

PRESIDENCIA

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

OFICIO: 153-2024-P-CPJP-YG

FECHA: 6 DE MARZO DE 2024

MATERIA: FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

TEMA: CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD

CONSULTA:

¿En qué momento se declara la pérdida de la patria potestad y la declaratoria de adoptabilidad?

FECHA DE CONTESTACIÓN: 2 DE OCTUBRE DE 2024

No. OFICIO: 1256-P-CNJ-2024

RESPUESTA A CONSULTA:

Código de la Niñez y Adolescencia.

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

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

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.

“Art. 158.- El Juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado, cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en cualquiera de los siguientes casos:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores;
2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad;
3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.

En los casos de los numerales 1, 3 y 4 el Juez declarará la adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección.

El Juez que declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, deberá notificarlo a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción, en el plazo máximo de diez días contados desde que la sentencia quedó ejecutoriada.”

“Art. 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.”

ANÁLISIS:

El artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia establece cuatro posibilidades para que una niña, niño o adolescente pueda ser declarado en estado de adoptabilidad. 1.- Orfandad de ambos padres. 2.- Imposibilidad de determinar quiénes son los progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad. 3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores. 4 Consentimiento del padre, la madre o de ambos progenitores, según corresponda, siempre y cuando no se les hubiere privado de la patria potestad.

Respecto de la causal cuarta, se requerirá de la aceptación de ambos progenitores si están en la facultad de otorgar ese consentimiento y que no hubieren sido privados de la patria potestad; pero si uno de ellos no pudiere dar su aceptación por ausencia o cualquier otra causal, entonces la norma establece que será suficiente con el consentimiento del padre o la madre que esté en facultad de hacerlo, siempre que no hubiere sido privado de la patria potestad.

En caso de que uno de los progenitores no exprese su consentimiento, este solo hecho no es justificativo para que se inicie un proceso de pérdida de la patria potestad, pues debe existir alguna de las causales establecidas en el artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Por su parte, el artículo 270 del Código de la Niñez y Adolescencia, que trata de la reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica, plantea una situación jurídica relacionada pero diferente. En su inciso tercero, incluye por

parte del legislador además de aquellas previstas en el Art. 158 de la norma ibídem, la facultad de la o el juez de declarar el estado de adoptabilidad, cuando existan dos circunstancias que deben ser concurrentes:

- a) La primera, que hubiere transcurrido los plazos previstos en dicho Código para la declaratoria de privación de la patria potestad o noventa días para la declaratoria de adoptabilidad, por las causales uno, tres y cuatro del artículo 158 ibídem; y,
- b) La segunda, que de los informes de investigación no se haya podido determinar, identificar y ubicar al padre, madre o ambos o a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad.

ABSOLUCIÓN:

La consulta se refiere a en qué momento del proceso se declara la pérdida de la patria potestad y en qué momento la declaratoria de adoptabilidad, para los casos 1, 3 y 4 del artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el artículo 270 ibídem.

Se debe en consecuencia, considerar en primera instancia, cada uno de los casos 1, 3 y 4 del artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia:

1. Para el caso uno, por orfandad de ambos progenitores, la patria potestad se extingue por el hecho de su fallecimiento y se declara su pérdida en la resolución del proceso de investigación, siempre que la circunstancia prevista en este numeral se hubiere comprobado sin lugar a dudas. Solo con este antecedente el Juez o Jueza, podrá declarar la aptitud legal para ser adoptado del niño, niña o adolescente.
2. En el caso tres, la privación de la patria potestad de ambos progenitores, se la declara en la resolución del respectivo procedimiento seguido en su contra. Solo entonces y con el resultado de las investigaciones que determinen sin lugar a duda la circunstancia contenida en este numeral, el o la Juez, procederá a la declaratoria de aptitud legal para ser adoptado del niño, niña o adolescente.
3. En el caso cuarto del artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia, para la declaratoria de adoptabilidad, si uno de los padres no expresare su consentimiento, será necesaria previamente su declaratoria de pérdida de la patria potestad, siempre que se justifique en alguna de las causales previstas en el artículo 113 ibídem y que esta circunstancia se encuentre establecida sin lugar a dudas en el proceso de investigación; solo entonces, la o el Juez podrá resolver la declaratoria de aptitud legal para ser adoptado del niño, niña o adolescente.

En el mismo caso del numeral 4, cuando se trate del consentimiento de los dos

progenitores, que no estuvieren privados de la patria potestad, la declaratoria de adoptabilidad, procederá una vez que se hubiere declarado la pérdida de la patria potestad de ambos progenitores y solo cuando esta circunstancia se haya verificado sin lugar a dudas en las investigaciones correspondientes, la o el Juez podrá resolver la declaratoria de aptitud legal para ser adoptado de la niña, niño o adolescente.

En todos los casos de los numerales 1, 3 y 4 del Art. 158, la o el Juez declarará la adoptabilidad, siempre que además de las circunstancias allí descritas, la niña, niño o adolescente, carezca de otros parientes o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de forma permanente y estable su cuidado y protección.

Por otra parte, dado los planteamientos de la consulta, es pertinente concluir, que el artículo 270, inciso tercero del Código de la Niñez y Adolescencia, establece una situación jurídica relacionada pero que constituye un presupuesto diferente, esto es, que se podrá declarar la adoptabilidad del niño, niña y adolescente, bajo las siguientes condiciones:

- a) Que hubieren transcurrido los plazos previstos en dicho Código para la declaratoria de privación de la patria potestad o alternativamente, noventa días para la declaratoria de adoptabilidad, por las causales uno, tres y cuatro del artículo 158 *ibídem*; y,
- b) Además, que, de los informes de investigación, no se haya podido determinar, identificar y ubicar al padre, madre o ambos o a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad.

Para la aplicación del artículo 270, inciso tercero, del Código de la Niñez y Adolescencia, no se requiere de declaratoria de pérdida de la patria potestad, sino que, cumplidos concurrentemente los requisitos en él determinados, la o el juez, directamente, emitirá la Resolución de declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente.