

La Patria Potestad en el Derecho Español: Importancia y relaciones con el derecho ecuatoriano

DOI: <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4280.08>

Mayra Roxana Bravo Zambrano *

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo general reflexionar acerca de la Patria Potestad en el Derecho Español, en atención a su importancia y relaciones con el Derecho Ecuatoriano. Se utilizó el método analítico para investigación descriptiva y documental, las fuentes son documentos tanto impresos como digitales, entre ellas se encuentran la Constitución Española, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, el Código Civil Español, el Código Civil Ecuatoriano, opiniones doctrinales. La utilización de esta metodología permitió establecer tres aspectos medulares: 1. Noción conceptual de la patria potestad en la doctrina española, 2. Consideraciones normativas de la patria potestad bajo el enfoque del Derecho Español, y 3. Las relaciones entre la patria potestad en España y la patria potestad en Ecuador. Se puede concluir, que, la patria potestad, es una institución jurídica, familiar y social que nace por el nexo paterno-filial y genera derechos y obligaciones para ambos, los cuales se sustentan en el interés superior del niño, niña o adolescente; además, tanto en España como en el Ecuador la regulación de la figura obedece al interés superior del niño, niña o adolescente, así como la salvaguarda de sus derechos y libre desenvolvimiento de su personalidad, ya que trasciende la esfera familiar y se instala en el campo social.

Palabras clave: Patria Potestad; Derecho Español; Derecho Ecuatoriano; interés superior del niño, niña o adolescente.

* Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM) de Ecuador. Universidad de Córdoba de España. Doctora en Jurisprudencia. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3202-0538>. Email: marobra_@hotmail.com

The Patria Potestad in Spanish Law: Importance and relationship with Ecuadorian law

Abstract

The present investigation has as a general objective to reflect on the Parental Authority in Spanish Law, in attention to its importance and relations with Ecuadorian Law. The analytical method for descriptive and documentary research was used, the sources are both printed and digital documents, among them are the Spanish Constitution, the European Convention on the Exercise of Children's Rights, the Spanish Civil Code, the Ecuadorian Civil Code, doctrinal opinions. The use of this methodology made it possible to establish three core aspects: 1. Conceptual notion of parental authority in Spanish doctrine, 2. Normative considerations of parental authority under the Spanish Law approach, and 3. Relations between parental authority in Spain and parental authority in Ecuador. It can be concluded that parental authority is a legal, family and social institution that is born from the parent-child relationship and generates rights and obligations for both, which are based on the best interests of the child or adolescent; In addition, both in Spain and in Ecuador, the regulation of the figure obeys the best interests of the child or adolescent, as well as the safeguarding of their rights and free development of their personality, since it transcends the family sphere and settles in the social field.

Keywords: Parental authority, Spanish Law, Ecuadorian Law, best interests of the child or adolescent.

Introducción

El bienestar de los niños, niñas y adolescentes inicia en el entorno familiar, por lo tanto, las personas a cargo tienen que estar a la altura de tan importante tarea. Las normas nacionales e internacionales reconocen la trascendencia que la protección de los derechos de las personas menores de edad tiene en el futuro de la sociedad, así los primeros llamados a cumplir tal rol son los progenitores desde el campo de la patria potestad. Cada país establece sus directrices de regulación de la figura pues, además, del contenido jurídico también se presentan aspectos familiares, emocionales, económicos y culturales que pudieran transformar levemente a la patria potestad, pero sin alejarla de interés superior mencionado.

Es por ello que, esta investigación pretende reflexionar acerca de la Patria Potestad en el Derecho Español, en atención a su importancia y relaciones con el Derecho Ecuatoriano. Por tal virtud, estas líneas se inscriben como

analíticas, descriptivas y documentales cuyas fuentes se encuentran en normas españolas, ecuatorianas e internacionales y doctrina especializada en la materia. Asimismo, el esquema implica una noción conceptual de la patria potestad en la doctrina española, consideraciones normativas de la patria potestad bajo el enfoque del Derecho Español, y las relaciones entre la patria potestad en España y la patria potestad en Ecuador.

1. Noción conceptual de la patria potestad en la doctrina española

La patria potestad es una figura de gran relevancia jurídica pues con ella se determina el alcance de las prerrogativas de cuidado y deberes que tienen los progenitores en relación con sus hijos e hijas durante el tiempo que determinen las normas legales, el cual generalmente se ubica en las etapas de la niñez y la adolescencia o si llegare a suceder cualquier otra causal que extinga la misma.

