



MINISTERIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

UNIVERSIDAD DE GRANMA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO

TRABAJO DE DIPLOMA

*TESIS EN OPCIÓN AL GRADO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR*

*Título: “El ejercicio de la patria potestad por madres reas en el
Ecuador”.*

Autora: Dolores Alexandra Olmos Moreno

Tutora: M.Sc. Nora Cedeño Guerra

Granma, Julio 2012

“Año 53 de la Revolución”

“No es a un hijo a quien toca condenar la buena o errada conducta de los padres”

José Martí

AGRADECIMIENTOS

“Jesús le dijo: amarás al señor tu Dios con todo tu corazón, y con toda tu alma, y con toda tu mente”. (San Mateo 22 -37)

Agradezco a Dios por haberme otorgado esta vida y por ayudarme a llegar a esta meta tan anhelada, después de tantos esfuerzos, caídas y enaltecidas, que he tenido que sobrellevar durante mi formación profesional. Solo tú sabes los sacrificios e inconvenientes que he pasado para ver este sueño realizado, tú que guiaste por el camino del bien para no desmayar y siempre llenándome de salud, amor, virtudes, felicidad y dicha junto a las personas que más amo en este mundo.

“Jesús dijo: No os hagáis tesoros en la tierra, donde la polilla y el orín corrompen, y donde los ladrones mina y hurtan, sino haceos tesoros en el cielo, donde ni la polilla ni el orín corrompen, y donde ladrones no minan ni hurtan. Por que donde este vuestro tesoro, allí estará también vuestro corazón”. (San Mateo 6-19, 20,21)

Agradezco a mis padres Germán Olmos y Mónica Moreno que con su enseñanza me han guiado siempre por el camino de Dios, a mi padre por ser ejemplo de superación y sacrificio constantemente para el progreso de la familia y a mi querida madrecita por ser el pilar fundamental en la formación de una mujer de bien, y ser modelo de madre que desea ver a sus hijos profesionales con un porvenir mejor y , que junto a mi padre han demostrado valentía frente a los obstáculos de la vida, los cuales con su apoyo, amor e interminables consejos me enriquecieron como persona.

Agradezco a mis hermanitas Isabelita y Andreita por ser cada una mi eterna compañía en las buenas y en las malas, por brindarme su apoyo, comprensión, paciencia y sobre todo el amor incondicional.

“Jesús dijo: Por esto el hombre dejará padre y madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne”. (San Mateo 19-5)

Agradezco de una manera especial a mi esposo tierno Xavier Parra por ser ejemplo de humildad, por ese apoyo ilimitado en los buenos y malos momentos de mi vida, y por todas aquellas frasecitas llenas de cariño y amor que fueron fuente de inspiración para culminar este sueño tan anhelado.

Definitivamente a la Universidad Técnica de Cotopaxi por ser la casa de estudio durante todo este tiempo y a la Universidad de Granma por darme la oportunidad de culminar mi carrera y sentirme apta para desempeñarme como profesional.

Un enorme agradecimiento a mi linda tutora Nora Cedeño Guerra, por dedicar parte de su tiempo a inculcarme en realizar este trabajo, puesto que sin su apoyo incondicional no hubiera sido posible llevarlo en buena culminación y a todas aquellas personas que sin esperar nada a cambio compartieron e invirtieron su tiempo y conocimiento para ayudarme a culminar este trabajo.

A mis amigos Verónica Chango y Diego Chicaiza, por el apoyo absoluto y ayuda primordial para la culminación de mi trabajo de tesis.

DEDICATORIA

Dedico con orgullo y a la vez con gran satisfacción el presente proyecto de tesis a Dios y junto a él a mi hermanito querido e inolvidable Paúl Olmos, por saber guiarme con sus bendiciones y sabidurías por el camino correcto, su enseñanza hoy la veo materializada.

Dedico a mis padres, hermanitas y esposo ya que ellos se merecen más que nadie todas mis superaciones en la vida.

Quienes confiaron en mí, entregándome todo su esfuerzo, apoyo y comprensión en el transcurso de toda mi carrera académica, y así poder entregar todo de mí en la culminación de la misma, su apoyo incondicional fue decisivo, además de enseñarme con empeño, dedicación, respeto y humildad el saber llegar a una meta.

A mi esposo quien con su dulzura y su simpatía se ha convertido en lo más importante en mi vida, siendo fuente de inspiración para la culminación satisfactoria de esta meta, quien con su apoyo incondicional me dio lo necesario a la hora de tomar decisiones en mi vida, por su paciencia en los momentos fáciles y difíciles.

A mis amigos, familiares y todas las personas que de una u otra forma me ayudaron desinteresadamente para la culminación de mi carrera

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, DOLORES ALEXANDRA OLMOS MORENO, con cédula de ciudadanía No. **0503169716**, de nacionalidad ecuatoriana, actuando en nombre propio, en calidad de autora de la tesis denominada: **El ejercicio de la patria potestad por madres reas en el Ecuador**; autorizo a las Universidades Técnica de Cotopaxi y Granma, para que utilicen y usen en todas sus formas el presente trabajo.

Como autora declaro que la obra objeto de la presente autorización es de mi exclusiva autoría y me detento la titularidad sobre la misma.

Dolores Alexandra Olmos Moreno

M.Sc. Nora Cedeño Guerra

RESUMEN

Título: “El ejercicio de la patria potestad por madres reas en el Ecuador”

Autora: Dolores Alexandra Olmos Moreno.

Tutora: M.Sc. Nora Cedeño Guerra.

La patria potestad figura desde los inicios del Derecho Romano, no obstante su concepción ha sufrido transformaciones a tenor de la complejidad que las relaciones paterno filiales han adquirido producto al desarrollo de la sociedad. Aunque en lo fundamental estas relaciones se encuentran impregnadas de dosis de afecto y cariño, consta un cuadro de obligaciones mucho más gravosas, que en ocasiones no pueden ser llevadas a cabo por circunstancias sobrevenidas. Esta cuestión reviste gran importancia para el Derecho de Familia, a pesar de ser tratada por todos los ordenamientos jurídicos modernos, existen aspectos de la misma que se encuentran sometidos por la doctrina a constantes cuestionamientos, entre ellos la especial distinción a la situación de privación de libertad en que se encuentran algunos progenitores que no han sido ni suspendido, ni privados de su ejercicio, en lo fundamental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De lo expresado se formula como problema científico de esta investigación: Insuficiencias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la regulación del ejercicio de la patria potestad por las madres reas, que afectan su coherencia y plenitud; y en correspondencia el objetivo general de fundamentar soluciones legislativas que contribuyan a la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la regulación del ejercicio de la patria potestad por las madres reas.

El proceso investigativo se desarrolla en dos capítulos, el primero donde se abordan los fundamentos teóricos, históricos de la patria potestad, haciendo énfasis en las causales de suspensión, privación y extinción, ilustrando un análisis comparado en tal sentido; continúa en un segundo capítulo la propuesta de soluciones legislativa, a partir de la crítica a la regulación jurídica ecuatoriana de la citada institución. Utilizándose como métodos de investigación científica: a nivel teórico el análisis-síntesis, histórico-lógico, inducción-deducción, exegético-jurídico, jurídico-comparado (estos últimos propios de la ciencias jurídicas), a nivel empírico el análisis documental.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO	6
CAPÍTULO I Generalidades del ejercicio de la patria potestad. Una visión del Derecho Comparado.....	6
Epígrafe 1.1 Antecedentes teóricos e históricos de la patria potestad.....	6
1.1.1 La patria potestad: denominaciones y características desde una visión histórica.....	6
1.1.2 Contenido de la patria potestad. Causales de su suspensión privación y extinción.....	12
Epígrafe 1.2 El ejercicio de la patria potestad desde una óptica del Derecho Comparado.....	18
CAPÍTULO II El ejercicio de la patria potestad por las madres reas: el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	38
Epígrafe 2.1 La realidad social de las madres reas en el Ecuador.....	38
Epígrafe 2.2 La regulación jurídica del ejercicio de la patria potestad por madres reas: una visión crítica.....	41
CONCLUSIONES	51
RECOMENDACIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	
ANEXOS	

INTRODUCCION

Mientras las personas son menores de edad se encuentran, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, en una posición de incapacidad que les impide tomar sus propias decisiones, por lo que deben ser protegidas. Los llamados naturalmente a ocuparse de los hijos menores¹, son sus padres, considerados como sus protectores ideales al estar unidos por los lazos consanguíneos, por los afectos que entre ellos se generan y por la responsabilidad que acompaña espontáneamente a la procreación.

El Derecho ha elaborado desde tiempos remotos una institución jurídica específica que regula las relaciones paterno filiales, y que es conocida como la ***Patria Potestad***, teniendo como peculiaridad haber permanecido inalterable durante siglos como una especie de tiranía doméstica bajo el mando único del varón, no siendo hasta el siglo XIX, que inicia un proceso sostenido de cambio hacia su concepción actual, modificando en esencia su finalidad, que lejos de reprimir o someter se aprecia en beneficio de los hijos, para lograr así su desarrollo integral y brindarles protección. Aunque no deja de ser cierto, que la realidad social nos lleva a enfrentarnos con serios problemas en lo que respecta al cuidado y atención de los niños, niñas y adolescentes, su asistencia alimentaria, los regímenes de visitas de aquellos progenitores que no conviven con el menor, el desarrollo de su personalidad, la dificultad de los adultos para resolver sus conflictos sin involucrarlos, en fin la influencia de lo socio-cultural-psicológico, histórico, antropológico, económico y religioso.

En la actualidad las legislaciones exponen criterios diversos en cuanto a la regulación de la patria potestad, en correspondencia con la realidad nacional de que se trate, a pesar de que existen posiciones doctrinales exponentes de lograr uniformidad en relación a los preceptos referidos al ejercicio de esta; pues se va logrando consenso universal en valorar las prioridades de los menores, sus derechos, sus necesidades, en combatir su explotación, en la necesidad de respetarlo y defenderlo como una forma de proteger la sociedad del futuro. Por la importancia que reviste esta institución en el Derecho de Familia y porque, a

¹ “hijos menores”, resulta ser una frase muy usada en el Derecho de Familia, a partir del estudio de categorías propias del Derecho Civil, como lo es la capacidad jurídica. Esta infiere aquellas personas que por su edad- bien 18 o 21 años, en dependencia de lo determinado por cada ordenamiento civil- no gozan de plena capacidad jurídica de obrar, es decir de la aptitud de poder ejercer por sí solos los derechos y obligaciones, de los cuales es titular.

pesar de ser tratada por todos los ordenamientos jurídicos modernos, existen aspectos de la misma que se encuentran sometidos por la doctrina a constantes cuestionamientos, como son los relacionados con la representación y la administración de los bienes de los hijos, al análisis y valoración de esos deberes como contenido de la patria potestad, con la especial distinción a la situación de privación de libertad en que se encuentran algunos progenitores que no han sido ni suspendido, ni privados de su ejercicio, en lo fundamental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Este hecho es el que ha originado que históricamente, muchos países hayan permitido la estancia de sus hijos en prisión con las madres, en algunos todavía no regulada explícitamente. No obstante, las condiciones y la edad límite de permanencia varían notablemente. Por ejemplo, en Reino Unido se permite su estancia hasta los 18 meses, en Alemania hasta los seis años, en Holanda hasta los cuatro, en España hasta los tres años y en El Salvador hasta los cinco. El debate sobre la estancia de niños pequeños en prisión está más vigente hoy que nunca y exige reflexionar sobre las ventajas y desventajas que ello conlleva. En este sentido, podemos subrayar algunas de las razones que han justificado esta realidad:

- Desde el punto de vista de la Psicología Evolutiva, en esta etapa infantil el vínculo de apego con la madre se considera primordial para el desarrollo.
- Según algunos estudios (Schaffer&Dellinger: 1999) la separación por el encarcelamiento produce en las madres mayores sentimientos de ansiedad, abandono y desarraigo que en los padres, y que además los niños experimentan consecuencias más negativas si es su madre la que está encarcelada.
- Muchas de estas mujeres suelen ser el principal sustento familiar (emocional y económico). Por ello, en la mayoría de los casos en los que no existe el apoyo de familiares cercanos optan por tener consigo a sus hijos para que no se integren en el sistema de protección del menor.

Sin embargo, el derecho de la madre a disfrutar de su hijo y ejercer su rol materno debe conjugarse con el derecho de los menores a una vida digna, a un desarrollo integral y a no sufrir las condiciones estrictas de la privación de libertad. Este derecho de los menores está reflejado en las diferentes legislaciones penitenciarias, que regulan su proceso de ingreso y su seguimiento, pero no debemos olvidar que además está avalado por pactos y convenios

internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU. De este modo, las principales preocupaciones se han centrado en que disfruten de unas condiciones de internamiento adecuadas.

Lo expresado conlleva a formularnos el siguiente **problema científico**: Insuficiencias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la regulación del ejercicio de la patria potestad por las madres reas, que afectan su coherencia y plenitud.

Por lo que la investigación se desarrolla para alcanzar como **objetivo general**: fundamentar soluciones legislativas que contribuyan a la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la regulación del ejercicio de la patria potestad por las madres reas.

