UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"Se debe reformar el trámite que conlleva demandar la tenencia de menores por el tramite especial ya que el procedimiento actual vulnera el principio de celeridad como se encuentra establecido en el Art. 169 de nuestra Carta Magna y sobre todo el interés superior del niño, niña y adolescente"

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y TITULO DE ABOGADO

AUTOR:

Diego Mauricio Cabrera Cenesaca

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Wilson Pinta Román. Mg.Sc.

LOJA -ECUADOR

2011

CERTIFICACIÓN

Dr.

Wilson Pinta Román. Mg. Sc.

DOCENTE DEL AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA Y DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICA:

Que luego de haber dirigido y revisado durante todo su desarrollo el presente trabajo de investigación jurídica, que lleva por título "**SE DEBE REFORMAR EL TRÁMITE QUE CONLLEVA DEMANDAR LA TENENCIA DE MENORES POR EL TRAMITE ESPECIAL YA QUE EL PROCEDIMIENTO ACTUAL VULNERA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD ESTABLECIDO EN EL ART. 169 DE NUESTRA CARTA MAGNA Y SOBRE TODO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**", y por cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autoriza su presentación y sustentación.

Loja, Marzo de 2011

Dr. Wilson Pinta Román. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Las ideas, pensamientos, estudios, deducciones, descripciones, conclusiones y recomendaciones procesados y desplegados en este trabajo investigativo son de mi exclusiva responsabilidad.

Loja, Marzo de 2011

DIEGO MAURICIO CABRERA TENESACA

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi eterna gratitud a todas las personas que dieron su aporte desinteresado para la realización del presente trabajo investigativo, a las autoridades y profesores universitarios, a los profesionales de derecho que participaron en la Investigación de campo.

En forma especial expreso mi mas sinceros agradecimiento al Dr. Wilson Pinta Román, quien desinteresadamente brindó su tiempo y dedicación en la coordinación del presente trabajo investigativo.

El autor

DEDICATORIA

Al culminar el presente trabajo investigativo, lo dedico:

A mis padres, apoyo fundamental en mi carrera y formación humana quienes me supieron brindar su apoyo en los momentos difíciles de la vida.

A mi amiga y esposa Tatiana Serrano, que ha sido apoyo incondicional en mi vida ya que sin ella no le hubiera puesto empeño en desarrollar la tesis y dedicarme por completo

A mi hija Samanta Cabrera, que es un ser muy especial ya que ella es la que me inspira a ser alguien en la vida

A un ser muy especial que dios la tenga siempre a su lado y se que ella siempre me va cuidar a todo lado que vaya.

A todos ellos GRACIAS.

Diego Cabrera

TABLA DE CONTENIDOS

TITULO:

“Se debe reformar el trámite que conlleva demandar la tenencia de menores por el trámite especial ya que el procedimiento actual vulnera el principio de celeridad establecido en el Art. 169 de nuestra Carta Magna y sobre todo el interés superior del niño, niña y adolescente**”**

1. RESUMEN

Abstract.

2. INTRODUCCION

3. REVISION DE LITERATURA.

3.1 MARCO CONCEPTUAL

3.1.1 Concepto de los menores.

3.1.2 Los principios protectores de los niños, niñas y adolescentes.

3.1.3 El Procedimiento para el otorgamiento de la tenencia.

3.2 MARCO DOCTRINARIO.

3.2.1 Reseña Histórica de la Patria Potestad.

3.2.2 Relaciones Jurídicas de la Patria Potestad.

3.2.3 Análisis de los elementos objetivos y subjetivos que intervienen en la Inclinación del Juzgador para otorgar la tenencia de los menores.

3.2.4 La Convención sobre los derechos del niño.

3.3 MARCO JURIDICO.

3.3.1 Sujetos que intervienen en la Tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

3.3.2 Análisis de la normativa legal sobre la protección a los menores.

3.3.2.1 Preceptos Constitucionales.

3.3.3 El procedimiento Contencioso General establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

3.3.4 Recursos.

3.3.4.1 Recurso de Apelación.

3.3.4.2 Recurso de Casación.

3.3.4.3 Recurso de Hecho.

3.3.5 Normas especiales en los casos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

3.3.6 El principio Constitucional de la celeridad.

3.3.7 Legislación comparada de los derechos de los menores.

3.3.7.1 Legislación Venezolana.

3.3.7.2 Legislación Colombiana.

4. MATERIALES Y METODOS

4.1 Materiales.

4.2 Métodos.

4.3 Técnicas.

5. RESULTADOS

5.1 Presentación de los Resultados de las encuestas.

5.2 Presentación de los Resultados de las entrevistas.

5.3 Estudios de Casos.

6. DISCUSION

6.1 Verificación de Objetivos.

6.2 Contrastación de Hipótesis.

6.3 Fundamentación Jurídica.

7. CONCLUSIONES.

8. RECOMENDACIONES.

9. PROPUESTA JURIDICA.

9.1 Análisis Crítico de la problemática.

9.2 Propuesta.

10. Bibliografía.

11. Apéndice.

12. Índice.

1. RESUMEN.

El problema seleccionado y ejecutado conforme la aprobación de mi Plan de Investigación, tiene importancia social y jurídica en el contexto nacional, por cuanto en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en lo que tiene que ver respecto de la tenencia de un menor no se encuentra establecido el trámite especial para al momento de plantear la demanda de tenencia de un menor se la plantee con el trámite especial.

Claramente podemos darnos cuenta que este vacío jurídico lesiona los derechos constitucionales, por cuanto a mas de violarse el principio de celeridad se está atentando con el interés superior del niño, niña y adolescentes.

Dentro del estudio doctrinario con el aporte de varios y reconocidos juristas se efectúa un análisis de sus fundamentaciones y criterios personales, así mismo se orienta y se amplia su estudio a las disposiciones jurídicas en el contexto nacional.

Profundizando mi investigación con el aporte de varios Jueces de la Niñez, Abogados en libre ejercicio profesional y personas perjudicadas a través de encuestas, entrevistas y casos reales donde se podrán dar cuenta que luego de producidos los daños los perjudicados han quedado en completa indefensión y

abandono, no siendo equitativo que en un país de derecho y de justicia social se desampare de esta forma.

Producto de la investigación de campo y de la casuística he podido determinar claramente que al momento de plantear la tenencia de un menor se esta violando el principio de celeridad establecido en el Art. 169 de nuestra Carta Magna, y mas aun los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, son a tener una familia, educación, vivienda, etc. Ya que el trámite Contencioso General es muy extenso, debido a que en el mismo existen dos audiencias la de conciliación, y de prueba, resolución de primera y segunda instancia y en algunas ocasiones recurso de casación; los cuales desde mi punto de vista es muy extenso ya que para obtener la resolución de la tenencia de un menor, mínimo hay que esperar un año.

ABSTRAC.

The selected problem and executed as the approval of my Plan of Investigation, has artificial social importance in the national context, since in the Organic Code of the Childhood and the Adolescence in what has to see regarding the holding of a minor is not established the one processes special it stops to the moment to outline the demand of a minor holding it outlines it to him with the one it processes special.

Clearly we can realize that this juridical hole injures the constitutional rights, since to but of being violated the principle of velocity you this attempting with the boy's superior interest, girl and adolescents.

Inside the doctrinal study with the contribution of several and grateful jurists is made an analysis of their foundations and personal approaches, likewise it is guided and you wide you study to the juridical dispositions in the national context.

Deepening my investigation with the contribution of several Judges of the Childhood, Lawyers in free professional exercise and people harmed through surveys, interviews and real cases where they will be been able to give bill that after having produced the damages those harmed they have been in complete indefensión and abandonment, not being equal that in a right country and of social justice it is abandoned this way.

Product of the field investigation and of the casuistry I have been able to determine clearly that to the moment to outline the holding of a minor you this violating the established principle of velocity in the art. 169 of our Great Letter, and but even the rights that have the children, girls and adolescents, which some of them are to have a family, education, housing, etc. Since the one Contentious General processes it is very extensive, because in the same one two audiences exist that of reconciliation, and of test, resolution of first and second instance and in some occasions cassation resource; which it is very extensive from my point of view since to obtain the resolution of the holding of a minor, minimum is to wait one year.

2. INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación jurídica titulado: **“SE DEBE REFORMAR EL TRÁMITE QUE CONLLEVA DEMANDAR LA TENENCIA DE MENORES POR EL TRAMITE ESPECIAL YA QUE EL PROCEDIMIENTO ACTUAL VULNERA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD ESTABLECIDO EN EL ART. 169 DE NUESTRA CARTA MAGNA Y SOBRE TODO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE*”,*** tiene una gran importancia, puesto que se debe establecer el trámite especial en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia al momento de demandar la tenencia para que el tiempo que se deba esperar la resolución sea en un tiempo prudencial.

Este trabajo de investigación tiene la siguiente estructura; en un primer punto efectuo un “Resumen” de mitrabajo de investigación amplio y suficiente capaz de orientar al lector a ubicarse en mi problema y ejecución del mismo.

Seguidamente en el punto dos efectuó la “Introducción”, la misma que enfoca los principales aspectos de la problemática, la motivación que me permitió decidir la selección del objeto de estudio, algunos parámetros de orientación teóricos como la estructura de la ejecución partiendo de aspectos conceptuales teóricos hasta llegar a una propuesta lógica y fundamentada.

En el tercer punto intitulado “Revisión de Literatura” respecto al marco conceptual, inicio con los criterios de varios tratadistas sobre los menores, los principios protectores de los niños, niñas y adolescentes, el procedimiento para el otorgamiento de la tenencia, inmediatamente paso al marco doctrinario, donde enfoco aspectos sobre, reseña histórica de la patria potestad, Relaciones Jurídicas emergentes de la patria potestad, Análisis de los elementos objetivos y subjetivos que intervienen en la inclinación del Juzgador para otorgar la tenencia de los menores, la convención sobre los derechos del niño y por ultimo el marco Jurídico, donde enfoco aspectos sobre, sujetos que intervienen en la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, análisis de la normativa legal sobre la protección a los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, preceptos constitucionales, el procedimiento contencioso general establecido en el CódigoOrgánico de la Niñez yAdolescencia para la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, Recursos de apelación, casación y de hecho, las normas especiales en los casos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes, el principio Constitucional de la celeridad yampliando mi análisis utilizando el Derecho comparado en materia en materia de los menores, con las legislaciones de Venezuela y Colombia.