La institución que se comenta (patria potestad) es de naturaleza sensible, en el entendido que contiene elementos emocionales o afectivos, sociales, económicos, culturales y, por su puesto, de corte jurídico. Si bien la figura comienza con vínculos paternofiliales, no es menos cierto que el Estado tiene que establecer los parámetros que regulan tal relación para ello se toman en consideración las opiniones expuestas por la doctrina, las cuales establecen las estructuras académicas y científicas necesarias para desarrollar, en este caso, la patria potestad especialmente la contenida por España.

Su origen se encuentra en el derecho romano originario o quirritario, pues el paterfamilias tenía grandes facultades sobre el hijo o hija, incluso castigarlo hasta con la muerte, atenuándose durante la época imperial, cuando se redujo a una simple potestad correccional correlativa al deber de educación de los hijos. Se asume, entonces que la patria potestad se ha debilitado en el poderío otorgado a la autoridad parental (Nevado, 2020).

Este mismo enfoque de cambios históricos en la patria potestad lo manifiesta Martínez Ruiz (2019) para quien la institución tiene dos fases, la primera o inicial es una potestad casi ilimitada del padre hacia sus hijos y, la segunda, más moderada, ya considerada como función de protección.

La patria potestad como facultad y obligación de los padres no ha sido lineal, ha pasado por transformaciones que demandan estudio riguroso, uno de esos cambios se refleja en la necesidad de dirigirla a la protección social de los hijos e hijas, es decir, aunque permanece el factor de autoridad por parte de los progenitores, el mismo no puede estar por encima del cuidado de los hijos e hijas, al decir de “la toma de decisiones judiciales sobre la vida

de los menores y la familia se articula mediante a alusión, todopoderosa, al interés superior del menor” (Lorente Gil, 2019: 27).

Esto significa que los padres disponen de una serie de derechos sobre éstos, así como una serie de deberes, que son de obligado cumplimiento para los padres hacia sus hijos. Esta asignación a los padres deriva de la relación paterno-filial que subyace entre éstos y sus hijos; es decir, del lugar que ocupan los padres en la vida de los hijos. Por ello, la patria potestad, no podrá ser ejercida por personas diferentes a los progenitores, ya sea por ambos conjuntamente; o solo por uno de ellos (Muñoz de Dios, 2019: 18).

“De esta forma los padres ostentan una serie de facultades, deberes y obligaciones hacia sus hijos/as, configurándose como un derecho-función o deber-función que se debe ejercitar siempre teniendo como finalidad el interés del menor” (Lorente Gil, 2019: 29).

En este orden de ideas, la doctrina española expone a la patria potestad como una institución medular de la sociedad y enfatiza el hecho de la protección y resguardo de los hijos e hijas, sea por uno o por ambos progenitores. Así, la patria potestad influye decisivamente en el bienestar de las personas menores de edad que se encuentran en el escenario de dicha institución, por lo tanto, repercute en el futuro individual y el progreso colectivo.

Sostiene la doctrina española que, aunque la patria potestad se circunscribe a los padres (o uno de ellos) y a los hijos, no se puede negar “la influencia, que en la mayoría de los casos es positiva, de que el menor mantenga relaciones activas con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados” (Martínez Ruiz, 2019: 16), de allí también las repercusiones amplias que tiene la patria potestad.

En este sentido, su sustento internacional actual se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989) y en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Consejo de Europa, 1996), en todo caso la doctrina española declara que el resguardo de los hijos e hijas durante el ejercicio de la patria potestad es transversal y corresponde acatarlo, no solo por los padres sino por la colectividad y el Estado, como garantes de la primacía de los intereses de las personas menores de dieciocho años.

El panorama expuesto por las opiniones doctrinales de España, detallan también las características de la institución analizada, en este sentido, Nevado (2020), señala que la patria potestad puede revestirse como intrasmisible, irrenunciable e imprescriptible, cada uno de estos elementos característicos los explica de la siguiente manera:

- **Intrasmisible**

Pues la patria potestad nace con la filiación, y se encuentra fuera del comercio, por lo que no puede cederse, pero algunos aspectos de ella pueden

delegarse; por ejemplo, cuando un menor asiste a clase en un internado, o cuando permanecen bajo el cuidado de familiares durante una temporada.

