tanto, es posible que el ejercicio de la patria potestad solo se manifieste por la representación legal del hijo sin que existan, en el caso concreto, bienes que administrar y gozar (Acuña San Martín, 2015: 71).

En lo que respecta a la administración patrimonial, opera cuando los hijos tengan bienes para que los padres puedan realizar el manejo correspondiente; así, uno de los parámetros generales es que, las actividades de tal administración se perfilen para resguardar el patrimonio, calcular los riesgos de posibles inversiones, evaluar la correcta celebración de negocios, entre otras tareas en beneficios de los intereses actuales y futuros de los hijos. “Comprende la gestión normal u ordinaria de dichos bienes en provecho del patrimonio del hijo” (Acuña San Martín, 2015: 71). Este conferimiento hacia los padres se debe a que los hijos “...no poseen la capacidad necesaria para actuar sobre su patrimonio, es por esto, que los padres velarán por el sustento económico y por la educación de sus hijos teniendo como principio salvaguardar la integridad emocional del menor” (Suárez Vega *et al.*, 2020: 597).

Conforme a lo anterior, son tres los contenidos de la patria potestad cuyo camino de transformación va a la par de las exigencias modernas de la sociedad: desde el establecimiento de derechos (incluso sobre la vida de los hijos) a favor de los padres en la antigua Roma, hasta el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos, y que da lugar a una patria potestad con esquemas que priorizan los intereses de los hijos.

En este orden de ideas, “...el cambio responde a las propuestas y observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. De esta forma, la nueva redacción se refiere a la patria potestad como responsabilidad parental” (Boado Olabarrieta, 2019: 67). La intención es deslastrar del argot jurídico términos vinculados a poderíos patriarcales (o matriarcales) por encima de los derechos de los hijos, aunado a ello se enfatiza que se trata de responsabilidades por parte de los padres más que de derechos, en este sentido, no es una potestad en sí porque se trata de sujetos de derechos, sino que es un deber jurídico y, al mismo tiempo, en una obligación moral.

Una revisión democrática de la institución implica, de por sí, revalorizar lo individual o los sujetos en relación con lo familiar. En otros términos, se trata de salirse de la lógica ancestral y reconvertirla en un conectivo; es decir, se trata de proteger la autonomía y libertad de cada uno de los integrantes del grupo familiar, aceptando su individualidad sin perjudicar ni perder de vista los principios de responsabilidad y solidaridad familiar (Herrera & Lathrop, 2017). Es una adecuación de la institución tradicional a los requerimientos de la actualidad.

2. Patria potestad en Venezuela y Colombia

En Latinoamérica, cada país tiene sus particulares normas regulatorias de la patria potestad, en general se enmarcan en los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir que otorgan especial relevancia los intereses de los hijos y se asumen como sujetos de derechos y no objetos de derecho. Bajo estas premisas la importancia de la institución recae en beneficiar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, lo cual configura el rol de los padres que llevan a cabo la patria potestad. Para especificar algunos aspectos de países en la región, se traen a la palestra los casos colombiano y venezolano.

En Colombia, el artículo 44 constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) determina que tanto la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, además señala que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, por ello es posible afirmar que la Patria Potestad mantiene la protección y autonomía para los hijos. Sin embargo, el análisis de la patria potestad en Colombia requiere de rigurosidad toda vez que se encuentra regulada, de manera especial, por dos cuerpos legislativos, es decir el Código Civil (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873) (con sus posteriores modificaciones), y el Código de la Infancia y la Adolescencia (Congreso de Colombia, 2006).

El primero de ellos, define en su artículo 288 a la patria potestad, en el mismo prevalece la concepción de asumirla como derechos de los padres sobre los hijos no emancipados, incluso determina que la finalidad es “facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”⁴. Además, los padres tienen la facultad de administrar los bienes de los hijos a través de usufructo, sin necesidad de otorgar garantía alguna, pero son responsables en la administración de los bienes del hijo, por toda disminución o deterioro que se deba a culpa, aún leve, o a dolo, en todo caso, tal responsabilidad alcanza no solo a los bienes, sino también a los frutos generados y se limita a la propiedad en los bienes de que son usufructuarios.