En el cuarto punto, intitulado “Materiales y Métodos”, dejo constancia de la metodología mas apropiada y utilizada a fin de conseguir resultados que sean satisfactorios, como las técnicas, incluidas la encuesta, la entrevista y la casuística donde procedí a seleccionar cinco casos producidos en nuestra Ciudad de Loja donde claramente y con elementos suficientes pruebo los efectos y la indefensión.

En el punto cinco titulado “Resultados”, luego del acopio de los datos, su tabulación y procesamiento cuantitativo y cualitativo procedo a presentar los resultados de las 30 encuestas, de las cinco entrevistas y culmino con los casos.

En el sexto punto bajo el epígrafe “Discusión”, paso a verificar si he cumplido o no los objetivos propuestos y por último procedo a la contrastación de la hipótesis.

En el punto siete titulado “Conclusiones”, luego del acopio de material bibliográfico, casuístico y de campo, con la utilización de varios métodos y técnicas he profundizado mi estudio y he llegado a tener amplio y pleno conocimiento de mi problemática, lo cual me ha permitido arribar a varias conclusiones, las mismas que dejo a consideración de los estudiosos del derecho.

En el octavo punto intitulado “Recomendaciones” presento las recomendaciones es decir qué hacer frente al problema objeto de estudio.

En el punto noveno titulado: “Propuesta”, luego de un profundo y minucioso estudio jurídico analítico y con conocimiento de causa, me permito presentar las reformas que a mi criterio deben introducirse en el CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia a fin develar por el interés superior del niño, niña y adolescentes.

Culmino con los datos bibliográficos, el índice y los anexos que orientan la estructura de mi investigación jurídica social.

Espero que este trabajo se constituya en un aporte jurídico social, despierte el interés de los señores Docentes, Estudiantes, Autoridades Judiciales y de la comunidad Universal a fin de juntos enfrentar y superar este caótico problema en lo referente a la tenencia de los menores de edad.

3. REVISION DE LITERATURA

3.1. MARCO CONCEPTUAL

3.1.1 CONCEPTO DE LOS MENORES.

Para una clara comprensión de lo que significa los menores, considero pertinente enfocar algunos conceptos, de autores y tratadistas del derecho, los mismos que servirán para el desarrollo de la presente tesis.

"Menor.- Como adjetivo, más pequeño. II de cantidad más escasa. II De dimensiones más reducidas. II inferior. II Más joven de menos años.

Menor de edad.- Quien no ha cumplido todavía los años que la Ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres o tutores. II Por analogía el que no ha alcanzado el límite de edad determinado para realizar algún acto por su iniciativa; como los dieciocho años para trabajar con total independencia y percibir su salario"[1].

Acogiéndome a las definiciones de menor de edad dadas anteriormente puedo afirmar que es clara la diferencia entre las personas adultas, hombres y mujeres y menores por carecer de capacidad única para actuar, y del poder de decisión sobre asuntos que tengan que ver, con asumir obligaciones, y compromisos que lo relacionen directamente como persona individual, por su corta edad es denominado como persona incapaz de contraer deberes y obligaciones con otras personas, esto se da porque a esa edad los niños, niñas y adolescentes se

[1] Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 2002. Pág. 384.

encuentran una etapa de su vida que es muy vulnerable y son sujetos de fácil engaño por otras personas, además su estado emocional está en constante cambio, así como su aspecto biológico; es por esta razón que han sido creadas normas legales universales y nacionales que protegen el interés superior del menor de edad que debe ser respetado principalmente por los miembros del núcleo familiar y con mayor razón por el Estado a través de sus organismos de protección y control.

En la legislación Ecuatoriana se le otorga las mismas definiciones a todos los menores, de tal forma se los identifica según lo especifica la nueva codificación del Código Civil en el Art. 21 dice: "llamase infante o niño que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos"[2].

La definición expuesta por el Código Civil actual ratifica que la condición de las personas que no cuentan con los dieciochos años de edad son consideradas como menores que implica específicamente a los niños, niñas y adolescentes que por su corta edad se encuentran dentro de una etapa de cambios biológicos, sicológicos y sociales que merecen una cuidadosa atención por parte de sus familiares, para que contribuyan al buen desarrollo de la personalidad del menor de edad.

[2] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 21.

En el CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia define lo que es niñez y adolescencia y en el Art. 4 que se manifiesta: “Son niños y niñas quienes aún no han cumplido los doce años son adolescentes las personas que tienen entre doce y dieciocho años. Todos tenemos la obligación de respetar sus derechos y garantías, denunciar su violación y actuar eficientemente para resguardarles de todo peligro y amenaza”[3].

La necesidad de determinar claramente la diferencia de los niños y adolescentes es muy importante tal como lo menciona el articulo precedente; ya que se encuentran denominados en términos generales, menores de edad actualmente y desde hace algunas décadas atrás a todos los menores se los reconoce como infantes, niños, adolescentes, púberes e impúberes, a los menores de dieciocho años y sin embargo nuestro Código Civil en su artículo 21, prevé como infante o niño al que no ha cumplido siete años; el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce, adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor el que ha cumplido dieciocho años; menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos; existe la necesidad de seguir cambiando no solo en la cuestión de sistemas de protección del menor creando oficinas técnicas con personas altamente capacitadas, sino de hacer más efectiva la aplicabilidad y exigencia del cumplimiento de las normas y a la vez tomar en cuenta nuestra enorme responsabilidad como familiares en tratar de asegurarles un porvenir favorable, para un digno y feliz desarrollo en medida de nuestras posibilidades, está en nuestras manos el fiel cumplimiento de sus

[3] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 4.

derechos, sin olvidar que es nuestra obligación para con ellos, para que sean personas útiles en la sociedad.

A lo largo de la historia los niños han sido considerados como un objeto de absoluto sometimiento; la máxima autoridad y el poder absoluto de los padres se ha extendido hasta la edad contemporánea. Héctor Orbe en su obra "Derecho de Menores" en la rama del derecho público, comenta: "hay hogares dañosos para la formación de la conducta del menor. Hogares nocivos que afecta su salud, moral y bienestar; carentes de amor los menores miran impasibles el pantano en que yacen y se acostumbran a él; son parte de él porque viven con él y, toman su lacra inmunda para lacerar su espíritu"[4].

A medida que retroceden en el transcurso de la historia, observamos que, más bajos son los niveles de protección y más altos los niveles de abandono, de violencia y de todo tipo de abuso que debieron de sufrir los niños, niñas y adolescentes en épocas pasadas, situación en que hasta la actualidad han sido creadas normas legales de protección a nivel universal, como lo es el caso de la Declaración Universal del Niño, Niña y Adolescente; ahora se está tomando en cuenta y se está tratando de cumplir con las medidas más favorables y aplicables para evitar que se siga maltratando e infringiendo los derechos de los menores de edad en todo el mundo.

Aun así la dureza de las condiciones de vida, la brutalidad en las costumbres el considerar al niño como un adulto en pequeño, marcaron el largo camino que ha debido recorrer la humanidad para reconocer al niño como un ser dotado de

[4] ORBE Héctor F. "Derecho de Menores". (EDIPUCE). Quito – Ecuador 1995.- Pág. 22. 23.

personalidad psicológica propia, sujeto de derecho y por el cual es responsable toda la sociedad.

La etapa de menores de edad que se inicia con la llegada al mundo de los hijos en calidad de infantes significa el inicio de una vida llena de inocencia, con mucha curiosidad, travesuras e inconscientes de la situación del medio en el que viven como también son muy vulnerables a los diferentes factores que tengan que vivir ya sean factores geográficos, económicos, culturales, de salud, afectivos, psicológicos, entre otros que se pudieran presentar. Estas características son entre muchas otras, algunas de las situaciones por los que todos los seres humanos hemos pasado y siguen pasando las actuales generaciones. Esto en parte del desenvolvimiento de la vida de todo ser humano circunstancias que determinan y definen al futuro hombre o mujer adultos en el que puedan decir que tan buena o no muy buena infancia hemos pasado y determinan los rasgos de personalidad de cada uno de los individuos, si tomamos en cuenta que la formación de las personas empieza desde que llegamos al mundo, partiendo desde ese momento el infante comienza a captar y asimilar todo lo que rodea a su entorno familiar y es desde ahí en que debemos de dar la mejor protección, cariño, confianza, valor y amor a los niños con el objeto de preservar la buena salud mental de los menores.

3.1.2 LOS PRINCIPIOS PROTECTORES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El deber inmediato del Estado es proteger a los niños, niñas y adolescentes, por lo que está obligado a buscar el mejor ambiente para su desarrollo físico, psicológico, emocional, afectivo y moral a través de la protección a la familia, y a

falta de esta debe procurar colocarlo en un ambiente que favorezca su desarrollo integral; por cuanto la protección de los niños, niñas y adolescentes es un medio para lograr el bienestar social.

En la actualidad, a nivel mundial se han tomado las medidas apropiadas para la protección del menor, en los países desarrollados han fortalecido sus Legislaciones para protegerles en forma integral a los niños, niñas y adolescentes desde su concepción hasta cumplir su mayoría de edad, lo que no sucede en países subdesarrollados donde tan solo se han limitado a realizar parches en sus legislaciones.

El Estado Ecuatoriano es suscriptor de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que basa sus enunciados en los siguientes principios fundamentales:

1. Interés superior del niño;

2. Unidad familiar;

3. Igualdad y no discriminación;

4. Prioridad absoluta;

5. Corresponsabilidad de la Sociedad, la familia, y el Estado;

6. Ejercicio progresivo de los derechos del niño;

7. Aplicación e interpretación favorable al niño, niña y adolescente;

El Ecuador desde muchos años atrás ha sido suscriptor de convenios Internacionales respecto de los Derechos del Niño, siendo estos universales, primordiales, y esenciales ligados a la naturaleza de este grupo vulnerable de la sociedad, principios fundamentales que se enmarcan en varias premisas universales como son interés superior del menor, unidad familiar, igualdad y no discriminación, prioridad absoluta; entre otros sobre estas bases se han constituido un sin numero de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes; que en base a los convenios y derechos universales se han constituido en principios inalienables, imprescriptibles y primordiales.