- **Irrenunciable**

Nevado (2020) indica que, la irrenunciabilidad se origina debido a mandato legal, sin que se contemple la dejación voluntaria de las tareas que comprende; sus obligaciones deben ser cumplidas sin que medie la posibilidad de renuncia.

- **Imprescriptible**

En principio, no se pierde por el paso del tiempo, salvo el caso que opere la mayoría de edad para los hijos.

Bajo estas premisas, esta investigación define a la patria potestad como una institución jurídica, familiar y social que nace por el nexo paterno-filial y genera derechos y obligaciones para ambos, los cuales se sustentan en el interés superior del niño, niña o adolescente. De tal definición se extraen tres características de la patria potestad:

- a) Es de naturaleza múltiple, pues obedece a factores jurídicos (regulaciones nacionales e internacionales), familiares (es menester que coexistan progenitores con sus hijos), social (al ser la familia la célula fundamental de la sociedad, el bienestar de aquella incide decisivamente en ésta).
- b) Vincula a padres e hijos, ya que sin esa relación familiar no pudiere existir la institución que se explica.
- c) Es dialéctica y sinalagmática, en el entendido que entre ambas figuras (padres e hijos) se establecen tanto derechos como deberes.
- d) Es protectora, quizás es su principal singularidad pues es la que determina la preeminencia del beneficio y cuidado de los hijos por encima de los padres, el interés superior del niño, niña y adolescente es uno de los principios que regula cualquier tipo de derecho en materia de niñez y adolescencia, tal como sucede con la patria potestad.

2. Consideraciones normativas de la patria potestad bajo el enfoque del Derecho Español

En el Derecho Español la figura de la patria potestad encuentra su génesis en el artículo 39 de la Constitución Española (Congreso de los Diputados y del Senado, 1978), en el cual se reconoce que es responsabilidad de los poderes públicos la protección integral de los hijos en el seno familiar, con

independencia de su filiación. Además, prevé que los “padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

En el ámbito europeo, en 1996 se dicta el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Consejo de Europa, 1996), ratificado por España el 16 de febrero de 2015 (Jefatura del Estado, 2015a). En dicha disposición continental, se prevé que su objeto es la promoción del interés superior de los niños, en cuanto a sus derechos, derechos procesales, y facilidades para el ejercicio de estos.

El 15 de enero de 1996, se emite la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (1996), como parte de las modificaciones jurídicas orientadas a adaptar las concepciones de la familia, relaciones paternofiliales, e interés superior del niño a disposiciones constitucionales vigentes e instrumentos internacionales sobre la materia. Al respecto, García Presas (2011: 253) expresa que esta normativa:

Ha modificado una larga serie de artículos del Código Civil, casi todos relativos al Derecho de Familia, especialmente en materia de adopción, de tutela, de patria potestad, de guarda, de acogimiento familiar y de desamparo. A parte de contener una relación de los derechos del menor, también regula la adopción internacional. Esta ley, de aplicación a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, proclama la primacía del interés superior del menor y dispone que todas las medidas que se adoptan a su amparo deberán tener carácter educativo.

Posteriormente, en fecha 23 de julio de 2015, se introducen cambios en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (2015b), la cual plantea una definición ampliada de la expresión interés superior del menor, al estipular que, para la interpretación y aplicación del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia....
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación de este por éstas o cualesquiera otras condiciones,

incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

En específico, la patria potestad encuentra regulación primigenia en el artículo 154 del Código Civil Español (1889) al reconocer que los hijos e hijas no emancipados² están bajo la patria potestad de los progenitores: “La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Como contrapartida a esta regulación, los hijos e hijas están en el deber de obedecer y respetar a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, además, deben contribuir equitativamente con las cargas de la familia mientras convivan con ella (artículo 155).

Se destaca, que muchos de los principios constitucionales previstos en la Constitución Española de 1978, se han trasvasado al Código Civil de 1889, modificándose sus aspectos estructurales, entre cuyas actualizaciones se encuentra el concepto de patria potestad “como una función dual o compartida por ambos progenitores y sobre todo se establece el principio del respeto a los derechos de los hijos, sin que exista diferencia alguna entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales” (Ramos Reverón, 2020: 27).