En relación al mismo se plantean como **objetivos específicos**:

- 1.- Determinar los presupuestos del ejercicio de la patria potestad, a partir de su definición, antecedentes históricos y contenido.
- 2.- Comparar en el área latinoamericana e hispana la regulación jurídica del ejercicio de la patria potestad por las madres reas.
- 3.- Analizar la regulación jurídica del ejercicio de la patria potestad por las madres reas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el proceso investigativo, a tenor con un enfoque metodológico dialéctico-materialista, se utilizan los siguientes métodos:

A nivel teórico del conocimiento:

Histórico-lógico: el cual permitió el estudio histórico del ejercicio de la institución, objeto de la investigación, a lo largo de su reconocimiento legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en correspondencia con la realidad familiar.

Análisis-síntesis: posibilitando, desde la sistematización de los fundamentos teóricos del ejercicio de la patria potestad en los criterios sostenidos por los juristas y su expresión jurídica, determinar los sustentos teóricos de la regulación por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Inductivo-deductivo: el que facilitó a partir del estudio de los presupuestos teóricos que sustentan el contenido de la patria potestad y su ejercicio individual por parte de las madres reas (categorías del Derecho de Familia) llegar a determinadas conclusiones generales y particulares en torno a la temática referida.

Propios de este nivel, pero de las ciencias jurídicas:

Exegético-Jurídico: para el logro del objetivo de la investigación resultó necesario el análisis detallado de las normas reguladoras del ejercicio de la patria potestad en relación con la jerarquía de cada una de estas, como proceso lógico que antecede a la aplicación de las mismas.

Jurídico-comparado: con su utilización se comparan las tendencias que siguen las legislaciones extranjeras en la regulación del ejercicio de la patria potestad por las madres reas, señalando que su selección no es producto del azar, sino que responde a los antecedentes legislativos de nuestro ordenamiento jurídico y aquellos que corresponden al mismo sistema jurídico.

A nivel empírico:

Análisis documental: con vistas a determinar los pronunciamientos de la legislación vigente (sustantiva y adjetiva), y de igual manera el criterio de la jurisprudencia en el Ecuador.

Es frecuente que los tratadistas del Derecho de Familia, expongan en su obra el tratamiento de la referida institución, sus sustentos teóricos e históricos y a partir del propio desarrollo de las sociedades. De igual manera se estructura esta investigación, desarrollando en un primer capítulo las generalidades de la patria potestad, con una visión desde el derecho comparado, particularizando en las causales de suspensión, privación y extinción de esta en relación con las progenitoras que se encuentran privadas de libertad por la comisión de delitos. No obstante para el sistema civil ecuatoriano el análisis trasciende en correspondencia con los cambios que como sociedad latinoamericana está viviendo, enfocándose en tal sentido la actualidad de esta temática, por lo que en un segundo capítulo se aborda la regulación jurídica del ejercicio de la patria potestad por las madres reas en el Ecuador, llevando a cabo una crítica del ordenamiento jurídico, por la estrecha

vinculación en este sentido de la legislación civil y la penal, pues las normas citadas son de carácter imperativo, de orden público y derecho necesario, en vistas a lograr la protección del menor de edad en todos los aspectos de la vida. Considerando este el principal aporte de este trabajo.

DESARROLLO

CAPÍTULO I GENERALIDADES DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO.

EPÍGRAFE 1.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS E HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

El Derecho ha elaborado desde tiempos remotos una institución jurídica específica que regula las relaciones paterno-filiales y que es conocida como ***Patria Potestad***. Abarca casi todas las relaciones familiares entre los padres y sus hijos, está muy vinculada a la familia de origen porque corresponde exclusivamente a los padres. Su conceptualización y características vienen en correlación con los matices históricos y cambios adecuados a las realidades de las sociedades en desarrollo.

Sub-epígrafe 1.1.1 La Patria Potestad: denominaciones y características desde una visión histórica.

El concepto de patria potestad ha sufrido una completa evolución desde la época del Derecho Romano hasta la actualidad. Etimológicamente, la frase proviene del latín "*patria potestas*" que significa "autoridad paterna", que correspondía al *adrede familia* o *pater familias*, investido con potestad sobre otras personas. Resultaba ser base fundamental del Derecho de familia del sistema jurídico de Roma. El término denotaba el conglomerado de derechos y poderes peculiares que, bajo el sistema civil romano, correspondía a la cabeza de una familia, con respecto a su mujer (cónyuge), e hijos, engendrados por él, o adoptados, y cualesquiera otros descendientes más lejanos o remotos, que lo fueran a su vez de su descendencia masculina solamente. No había, pues, solamente una relación entre el padre y los hijos sino que aún los descendientes de estos, estaban sometidos al *pater familias*, es decir podía corresponder no sólo al padre sino en casos al abuelo. Suele plantearse que este conjunto de derechos era tan amplio que los romanos se vanagloriaban de ser el pueblo que había reconocido mayor autoridad al jefe de familia. Para los germanos la institución tuvo similares matices que para los romanos, pues solamente la ejercía el padre, quien tenía la facultad de corrección pudiendo llegar hasta la pena de muerte, aunque la familia era más reducida, el matrimonio confería al marido, potestad sobre la mujer y los hijos de ésta.

Este poder ilimitado ²se extendía aún más allá de la mayoría de edad de los sometidos, y terminaba solamente, por el fallecimiento del jefe, por haber perdido este o el hijo la libertad o la ciudadanía, por la emancipación del hijo o por haberlo dado en adopción. La pérdida de la libertad o la ciudadanía del padre o del hijo implicaban también la pérdida de la patria potestad, puesto que esta solo se le reconocía a los ciudadanos romanos y podía recaer solo sobre individuos de la misma condición. Desde el derecho de vida y muerte sobre sus hijos se fue pasando a un régimen muy distinto. Su concepción absoluta se fue debilitando al punto que Constantino³ llegó a castigar con la pena establecida para el parricida (pater familias que diera muerte a un hijo sin la autorización del magistrado); lo mismo sucedió con respecto a la venta de estos.

En la ley de las XII Tablas⁴ se estableció que tres ventas consecutivas traían por consecuencia libertar al hijo del poder del padre. Más tarde la jurisprudencia llegó a establecer que la primera venta producía la libertad del hijo. Llegamos así a la época de Justiniano, en la que el citado poder se ve tan modificado, que queda reducido a la corrección moderada y bajo la vigilancia de la autoridad. De esta forma se pudo establecer una perfecta distinción entre los derechos del padre sobre sus hijos, y el poder sobre los esclavos y las cosas. Durante esta evolución comienza a introducirse el reconocimiento de los peculios, primeramente el profecticio, simple concesión paterna, mediante la cual se entregaba al hijo una cantidad determinada de bienes para que los administrara, aunque seguían siendo propiedad del padre. La creación del peculio castrense trajo consigo el reconocimiento de la personalidad jurídica del *alienijuris* o sometido, al punto de disponer

² Se considera un poder ilimitado pues el pater familia tenía derecho de vida y de muerte sobre los hijos, la facultad de venderlos y la prerrogativa de pertenecerles todo lo que adquirirían estos.

³Constantino I el Grande (c. 274-337), emperador romano (306-337), el primero de ellos convertido al cristianismo. Fundador de Constantinopla (la actual Estambul), capital del Imperio romano de Oriente (y más tarde Imperio bizantino) hasta 1453. Era hijo de un militar al servicio de Diocleciano, Constancio o Cloro, que asumió la gobernación de la parte occidental del Imperio al abdicar aquél (305).

⁴La **Ley de las XII Tablas** (*lexduodecimtabularum* o *duodecimtabularumleges*) o **Ley de igualdad romana** fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del [pueblo romano](#). También recibió el nombre de *ley decemviral*. Por su contenido se dice que pertenece más al [derecho privado](#) que al [derecho público](#). Fue el primer código de la [Antigüedad](#) que tuvo reglamentación sobre [censura](#) (pena de muerte por poemas satíricos). La ley se publicó al principio en doce tablas de madera y, posteriormente, en doce planchas de [bronce](#) que se expusieron en el [foro](#). Debido a que no queda indicio alguno de su existencia, algún autor ha llegado a sugerir que no existieron. Su desaparición puede explicarse por el saqueo que sufrió Roma hacia el año [390 a. C.](#) por parte de los [galos](#). Se cree que se destruyeron y, por algún motivo, no se reprodujeron con posterioridad. Esta última teoría parece estar apoyada por las abundantes referencias que de ellas hacen los autores antiguos.

por testamento de los bienes adquiridos en servicios militares, y así hasta solo limitar al padre del derecho de usufructo sobre los bienes que le pertenecían a los hijos.

A continuación analicemos algunas definiciones de tratadistas del Derecho Civil enmarcadas en su tiempo y con visión diferentes, a pesar de coincidir en la calidad y naturaleza de los deberes y derechos que a esta relación le vienen impregnados:

Planiol⁵: “Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. El resumen de esas obligaciones lo encuentra en una sola frase: la educación del hijo.” En opinión de este autor lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, más que una potestad.

Bonnecase: Le da una extensión de mayor relieve a la patria potestad, y la define expresando que “es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto de los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios.” Se trata de una obligación en el sentido verdadero del término, a cargo de los padres cuyo objeto es la educación de estos.⁶

Los hermanos Mazeaud ubican la patria potestad dentro de las relaciones jurídicas entre padre e hijo y las califican como vínculos de autoridad sobre las personas de ellos que se ejerce en interés común del matrimonio y de los hijos.⁷

Colin y Capitant explican que “la patria potestad constituye un poder de protección, y las prerrogativas que confieren a los padres sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les impone el hecho de

⁵ Jurista francés (1853-193), desde 1880 fue agregado de la Facultad de Derecho, enseñando consecutivamente en las Universidad de Grenoble, Rennes y París, ciudad esta última donde desempeñó la cátedra de Derecho civil. La personalidad de P. en el contexto de la ciencia jurídica francesa se caracteriza por romper con el método utilizado por la Escuela de la exégesis para, en vez de seguir servilmente el articulado del Código, elaborar un verdadero sistema superado del exclusivismo de la lógica y en donde tuviera cabida la consideración de los antecedentes históricos, las opiniones doctrinales, la jurisprudencia, los factores sociales y la legislación comparada.

⁶ Montero Dualht, Sara. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. México, 1990. Pág. 276.

⁷ Ídem.

la procreación. Así a los derechos de guarda y de corrección sobre la persona del hijo corresponden los deberes de alimentación y de educación”.⁸

Puig Peña⁹: “aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos. Es el reconocimiento de una facultad natural que corresponde a los padres y a nadie más que a ellos; no al Estado.”

CastánTobeñas: “La relación paterno-filial caracterizada por los deberes de protección y asistencia que tiene los padres para con los hijos necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres que recibe tradicionalmente el nombre de patria potestad.”

Sara Montero Duhalt: “Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad.”¹⁰

Con el devenir histórico, hasta la designación tradicional se ha hecho obsoleta. Por eso, las legislaciones modernas, considerando que no se trata de una potestad o señorío exclusiva del padre, sino más bien entendiéndola como “*una función temporal que genera derechos y obligaciones para ambos progenitores con respecto a sus hijos*”, o “*un derecho que consiste en unapotestad general tuitiva sobre los menores o incapacitados*”, o “*un derecho subjetivo*”, han cambiado su concepción, asumiendo, entre otras novedosas denominaciones: “*autoridad de los padres*”, “*deberes y derechos de los padres*” y “*autoridad parental*”.

Para Joaquín Escriche¹¹, la patria potestad consistía en la autoridad que las leyes daban al padre sobre la persona y los bienes de sus hijos legítimos, autoridad que competía al padre

⁸Montero Dualht, Sara. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. México, 1990. Pág. 279.

⁹Federico Puig Peña estructura el análisis del Derecho de familia siguiendo la distinción entre relaciones familiares propiamente dichas (matrimonio, paternidad y filiación), relaciones familiares en sentido amplio (parentesco) y relaciones cuasifamiliares (tutela), con carácter general diremos que no falta nada de lo que cualquier otro buen tratado de Derecho civil pueda tener, por lo que su obra Tratado de derecho Civil contiene posturas propias, que constituyeron aportes en esta materia.

¹⁰Montero Dualht, Sara. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. México, 1990. Pág. 279.

¹¹Abogado y político (1784-1847). Eminente jurista, defensor de su país durante las invasiones Napoleónicas en los tiempos de las intrusiones francesas, interviniendo en los Sitios de Zaragoza de 1808. Afecto al régimen constitucional,

y no a la madre, recayendo precisamente sobre los hijos legítimos o legitimados, indicando este autor que la patria potestad no recaía sobre los hijos naturales, incestuosos, adulterinos, diferenciaciones que nuestro Código Civil (Código Civil ecuatoriano) consideró injustas y oprobiosas, pero se encontraban en la Ley sobre Calificaciones y Declaración de hijos naturales publicada en el Registro Auténtico 002 de 14 de abril de 1837¹².