El Principio del Interés superior del niño.- Es el reconocimiento de protección a los derechos del niño; en un elemento efectivo para garantizar sus derechos y la función principal es orientar al juez a tomar decisiones correctas, con el fin de alcanzar la equidad en la satisfacción integral de todos los derechos limitando, orientando activamente al juez; es una garantía para la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El principio del interés superior del niño es una herramienta hermenéutica jurídica que permite interpretar los derechos desde el punto de vista intelectual garantizando la protección total de los derechos; a más de resolver conflictos puede llenar vacíos legales y estos, a su vez sirven para formular políticas públicas a favor de la infancia y adolescencia. Incentiva la protección y desarrollo infantil del niño al satisfacer sus garantías y libertades, porque permite asegurar la máxima satisfacción y conveniencia del niño.

“El interés superior del niño es un principio que está orientando a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las Instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la decisión de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley.

Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”[5]

En definitiva es un elemento subjetivo que sirve para la interpretación de la toma de decisiones judiciales, se traduce en una máxima jurídica que es: El juez al tomar sus decisiones debe ajustar y poner en vigencia la mayoría de los derechos del niño; evitando interpretaciones excesivas que violenten sus derechos; de esta manera en un límite de la actuación de la autoridad.

El principio de la Unidad Familiar.- Consagra el rol de la familia como medio indispensable para garantizar el desarrollo integral del niño; pues ello permite la satisfacción de sus necesidades emocionales, psicológicas, económicas y sociales.

[5] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art.11

Este principio señala la importancia natural de la familia como núcleo de bienestar del niño, sin injerencias extrañas en el seno familiar, salvo en los casos de maltrato, donde la autoridad tiene que intervenir en auxilio del niño y como ultimo recurso de protección sea retirarle del seno familiar para colocarlo en un lugar que no corra peligro.

Al respecto el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que: "La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos"[6].

Es decir la Ley consagra a la familia como el espacio natural y necesario para el desarrollo integral del niño; mediante la responsabilidad compartida del padre y la madre de brindar: respeto, protección y cuidado a los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

El Principio de igualdad y no discriminación.- "Es la consideración de que todos los niños son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud,

[6] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 9

discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares**"[7];**

Por lo tanto este principio garantiza la aplicación del derecho a todos los niños sin ninguna discriminación y en igualdad de condiciones.

Adicionalmente nuestra ley "reconoce y garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, a desarrollarse de acuerdo a su cultura y en un marco de interculturalidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, siempre que las prácticas culturales no conculquen sus derechos"[8]

El principio de igualdad y no discriminación concierne y guarda relación con el principio universal de igualdad ante la ley en este caso en particular se refiere y estoy plenamente de acuerdo en que todos los niños no tienen que ser discriminados desde su nacimiento por razones de color, origen social, idioma etnia, sexo, situación económica, discapacidad, etc. Pues esta premisa Constitucional garantiza en todas sus formas la aplicación del derecho por igual a todos los niños plasmándolos en igualdad de condiciones descartando contundentemente alguna razón para poder ser discriminados injustamente, si no más bien ser parte de la premisa universal que todos somos iguales ante los órganos jurisdiccionales, tanto públicos como privados.

El principio de prioridad Absoluta.- Garantizan el cumplimiento efectivo de los derechos del niño, con prioridad absoluta del Estado, sociedad y la familia; este

[7] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 6
[8] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 7

principio obliga a cambiar el pensamiento de que los niños son el futuro de la patria, al contrario son el presente y por ello su protección debe ser rígidamente observada, en la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, y en el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran priorizando a los menores de seis años. Para garantizar la plena vigencia de este principio la ley señala: **"**En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase que requieran.Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás**"**[9]

Al referirnos a este principio tenemos que enmarcarnos en la garantización del cumplimiento efectivo y propio de los Derechos de los menores como política prioritaria y absoluta en primer lugar del Estado, luego de la sociedad y por último de la familia; este principio de una y otra manera se ve enmarcado a radicalizar en el pensamiento de los menores como futuro de la patria a través de formulación y ejecución de políticas públicas de carácter obligatorio y en realizar la respectiva proposición de recursos, económicos y humanos brindándoles una atención preferente de acceso alos servicios públicos y a cualquier otra Institución que se requiera de los servicios a efecto de garantizar la plena vigencia de este principio de prioridad absoluta, que en resumidas cuentas tiene que sobre ponerse en caso

[9] Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 12

de conflicto, duda, este derecho dada la supremacía de los mismos prevalecerán sobre los demás.