Una prohibición expresa establecida por el Código Civil se encuentra en su artículo 304, pues señala que “No podrán los padres hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo” solamente se permitirá en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores. Incluso, uno de los motivos de suspensión de la patria potestad es estar en entredicho de administrar sus propios bienes, por su demencia, y por su larga ausencia. Ahora bien, la extinción de la institución que se analiza opera una vez que se verifica la emancipación, sea voluntaria, legal o judicial.

La emancipación voluntaria requiere una declaración de los padres y el consentimiento del hijo, aunada a la autorización del juez. Por otro lado, la de tipo legal se verifica por la muerte real o presunta de los padres; o por el matrimonio del hijo; o por haber cumplido el hijo la mayor edad⁵; o por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido. Y, la judicial se efectúa (por decreto judicial) cuando quien detente la patria potestad incurra en alguno de los siguientes hechos gravísimos pues atentan contra los hijos, a saber: por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño; por haber abandonado al hijo; por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad; por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año;

4 Sin embargo, a criterio de la Corte Constitucional de Colombia (2018), la Patria Potestad es: “Una institución jurídica de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal, de la cual se deriva que los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen con sus hijos, a menos que la patria potestad sea suspendida o terminada por decisión judicial cuando se presenten las causales legalmente establecidas. De allí que, la patria potestad sea reconocida en la actualidad no como una prerrogativa o derecho absoluto de los padres, sino como una institución instrumental que permite a éstos garantizar los derechos de sus hijos y servir al logro del bienestar de los menores”.

5 A tenor del artículo 36 del Código de la Infancia y la Adolescencia, “en el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley”.

cuando el adolescente hubiese sido sancionado por ciertos los delitos⁶ y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste. No obstante, la suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos, tal como lo estatuye el artículo 315 del Código Civil.

Ahora bien, un aspecto que auxilia a la patria potestad establecida en el Código Civil colombiano es la denominada responsabilidad parental dispuesta por el Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual en su artículo 14 la describe como un complemento de dicha patria potestad, tal como se indicara líneas arriba, las transformaciones sociales que dan cuenta de una mayor autonomía para los hijos y la superación de términos estrictamente patriarcales. Asimismo, dispone la referida norma que, es “la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación”, se lleva a cabo de forma compartida entre el padre y la madre para que los hijos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En lo que al caso venezolano se refiere, la patria potestad no es concebida únicamente como un conjunto de derechos de los padres, sino que el artículo 347 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) (Congreso de la República de Venezuela, 1998) (y sus correspondientes reformas) la define también como el conjunto de deberes del padre y la madre en relación con los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría, cuyo objetivo principal es el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos e hijas. Por lo tanto, la legislación venezolana establece a la patria potestad desde una perspectiva más actual, pues determina que existen obligaciones a cumplir por parte de los padres, las mismas se encuentran configuradas a través de los contenidos de la institución, es decir, la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos e hijas sometidos a ella.

El ejercicio de la patria potestad le corresponde tanto al padre como a la madre, sean hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, según los artículos 349 y 350 de la LOPNNA, sin embargo, ésta puede extinguirse en casos de divorcio o de separación de cuerpos para el progenitor que hubiere incurrido en conato para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución, o en adición alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común. Aunado a ello, la patria potestad puede privarse (por orden del juez) para cualquiera de los padres (o ambos) que hubiere efectuado cualquiera de los siguientes actos u omisiones en contra de sus hijos, contemplados por la LOPNA en su artículo 352, a saber:

6 Homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

- a) Los maltraten física, mental o moralmente.
- b) Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo o hija.
- c) Incumplan los deberes inherentes a la Patria Potestad.
- d) Traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
- e) Abusen de ellos o ellas sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
- f) Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos o hijas, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor o autora.
- g) Sean condenados o condenadas por hechos punibles cometidos contra el hijo o hija.
- h) Sean declarados entredichos o entredichas.
- i) Se nieguen a prestarles la obligación de manutención.
- j) Inciten, faciliten o permitan que el hijo o hija ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