Sin embargo, como afirma el catedrático Manuel Peña Bernaldo de Quirós: “A pesar de las críticas, se ha conservado en la Ley el término tradicional ‘patria potestad’, seguramente por la dificultad de encontrar otro mejor y además porque, en nuestra lengua, el término ‘padres’ comprende también a la madre; y porque en el lenguaje del Derecho el término ‘potestad’ comporta por sí un poder con especiales limitaciones funcionales.”¹³ Lo cierto es que en la búsqueda de las siempre peligrosas definiciones, han proliferado los conceptos en torno a esta especie de derecho natural que tienen los padres con respecto a sus hijos, previo a su regulación en una norma jurídica y que se extiende comúnmente hasta el arribo de los segundos a la mayoría de edad. Al abarcar más deberes que derechos el instituto que se analiza, resulta válida la consideración ofrecida por el Dr. Francisco Varona y Duque de Estrada, con respecto a que “la patria potestad consiste en el derecho que tienen los padres de cumplir las obligaciones que le vienen impuestas con respecto a sus hijos”.¹⁴

Actualmente esta institución jurídica hace referencia al conjunto de deberes, atribuciones y derechos de los que los progenitores respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guardia y protección y custodia de los padres¹⁵ o de otra manera conocida en la doctrina cubana, no como un auténtico derecho o poder de los progenitores de los hijos, sino una función a ellos encomendada, en fin: “un conjunto de derechos y deberes indisolublemente vinculados que la Ley confiere de manera conjunta al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de los hijos menores, para facilitar la

se exilió tras el bienio liberal. Tradujo las "Odas" de Horacio y compuso importantísimos textos jurídicos, siendo su obra *Mater el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, publicado primeramente en París en 1831, y seguidamente en Madrid.

¹² Legislación civil vigente en nuestra sociedad ecuatoriana hasta tanto entraron en contradicción con el Código Civil vigente.

¹³ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: “Derecho de Familia”, Facultad de Derecho, Universidad Complutense – Madrid, España, 1989, Págs. 503 y 504.

¹⁴ Francisco Varona y Duque de Estrada: “Comentarios al Código de Familia”, Revista Cubana de Derecho, Año XI, No. 19, Pág. 53.

¹⁵ Lasarte, Carlos Principios del Derecho Civil VI Derecho de Familia. Tercera edición. Pág. 367.

plena satisfacción de sus intereses morales y patrimoniales “. Analicemos detalladamente cuestiones referentes a la anterior definición

- Conjunto de derechos y deberes indisolublemente vinculados, concepción moderna de la patria potestad, señala en ella su carácter de función eminentemente social, la que implica su naturaleza mixta de derecho/ deber. Es incorrecto sostener que sea un genuino derecho, puesto que no se deja su ejercicio a la libre iniciativa de un sujeto para la consecuencia de intereses privados; su ejercicio no es discrecional o arbitrario sino obligatorio, necesario y va dirigido al logro de fines sociales o políticos y no individuales o privados. Más acentuado es su carácter de deber en cuanto supone el cumplimiento de las normas jurídicas que se encargan de regular y proteger los intereses de los menores hijos, si bien entraña una legitimación o libertad para actuar sobre la esfera personal y económica de los hijos.
- De otra parte, es innecesario subrayar que compete a ambos progenitores, al padre y a la madre de forma conjunta y por principio inseparable, dada la igualdad de ambos sexos frente al derecho y la superación de la idea patriarcal de que el rol de la madre solo adquiriría relevancia “en defecto del padre”.¹⁶ Resulta que la titularidad y ejercicio conjuntos constituye o representa el ideal a perseguir por los propios progenitores, aún y cuando esta posición no deba excluir coyunturalmente realizarlo de manera individual, como analizaremos más adelante respecto al ordenamiento jurídico cubano.
- Recayente sobre las personas o bienes de los hijos menores es otro de los elementos a referirnos, debiendo partir de la interrogante ¿Cuándo se es menor de edad? La respuesta estaría en función del tratamiento legislativo dado por los códigos civiles para la adquisición de la plena capacidad jurídica.¹⁷
- En relación con lo anteriormente expuesto y amén de los diversos criterios en torno a la naturaleza jurídica, denominación y tratamiento de la patria potestad en las diversas legislaciones, dicho instituto adopta caracteres que son uniformes o universales y que se relacionan seguidamente:

¹⁶Lasarte, Carlos. Compendio de Derecho Civil. 4ª Edición, revisada y actualizada. Pág. 409.

¹⁷ La capacidad jurídica atendiendo al artículo del Código Civil ecuatoriano se adquiere al arribar a los 18 años de edad cumplidos, conocido esto como la mayoría de edad, por lo que, de lo contrario se es menor de edad.

- ✓ Tiene carácter impositivo, al constituir un deber o una obligación tutelada penológicamente.
- ✓ Es exclusiva de los padres (aunque esta exclusividad ha tenido ya excepciones, como se verá al analizar la legislación comparada en Latinoamérica).
- ✓ No puede ser objeto de excusa ni de renuncia.
- ✓ Constituye una obligación de carácter personal que no puede ser realizada a través de un tercero.
- ✓ Es intransferible, no pueden transmitirse en bloque las facultades y obligaciones que entraña, a no ser mediante la adopción.
- ✓ Debe ser ejercida en un tracto continuado positivo. Requiere una constante conducta de cumplimiento por parte de los padres.
- ✓ Tiene un doble ámbito de protección, al abarcar tanto a la persona como al patrimonio de quien está sujeto a ella.

Sub-epígrafe 1.1.2 Contenido de la Patria Potestad. Causales de su suspensión privación y extinción.

El contenido de la patria potestad se desdobra en dos aspectos; uno de corte personal y el otro patrimonial o económico.

Contenido personal

Evidentemente, no son necesarios grandes circunloquios para poner de manifiesto que, en lo fundamental, las relaciones entre padres e hijos se encuentran impregnadas generalmente de dosis de afecto y de cariño que rara vez exigen acudir al esquema de derechos y obligaciones legalmente consagradas desde el punto de vista estrictamente personal¹⁸.

A tenor del **contenido patrimonial o económico**, se encuentra la tutela de la integridad de los bienes y derechos propios de los hijos menores¹⁹, implicando la realización de:

¹⁸ Artículo 264 Código Civil ecuatoriano: patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

¹⁹ Ídem.

Actos de Administración de bienes: van dirigidos a lograr la conservación, custodia y salvaguarda de los bienes del menor, a fin de que no se pierda, deterioren o menoscaben, o causen daños o perjuicios a terceras personas. Los padres deberán actuar en este sentido con la mayor diligencia, lo que supone el empleo del necesario cuidado, atención y recelo en esta actividad, haciendo los desembolsos económicos o gastos pertinentes para su reparación y mantenimiento.

En cuanto a la extensión de los poderes de administración:

Los padres pueden realizar todos los actos de administración del patrimonio de sus hijos sin necesidad de cumplir las formalidades habilitantes que sólo son requeridas por excepción para celebrar válidamente los actos que excedan de la simple administración²⁰ y otros que pueden ser:

- Transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de menores²¹.
- Reconocer obligaciones, celebrar transacciones, convenimientos o desistimiento en juicio en que se cobren obligaciones cuando resulten afectados intereses de menores²².

Una definición o determinación de estos actos, como los realizan en ocasiones los cuerpos legales civiles o familiares, resulta bastante imprecisa y suele incluso en algunas circunstancias llevar implícita la disposición, lo cierto es que estos actos no comprometen el patrimonio sino por un tiempo corto y son frecuentemente renovables, el profesor español Manuel Gitrama, los define como: *“el acto jurídico que recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio.”*

Actos de disposición (enajenación, destrucción o cesión): consisten en transmitir los derechos pertenecientes a los hijos menores a favor de otras personas, por ejemplo al

²⁰ Concordancia: artículo 267 Código Civil ecuatoriano.

²¹ Concordancia: artículo 267 apartado 2 Código Civil ecuatoriano.

²² Concordancia: artículo 267 apartado 3 Código Civil ecuatoriano.

ceder a X el derecho de propiedad que tiene su menor hijo sobre su equipo de música, sea el cambio por un precio determinado (compraventa) o por otro bien (permuta); o sin recibir nada a cambio (donación). Es también acto dispositivo la renuncia de derecho (el padre renuncia a una herencia a lo que es llamado su menor hijo). Siempre implican una afectación negativa en el patrimonio del menor, pues éste se verá disminuido por la salida de un bien o derecho. De ahí que, dada la posibilidad de que se ocasionen daños en la esfera económica de los hijos, la ley exija para estos actos, la autorización del tribunal competente, cuando medie causa justificada de utilidad o necesidad.

Al respecto Díez Picazo y Antonio Gullón exponen que además de ser los padres administradores legales, ostentan poderes dispositivos, cuya titularidad es legítima para la realización de actos de disposición. Los poderes dispositivos de los padres plantean delicados problemas, pues un reconocimiento absoluto e ilimitado de los mismos podría conducir a que desapareciesen los bienes de los hijos, mientras que una excesiva desconfianza y limitación pueden obstaculizar la gestión patrimonial.

Actos de Representación: a los titulares de la patria potestad corresponde por ley actuar en nombre y en representación de sus menores hijos, manifestando su voluntad para celebrar los actos y negocios jurídicos pertinentes, deberán obrar siempre velando por el interés del menor representado, concluyendo aquellos que no redunden en menoscabo, perjuicio de su patrimonio por ejemplo, (aceptando una donación o permutando la vivienda del menor por otra de mejores condiciones para la salud del mismo). Incluye además la representación en un proceso determinado en que se hagan valer ante los tribunales los derechos (acciones) que ostenta el menor (por ejemplo pretendiendo se le proteja en la posesión pacífica de un cierto bien) u oponiendo sus legítimos derechos y medios de defensa (excepciones) en caso de verse demandado ante los órganos jurisdiccionales del Estado. Es decir, dado el presupuesto de la falta de capacidad de obrar en el menor (ineptitud para ejercer por sí mismo sus propios derechos) corresponde por ley a los padres la representación para la realización de los actos jurídicos.

El propio concepto de patria potestad deja establecido que esta constituye una forma de representación legal que se ejerce por los padres en beneficio e interés de sus hijos menores y en los ordenamientos jurídicos que admiten la prorrogada de los mayores incapacitados, por tanto este tipo especial de relación jurídica tiene como sujetos a los

padres titulares de la misma como regla general en conjunto, lo que constituye un principio de los ordenamientos jurídicos modernos y a los hijos sometidos a la autoridad de sus padres dado al vínculo natural y legal que los une salvo las excepciones admitidas por el derecho.

La representación²³ es una institución necesaria para el Derecho y el normal desarrollo de las relaciones jurídicas y sociales que a diario se desarrollan por cuanto presupone la existencia de una persona que por sus condiciones no puede realizar actos válidos para el derecho resultando indispensable completarle su capacidad de obrar, la patria potestad ejercida por los padres en beneficio e interés de sus hijos menores pone en evidencia tales presupuestos²⁴.

El poder de representación que corresponde a los padres en ejercicio de la patria potestad tiene su fuente en la ley y está determinado en su contenido también por la ley, de modo que es una representación legal tanto por su fuente como por su contenido.

En cuanto a la extensión de los poderes de representación:

El principio fundamental para determinar la extensión del poder del padre o de la madre que ejerce la patria potestad para representar al menor sometido a ella, es que dicho poder sólo tiene por finalidad remediar la incapacidad negocial del hijo. De tal principio se deducen varias consecuencias:

1.- En principio, la representación legal del padre se extiende a toda clase de negocios jurídicos, patrimoniales o no, ya que en principio la incapacidad negocial del hijo sometido a patria potestad es una incapacidad general, plena y uniforme.

2.- Por excepción, el poder de representación legal no se extiende a:

²³El poder de representación consiste en la facultad de celebrar actos jurídicos en nombre de otra persona, de manera que los efectos activos y pasivos de tales actos recaigan directamente en esa otra persona. La fuente del poder de representación puede ser la voluntad del representado o la ley. En el primer caso, se habla de representación voluntaria por su fuente, y en el segundo, de representación legal por su fuente. Igualmente el contenido del poder de representación puede estar determinado por la voluntad del representado o directamente por la ley. En el primer caso se habla de representación voluntaria por su contenido y en el segundo, de representación legal por su contenido.

²⁴Artículo 28 Código Civil ecuatoriano: son representantes legal de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados.

- Los actos que por su carácter íntimo la ley no permite realizar por medio de representante o que sólo permite realizar a través de representantes voluntarios (elegidos por el representado). Entre tales actos, llamados estrictamente personales se cuenta el testamento²⁵ en el caso del, el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones al otro cónyuge por causa del matrimonio, los contratos que como el contrato de trabajo obligan a la persona física del menor, el ejercicio de la patria potestad sobre los propios hijos, el juramento decisorio, etcétera. Precisamente porque respecto de tales actos la representación legal del padre no subsana la incapacidad establecida por la ley, éstas en muchos casos concede a los menores la capacidad plena o limitada para realizar dichos actos antes de alcanzar la mayoría de edad.
- Los actos para los cuales el propio hijo tiene capacidad plena (que entonces realiza el hijo solo) o limitada (que entonces realiza el hijo o autorizado).
- Los actos respecto de los cuales el poder de administración no está atribuido al padre o a la madre que ejerce la patria potestad.

3.- El padre o la madre en ejercicio de la patria potestad debe estar expresamente autorizado por el Juez competente para que tenga la facultad de celebrar válidamente ciertos actos en nombre del hijo.