El principio de corresponsabilidad de la sociedad, la familia, y el Estado-

Obliga al respeto y garantía absoluta de los derechos del niño por parte de la sociedad, el Estado y la familia, quienes son corresponsables de la efectivización de los derechos y por lo tanto están obligados a adoptar mecanismos y herramientas para su defensa tanto en el plano legislativo a través de las leyes, ejecutivo a través de políticas estatales, y judicial mediante resoluciones justas y oportunas, dentro de sus respectivos ámbitos, están obligados a adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes; conforme lo dispuesto en la ley que dice: **"**Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes .El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna**"**[10]

Hablar de corresponsabilidad para el fiel cumplimiento de los Derechos de los menores nos estamos refiriendo a los entes que tiene que coadyuvar al pleno cumplimiento de las políticas estatales y de los cuerpos legales que están

[10] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 8

vigencia, siendo esta obligación eminentemente exclusiva y de absoluta responsabilidad del Estado, pero sin embargo la sociedad, y la familia juegan un rol importante al momento de la realización y hacer efectivas las garantías Constitucionales de los niños, pues estos entes tienen que aportar mecanismos y herramientas en pro de los derechos de este grupo vulnerable de la sociedad mediante medidas de carácter política, administrativa, económica, etc; lograra la plena realización de la vigencia al menos de las garantías que se puedan cumplir, tratando de luchar en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño.- Recalca la titularidad del derecho del niño desde que nace hasta cuando alcanza su madurez: lo que permite el ejercicio progresivo de sus derechos de acuerdo a su edad, al principio guiado por sus padres, luego por sus maestros y luego por la sociedad; como lo dispone la ley cuando dice: "El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código"[11]

Estos principios se encuentran consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y aseguran el pleno ejercicio de los derechos en donde prima el interés

[11] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 13

superior del niño, de tal manera que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”[12]

Para el cumplimiento de estos principios y garantías, todas las instituciones públicas o privadas y la administración de justicia deben guiar sus actuaciones, resoluciones en estricta aplicación de los principios y derechos de los niños, niñas y adolescentes, priorizando la equidad, la legalidad, la independencia, la gratuidad, la celeridad y eficiencia en observancia siempre del debido proceso.

El abandono de los niños, niñas y adolescentes debido a la emigración de padres hacia el extranjero ha dejado en evidencia la inaplicabilidad y debilidad en vigencia de estos principios en el Ecuador, pues, los niños que se quedan sin uno de los padres se encuentra en total indefensión, por cuanto el Juez que debe otorgar la tenencia no cuenta con una normativa eficaz y eficiente ni medios que le permita

[12] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 44

resolver acertadamente; pues, la sana critica del juzgador no valora el verdadero "interés superior" de los niños, niñas y adolescentes al momento de conceder la tenencia, vulnerando así sus derechos y garantías fundamentales a desarrollarse en un ambiente sano y equilibrado; otro problema es la falta de celeridad en la tramitación de los juicios de tenencia; pues, el retardo en la resolución de los casos de tenencia para obtener la visa y para la salida del país impide que los niños, niñas y adolescentes se reúna con sus progenitores en el exterior debido a la caducidad de la resolución de reagrupación familiar concedida sobre todo en Europa.

El principio de la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.-Obliga a las autoridades judiciales o administrativas a resolver siempre en el sentido que más favorezca al niño, niña y adolescente, con el objeto de evitar la lesión de sus derechos; al respecto la norma jurídica señala: "Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes"[13]

Pues todas las disposiciones deben ser interpretadas considerando siempre el interés superior del niño.

Así mismo la Constitución de la Republica del Ecuador en su artículo45 habla acerca de "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

[13] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 14

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas"[14].

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad; los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos en general que los adultos. Pero como son especialmente vulnerables, es necesario que tengan derechos concretos que reconozcan su necesidad de recibir una protección especial. Basados en este principio la Convención sobre los Derechos del niño, establece los derechos que es preciso convertir en realidad para que los Niños desarrollen su pleno potencial y no sufran a causa del hambre, abandono y malos tratos.

Los niños, niñas y adolescentes no son la propiedad de sus familias ni tampoco son objetos indefensos de la caridad. Son seres humanos y también son los titulares de sus propios derechos.

[14] OJEDA MARTINEZ Cristóbal. "Estudio Critico sobre los Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia". Quito – Ecuador 2008.- Pág. 87. 88.

Esto quiere decir que los menores desde el momento en que nacen son sujetos de derechos y obligaciones, titulares de los mismos, Constitucionalmente amparados en la carta magna así como los derechos universales, y convenios Internacionales de los cuales el Ecuador es suscriptor; en tanto y cuando las garantías Jurisdiccionales sean o guarden relación con los principios y derechos específicos de sus edad.

Dicha declaración y su aceptación en tantos países entre ellos Ecuador han servido para defender la dignidad humana fundamental de todos los niños y niñas y la necesidad urgente de asegurar su bienestar y desarrollo. Dicha declaración deja muy clara la idea de que una calidad básica de vida debe ser el derecho de todos los niños y niñas, en lugar de un privilegio que disfrutan solamente unos cuantos.