Los motivos expuestos en el ordenamiento jurídico venezolano plasman situaciones que conllevan a la protección de los intereses de los hijos, criterio que comparte la jurisprudencia, ya que el Tribunal Supremo de Justicia (Tribunal Supremo de Justicia, 2017) establece lo siguiente:

Tanto el padre como la madre titulares de la P.P. (Patria Potestad), tienen una serie de deberes y obligaciones impuestas por ley que son de eminentemente orden público y que no pueden ser relajados de manera unilateral o en conjunto, pues, de ello deviene la amenaza o vulneración de derechos al niño, niña o adolescente que se trate. De ello la importancia de ésta institución para garantizar los derechos de los hijos e hijas que estén sometidos a la P.P. (Patria Potestad), ya que, es el espíritu propósito y razón de dicha institución familiar (Paréntesis nuestros).

Ahora bien, los padres que hubieren sido privados de la patria potestad podrán solicitar ante el juez la restitución de la misma, para ello se debe probar fehacientemente que el motivo por el cual operó la privación, haya cesado, tal como lo dispone el artículo 355 de la LOPNNA.

Por otro lado, si existiere reincidencia de las acciones u omisiones estipuladas en el artículo 352 de la LOPNNA y mencionadas líneas arriba, se aplicaría la extinción de la institución que se analiza. También se extingue la patria potestad por los siguientes hechos establecidos en el artículo 356 de la normativa especial venezolana en materia de niños, niñas y adolescentes

(LOPNNA): mayoría del hijo o hija, o emancipación del hijo o hija, o muerte del padre, de la madre, o de ambos, o consentimiento legal para la adopción del hijo o hija, excepto cuando se trate de la adopción del hijo o hija por el otro cónyuge.

Conforme a lo anterior, ambos países regulan a la patria potestad con leves diferencias, se asume que cada uno establece criterios legales modernos; en el caso colombiano la responsabilidad parental, aunque no sustituye a la patria potestad, se le añade para convertirla en una institución integral y procurar que se asuman las obligaciones por parte de los padres y no solo asimilarla a prerrogativas. En Venezuela, la redacción normativa es determinante al precisar que la figura bajo comentario implica tanto deberes como derechos, además enfatiza que su finalidad es el interés de los hijos. En conjunto, revisten caracteres que van a la par con las exigencias de la actualidad, esto se traduce en mayor y mejor autonomía de los hijos (de acuerdo a la edad y madurez emocional), asimismo y de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño a interiorizar y aplicar que, en efecto los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos aun cuando se encuentren dentro de la patria potestad.

3. Patria Potestad en el Ecuador

En el contexto ecuatoriano, la Constitución de 2008 establece una obligación tripartita entre el Estado, la sociedad y la familia respecto de la promoción prioritaria del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, en atención a su interés superior, la prevalencia de sus derechos y el ejercicio pleno de los mismos (artículo 44). En este sentido, de conformidad con el mencionado artículo, se entiende por desarrollo integral 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 (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Por consiguiente, el Estado debe garantizar su vida, cuidado y protección desde la concepción (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. artículo 45). Por ello, el artículo 69 constitucional prevé la importancia de la protección de los derechos de las personas integrantes de la familia, entre ellos, la promoción de la maternidad y paternidad responsables: "...la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier

motivo”. Para esto, el Estado debe promover la corresponsabilidad materna y paterna, así como la vigilancia en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

En este orden, la Constitución Ecuatoriana reconoce la facultad que tienen los padres de criar en un ambiente favorable a sus hijos, ello implica, como se mencionó, un conjunto de factores que van desde el velar las necesidades básicas de las hijas e hijos hasta representar y administrar sus bienes y patrimonio. De forma más expedita, la Corte Constitucional Ecuatoriana (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021) expresa:

En función de la patria potestad, tanto el padre como la madre tienen el derecho de supervisar el desarrollo integral de NNA, y el deber de cuidado (primer ámbito), así como la representación y administración de sus bienes (segundo ámbito). No obstante, por la separación o divorcio □ figuras que usualmente impiden la convivencia y la cohabitación □ la tenencia se asignará a uno de los progenitores. De esta forma, uno de los mecanismos para ejercer la patria potestad es la tenencia; sin embargo..., no es la única forma para ejercerla, ya que el ejercicio de la patria potestad también supone obligaciones de educación o de representación judicial y extrajudicial, entre otras.