4.- Los actos celebrados por el padre o la madre fuera de los límites de su poder de representación o sin haber cumplido las formalidades habilitantes requeridas por la ley, están afectados de nulidad relativa que sólo puede ser demandada por el padre, por la madre o por el hijo y por sus herederos o causahabientes²⁶.

Hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencia, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, participaciones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres (3) años y recibir la renta anticipada por más de un año.

²⁵ Artículo 966 del Código Civil ecuatoriano, que expresamente determina la imposibilidad de representación.

²⁶ Concordancia: Artículo 271 del Código Civil ecuatoriano.

La representación legal, se conceptualiza como la autorización concedida por la ley para que una persona actúe en nombre y en interés de otro sujeto, es un tipo de representación directa, en la que la voluntad del representante es determinante en la realización del acto jurídico de que se trate.

La dinámica de las relaciones paterno-filiales implica en ocasiones que dicho contenido no se cumpla a cabalidad, bien por razones ajenas a la voluntad de los progenitores o por incumplimiento expreso de esos deberes, antes citados, por lo que este ejercicio debe ser suspendido, privado o extinto. Diferenciándose los efectos que producen en cada caso, pues la suspensión implica la temporalidad mientras que la extinción y privación resultan ser definitivos; es decir se distinguen las causas que normalmente dan por concluida la patria potestad, de aquellas que representan un modo anormal de extinción, así encontramos circunstancias que provocan la supresión momentánea de su ejercicio, y que responden a orígenes diversos, entre los cuales la propia conducta de los padres adquiere una influencia decisiva y que conducen a un pronunciamiento judicial a título de sanción.

Las causas en comentario responden a hechos naturales (muerte de los padres o de los hijos), a hitos legales (mayoría de edad, emancipación por matrimonio), a situaciones personales de los padres (alteraciones mentales, encarcelamiento, ausencia prolongada) o de los hijos (ingreso a comunidades religiosas o a fuerzas de seguridad), o bien a hechos ilícitos cometidos en perjuicio de los hijos, incompatibles con la función paterna. Todos los casos de suspensión, cualquiera que fuere el motivo, son redimibles por parte de los padres, quienes probando la superación de las situaciones que llevaron a ese resultado, están en condiciones de recuperar el direccionamiento de sus hijos.

Señalemos además que la medida de suspensión, privación o extinción se adopta de manera individual, aún cuando procesalmente exista un litisconsorcio pasivo necesario, no se contempla la responsabilidad mancomunada, pues el caso que ambos hayan contribuido a generar la circunstancia perjudicial, podrían existir diferentes grados de responsabilidad y por tanto reacciones legales diversas.

EPÍGRAFE 1.2 EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DESDE UNA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO.

A continuación se relacionan las posiciones de algunos ordenamientos jurídicos en torno al ejercicio de la patria potestad, su concepción, causales de suspensión, privación y extinción de este, el español (por ser antecedente legislativo) y otros del área latinoamericana (por formar parte del mismo sistema jurídico germano francés). Por supuesto que sin intención de traspolar a nuestro patio regulaciones contenidas en otras legislaciones, que obviamente responden a realidades sociales y jurídicas diferentes según el país de que se trate, pero se ha considerado atinada su inclusión, a los efectos de patentizar la referencia obligada al derecho comparado como método de estudio de cualquier institución y que esboza tendencias, reafirma protagonismo de la seleccionada en esta oportunidad, dentro de las relaciones paterno filiales.

Argentina

El Código Civil de Argentina en su Libro Primero, Sección Segunda, Título III De la Patria Potestad preceptúa que la misma resulta ser el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

La ley argentina establece que en los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, la titularidad de la patria potestad la tienen ambos padres, pero el ejercicio de la función, o sea su faz activa, la posee quien ejerza la “tenencia” (artículo 264 inciso 2 e inciso 5 Código Civil argentino), tanto si se trata de hijos matrimoniales como extramatrimoniales. Al otro progenitor sólo le resta el derecho a tener una adecuada comunicación con el niño o adolescente y supervisar su educación (artículo 264 inciso.2 Código Civil argentino.)²⁷. Es decir, posee el derecho de controlar el modo en que el otro cumple con su responsabilidad. Se inferiría implícitamente de este texto un resultado poco razonable: uno tiene el derecho-deber de educar al hijo y el padre

²⁷Aquí el término educación está tomado en un sentido amplio como “formación del hijo” (Bossert Gustavo A. y Zannoni Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1985, Pág. 281)

no guardador sólo puede controlar desde afuera, como si fuera un extraño a la relación, el modo en que la misma es ejercida. Es evidente que esta comprensión contradice la idea de participación y colaboración, e implica para el hijo una pérdida que vulnera el derecho de este a ser cuidado y educado por ambos padres.

Es de advertir, no obstante, que para algunos supuestos previstos en la ley, tanto cuando los padres conviven como si se encuentran separados o divorciados, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores y al mismo tiempo, los padres continúan sujetos a todas las obligaciones respecto de los hijos. El sistema legal argentino otorga el ejercicio de la patria potestad sólo al padre a quien se le ha conferido “la tenencia”, lo cual ha sido juzgado por una gran parte de la doctrina nacional como contrario a la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos asegurados en diversos tratados de derechos humanos, que en dicho país tienen rango constitucional (en especial, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer **(ver anexo I)**).

En el referido cuerpo legal se detalla en qué consiste el ejercicio de la patria potestad, guardando correspondencia con lo analizado en el epígrafe anterior, desdoblado este en su aspecto personal (artículo 265, 266 y 278) en función de la protección y educación a la persona de los hijos, y en su aspecto económico tanto como representantes legales en procesos o realización de negocios (artículo 274), como administradores del patrimonio de los menores (artículos 293-295), con la limitación de no poder ser ambas partes (padres e hijos) sujetos de contratos (artículo 279-280) y a partir de concederle el usufructo de los bienes de estos (artículo 287) y por último también los llamados actos de disposición, siempre con la debida autorización judicial (artículos 297, 298 y 300).

Seguidamente regula las circunstancias que conllevan a la extinción, privación y suspensión de la patria potestad, cabe señalar que excepto el caso de la legislación de Argentina, los demás sistemas jurídicos incluyen casos de suspensión de la patria potestad como una sanción disminuida respecto de la pérdida, o alternativa a la privación. Estas causales se inscriben en el marco de situaciones que obstaculizan severamente el normal desarrollo del hijo de manera actual, y con un potencial dañoso importante: el

abandono subjetivo u objetivo, grave incumplimiento de los deberes paternos, inclusive culpa grave o dolo en la administración de los bienes de los hijos, abarcan el amplio espectro que nuestras legislaciones establecen para demandar y declarar esta medida sancionatoria.

Por lo que la patria potestad se acaba (término referido a la extinción de esta)

- Por la muerte de los padres o de los hijos;
- Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquellos, en institutos monásticos;
- Por llegar los hijos a la mayor edad;
- Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización
- Por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción.

Los progenitores quedan privados por:

- *Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.*
- Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.
- Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

La primera causal expuesta guarda relación con la temática de esta investigación, pues infiere la condición de reo al progenitor para privarlo del ejercicio del cual por ley es titular, no obstante acota que no resulta ser por la comisión de cualquier delito solo aquellos que

van dirigidos contra la persona y/o bienes del hijo. Siendo revocable siempre y cuando se compruebe que su restitución sería en interés y beneficio del menor.

El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de estos, judicialmente declarada, en caso de interdicción, de inhabilitación²⁸ hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal²⁹, así como cuando los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo a las circunstancias del caso.

Chile

El Código Civil chileno establece que la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento³⁰. A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la citada institución.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los progenitores, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de ellos, si la ejercieren conjuntamente.

²⁸Código Civil argentino en su artículo 152 BIS.- Podrá inhabilitarse judicialmente:

1. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.
2. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.
3. A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

²⁹Código Penal argentino establece en su artículo 12 que: La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

³⁰ Artículo 244 del Código Civil chileno

El propio cuerpo legal denomina patria potestad a los deberes y derechos de los padres en relación con los bienes de los hijos menores de edad no emancipados, y en cuanto a estos con respecto a la persona utiliza el término de “cuidado personal del hijo”. Siempre con la finalidad de guiarlo en el ejercicio de sus derechos.

En circunstancias específicas, se puede entablar una demanda para pedir la suspensión o privación de la patria potestad del padre que haya incurrido en ciertas causales que estipula el Código Civil. La suspensión es temporal y se puede solicitar ante el juez invocando ciertas causales que especifica el Código Civil. La privación es indefinida, y las causales para privar a un padre de la patria potestad son menos pero se refieren a faltas mas graves. El magistrado, según la causal que se pruebe, determinará si suspende o priva al padre de este derecho. En tal sentido preceptúa:

Que la patria potestad puede suspenderse a un padre cuando sucede alguno de estos hechos:

- Demencia.
- Ausencia prolongada.
- Condición de entredicho para administrar sus propios bienes.
- Maltrato habitual del Hijo.
- Abandono del Hijo.
- Depravación que lo incapacite para ejercer la patria potestad.
- *Condena a pena privativa de la libertad superior a un año.*
- Vagancia o mendicidad habituales del menor, en caso de que los padres no hagan lo necesario para impedirlo.
- Dictamen de un juez por considerarlo conveniente para la salud del menor, o para evitarle grave peligro físico y moral.

Cuando alguno de los padres incurre en alguna de las siguientes causales, se le podrá demandar para que el juez lo prive del derecho de la patria potestad. Estas son las razones para privar del mencionado derecho:

- Maltrato habitual del hijo, hasta poner en peligro su vida o causarle grave daño.
- Abandono del hijo.
- Depravación del padre que lo incapacite para ejercer la patria potestad.
- *Condena del padre o los padres a pena de prisión superior a un año.*

La legislación chilena establece la privación de libertad superior a un año³¹ tanto como causal de suspensión como de privación, no obstante sus propios preceptos permiten que el funcionario actuante, a luz de la interpretación normativa, determine si procede la suspensión o privación, en dependencia del grado y naturaleza del delito cometido.

Cualquier consanguíneo del menor llámese abuelo, tío, padres, primos pueden iniciar el proceso de suspensión o privación, oficiosamente lo puede hacer el juez de familia e incluso hasta el defensor de familia. Los procedimientos o trámites a seguir estarán en dependencia de las causales que se esgrimen en este sentido.

La persona interesada (legitimados por norma) debe contratar los servicios de un abogado para que lo represente, o en su defecto acudir donde el defensor de familia para que este lo inicie. En la demanda se deben citar a diferentes personas en calidad de testigos para que ilustren al juez sobre el comportamiento del padre en relación con la causal que se desea probar.

La privación de la patria potestad conlleva a la suspensión de los derechos que la misma confiere, es decir los padres no pueden administrar ni usufructuar los bienes del menor, como tampoco pueden representarlo judicial ni extrajudicialmente, mientras se esté suspendido este derecho. El otro padre ejercerá solo, hasta que se le restablezca el derecho al que le fue suspendido; en el evento que a ambos padres se les suspenda al menor se le nombrará un guardador. Cabe destacar que a pesar de la suspensión de

³¹ El Código Penal chileno vigente tipifica en sus preceptos, un gran número de delitos con pena máxima superior a 1 año, en tal sentido acotamos como ejemplo de ellos: la amenaza atentada contra las personas y su familia (artículo 296), el abandono de niños y personas desvalidas (artículo 346-352), el rapto (artículos 358-360), la violación (artículo 361) y el estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos en sus artículos 363 al 367.

este derecho, los padres continúan ejerciendo sus deberes como tal, es decir deben suministrar alimentos a sus hijos. Pudiendo también proceder a la restitución si se comprueba que las circunstancias que originaron esta cambiaron, solo si el pronunciamiento judicial fuese la suspensión, pues si se le priva, no tiene tal derecho a ser restituida, por lo que el menor en caso de estar ambos padres privados quedará bajo la custodia de un guardador hasta que cumpla la mayoría de edad; pues de ser uno solo el otro seguirá ejerciendo la patria potestad individualmente.

Venezuela

La Revolución Bolivariana de Venezuela en su ardua labor legislativa en respaldo a las transformaciones sociales que en ella se han venido produciendo, es garante de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que en relación a la patria potestad es la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) la legislación más atinada, estipulando el Sistema de Patria Potestad o Sistema de Filiación Paterna, auxiliada por ciertos artículos aún vigentes en esta materia del Código Civil venezolano en su título VII.

La citada LOPNA en su artículo 347 define la institución, objeto de esta investigación como el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no han alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, [desarrollo](#) y [educación](#) integral de los hijos. Seguidamente regula su ejercicio conjunto por ambos progenitores, salvo el caso en que alguno de ellos se encuentre privado por declaración judicial sin haber sido restituido de ella y las causales de extinción, privación, pérdida y suspensión.

La patria potestad se extingue en los siguientes casos (artículo 356 de la LOPNA):

- Mayoridad del hijo;
- Emancipación del hijo;
- Muerte del padre, de la madre, o de ambos;
- Reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la patria potestad, prevista en el artículo 352 de esta ley;

- Consentimiento legal para la adopción del hijo, excepto cuando se trate de la adopción del hijo por el otro cónyuge.