A pesar de la existencia de una serie de derechos, los niños y las niñas sufren a causa de la pobreza, la falta de hogar, los malos tratos, el abandono, las enfermedades que se pueden prevenir, la desigualdad en el acceso a la educación y la existencia de sistemas de justicia que no reconocen sus necesidades especiales. Estos son problemas que ocurren tanto en los países industrializados como en aquellos que se encuentran en desarrollo.

La ratificación casi universal de la Convención de los Derechos del Niño refleja el compromiso del mundo con los principios que sustentan los derechos de la infancia. Al ratificar la Convención, los gobiernos indican su intención de convertir en realidad este compromiso. Los Estados por un lado están obligados a

enmendar y promulgar leyes y políticas que pongan plenamente en práctica la Convención, y deben asegurar que todas las medidas se tomen en consonancia con el interés superior del niño. La tarea, sin embargo, debe contar con la participación no sólo de los gobiernos sino de todos los miembros de la sociedad. Las normas y los principios que se articulan en la Convención solamente pueden convertirse en realidad cuando sean respetados por todos, en la familia, en las escuelas y en otras instituciones que proporcionan servicios a la niñez, en las comunidades y en todos los niveles de la administración pública.

3.1.3 EL PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA.

El procedimiento para la resolución de los casos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, es el procedimiento contencioso general que se determina en el CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia (sustituyó al Código de Menores) empieza con la demanda presentada ante el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en primera instancia, sube por recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia.

Para tratar sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, es necesario señalar algunos conceptos sobre instituciones relacionadas con el tema, y que son el matrimonio, la unión de hecho y la patria potestad.

El Matrimonio.- Según la enciclopedia jurídica Omeba el matrimonio es “Una institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al

nacimiento de la familia legitima, a la propagación de la especie y al cuidado de prole"[15].

El actual procedimiento vulnera las normas Constitucionales, en particular el Art. 169 de nuestra Carta Magna, en cuanto a la celeridad y economía procesal, así como la tutela efectiva; y el derecho a recibir una justicia sin dilaciones, lo cual se ve vulnerado con el procedimiento Contencioso General para el otorgamiento de la tenencia de un menor, pues este trámite por la naturaleza del mismo resulta dilatorio, y violatorio de las garantías Constitucionales antes señaladas.

Respecto de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes están ligados en algunos casos a Instituciones Jurídicas, una de ellas el matrimonio, al mismo que lo entiendo como un contrato solemne, contrato toda vez que existe acuerdo y voluntad expresa de las partes para su celebración, y solemne porque se celebra ante la autoridad competente ya que de lo contrario sin estos dos requisitos dicho acto es nulo; y de nulidad absoluta a más de ello debe entenderse al matrimonio como la unión de dos personas libres de vinculo matrimonial con el estricto animo de ayudarse mutuamente en todas las dificultades que de esta Institución devengan.

El Código Civil define al matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente"[16]

[15] ENCICLOPEDIA, Jurídica, OMEBA, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-Argentina, 1962, tomo II
[16] CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Art. 81.

La Familia.- Es la base de la sociedad en la cual, el elemento esencial son los hijos de los que depende el progreso y el desarrollo de los pueblos.

La Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia "considera miembros del núcleo familiar a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad"

Nuestra Constitución de la República del Ecuador establece que "El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre conocimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal"[17]

La familia por lo tanto, es el conjunto de personas vinculadas por el parentesco proveniente de la consanguinidad (ascendiente, descendiente y colateral); de la filiación (parientes de los cónyuges); y por la institución de la adopción, que se asisten en forma normal y permanente mientras viven juntos.

A través de la familia podemos determinar: la afinidad, los alimentos, la patria potestad, la consanguinidad, el derecho al apellido, el grado de parentesco, la

[17]CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Art. 67

naturaleza jurídica, la ascendencia, la descendencia; y, en general la organización y extinción de derechos y obligaciones entre los miembros de la familia.

La familia es muy importante cuando se habla de la tenencia, por cuanto la conducta de los padres se encuentra determinada por factores predominantes y decisivos en la formación de los hijos; la familia es el contexto donde los niños, niñas y adolescentes, adquieren todos los conocimientos que los pondrá en práctica dentro de la sociedad y su comportamiento dependerá de su formación en el seno familiar; dentro de la familia se encuentran los valores que adquieren los hijos, el apoyo y la protección que tienen y deben a sus padres; en definitiva es la fuente de las actuaciones positivas del ser humano; la familia en definitiva es el ambiente adecuado para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Por lo señalado, es importante una legislación adecuada, oportuna y eficiente que procure siempre la formación, educación y desarrollo integral; que reconozca no solo los derechos de los hijos, sino también el de los padres en procura del bienestar de la familia para beneficio de la sociedad; de tal manera que exista un respeto mutuo y responsabilidades compartidas.

El deber primordial del Estado es buscar las condiciones más favorables para proteger y amparar a la familia; y, el de los funcionarios públicos es cumplir y hacer cumplir estas disposiciones en forma eficiente, efectiva y pronta; pues la falta de estabilidad emocional degenera los valores morales y sociales del individuo con la proliferación del irrespeto comunitario.

La Unión de Hecho.- Launión de hecho aunque siempre ha existido como otra fuente de la familia, hoy se encuentra considerada en la Constitución que establece "La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo"[18].