Debe concebirse que la patria potestad implica una responsabilidad de cuidado, en principio compartida entre la madre y el padre, en cuanto a la hija o hijo menor de edad, en el entendido de estos ser considerados como sujetos de derecho de especial protección. “La responsabilidad de dirigir y mantener un hogar, así como de cuidar, educar, proteger y velar por el desarrollo integral de los hijos en común, recae en el padre y la madre en igualdad de condiciones, aunque en la práctica no siempre ocurra de esta manera” (Espinoza, 2022, pág. 156). En otras palabras:

La patria potestad no recae únicamente en razón de requerir que los padres tengan autoridad sobre sus hijos, suma el ámbito educativo y psicosocial del menor, además de inmiscuir todo el cuidado y protección para su crianza. Es decir, su alcance implica velar por el transparente desarrollo integral, con responsabilidad tripartita entre Estado, sociedad y familia de resguardando en todo sentido que los derechos del menor sean respetados (Rodríguez *et al.*, 2022: 204).

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano, dispone en su artículo 28, que son representantes legales de una persona “...el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive...”, por lo que, según el artículo 58 “El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio de quien la ejerce...”. Así, según este texto normativo, la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados (Congreso Nacional de Ecuador, 2019, artículo 283).

A este tenor, el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia, especifica que la patria potestad no es solamente el conjunto de derechos sino también el conjunto 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”. Entre tanto, se prevén un conjunto de reglas para el ejercicio de la patria potestad, previa opinión de la niña, niño o adolescente:

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 hija⁷;
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 hija⁸;
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 113⁹; 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 (Congreso Nacional de Ecuador, 2014, artículo 106).

Sobre este aspecto, cuando se trate de niñas y niños menores de doce años, el Juez respectivo valorará su opinión, siempre en atención a su grado de desarrollo. En caso de los adolescentes, su opinión será obligatoria para ser considerada por el Juez, salvo que sea contraria a su desarrollo integral.

7 “...la norma referida fomenta estereotipos y la perpetuación de roles de género, ya que se presume que las mujeres deben criar al hijo, mientras que los hombres deben proveer en el hogar, lo que afecta significativamente el deber de corresponsabilidad, constitucionalmente previsto; el derecho a la igualdad; y, como efecto de lo anterior, la distribución de tareas en el cuidado de los hijos y el ingreso al ámbito laboral de las mujeres. Al respecto, esta Corte advierte que la norma impugnada no supera el test de igualdad, demostrando su inconstitucionalidad” (Corte Constitucional Ecuatoriana. Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

8 Ídem.

9 Artículo 113. “Privación o pérdida judicial de la patria potestad. La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos: 1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija; 2. Abuso sexual del hijo o hija; 3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; 4. Interdicción por causa de demencia; 5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija”.

Ahora bien, el tema acerca de la prevalencia de la madre como figura protectora de la hija o hijo ha causado dinámicas encontradas:

En este panorama se presenta cierto margen de discriminación al no considerar la obligatoriedad de ambos padres para asumir su obligación, prefiriendo la responsabilidad materna por sobre los derechos del otro progenitor. Visto desde esta perspectiva, el texto plantea un debate en razón de considerar estos preceptos como discriminatorios desde varias aristas. En tal sentido, al anteponer a la madre se condicionan los derechos del padre, y por otro lado se ratifican estereotipos de género y patrones culturales que afirman que las mujeres son las más idóneas en el cuidado de los hijos (Rodríguez *et al.*, 2022: 203).

Otros autores, como Cedeño Cobeña (2022, pág. 946), manifiesta que: “...dicha distinción es un acto de discriminación y la preferencia materna no es adecuada para lograr una protección integral a sus hijos, además que representa una violación directa a la Constitución Ecuatoriana, y a derechos como la igualdad, corresponsabilidad parental, no discriminación e interés superior”.