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta e igualitaria entre los progenitores, o por uno solo de ellos siempre y cuando medie el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor (Código Civil, 1889):

En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones (Código Civil, 1889: 156).

Se insiste que la patria potestad siempre debe ejercerse en interés superior de los hijos, con independencia de si los progenitores estén casados o no, dado que la patria potestad se fundamenta en las relaciones paterno-filiales, por lo tanto, el conjunto de deberes, atribuciones y obligaciones que implica deben cumplirse en beneficio de la integridad y personalidad de los menores de edad, incluso en temas relacionados con la representación general y la administración de sus bienes, la protección de su salud, el acceso a la educación, alimentos y calidad de vida.

2 “Artículo 239. La emancipación tiene lugar: 1. Por la mayor edad. 2. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3. Por concesión judicial” (Código Civil, 1889).

En este marco normativo, el comentado artículo 154 del Código Civil (1889) establece el conjunto de deberes y facultades que involucra la patria potestad respecto de los progenitores:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.
3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

En referencia a la responsabilidad relacionada con la administración de los bienes de los hijos, los padres deben asumir este deber con la misma diligencia como si estuvieran administrando sus propios bienes, cumpliendo con las obligaciones generales y especiales como buen administrador (Código Civil, 1889, artículo 164). No obstante, este régimen de administración no se aplica sobre los siguientes bienes:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.
2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.
3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella (Código Civil, 1889, artículo 164).

Por tanto, los frutos derivados de los bienes de los hijos pertenecen a ellos, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria (Código Civil, 1889, artículo 165).

El artículo 168 establece la facultad que tienen los hijos de, una vez terminada la patria potestad, poder exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes mientras que estaban bajo su cuidado, previéndose la responsabilidad de los padres por daños y perjuicios sufridos por consecuencia de la pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave (Código Civil, 1889, artículo 168).

Por otro lado, si los padres viven separados y no hay un acuerdo en común, le corresponde al juez decidir al cuidado de cual progenitor quedará el cuidado de los hijos, siempre en atención a su beneficio e interés y, si es mayor de doce años, se le escuchará su opinión al respecto (Código Civil, 1889, artículo 159). En todo caso, según el artículo 160 del Código Civil Español (1889): “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161³”.

3. Relaciones entre la patria potestad en España y la patria potestad en Ecuador

En este apartado se pretende hacer una articulación, bajo una visión comparativa normativa, entre las disposiciones más destacadas que regulan la patria potestad en el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Dicha articulación se presenta sobre la base de: la regla general, los deberes y facultades asociados a la patria potestad, las regulaciones ante separación y divorcio, y la extinción de la patria potestad.

- Regla general:

En principio, la regla general que rige en materia de la patria potestad es que la misma es ejercida de forma conjunta y en similares condiciones entre los progenitores del menor de edad no emancipado.

En el caso del Derecho Español, como se apuntó, conforme al artículo 154 del Código Civil Español (1889), la patria potestad corresponde a los padres. Incluso, el artículo 156 del mencionado Código establece que la patria potestad será ejercida “conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

3 “Artículo 161. La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano⁴, de acuerdo con la regulación prevista en el artículo 283 del Código Civil Ecuatoriano (Código Civil, 2005), la patria potestad implica un conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Además, el artículo 28, *ejusdem*, expone que son representantes legales de una persona “el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive”.

- Deberes y facultades asociados a la patria potestad:

En el orden interno español, los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad se circunscriben a la manutención (compañía, alimentos, educación), administración de bienes y decisión de lugar de residencia, tal como lo prevé el mencionado artículo 154 del Código Civil (1889). Sin embargo, estos tres aspectos engloban todo lo que se refiere a la formación y cuidado integral del menor de edad, siempre en atención a su interés superior. Al respecto, el artículo 110 del Código Civil (1889) hace una interpretación extensiva al expresar: “Aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

En el Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), explica que la patria potestad no solamente debe ser entendida como un conjunto de derechos, sino que atiende a un conjunto de obligaciones de los padres relativos a sus hijos no emancipados, “referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley” (artículo 105). Entre estas obligaciones de los progenitores, destacan:

1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto;
2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio;
3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa;
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso;
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales;
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo con su grado evolutivo;

4 Artículo 104. “Régimen legal. Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica;
 8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y,
 9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, artículo 102).
- Regulaciones ante separación y divorcio:

Estas anotaciones resultan interesantes ante supuestos de separación o divorcio de los padres que tengan atribuida la patria potestad.