Pérdida de la patria potestad: por causa grave que impida la convivencia del menor bajo el amparo de su padre. Algo novedoso es la limitación de la patria potestad, pues el juez sin privar a los padres la limita en vista de las circunstancias para el bien de los hijos.

Según lo dispone el artículo 352 de la LOPNA, el cual concuerda con el artículo 278 del Código Civil, el padre o la madre o ambos pueden ser privados de la patria potestad respecto de sus hijos cuando:

- Los maltraten física, mental o moralmente.
- Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo.
- Incumplan los deberes inherentes a la patria potestad.
- Traten de corromperlos a prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
- Abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
- 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, aún cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor.
- Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo.
- Sean declarados entredichos.
- Se nieguen a prestarle alimentos.
- Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

La privación de la patria potestad puede derivar:

- En primer término de **sentencia dictada en juicio principal de privación de la patria potestad.**
- **Sentencia firme de divorcio o separación de cuerpos.**

- **Sentencia penal**, cuando se condena al padre o madre por la comisión de ciertos delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias o cuando se condena al padre o a la madre por el delito de abuso en la corrección o disciplina o de servicia en las familias cometidos contra el hijo, siempre y cuando constituyan hechos habituales.

Este último supuesto infiere la condición de privación de libertad en la que se encuentra o puede encontrarse el progenitor, sin tener en cuenta si el hecho punible lo cometió contra el menor bajo su guarda y cuidado.

Suspensión:

- Por incapacidad o ausencia de los padres,
- Por interdicción civil, si se prueba que los padres están impedidos de hecho para ejercerla.

Aun cuando la patria potestad concluye por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga aquella; por la mayor edad del hijo y por la emancipación de este, y que se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, y por sentencia condenatoria que imponga como pena tal suspensión, no debe perderse de vista que en estos casos se habla de la falta de dicho ejercicio personalmente. Es innegable que esta puede ocurrir, además de los casos de muerte, interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos en que existe imposibilidad material y notoria para ejercerla, como acontecería si el padre, en el momento preciso y urgente de representar en juicio a sus hijos menores, se encontrara privado, por causa de enfermedad del uso expedito de sus facultades mentales, que lo colocara en situación de no poder desempeñar esa prerrogativa personalmente ni otorgar el mandato correspondiente. Pero cuando esta incapacidad es por un motivo ilícito, como el hecho de que el padre se encuentre prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera incluye su abstención para representar a sus menores, ya que tal abstención obedece a un motivo ilícito.

Los efectos de la pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad afectan los poderes que tienen los padres sobre los hijos, sin alterar el vínculo filial que existe entre ellos. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los

hijos, como para el progenitor condenado por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

No se viola garantía alguna del padre, por el hecho de declarar que pierde la patria potestad de los hijos, si fue condenado al divorcio, por injurias y abandono de hogar. Una reiteración por parte del padre, de las expresiones injuriosas en contra de la madre, que se dicen proferidas en presencia de sus hijos, sí es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad, exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, conclusión esta que teniendo en cuenta los estudios de psicología, abundantemente divulgados, constituye una máxima de experiencia que resulta por ende, contraria a la obligación elemental que incumbe a los padres de formar moralmente a sus hijos. Por otra parte, la patria potestad debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la Ley Civil de honrar y respetar a sus padres; mal podrían cumplir tal obligación en relación con su progenitora si el padre les imbuye desde sus primeros años ideas que redunden en el mayor menosprecio y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente tal del padre si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, no la reiteración necesaria para que constituya una conducta.

Según lo dispone el artículo 278 del Código Civil, en concordancia con el artículo 353 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

- El Ministerio Público, cuyo representante debe intentar la demanda cuando tenga denuncia fundada de la existencia de las causales previstas para la privación de la patria potestad.
- Los organismos públicos encargados de la protección del menor.
- El otro progenitor, que denuncie algunas de las causales previstas en la privación de la patria potestad.
- Los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del 4to. grado, en cualquier línea.

En el juicio principal de privación de patria potestad se sigue el Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales establecido en los artículos 450 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. El artículo 743 del Código de Procedimiento Civil plantea la posibilidad de que el juez pueda decretar las medidas que considere necesarias para garantizar la protección del menor, mientras dure el juicio y se presentare en éste un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por el demandante.

La patria potestad puede ser readquirida a parte patris o a parte matris, si el padre o madre una vez privados de ésta son restituidos, para lo cual el juez requerirá pruebas de la corrección y regeneración del padre o madre, después de dos años de la sentencia firme que decretó la privación. La solicitud debe ser notificada al Ministerio Público y, de ser el caso, a la persona que interpuso la acción de privación o al Consejo de Protección.

Panamá

El Código de Familia de la República de Panamá, aprobado por la Ley número 2 de 17 de mayo de 1994, dedica el Título IV, del Libro I a la patria potestad o “relación parental”, la que regula en 6 capítulos, definiéndola como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a la persona y los bienes de los hijos o hijas, en cuanto sean menores de edad y no se hayan emancipados, será ejercida por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro, a quien no se exime de su responsabilidad. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres será ejercida solo por el otro.

Esta legislación permite prorrogar la Patria Potestad por ministerio de ley, en los casos de hijos o hijas que hayan sido incapacitados por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas, es decir, que cuando el hijo o hija que estuviese en cualquiera de estas situaciones viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos no se

constituirá tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad que será ejercida por aquel a quien le correspondiese si el hijo o hija fuese menor de edad.

Se establece además que cuando los padres no viviesen juntos se estará al acuerdo de estos respecto a la guarda y crianza y al régimen de comunicación y de visitas siempre y cuando no afecte el interés superior del menor. De no mediar acuerdo entre los padres será la autoridad jurisdiccional competente la que se encargue de decidir la cuestión, en función del interés del menor.

El Código de Familia panameño en su artículo 332 concuerda con lo relacionado en el epígrafe anterior referente al contenido de la patria potestad pues plantea que: “Los padres que ejercen la patria potestad o relación parental tienen la representación legal de su hijo o hija menores o discapacitados. Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos que el hijo o hija, de acuerdo con las leyes o con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismos.
2. Aquellos actos en que exista conflictos de intereses entre el padre y el hijo o hija; y
3. Los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

México

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la república en Materia Federal de 1928, aún y cuando en ciertos preceptos ha sido modificado, recoge en su Libro Primero “De las Personas”, título séptimo lo relacionado a los efectos de la patria potestad, así en su capítulo I preceptúa que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley, y en correlación a los fundamentos teóricos de esta investigación establece que la misma se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, otorgando facultades de representantes- representará a sus hijos en juicios, sin poder celebrar acuerdos en este sentido de manera individual o sin la autorización judicial

cuando la ley lo establezca y administradores legales³², con la salvedad del ejercicio conjunto de ambos progenitores o el consentimiento expreso para la realización de negocios o actos más importantes de la administración.

Recoge la referida norma jurídica supuestos para la extinción, la pérdida y la suspensión del ejercicio de la patria potestad.³³

Se acaba (causales que no dependen de la voluntariedad de los progenitores, ni el incumplimiento de sus obligaciones);

- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- Con la emancipación, derivada del matrimonio;
- Por la mayor edad del hijo.

Se pierde:

- *Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;*
- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley penal;
- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Se suspende:

- Por incapacidad declarada judicialmente;
- Por la ausencia declarada en forma;

³² Código Civil de México en sus artículos 411-413, 425-427.

³³ Código Civil de México en su capítulo III artículos 445-448.

- *Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.*

Entonces como se puede demostrar la legislación nacional mexicana regula solamente la suspensión o pérdida del ejercicio de la patria potestad si el padre o la madre se encuentran privados de la libertad, sin realizar más distinción al respecto.

España

El Código Civil español vigente por Real Decreto de 24 de julio de 1889, establece en su Libro I, Título VII y en sus artículos del 154 al 171 lo concerniente a las relaciones paterno-filiales, insertando cuatro Capítulos dedicados a disposiciones generales, la representación legal de los hijos, los bienes de los hijos y su administración y la extinción de la patria potestad respectivamente. Dicho cuerpo legal prevé como ambos padres actúan cuando los hijos no estén emancipados, ejerciéndose siempre en beneficio de aquellos y de acuerdo a su formalidad, la misma comprende los deberes y facultades que tienen los progenitores entre los que se establece, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes; a su vez, los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre, contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. La patria potestad puede ejercerse por uno solo de los padres con el consentimiento expreso o tácito del otro, regulándose así mismo que serán válidos los actos que realice uno de los padres conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, pudiendo cualquiera de los dos acudir al juez en caso de desacuerdo, en cuyo supuesto se oirá el parecer del menor.

En caso de que los progenitores vivan separados tales derechos y facultades se ejercerán por el padre con quien el hijo conviva, sin embargo el juez por solicitud fundada del otro, podrá disponer que se ejerza conjuntamente o se distribuyan entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

Extinción

En este punto hay que distinguir entre causas de extinción propiamente dichas y causas de privación de la patria potestad.

Las **causas de extinción**, no plantean ningún problema desde el punto de vista práctico y están reguladas en el artículo 169 Código Civil:

- la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres;
- la muerte o la declaración de fallecimiento del hijo;
- la emancipación del hijo;
- la adopción del hijo.

Pero además de estas causas de extinción de la patria potestad, existe, como se ha dicho, **causas de privación** de la misma. Así, y según el artículo 170 del citado cuerpo legal el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad, por lo que sin disposición contraria al respecto quedaría a la interpretación del funcionario actuante, de igual manera prevé que los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó tal pronunciamiento.

1- Por sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma.

Esta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, pero en la práctica la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas. **(Ver anexo II)**

2- Por sentencia dictada en causa criminal.

Algunos han pensado que este precepto establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el penal) de la privación de la patria potestad por incumplimiento de sus deberes. **(Ver anexo III)**

3- Por sentencia dictada en causa matrimonial.

Destacar, finalmente que, como se puede comprobar, la privación de la patria potestad sólo puede acordarla la autoridad judicial mediante la correspondiente sentencia.

Cuba

Con el triunfo de la Revolución cubana en 1959, ocurrieron importantes transformaciones de las que no estuvo exenta la familia, alcanzándose la plena igualdad de la mujer y de los hijos, promulgándose el Código de Familia, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975. Se dictó además el Código de la Niñez y la Juventud el 28 de junio de 1978, con el objetivo de regular los diferentes aspectos de la vida de la joven generación, sus deberes y derechos y las obligaciones de las personas, organismos e instituciones que intervienen en su formación integral.

El Código de Familia cubano regula dentro del Título II De las relaciones paterno – filiales, la patria potestad a la que dedica el Capítulo II. Para el legislador cubano, los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres, toda vez que su ejercicio corresponde a ambos conjuntamente, tal y como estipulan los artículos 82 y 83. Aquí radica el primer acierto que le atribuyo a este cuerpo legal en materia de patria potestad, al consagrar la plena igualdad de ambos progenitores para ejercerla. Así, la misma solo corresponderá a uno de los padres, en caso de fallecimiento del otro, o cuando excepcionalmente, se le haya suspendido o privado. Este ejercicio conjunto de la patria potestad por las madres y los padres cubanos, se mantiene inalterable también cuando los cónyuges se divorcian. Dicha institución es entendida como el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos, contenido que aparece enunciado en el artículo 85 y puede resumirse así:

- Tener a los menores bajo su guarda y cuidado; esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarles dentro de sus posibilidades los medios recreativos propios para su edad; darles la debida protección; velar por su buena conducta y

cooperar con las autoridades correspondientes si fuera necesario superar cualquier situación que pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo.

- Atender todo lo relacionado con su educación.
- Dirigir su formación en la vida social.
- Administrar y cuidar sus bienes con la mayor diligencia; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que el Código establece.
- Representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés.
- Los padres están facultados también para reprender y corregir adecuada y moderadamente a sus hijos y podrán en interés de éstos, disponer de sus bienes, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa autorización del tribunal competente, con audiencia del Fiscal. Los hijos a su vez están obligados a respetar, considerar y ayudar a sus padres y, mientras estén bajo su patria potestad, a obedecerlos.

Dentro del Capítulo que se analiza, el Código dedica la Sección Segunda a la Guarda y Cuidado y la comunicación entre padres e hijos, como un tema vinculado a la patria potestad, pero diferenciado de ésta. Con respecto a la primera, se tomará en cuenta en primer lugar el acuerdo de los padres cuando no vivan juntos y a falta del mismo, el Tribunal decidirá a favor de lo que considere más beneficioso al menor. Para determinar este aspecto, aclara el legislador, que en igualdad de condiciones, se atenderá como regla general a que los hijos se mantengan junto al padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaba en compañía de ambos, salvo que razones especiales aconsejen otra solución. El órgano jurisdiccional dispondrá lo que corresponda para garantizarle al progenitor que no tenga la guarda y cuidado, que mantenga una adecuada comunicación con sus hijos. Únicamente en situaciones muy excepcionales se limitará la comunicación de uno o ambos padres con el menor, pudiendo llegar a prohibirla por cierto tiempo o indefinidamente. Como el propio nombre lo indica, las medidas provisionales que el

Tribunal adopte sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación, son susceptibles de ser modificadas en cualquier momento que varíen las circunstancias que las motivaron.