Precisamente, esta perspectiva trajo como consecuencia la necesidad de interpretación y aclaratoria de esta disposición –artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia– por parte de la Corte Constitucional del Ecuador. A este tenor, en la referida sentencia No. 28-15-IN/21, el máximo tribunal expone que “...el artículo 106 del CONA se refiere exclusivamente a las reglas para encargar la tenencia pues el mismo Código señala que la patria potestad se ejerce en conjunto. Es decir que, el artículo 106 del CONA no se refiere a la atribución de la patria potestad a uno de los progenitores ya que esta se ejerce en conjunto y solo se puede limitar, suspender, privar o perder bajo las consideraciones de los artículos 111, 112 y 113 del Código referido”.

Por otra parte, la patria potestad en ocasiones puede ser limitada, dicha limitación puede ser pronunciada por el juez cuando sea necesario para cuidar el interés superior de la hija o hijo, mediante la restricción de una o más funciones de la patria potestad, durante el tiempo que persistan las circunstancias que dieron lugar a dicha decisión, o por el tiempo señalado en ella (Congreso Nacional de Ecuador, 2014, pág. artículo 111). También, conforme al artículo 112 el comentado código, es posible la suspensión de la patria potestad, para ello se han configurado un conjunto de causales, tales como:

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.

En todo caso, la limitación, suspensión o privación de la patria potestad no puede proceder por razones económicas. En otras palabras, ni la carencia de recursos económicos, ni la migración por necesidades económicas son causales para limitar, suspender o privar la patria potestad. Eventualmente podría suspenderse la patria potestad cuando, por razones de migración, debe dejarse la hija o hijo bajo el cuidado de un pariente a quien se le confiará la tutela (Congreso Nacional de Ecuador, 2014, artículo 114).

En referencia a las normativas ecuatorianas mencionadas, siguiendo a Espinoza (2022), la patria potestad implica un régimen de protección de aplicación exclusiva a niña, niños y adolescentes no emancipados; se considera obligatoria, personal e intransmisible, "...dado que los padres la poseen y son los encargados de ejercerla siempre y cuando la propia ley no los haya privado o excluido del ejercicio de la misma" (Espinoza, 2022: 159); además, se considera indisponible, ello debido a que por: "...voluntad privada no puede atribuir, modificar, regular ni extinguir su ejercicio sólo en aquellos casos en que la misma ley lo permita" (Espinoza, 2022: 159). Otro aspecto apunta el carácter irrenunciable de la patria potestad puesto que solo son válidas los acuerdos expresamente autorizados por ley, cualquier acuerdo fuera de estos casos, adolecen de nulidad. También, la patria potestad es gratuita, en el sentido que se trata de un deber natural de los padres y, por tanto, ejercida directamente por ellos.

Conclusiones

Como conclusión se afirma que la patria potestad abarca la responsabilidad parental para la crianza, cuidado y manutención de los hijos. Por tanto, esta patria potestad respecto de los hijos implica su guarda y custodia, representación y administración patrimonial, es decir, es la representación legal que tiene toda niña, niño y adolescente no emancipado, por ambos padres o por uno de ellos. La patria potestad puede ser suspendida o restringida solamente por las razones taxativamente previstas en el ordenamiento jurídico.

Como se observó, en el marco de los tres países referidos –Colombia, Venezuela y Ecuador- la patria potestad juega un papel trascendente en la

cohesión y convivencia familiar, pero sobre todo en la garantía del interés superior del niño, por esta razón en instrumentos jurídicos especiales – reguladores de la situación jurídica de las niñas, niñas y adolescentes como sujetos de derechos-, se ubican regulaciones detalladas en cuanto al alcance y contenido de la patria potestad, y coinciden en afirmar que se trata de un conjunto de responsabilidades reconocidas de forma exclusiva a madres y padres.

En Ecuador, se destaca la intervención jurisprudencial para aclarar el alcance y contenido de la patria potestad, con interpretaciones jurídicas de avanzada y acorde con las nuevas tendencias, referidas al interés superior del niño, al principio de igualdad y al enfoque de género, y se invita a los órganos legislativos a hacer las reformas y precisiones en atención a estos aspectos. La Corte Constitucional Ecuatoriana prevé que es el interés superior del niño el principio rector para la determinación del encargo de uno de los elementos de la patria potestad como es la tenencia, independientemente sea para el padre o la madre, pero en atención a la corresponsabilidad parental.