Sobre estos casos, en España, el Código Civil especifica que ante la separación de los padres (artículos 81, 82, 83 y 84: de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges), y el divorcio (artículos 87, 88 y 89: decretado judicialmente), se producen ciertos efectos en cuanto a la patria potestad. En caso de convenio⁵ conforme a los mencionados artículos, en cuanto fuera aplicable, debe contener lo relacionado con el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, y lo relativo al régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no habite con ellos, en todo caso estos convenios deben ser aprobados por el juez respectivo, para determinar que no sean dañosos para los hijos o perjudiciales para alguno de los cónyuges (Código Civil, 1889, pág. artículo 91). El artículo 92 del Código Civil (1889), establece de forma pormenorizada las reglas a seguir en casos de separación y divorcio respecto de las obligaciones derivadas de la patria potestad, resumidas en los siguientes términos:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores...
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres...
6. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar

5 “Artículo 159. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años” (Código Civil, 1889).

atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos...

7. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Por su parte, en el Código Civil Ecuatoriano (2005) se establece que en casos de divorcio o de separación de los padres, la patria potestad será del padre cuyo cuidado hubiere quedado el hijo, no obstante, se permite que los padres se aparten de esta regla por mutuo acuerdo, y con previa autorización judicial (artículo 307). El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), establece un conjunto de reglas para el ejercicio de la patria potestad:

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 113⁶; 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 con las reglas generales.
 - Extinción de la patria potestad:

En términos generales, como consecuencia de la filiación y sus efectos, en España el progenitor quedará excluido de la patria potestad respecto de su hijo: cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que

6 Privación o pérdida judicial de la patria potestad.

obedezca la generación, según sentencia firme; y, cuando la filiación haya sido determinada contra su oposición (Código Civil, 1889, pág. artículo 111). En concreto, la patria potestad se extingue:

1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
2. Por la emancipación.
3. Por la adopción del hijo (Código Civil, 1889, pág. artículo 169).

No obstante, cualquier de los padres podrá ser privado parcial o totalmente de la patria potestad, cuando mediante sentencia se determine el incumplimiento de los deberes, o ante sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. Solamente en caso del interés del hijo menor de edad no emancipado, el juez respectivo podrá acordar la recuperación de la patria potestad, siempre y cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación (Código Civil, 1889, pág. artículo 170).

Desde el punto de vista del Derecho Ecuatoriano, la patria potestad puede ser: limitada, suspendida o privada judicialmente.

La limitación de la patria potestad se verifica cuando el juez respectivo, en atención al interés superior del hijo, restringe una o más funciones que involucra la patria potestad (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. artículo 111). Entre tanto, la suspensión del ejercicio de la patria potestad se produce, mediante resolución judicial, por la ocurrencia de alguna de las causales estipuladas en el artículo 112 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), tales como: ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; maltrato al hijo o hija; privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada; alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. La privación o pérdida judicial de la patria potestad se verifica, previa sentencia, en alguno de los casos regulados en el artículo 113 del mencionado Código de la Niñez y Adolescencia (2003), como, por ejemplo: maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija; abuso sexual del hijo o hija; explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; interdicción por causa de demencia.

Como se evidencia, las regulaciones normativas en España y Ecuador en torno a algunos aspectos de la patria potestad encuentran puntos de similitudes, pues el sentido general de las normas es, sobre la base del interés superior del niño y de la niña, salvaguardar sus derechos y libre desenvolvimiento de su personalidad, por ello, se establecen como principales responsable de su cuidado, protección e integridad a quienes naturalmente le corresponde, es decir, a los padres, pero ello no implica una ausencia de normas estatales que prevean con precisión y cuidado los límites a las prerrogativas examinadas en virtud del reconocimiento de la patria potestad.

Conclusiones

Debido a los acápites anteriores, se hace imprescindible plantear una serie de comentarios a modo de conclusión en función de reflexionar acerca de la Patria Potestad en el Derecho Español, en atención a su importancia y relaciones con el Derecho Ecuatoriano.