Finalmente la Tercera Sección dedica su regulación a la extinción y suspensión de la patria potestad. Así las causas por las cuales ésta se extingue según el artículo 92 son:

- La muerte de los padres o del menor.
- El arribo del hijo a la mayoría de edad.
- El matrimonio del hijo que no ha arribado a la mayoría de edad.
- La adopción del hijo.

El artículo 94 por su parte, regula como causas de suspensión de la patria potestad, la incapacidad o ausencia de los padres, declarada judicialmente.

Según nuestra Ley de Trámites cubana, la solicitud de incapacidad podrán formularla el cónyuge; la persona a quien, en su caso, correspondería deferirle la tutela; los herederos abintestato; y el Fiscal si no lo hicieran los anteriores; mientras que la solicitud de declaración de ausencia podrán hacerla el cónyuge o cualquiera de las personas llamadas a la sucesión abintestato. La Ley sustantiva estipula además en el artículo 95, en virtud de qué circunstancias uno o ambos padres podrán ser suspendidos y hasta privados del ejercicio de la patria potestad por el Tribunal. Estas son:

- Mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro progenitor o del Fiscal, cuando uno o ambos padres incumplan gravemente los deberes previstos en el antes mentado artículo 85; induzcan al hijo a ejecutar algún acto delictivo; abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos; observen una conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con su ejercicio; o cometan algún delito contra la persona del hijo.
- En los casos de los artículos 93 y 94.

En el primer caso referido al proceso especial sobre privación o suspensión de la patria potestad que podrá promover el otro cónyuge o el Fiscal, será competente para conocer del asunto el Tribunal Provincial correspondiente, a tenor del apartado 3 del artículo 6 de

la Ley Procesal. El artículo 93 en virtud del cual, ambos padres, o uno de ellos, perderán la patria potestad sobre los hijos cuando:

- Se les imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal.
- Se atribuya a uno de ellos por escritura notarial de divorcio o por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio.

El primer supuesto no contradice lo que regula el artículo 95 antes citado, por cuanto para que una conducta en el orden penal implique la condena accesoria de pérdida de la patria potestad, es porque concurre al menos una de las circunstancias excepcionales que dan mérito para suspender o privar al comisor del ejercicio de la misma. Tal regulación se corresponde también con lo dispuesto por nuestra Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código Penal al estipular en su artículo 38 como una de las sanciones accesorias, la suspensión temporal o la privación de la patria potestad. En tales casos, el propio Código de Familia prevé en el artículo 98, que corresponde al otro padre, en su caso, o al Fiscal, promover el procedimiento correspondiente en los Tribunales de lo Civil para resolver los extremos referidos a la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y el régimen de comunicación entre padres e hijos.

En cambio, la regulación del segundo apartado que responde a la introducción del Divorcio Notarial en nuestro ordenamiento, en virtud del Decreto Ley No. 154 de 6 de septiembre de 1994, si entra en franca contradicción con los artículos enunciados anteriormente y aún más, con los postulados de la Constitución de la República en materia de familia. En tal caso, el ejercicio de la patria potestad se deja a merced de la autonomía de la voluntad de los progenitores, pudiendo suceder que uno de ellos la defiera al otro, siempre y cuando éste lo consienta. Esta posibilidad no está incluida dentro de las que la normativa familiar dispone que han de concurrir, para que tenga lugar la pérdida de la patria potestad, pudiendo inferirse de su inclusión en el precitado artículo 93, que se trata de una “nueva forma de privación”.

Con respecto a la pérdida de la patria potestad en virtud de lo que disponga una sentencia firme de divorcio, habrá que atenerse a lo previsto en el artículo 57 del propio

Código de Familia, según el cual, el Tribunal en dicha resolución, hará pronunciamiento sobre la misma, estableciéndose como regla que ambos padres la conservarán sobre sus hijos menores. No obstante, dicho precepto faculta al Tribunal para deferir la patria potestad a favor de aquel que a su juicio deba ejercerla, y hasta llegar a privar ambos progenitores de la misma cuando así lo exija el interés de los menores.

El legislador cubano deja claro además en los artículos 96 y 97 del Código, que la privación o suspensión de la patria potestad, no exime a los padres de la obligación de dar alimentos y que en las sentencias dictadas por los Tribunales de lo civil, en virtud de las cuales se disponga una de estas medidas, se proveerá, según proceda, acerca de la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos.

Asimismo prevé que el progenitor afectado o el Fiscal podrán instar, mediante incidente en las propias actuaciones, el cese de la suspensión de la patria potestad, y la modificación de cualquiera otra de las medidas relacionadas en el párrafo anterior, cuando varíen las circunstancias que justificaron su adopción.

CAPÍTULO II EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR LAS MADRES REAS: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.

EPÍGRAFE 2.1 LA REALIDAD SOCIAL DE LAS MADRES REAS EN EL ECUADOR.

Desde la perspectiva jurídica se observa que la mujer ecuatoriana recibe un castigo plus por salirse del rol socialmente asignado, una mujer delincuente es mala madre, mala hija, mala esposa. Además, las cárceles, fueron creadas para hombres lo cual conlleva que el deterioro por la prisionización es mucho peor en las mujeres. En los últimos diez años la cantidad de reas se ha cuadruplicado, casi toda la diferencia la explican los delitos ligados al tráfico de estupefacientes (**ver anexo IV**); la mayoría son las llamadas “mulas” o “correos”, pagadas por narcotraficantes, que fueron detenidas cuando intentaban salir o entrar del país con droga.

La privación de libertad de hombres y mujeres aparenta consecuencias similares en el Ecuador, pero la realidad es otra, ya que cuando se priva de libertad a una mujer se afecta a la familia en su integralidad, por el rol estereotipado que le asigna la sociedad patriarcal como esposa, madre o jefa de hogar en muchos casos. Donde se responsabiliza casi exclusivamente a la mujer, respecto a la atención a menores y a la casa. Por otra parte, cuando es el hombre quien sufre la pérdida de libertad, la prisión del padre es sentida por la familia por su ausencia, la falta de apoyo material, económico y afectivo en algunos casos, pero la estructura familiar se mantiene, no se derrumba, porque la madre asume el rol paterno y el de jefa de hogar. En el caso de las mujeres, al perder su libertad y si han sido las únicas responsables económica y emocionalmente de mantener a su familia, esto frecuentemente implica la desintegración de la misma, de igual forma no tienen aseguradas las condiciones de higiene y la atención médica necesaria, no se les reconocen las visitas íntimas de la misma forma que a los varones; por las mismas particularidades socioculturales no reciben las mismas visitas que los hombres, ellas casi no tienen quienes

las vayan a ver, en cambio, ellas sí sostienen al hombre preso el tiempo necesario y si no lo sostiene la pareja, lo hace la madre, la hermana.

Por otra parte hay que pensar en que las visitas no son sólo acompañamiento y contención, sino satisfacción de necesidades materiales, de ropa, de medicamentos, de elementos de higiene. A la mujer se la visualiza como sostén de los otros, como madre de todos, no como alguien para ser sostenido. El medio carcelario concretamente, reproduce las desigualdades desde afuera de los muros e incluso las acentúa, la prisión es más dura para las mujeres que para los hombres, las condiciones materiales (malas condiciones sanitarias, mala alimentación, hacinamiento, falta de privacidad y demás tratos crueles) y psicológicas pesan más sobre las mujeres, sumándose a esto la situación especial de las madres con hijos. Por lo que podemos sintetizar que las madres reas sufren:

- La falta de contención familiar de la detenida (un doble castigo, por un lado por haber infringido la ley, pero también por no haber cumplido con el rol esperado por la sociedad para una madre y una mujer, lo que llega a reflejarse en la delegación de responsabilidad de los hijos en la mujer, aun estando detenida.
- La falta de recursos y posibilidades de su núcleo familiar de hacerse cargo del niño o niña, la mayoría de las detenidas pertenecen a familias muy pobres que además, pierden un ingreso al ser retirados los planes de ayuda social que tenían para mantener a sus hijos.
- Muchas veces no es decisión de estas mujeres el convivir con sus hijos en la cárcel y aun así lo hacen por una situación que se repite, no pueden hacerse cargo de criar a los niños por el gasto económico que eso genera ni garantizar las visitas al penal para que su madre lo pueda ver y en esta situación se ven obligadas a optar entre dejar que el brazo asistencial del estado institucionalice a los niños con una medida de amparo o llevarlos con ellas, siendo esta última opción la elegida.
- La posibilidad certera de que su hijo o hija podrá ser institucionalizado en caso de no ser ingresado junto a su madre a las cárceles, la detención de las mujeres

rompe con el núcleo familiar y los niños quedan entonces a merced de las instituciones estatales.

- El ingreso del niño o la niña posterior al ingreso de la madre a la prisión debido a la imposibilidad de su núcleo familiar o afectivo de continuar haciéndose cargo de su manutención.

En Ecuador, lo que se brinda a las mujeres es una asistencia social, de acuerdo a las necesidades de cada una y a las posibilidades institucionales. Las mujeres reclusas están invisibilizadas dentro de la Ley de Ejecución Penal. En cuanto a la salud, no hay un programa sistemático, no se ha establecido un perfil de las enfermedades prevalentes y la atención médica es ambulatoria. No hay programas de salud preventiva ambiental, así como de salud mental. Las mujeres reclusas enfermas mentales o adictas no reciben tratamiento médico especializado.

En lo referente a la educación, se desarrollan programas a los que asisten las mujeres, pero por los datos que se encuentran no tiene rigurosidad académica. En cuanto a trabajo y capacitación, un grupo mayoritario de la población penal femenina se instruye en diferentes ramas artesanales, pero esto no les da ingresos económicos suficientes que les permitan apoyar a sus hijos y familiares, entonces no se pueda realmente llevar a cabo el contenido económico de la patria potestad, si bien mantener, alimentar y educar a los hijos menores de edad.

Según el reporte de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social en la mayoría de las cárceles del país existían niños desde un mes de nacido hasta mayores a siete años, dando un total de 421 niñas y 274 niños que viven con sus padres. Es decir hasta mediados del año 2004 existían en total 695 menores de edad junto a sus mamás detenidas, a la fecha existirían un promedio de 800 menores encerrados junto a sus madres en las lúgubres cárceles ecuatorianas, el Vicepresidente de la República habría firmado un convenio y ofrecido ayuda económica a fin de que las familias recojan a los niños. El Estado no contempla un presupuesto para atender a dichos menores, por ende

ellos dependen exclusivamente de que el progenitor comparta su alimentación, que los familiares durante la visita les lleven comida, que ciertas organizaciones brinden algún tipo de ayuda odontológica, médica y social e igualmente están a la espera de la ayuda de organizaciones para que se brinde algún tipo de educación a los menores, existiendo una violación al artículo 19 de la Convención Americana que establece la obligación del Estado de establecer medidas de protección a favor de estos.

La permanencia de los niños en prisión junto a sus madres genera una situación sumamente compleja puesto que el Estado debe garantizarles el *pleno goce y acceso* a sus *derechos fundamentales* en un lugar de detención que no solo no está planificado para alojar niños y niñas sino que además, no ha establecido regímenes diferenciadores para el tratamiento de estos, que sin tener conflicto con la ley penal, conviven en unidades carcelarias con mujeres detenidas.

Lo que se ve claramente, es que en lo que a población penitenciaria femenina se refiere, ni las leyes de ejecución han marcado líneas claras a seguir, ni las políticas de implementación se han preocupado por cubrir las necesidades de este sector de la población. Antes bien, con la falta de planes de salud, de educación y de trabajo, lo que se observa es un mecanismo que sólo contribuye a reproducir y ahondar aún más, las desigualdades ya existentes.

EPÍGRAFE 2.2 LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MADRES REAS: UNA VISIÓN CRÍTICA.

La Constitución Política de la República de Ecuador, por Decreto Legislativo 000, Registro oficial 1 del 11 de agosto de 1998, reformada en el 2004, reconoce y protege en su artículo 37 a la familia como célula fundamental de la sociedad ecuatoriana, por lo que el estado garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de

sus fines, protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar, igualmente apoyará las mujeres jefas de hogar. Precepto este que antecede al 40, donde seguidamente estipula la obligación del ente estatal, en la protección de padres y madres jefes de hogar en el cumplimiento de sus obligaciones, así como promoverá la corresponsabilidad paterna y materna, antesala de la institución conocida como la patria potestad, vigilando también por el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

No obstante resultan los Códigos Civil y el de la Niñez y la Adolescencia las normas jurídicas específicas, que regulan todos los aspectos relacionados a la patria potestad. El primero de ello en su título XI artículo 300 la define como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados, exponiendo que los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia. Por lo que no reconoce su naturaleza mixta de derecho/deber, pues como se relaciona en el capítulo I del presente trabajo, estamos en presencia no de un auténtico derecho o poder de los progenitores de los hijos, sino una función a ellos encomendada, cuestión esta que resulta salvada por el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 105 donde preceptúa que 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. Podemos caracterizarlo de contradictorio si en el precepto legal anterior plantea que respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

La normativa civil ecuatoriana consecutivamente expone lo relacionado a su contenido, no de forma explícita, y siempre en la calidad de derecho de los progenitores; en sus artículos 302 a 319, desde el usufructo gratuito sobre los bienes de los hijos, la administración de estos, hasta los actos propios de la representación específicamente en los trámites procesales, y los actos de disposición siempre con la limitante de requerir para ellos la autorización del juez, con conocimiento de causa. Una vez más resulta el de la Niñez y la Adolescencia más específico, pues desde su propio concepto enmarca el

carácter personal y económico de este, estableciendo reglas, que permiten hasta la audiencia del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresar su opinión, observándose que:

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

Si bien la preceptiva civil no expone causales para la extinción de la patria potestad, regula que solo le dará fin a esta cuando proceda la emancipación³⁴ dígase voluntaria³⁵, legal³⁶ o judicial³⁷

³⁴Código Civil ecuatoriano en su artículo 326.- La emancipación da fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial.