Referencias Bibliográficas

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2015. “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto” En: Revista de Derecho. Vol. XXVIII. No. 01, pp. 55-77.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989. Nueva York, USA.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1991. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 114. 4 de julio de 1991. Bogotá, Colombia.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 2008. Constitución de la República del Ecuador. Montecristi. Suplemento No. 449. 20 de octubre de 2008.
- BOADO OLABARRIETA, María. 2019. “La privación de la patria potestad como medida penal y civil” En: Revista Jurídica de Castilla y León. No. 47, pp. 59-99.
- CEDEÑO COBEÑA, José. 2022. “El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador” En: Polo de Conocimiento. Vol. 07. No. 04, pp. 930-954.

- CONGRESO DE COLOMBIA. 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Diario Oficial Nros. 46.446 del 8 de noviembre de 2006 y 46.453 del 15 de noviembre de 2006. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1998. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Caracas. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5.266 Extraordinario. 2 de octubre de 1998. Caracas, Venezuela.
- CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867. 31 de mayo de 1867. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO NACIONAL DE ECUADOR. 2014. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737. 3 de enero de 2003. Última modificación 7 de julio de 2014. Quito, Ecuador.
- CONGRESO NACIONAL DE ECUADOR. 2019. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46. 24 de junio de 2005. Última modificación 8 de julio de 2019. Quito, Ecuador.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2018. Sentencia T-384/18. Acción de tutela interpuesta por A.L., actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos S.I. y J.A., contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios (Norte de Santander). Disponible en línea. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-384-18.htm>. Fecha de consulta: 11/10/22.
- CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. 2021. Sentencia No. 28-15-IN/21. Caso No. 28.15-IN. Disponible en línea. En: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>. Fecha de consulta: 11/10/22.
- ESPINOZA GUAMÁN, Eimy. 2022. “La patria potestad en la legislación ecuatoriana” En: Revista Científica Ciencia & Sociedad. Vol. 02. No. 02, pp. 152-162.
- FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). 2019. La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina. Avances y deudas con la niñez. Panamá: Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Disponible en línea. En: <https://www.unicef.org/lac/informes/la-adequacion-normativa-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-en-america-latina>. Fecha de consulta: 11/10/22.
- HERRERA, Marisa y LATHROP, Fabiola. 2017. “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana” En: Revista de Derecho Privado. No. 32, pp. 143-173.

- RODRÍGUEZ SALCEDO, Eliana; CÁCERES SÁNCHEZ, Nelly; AGUDO DURÁN, Jacqueline; MESÍAS VINANA, Jenniffer; VILLAFUERTE MAISA, Alex. 2022. "Patria potestad y corresponsabilidad parental: un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador" En: *Revista Universidad y Sociedad*. Vol. 14: No. S1, pp. 202-209.
- SUÁREZ VEGA, César; GUZMÁN DELGADO, Ingrid; RAMÓN MERCHÁN, Mónica. 2020. "El amparo de la legislación ecuatoriana y los tratados internacionales en la patria potestad" En: *Polo del Conocimiento*. Vol.05, No. 12, pp. 590-601.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. 2016. "El interés superior del niño" En: *Anuario mexicano de derecho internacional*. No. 16, pp. 131-157.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. 2017. Sentencia N° 014 de fecha 19 de enero de 2017. Sala de Casación Social. Recurso de control de la legalidad. Disponible en línea. En: <https://vlexvenezuela.com/vid/maria-vanessa-suarez-bolivar-663877393>. Fecha de consulta: 23/10/22.



UNIVERSIDAD
DEL ZULIA

CUESTIONES POLÍTICAS

Vol.41 N° 78

*Esta revista fue editada en formato digital y publicada en julio de 2023, por el **Fondo Editorial Serbiluz**, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela*

www.luz.edu.ve
www.serbi.luz.edu.ve
www.produccioncientificaluz.org