La institución que se comenta (patria potestad) reviste naturaleza sensible, pues no se encuentra aislada, en ella confluyen parámetros de distinta índole, tales como emocionales o afectivos, sociales, económicos, culturales y, jurídicos. El Derecho Romano es su origen principal, pero es innegable las transformaciones que, con el paso del tiempo, ha tenido la patria potestad, especialmente en las facultades de los progenitores y en el realce del interés de los hijos, en otras palabras, es entendida como función de protección y su desarrollo no ha sido lineal.

Asimismo, esta investigación aporta una nueva definición de patria potestad, es, entonces, una institución jurídica, familiar y social que nace por el nexo paterno-filial y genera derechos y obligaciones para ambos, los cuales se sustentan en el interés superior del niño, niña o adolescente. De ello, se arrojan cuatro singularidades: es de naturaleza múltiple, vincula a padres e hijos, es dialéctica y sinalagmática, es protectora.

En el caso español, la figura de la patria potestad tiene fundamento constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española, en todo caso el dogma a seguir es la interpretación y aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente. Asimismo, el Código Civil Español establece tanto la responsabilidad parental como el deber de obedecer y respetar a los padres mientras permanezcan bajo su potestad.

La patria potestad en el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene diferencias en cuanto a la regla general, los deberes y facultades asociados a la patria potestad, las regulaciones ante separación y divorcio, y la extinción de la patria potestad, pero ciertamente coinciden en la matriz, es decir el interés superior del niño, niña o adolescente, así como salvaguardar sus derechos y libre desenvolvimiento de su personalidad.

Por ello, la importancia de la patria potestad en España trasciende la esfera familiar y se instala en el campo social, pues de la buena marcha de la protección del interés superior del niño, niña o adolescente depende el porvenir de este grupo de personas y de la colectividad en conjunto.

Referencias Bibliográficas

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, USA.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. 1978. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España.
- CONGRESO NACIONAL. 2003. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737. 3 de junio de 2003. Última modificación 7 de julio de 2014. Quito, Ecuador.
- CONGRESO NACIONAL. 2005. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46. 24 de junio de 2005. Última modificación 8 de julio de 2019. Quito, Ecuador.
- CONSEJO DE EUROPA. 1996. Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños. Estrasburgo: Comunidad Europea. Unión Europea.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada. 2011. El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil. En M. Vidha, & M. Insúa, Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hipanismo general (págs. 237-265). Pamplona: Publicaciones digitales del GRISO/ Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- JEFATURA DEL ESTADO. 1996. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado No. 15. 17 de enero de 1996. Madrid, España.
- JEFATURA DEL ESTADO. 2015a. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Boletín Oficial del Estado No. 45. 21 de febrero de 2015. Madrid, España.
- JEFATURA DEL ESTADO. 2015b. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado No. 175. 23 de julio de 2015. Madrid, España.
- LORENTE GIL, Rosa María. 2019. ¿De quién son los hijos y/o las hijas? El ejercicio del poder en la patria potestad. Recuperado el 31 de mayo de 2023, de Universidad de Oviedo (Trabajo de fin de Máster). Disponible en línea. En: <https://digibuo.uniovi.es/dspace/handle/10651/59552>. Fecha de consulta: 31/05/2023.

- MARTÍNEZ RUIZ, Jaime. 2019. La intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad. Universidad de Valladolid (Grado en Derecho). Disponible en línea. En: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/38560>. Fecha de consulta: 31/05/2023.
- MUÑOZ DE DIOS, Cristina Elices. 2019. Revisión legal de la patria potestad y las instituciones tutelares. Recuperado el 31 de mayo de 2023, de Comillas Universidad Pontificia. Trabajo de fin de Grado. Disponible en línea. En: <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/275124/retrieve>. Fecha de consulta:14/07/2023.
- NEVADO, Juan José. 2020. “Ejercicio de la patria potestad. Derecho de corrección de los padres y régimen de visitas. Posibilidad de actuación policial” En: Revista Logos Ciencia & Tecnología. Vol. 11, No. 2, pp. 164-174.
- RAMOS REVERÓN, Luisa María. 2020. La patria potestad. Evolución histórico jurídica comparada. Universidad de La Laguna. San Cristóbal de La Laguna, España.
- REINA REGENTE DEL REINO. Consejo de Ministros. 1889. Código Civil. Boletín Oficial del Estado. Legislación Consolidada. 25 de julio de 1889. Madrid, España.