

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE**

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO

OFICIO: 069-2022-PCPJCH

FECHA: 07 DE JULIO DE 2022

MATERIA: FAMILIA

TEMA: PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR AUSENCIA INJUSTIFICADA. A LA DEMANDA SE DEBE ACOMPAÑAR COPIA CERTIFICADA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN POLICIAL O SOCIAL, BAJO PENA DE NULIDAD.

CONSULTA:

En los juicios de suspensión o privación de la patria potestad, ¿cabe exigir siempre el informe de investigación policial y social sobre la ausencia injustificada del padre, la madre o ambos?

FECHA DE CONTESTACIÓN: 31 DE MAYO DE 2023

NO. OFICIO: 747-2023-P-CNJ

RESPUESTA A LA CONSULTA:

BASE LEGAL:

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia:

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

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,
6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral. Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectada podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad”.

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

“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”.

“Artículo 115.- Legitimación activa.- Disponen de acción para solicitar la limitación, suspensión o privación de la patria potestad:

1. El padre o la madre que no se encuentre afectado por alguna de las causales que justifique dichas medidas;
2. Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad;
3. La Defensoría del Pueblo, de oficio o a petición de parte;
4. La Junta Cantonal de Protección de Derechos, de oficio o a petición de parte; y,
5. Los representantes legales o directores de las entidades de atención en que se encuentra un niño, niña o adolescente”.

“Artículo 270.- Reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica.- Si la investigación permitiera ubicar al niño, niña o adolescente o identificar al niño, niña o adolescente o identificar al padre, la madre u otros parientes o personas encargadas del cuidado del niño, niña o adolescente, según el caso, el Juez dispondrá la reinserción a su familia, sin perjuicio de otras medidas de protección que fueren necesarias.

Si la investigación permitiera identificar y ubicar a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad del niño, niña o adolescente, el Juez convocará a audiencia y designará tutor que asuma su cuidado y protección.

Si desde el auto de calificación, hubieren transcurrido los plazos estipulados en este Código para la privación de la patria potestad o noventa días para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente por las causales primera, tercera y cuarta del artículo 158 de este Código y los informes de la investigación realizada no permitieren determinar, identificar y ubicar al padre, madre o ambos o a los parientes dentro de los grados referidos, el Juez declarará la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente.

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

El Juez que conozca de la demanda de privación de la patria potestad, en el auto de calificación de la demanda, hará constar que el mismo cumple con todos los requisitos de ley.” (El énfasis me corresponde).

ANÁLISIS:

De acuerdo con los artículos 112 y 113 del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), las acciones para la suspensión y privación de la patria potestad son distintas, tanto en las causales que se pueden invocar, cuanto en los efectos de la decisión judicial.

Diferente es la situación de la niña, niño o adolescente en estado de abandono, pues el artículo 270 del CONA lo que dispone, en primer lugar, es la reinserción al núcleo familiar; además, en estos casos siempre deberá existir una investigación policial y social para establecer la situación de abandono y la ubicación de la madre, padre o pariente cercano hasta el tercer grado de consanguinidad, a quien otorgar la patria potestad.

En tal virtud, si bien la ausencia injustificada no está contemplada de forma expresa como parte de las causales de privación de la patria potestad –contenidas en el artículo 113 del CONA– sino en las causales de suspensión de este derecho, –contenidas en el artículo 112 del mismo cuerpo legal– es necesario integrar y considerar que la ausencia injustificada debería incluirse como causal para la privación o pérdida de la patria potestad, lo cual se deduce de la interpretación integral del artículo 270 del CONA.

Es decir que, bajo la mirada de los numerales 5 y 6 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), es menester realizar una interpretación sistemática y teleológica del artículo referido, a efectos de justificar la obligatoriedad de acompañar la demanda con una copia certificada del proceso de investigación policial y social, considerando incluso que su omisión es causa de nulidad del juicio, a partir del contexto general del texto normativo, para lograr la debida coexistencia, correspondencia y armonía entre todas las disposiciones normativas.

Lo anterior encuentra su razón, en virtud de los fines que persigue el texto normativo, pues el juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material, de conformidad al artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En tal virtud, la investigación policial y social busca ubicar y/o identificar al niño, niña o adolescente y/o a sus progenitores, parientes o personas encargadas de su cuidado para que, según sean las circunstancias de cada caso, el juez pueda disponer la reinserción a su familia, sin perjuicio de otras medidas de protección que fueren necesarias; conceder la patria potestad; o, en su defecto, declarar la adoptabilidad del menor.

Es así que, si hubieren transcurrido los plazos estipulados en el CONA para la privación de la patria potestad o noventa días para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente por las causales primera, tercera y cuarta del artículo 158 del mismo Código, y los informes de la investigación realizada no permitieren determinar, identificar y ubicar al padre, madre o ambos o a los parientes dentro de los grados referidos, el juez declarará la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente.

Finalmente, los incisos cuarto y quinto del artículo 270 del CONA establecen que para la privación de la patria potestad, aun para el abandono institucional, a la demanda se deberá siempre acompañar el informe de la investigación policial o social, bajo pena de nulidad del proceso. Esta disposición es vinculante y se la debe aplicar siempre en cualquier caso, pero siempre que se trata de privación de la patria potestad, no para las demandas de suspensión de esta, donde la ley no establece esta exigencia.

ABSOLUCIÓN:

A la demanda de privación de la patria potestad por ausencia injustificada, se deberá siempre acompañar el informe de la investigación policial y social, bajo pena de nulidad del juicio en caso de omisión.