³⁵Código Civil ecuatoriano en su artículo 327.- La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público en que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello.

No valdrá la emancipación, si no es autorizada por el juez, con conocimiento de causa.

La norma jurídica civil analizada es omisa en cuanto a la determinación de causales que conlleven a suspender o privar el ejercicio de los progenitores sobre sus menores hijos, remitiendo al archicitado Código de la Niñez y la Adolescencia en sus artículos 111 y siguientes.

Artículo 111.- Limitación de la patria potestad.- Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución.

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

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;

³⁶Código Civil ecuatoriano en su artículo 328.- La emancipación legal se efectúa:

- 1o.- Por la muerte del padre, cuando no existe la madre;
- 2o.- Por el matrimonio del hijo;
- 3o.- Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente; y,
- 4o.- Por haber cumplido la edad de dieciocho años.

³⁷Código Civil ecuatoriano en su artículo 329.- La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos:

- 1o.- Cuando maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño;
- 2o.- Cuando hayan abandonado al hijo;
- 3o.- Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad; y,
- 4o.- Se efectúa asimismo, la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto o gracia que recaiga sobre la pena; a menos que en el indulto o gracia se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad.

2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
- 4. *Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;***
5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,
6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectada podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad. Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.

Artículo 113.- Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

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

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

Así mismo norma que resultará improcedente la limitación, suspensión o privación por razones económicas. La circunstancia de carecer de suficientes recursos económicos no es causal, tampoco se lo hará cuando por causa de migración motivada por necesidades económicas, el padre, la madre o ambos deban dejar temporalmente al hijo o hija bajo el cuidado de un pariente consanguíneo en toda la línea recta o hasta el cuarto grado de la línea colateral. En este caso sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo.

El análisis exegético de las normas antes citadas permite detectar incoherencia en cuanto al tema y en relación a la realidad ecuatoriana, pues imponen los cuerpos legales la suspensión del ejercicio de la patria potestad siempre y cuando las madres o padres sean privados de libertad, no siempre sucede, la población penal femenina en ocasiones se encuentra acompañadas de sus menores hijos, pues no existe familiar alguno que se encargue del menor, ni tampoco puede el Estado llevar a cabo tales funciones, aún y cuando resulta tener un gobierno vanguardia ante las transformaciones sociales, queda claro que todavía le falta por hacer, desde la modificación legislativa hasta el establecimiento de una política enfocada a resolver el asunto.

La aplicación de las normas civiles antes referidas corresponde a la norma adjetiva civil (Código de Procedimiento Civil), sin embargo no dejan de existir puntos concomitantes con la normativa penal (Código Penal), la cual en su artículo 51 en relación a las penas aplicables a los delitos establece la interdicción de determinados derechos políticos y civiles, dejándolo solo a la interpretación judicial en su momento procesal oportuno, y más adelante sobre el delito de violación en su artículo 514 plantea que:

Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida para los numerales 2 y 3 del artículo anterior; y, si le

produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad.

Así mismo en su artículo 58 prevé que la mujer en estado de gestación solo podrá ser privada de libertad 90 días posteriores al parto, entonces preguntémonos si cómo dice la norma civil debe proceder la suspensión de la patria potestad, por qué hacia los establecimientos penitenciarios acompañan los hijos a las madres reas, incluso hasta edades superiores a los siete años de edad.

En relación a lo antes expuesto podemos concluir que estamos en presencia de dos situaciones jurídicas diferentes, una en la que los hijos conviven en la prisión con las madres y otra en las que su ejercicio se ha visto suspendido o privado, por lo que en relación a ello se propone a continuación medidas que garanticen los derechos de los menores en las mencionadas circunstancias, siempre con un enfoque multidisciplinario, pues es una arista de la vida de las personas donde confluyen múltiples factores.

Si bien hay autores que afirman que su estancia en prisión no plantea problemas especiales hasta los dos años siempre que la institución contribuya a que la madre asuma plenamente sus responsabilidades y proporcione entornos físicos y normativos donde pueda desarrollarse eficazmente la relación madre-hijo, lo cierto es que como se hacía referencia anteriormente en las cárceles ecuatorianas hay niños hasta más de siete años de edad, lo cual conlleva a reflexionar sobre su situación y la necesidad de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se pronuncie al respecto, por lo menos en vistas de determinar una edad lo más inferior posible.

Medidas de régimen y educativas para un tratamiento integral e integrado.

Si consideramos todo lo expuesto podemos identificar una serie de medidas penales, de régimen y organización penitenciaria y propiamente educativas que podían constituir un modelo de atención a la diversidad para este colectivo.

Medidas penales:

En primer lugar y desde el punto de vista penal, es necesario articular medidas para que, en la medida de lo posible, las mujeres con niños de estas edades no ingresaran en prisión. En este sentido, es aconsejable revisar la proporcionalidad de las penas para los delitos contra la salud pública e incrementar la regulación y aplicación de medidas alternativas, especialmente en el caso de delitos menores. En este caso el ingreso en prisión podría sustituirse por la prestación de trabajo de utilidad pública o el seguimiento de programas educativos.

En el régimen y organización penitenciarios:

En este ámbito destacan cuatro aspectos esenciales:

- Sensibilizar a la dirección de los centros y a los Equipos Criminológicos para flexibilizar el cumplimiento de condena: es decir, facilitar el acceso a la fase de confianza y de semilibertad, los permisos de salida y los horarios especiales para el cuidado de los hijos que están fuera y favorecer la cohesión familiar. Esto asimismo repercute positivamente en la interna, ya que la adaptabilidad a la convivencia socio-familiar es uno de los criterios para progresar en el régimen penitenciario y uno de los factores que más inciden en la reinserción social.
- La posibilidad de regular en la relación laboral especial penitenciaria el permiso por maternidad, lo que facilita el acceso de estas mujeres al trabajo y capacitación profesional.

- En tercer lugar y con respecto a las infraestructuras, procurar en lo posible su residencia en Unidades de Madres, Módulos de Familia o Unidades Dependientes y crear “salas de convivencia” o “centros de hospitalidad” para las visitas familiares, con un entorno adecuado que asegure el derecho a mantener relaciones de familia.
- Finalmente y en relación con los agentes implicados: promover una mayor cooperación y coordinación entre las instituciones vinculadas, como los Servicios Sociales Comunitarios y Penitenciarios, las instituciones de protección de la familia y el menor, la Fiscalía de Menores y los servicios de seguimiento y coordinación post-penitenciarios.

Medidas educativas:

A nivel general se demuestra que una política integral que atienda la compleja naturaleza del encarcelamiento de la mujer, les ayude a llenar de sentido y éxito su rol de madres y apoye los lazos familiares repercute positivamente en bienestar y desarrollo de los niños. En concreto, se demuestra que las mujeres que han participado en programas para afianzar las relaciones madre-hijo reducen su reincidencia entre un 20 y un 50 por ciento.

Obviamente, desarrollar estas políticas requiere partir de una investigación profunda sobre la situación de estos menores y sus madres y desarrollar una formación continua de los profesionales en este tema. En este marco general, será necesario valorizar y llevar a cabo una adecuada organización y desarrollo de la educación infantil. Esto es fundamental para las escuelas en Unidades de Madres ya que constituyen un recurso clave para paliar las posibles consecuencias negativas de la prisión y por tanto para la integración socio-educativa y el desarrollo psico-evolutivo de estos niños. Estas guarderías facilitan asimismo la participación de las madres en la educación y el trabajo y favorecen la autonomía del niño y será importante atender tanto a la organización curricular como a las medidas complementarias que pueden introducirse.

La propuesta en correspondencia a los hijos menores cuyas madres por la condición de reas han sido suspendida del ejercicio de la patria potestad o privadas (pues la norma permite recuperarla una vez que cese la causa que la originó), y que por demás no están bajo la guarda o tutela de ningún familiar, está enfocada a la garantía estatal de construir instalaciones que permitan la estancia de estos niños, niñas y adolescentes mientras dure la condena de su madre, con un equipo multidisciplinario de maestros, psicólogos, defectólogos, médicos que garanticen los derechos que por tratado internacional ³⁸le vienen dados.

³⁸Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

CONCLUSIONES

Primera: La institución de la patria potestad ha sufrido transformaciones a través de los siglos, desde su concepción hasta su contenido, pues dejó de ser el conglomerado de derechos y poderes peculiares que correspondían exclusivamente al pater sobre todos los miembros de la familia, para convertirse en una función temporal que genera derechos y obligaciones para ambos progenitores con respecto a sus hijos; lo que ha traído efectos en el orden de su contenido, desdoblado este en dos aspectos uno de índole personal y otro económico. No obstante cabe destacar además que su ejercicio puede verse suspendido, privado o extinto por circunstancias sobrevenidas, incluyéndose entre ellas la privativa de libertad por la comisión de delitos de cualquiera de los progenitores, cuestión esta que perjudica en mayor escala a las madres por el rol estereotipado que le asigna la sociedad, donde las responsabiliza casi exclusivamente respecto a la atención de los menores y sostenimiento del hogar.

Segunda: El tratamiento brindado por las legislaciones extranjeras al ejercicio de la patria potestad por las madres en condición de reas no resulta ser uniforme, pues nos encontramos con países como España, Venezuela, Argentina y Cuba, cuyos ordenamientos civiles y familiares preceptúan dicha circunstancia como causal de privación, por supuesto con peculiaridades entre cada uno de ellos, pues mientras las normativas venezolana y cubana establecen la misma en correspondencia con la naturaleza del delito cometido, preferentemente aquellos que atentan contra las buenas costumbres y relaciones familiares, la argentina particulariza el proceder solo cuando el actuar delictivo vaya dirigido contra la persona y/o bienes de los hijos. No sucede así con las leyes de México y Chile, pues parten de verla como una causal de suspensión o pérdida, siempre que las penas impuestas excedan del año de privación de libertad. En relación a lo antes expuesto se asume también como nota la diferencia entre el ordenamiento jurídico cubano y el resto analizado, pues el primero conlleva a efectos definitivos y los segundos consideran un estatus temporal pudiendo llegar a recuperarse al finalizar la situación que lo produjo.

Tercera: El ordenamiento jurídico ecuatoriano presenta incoherencia con la realidad social que viven las madres reas, pues imponen los cuerpos legales la suspensión del ejercicio de la patria potestad siempre y cuando las madres sean privadas de libertad, no sucediendo siempre así, la población penal femenina en ocasiones se encuentra acompañada de sus menores hijos, si bien porque no existe familiar alguno que se encargue del menor, tampoco puede el Estado llevar a cabo tales funciones, viéndose afectado los derechos de niños, niñas y adolescentes en esta situación. La aplicación de las normas civiles corresponde a la norma adjetiva civil (Código de Procedimiento Civil), sin embargo no dejan de existir puntos concomitantes con la normativa penal (Código Penal), siendo esta última omisa en tal sentido, dejándolo solo a la interpretación judicial en su momento procesal oportuno, excepcionalmente en el delito de violación, donde establece como pena accesoria la pérdida de la patria potestad.

RECOMENDACIONES

A la Asamblea Nacional de Ecuador:

- Que se pronuncie en próximas modificaciones al Código Civil y Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuyas madres han sido suspendidas o privadas del ejercicio de la patria potestad por sufrir condenas privativas de la libertad, evitando la permanencia de los menores en establecimientos penitenciarios.
- Que se pronuncie en nuevas modificaciones a la legislación penitenciaria, sobre la estadía de los hijos menores con las madres en centros penitenciarios, en correspondencia con tiempo límite y garantías institucionales sobre su formación integral.

Al Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma:

- Le sirva el presente trabajo como material bibliográfico para las asignaturas de Derecho de Familia de la disciplina de Derecho Civil y Familia, así como Criminología de la disciplina de Ciencias Penales de la carrera de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Albaladejo, Manuel. Derecho Civil I. decimoquinta edición. Bosch-SI-Barcelona 2002.
2. Borda, Guillermo A: Tratado de Derecho Civil-Familia, tomo II. Abeledo-Perrot 1993
3. Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.
4. Cabanelas de Tomás, Guillermo. Diccionario jurídico elemental. Edición 2003.
5. Cárdenas Eduardo, José. “La familia y el sistema judicial. Una experiencia innovadora”. Emecé Editores. Buenos Aires. 1988.
6. Cárdenas Eduardo, José. “Familia en crisis. Intervenciones y respuestas desde un juzgado de familia”. Chiesa y Galarraga, impresores. Buenos Aires, 1992.
7. Cañizares Abeledo, Fernando. “Teoría del Derecho” Fascículo II. Instituto Cubano del Libro. Editorial Pueblo y Educación. La Habana, 1973.
8. Clemente Díaz, Tirso. “Derecho Civil Parte General”. Tomo II (Primera Parte) Imprenta AndreVoisin – La Habana, Cuba, 1984.
9. Chávez Asencio, Manuel F. – “La familia en el Derecho, Relaciones jurídicas conyugales”. Editorial Porrúa S.A. México, 1985.
10. Diez Picazo, Luis Y Antonio Gullon. “Sistema de Derecho Civil”. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Tercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.
11. Dernburg Arrigo. “Diritto de Famiglia e Dirittodelleredita”. FratelliBocca, Editori Torino, Italia, 1905.
12. Engles Federico. “El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”. Editora Política, La Habana, Cuba. 1972.
13. Fernández Bulté J., Carreras Cuevas Delio, Yañez, Rosa María. “Manual de Derecho Romano”. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1982.
14. Fielding William J. “Strange custms of courtship and marriage”. Permabooks, New York. USA, 1949.
15. Fustel de Coulanges “La Ciudad Antigua”. Daniel Jorro, Editor, Madrid, España, 1920.
16. Girad, Paul Frédéric. “Manuel Elémentaire de DroitRomain” – Rousseau et Cie Editeurs, Paris, France, 1929.
17. Gómez Orbaneja y Herce Quemada. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Tercera Edición. Madrid. 1951.

18. Gutiérrez Alvis, D. Faustino. "Diccionario de Derecho Romano", Madrid, España, 1948.
19. Iglesias Juan. "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado". Volumen segundo. Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1953.
20. Lacombe, Paul. "La Familledansla SocietéRomaine" Lecrosnier et Babé, Libraires, Editeurs – París, France, 1889.
21. Lasarte, Carlos. Compendio de Derecho Civil. Trabajo Social y Relaciones Laborales. 4ta Edición, Madrid. 2008
22. Lasarte, Carlos. Derecho de Familia. Undécima edición. Editorial Marcial Pons. Madrid 2005.
23. Méndez Costa, María Josefa, Lorenzo de Fernando, María Rosa, Hugo De Antonio, Daniel, A.M. Ferrer, Francisco. Derecho de Familia tomo II. SCC Editores Rubizal y Culzoni.
24. Mesa Castillo, Olga. "Parte General e Introductoria del Derecho de Familia" (módulo 1) - Universidad de La Habana - Facultad de Derecho - EMPES 1993.
25. Montero Dualht, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. México, 1990.
26. Nuñez Paz, María Isabel. "Consentimiento Matrimonial y Divorcio en Roma". Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1988.
27. Pallares, Eduardo. "El divorcio en México". Editorial Porrúa, México, 1987.
28. Paoli Ugo, Enrico. "Urbs La vida en la Roma Antigua". Editorial Iberia, Barcelona, España, 1956.
29. Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. "Derecho de Familia". Facultad de Derecho. Universidad Complutense-Madrid, España 1989.
30. Peral Collado, Daniel. "Derecho de Familia". Universidad de La Habana. Facultad de Derecho. Habana, Cuba, 1978.
31. Perozzi Silvio. "Istituzioni di Diritto Romano", volumen 1, Atheneum, Roma, Italia, 1928.
32. Santa Cruz, Tejeiro, José. "Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano". Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1946.
33. Sherman Charles, P. "Roman Law in the modern World". Baker Voorhis and Co, New York, USA, 1937.
34. Sohm Rodolfo. "Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema". Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, España, 1928.

35. Puig Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo II. Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.
36. Vescovi, Enrique. "Nuevas tendencias y realidades del proceso civil" Montevideo, 1994.
37. Vallet De Goytisolo, Juan B. "Metodología de la Determinación del Derecho". Primera Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 1994.
38. Varona Y Duque De Estrada, Francisco. "Comentarios al Código de Familia". Revista Cubana de Derecho. Año XI, No. 19.
39. Verdejo Reyes, Pedro C. Derecho Notarial. Editorial Pueblo y Educación. Ciudad de La Habana

Legislaciones

Ecuador:

1. Constitución de la República del Ecuador 2008, Codificación RO-S 449: 20 de octubre de 2008, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
2. Código Civil de la República de Ecuador, Séptima Edición, Codificación RO-S 104: 20 de noviembre.
3. Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 100. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.
4. Código Penal. Codificación 000. Registro Oficial Suplementario 147 de 22 de enero de 1971.
5. Código de Procedimiento Civil. Codificación 11. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.
6. Código de Procedimiento Penal 2000. Ley 000. Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero de 2000.

Extranjeras:

1. Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.
2. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal de 1928.
3. Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto No. 1937, de 29 de noviembre de 1976 del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile
4. Código Civil Español vigente por Real Decreto de 24 de julio de 1889.
5. Código Civil del Perú, de 24 de julio de 1984 vigente desde el 14 de noviembre de 1984.
6. Código de Familia de Panamá - Ley No. 3 del 17 de Mayo de 1994.
7. Constitución de la República de Cuba de 1976.
8. Ley No 59/ 1987 “Código Civil” de Cuba.
9. Ley No 1289/1975 “Código de Familia” de Cuba
10. Ley No 50/1984 “Ley de las Notarías” de Cuba
11. Ley No7/1977 “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico” de Cuba
12. Resolución No 23/1992 “Reglamento de la Ley de las Notarías” de Cuba

ANEXOS

ANEXO I

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo, Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

—

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayando que la eliminación del *apartheid*, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer,

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme general y completo y, en particular, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 4

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 6

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

PARTE II

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 8

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

PARTE III

Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre

en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.
- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer;
- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
 - b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;
 - c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;
 - d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;
 - e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
 - f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
- a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;
 - b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;
 - c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 13

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a. El derecho a prestaciones familiares;
- b. El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c. El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

Artículo 14

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- a. Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;

- b. Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
- c. Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;
- d. Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;
- e. Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;
- f. Participar en todas las actividades comunitarias;
- g. Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;
- h. Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Parte IV

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estado Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a. El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
- h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Artículo 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en

vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

2. Los miembros de Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.

3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes.

4. Los miembros de Comité serán elegidos en una reunión de los Estados Partes que será convocada por el Secretario General y se celebrará en la Sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

5. Los miembros de Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección el Presidente del Comité designará por sorteo los nombres de esos nueve miembros.

6. La elección de los cinco miembros adicionales del Comité se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, después de que el trigésimo quinto Estado Parte haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esta ocasión, cuyos nombres designará por sorteo el Presidente de Comité, expirará al cabo de dos años.

7. Para cubrir las vacantes imprevistas, el Estado Parte cuyo experto haya cesado en sus funciones como miembro del Comité designará entre sus nacionales a otro experto a reserva de la aprobación del Comité.

8. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

9. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

Artículo 18

1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

- a. En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; y
- b. En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite.

2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

Artículo 19

1. El comité aprobará su propio reglamento.
2. El comité elegirá su Mesa por un período dos años.

Artículo 20

1. El comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.

2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

Artículo 21

1. El comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basados en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.

2. El Secretario General transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

Artículo 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de sus actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

PARTE VI

Artículo 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar de:

- a. La legislación de un Estado Parte; o
- b. Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

Artículo 24

Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 25

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.
2. Se designa al Secretario General de las Naciones Unidas depositario de la presente Convención.
3. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 26

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en su caso, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

Artículo 27

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 28

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

Artículo 29

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá

someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado Parte, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 30

La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ANEXO II

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de marzo de 1998, considera que es motivo determinante de la privación de la patria potestad el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento en 1.988 hasta 1.991 no haya satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por Sentencias de Tribunales.

Ilustrativa resulta en este punto la Sentencia de la AP de Barcelona de 10 de noviembre de 1998, al declarar que, la patria potestad, está conformada como una institución jurídica de derecho natural y de contenido esencialmente asistencial en cuanto que recoge en los arts. 153 y ss. CC lo que ha venido en denominarse la responsabilidad parental. La privación del derecho-deber que comporta tal relación de parentesco de primer grado, no puede acordarse, sino por la concurrencia de una causa de notoria gravedad, de la que se deriven graves perjuicios para el menor, tal como establece el art. 170 CC. En base de lo expuesto, la Audiencia considera que en el caso contemplado, no se desprende la gravedad de la conducta del padre, pues la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas, es consecuencia de la negativa vivencia y desarrollo de la crisis entre los progenitores, sin que se hayan adoptado las medidas oportunas tendentes al cumplimiento forzoso de las obligaciones que atañen a ambos progenitores, a excepción de la denuncia por abandono económico de la familia, que ya ha obtenido la correspondiente respuesta en el ámbito penal con la condena impuesta al padre, que no puede determinar, de no persistir en la reiteración de los hechos, la duplicidad de la sanción, ahora por vía civil, de privarle de la patria potestad y de toda comunicación con el hijo menor (en sentido similar se expresa la SAP Barcelona 21 de septiembre de 1999).

Por otra parte, considero que, cuando el Juzgado de Primera Instancia acuerde la privación de la patria potestad, de uno u otro progenitor, o de ambos, deberá razonar adecuadamente su resolución, pues no es inusual que se limite a declarar que el interés del niño o de la niña es privar parcialmente de la patria potestad a uno de los progenitores y confiar la guarda y custodia al otro, dando por sentado que el progenitor privado de la patria potestad ha incumplido sus deberes legales, pero sin la debida acreditación de ello.

ANEXO III

El Tribunal Supremo, parece dar por zanjada esta cuestión en la Sentencia de 11 de septiembre de 2000, que, además, establece claramente la diferencia de efectos que tiene, a la hora de acordar la privación de la patria potestad, que un delito tenga como sujeto pasivo al propio menor o a su progenitor. En consecuencia, y a efectos de privación de la patria potestad, siempre hay que diferenciar los hechos acaecidos entre los progenitores y la conducta de los padres hacia el hijo o la hija (SAP Barcelona 17 de junio de 1999).

Concretamente, dice la citada Sentencia que, el artículo 170 del Código Civil dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por Sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Pero este precepto no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el proceso penal) de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece precisamente entre de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte una Sentencia dictada en causa criminal, es decir que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligacional que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal, que, no permite la imposición de tal pena en el presente caso (homicidio de la madre del menor, de siete meses de edad, a manos de su padre) . Por lo tanto no supone el artículo 170 su imposición como pena principal o accesoria de un delito.

Continúa diciendo el T.S., que es cierto la propia Sala Segunda, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1993, interpretó el artículo 170 del Código Civil en sentido contrario, es decir como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes.

Pero en primer lugar, se trataba entonces de un delito de lesiones y malos tratos reiterados cometidos sobre el propio menor de cuya patria potestad se privó al acusado, mientras que en el caso ahora contemplado, el delito se ha cometido contra el otro progenitor, supuesto contemplado en la posterior Sentencia de 13 de marzo de 1995, en la que la misma Sala declaró la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad. Y en segundo lugar, la Sala, en Sentencia de 10 de octubre de 1994 declaró que una interpretación correcta del artículo 170 del Código Civil, y las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio (Sentencia de 10 de octubre de 1994). Y debe significarse que la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del T.S. de 26 de mayo de 2000.

Por último, subraya el T.S. que una interpretación contraria ya no viene exigida por la necesidad de salvaguardar los intereses del menor, afectados cuando uno de sus progenitores ha dado muerte al otro y es condenado por ello con las penas legalmente establecidas. La reforma del Código Civil operada por Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, ha introducido los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la Jurisdicción Civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello.

Por otra parte, en la práctica es frecuente que se invoque como causa de privación, el mero de hecho de haber sido condenado uno de los progenitores a pena privativa de libertad. Incluso alguna Audiencia y Juzgado de Primera Instancia lo han entendido así en base al argumento de que el progenitor condenado a pena privativa de libertad no

puede cumplir los deberes legales que señala el artículo 154 CC, estando, por tanto, incurso de hecho en causa de privación de la patria potestad.

En cambio, el Tribunal Supremo no admite esta tesis y en varias Sentencias, como la de 24 de mayo de 2000 ha declarado que la mera condena pena privativa de libertad no es causa de privación de la patria potestad, pues esta dato, por sí sólo no nos dice que el condenado sea un mal padre o madre. Además, la medida de privación de la patria potestad se revela innecesaria, porque ya el legislador ha previsto en los párrafos último y penúltimo del art. 156 CC que en los casos de imposibilidad de ejercicio o cuando los cónyuges vivan separados, la misma sea ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que deja reducido a un mero rótulo la titularidad de la misma, que el legislador reformista de 1.981 disoció de su ejercicio concreto y efectivo.

ANEXO IV

Población carcelaria femenina (en algunos casos, se da el porcentaje con relación al total de la población carcelaria)

País	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Bolivia							13%		13.7%	16%
Chile	800	900	900	800	850	900	1000	1200	1500	-
Ecuador	6.8%	6.7%	8.4%	9.2%	11%	11.7%	11.1%	11.9%	12.1%	12.3%

Tipos de delitos:

País	Delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes	Delitos tradicionales
Bolivia	60%	40%
Chile	62%	38%
Ecuador	70.5%	29.6%

Cárcel del Cantón Latacunga (Provincia de Cotopaxi, Ecuador)

Cantidad de reos	158
Cantidad de hombres	98
Cantidad de Mujeres	60