De tal manera que la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer pasa a ser fuente de los mismos derechos y obligaciones que tienen los cónyuges dentro del matrimonio; así pues, tanto los hijos del matrimonio como los de la unión de hecho tienen los mismos derechos y obligaciones dentro del seno familiar y por ende en la comunidad social plenamente reconocidos.

La Patria Potestad.- Patria potestad, es la relación paterno filial que tiene como objetivo primordial el deber de los padres de criar y educar a sus hijos.

Cabanellas define a la patria potestad como "El conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados"[19]

La patria potestad es una Institución jurídica que tiene su origen en la época Romana; según nuestro Código Civil vigente la patria potestad es "el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados"[20]; en

[18]CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Art.68
[19] CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, editorial Heliasta, SRI, Buenos Aires, 1993
[20]CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 283.

concordancia con esta norma, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala que “La patria potestad 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”[21]

Ensentido más amplio, la patria potestad impone una relación de subordinación de los hijos no emancipados para con sus padres, quienes, tienen facultades de naturaleza patrimonial sobres los bienes de los hijos; así:

a) El derecho de usufructo de los bienes de los hijos;

b) La administración de los bienes;

c) La potestad de representación judicial y extrajudicial o autorización para estos actos”[22]

Dentro de estos principios y reglas que impone la patria potestad respecto de los menores, hablamos de facultades primordiales entre ellos el derecho de los padres para administrar los bienes de sus hijos, así como el derecho de usufructo que no es otra cosa que el crédito económico y social que produce determinado bien inmueble; así mismo la autorización y representación en forma judicial y extrajudicial en actos públicos y privados de los menores así como la celebración de actos y contratos que contengan derechos y obligaciones hasta que los

[21] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 105
[22] ALBAN ESCOBAR Fernando, DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Fundación “Quito Sprint”

menores tengan la capacidad legal suficiente para ejercer por si solos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías.

La patria potestad se concede observándose las siguientes reglas:

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".

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral"[23].

Al referirme a las causas existentes en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, respecto de la suspensión de la patria potestad tengo que manifestar que las mismas están enmarcadas en defensa de los derechos de los menores toda vez que se le establece a medida y en un grado de irresponsabilidad de los progenitores o de alguno de ellos a efecto de sustentar las garantías Constitucionales inherentes a los específicos de su edad, pues no puede ser posible que un progenitor que maltarte en forma física, psicológica, o sexual, a su hijo se le mantenga el privilegio de la patria potestad respecto del mismo peor aún aquel progenitor que induzca a una explotación sexual laboral o económica; así como el hecho de inducir a la mendicidad del menor, razones por las cuales concuerdo con el legislador que estas causas constituyan causales para la pérdida o suspensión de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad se suspende o se pierde como una sanción o como una imposibilidad física de ejercerla, como sucede en los últimos tiempos debido a la emigración de los ecuatorianos.

[23] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 106

La patria potestad se limita, pierde o suspende por decreto del Juez de la causa, después de oídos: los niños, niñas y adolescentes, los parientes, el Ministerio Publico y el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

La patria potestad es limitada por orden judicial cuando lo aconseje el interés superior del menor.

Se suspende la patria potestad por 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 substancias 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 afectado 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"[24].

De igual manera concuerdo radicalmente en el hecho de que una vez suspendida la patria potestad respecto de un progenitor la ejerza, el que se encuentre en plena capacidad moral para realizarlo, y en el supuesto caso de que ninguno de los progenitores se encuentre plenamente en capacidad de ejercer tal responsabilidad se designe un tutor al menor a efecto de que responda para el cuidado, desarrollo y el fiel cumplimiento de los derechos y garantías Constitucionales logrando siempre que se cumpla a cabalidad el desarrollo integral del mismo, por tales consideraciones el o los progenitores que incurran en causales de suspensión de la patria potestad, se de fiel cumplimiento a otorgarlo al menor de ser el caso a una Institución estatal a efecto de ser puesto y de ser considerado en estado de Adoptabilidad.

Se pierde la patria potestad por los siguientes hechos:

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;

[24] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 112

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 pena"[25].

Dentro de estas causales de pérdida de la Patria Potestad tenemos en consideración que las siete causales que contempla el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, son los más destacables y concordantes con mi criterio ya que estoy totalmente de acuerdo con el Legislador respecto de que uno o los progenitores pierdan la Patria Potestad del menor cuando por ejemplo exista una falta de interés en mantener con el menor las relaciones parentales, padre-hijo;

[25] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 113

tanto en las relaciones personales y sociales y al referirnos en el caso de que una acción u omisión sea el resultado de un delito de acción pública el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescenciaesta en plena potestad legal que de oficio remita el expediente al representante del ministerio público a efecto de que inicie la respectiva indagación previa y se llegue a comprobar los autores. cómplices y encubridores del delito efectuado.

El Código Civil en su Art. 306 señala de "El padre o la madre que llevaren una vida disoluta perderán la patria potestad"[26]

Este articulo se refiere en que existen casos en que el padre o la madre del menor, y en algunos casos los dos progenitores llevaren una vida desordenada es decir con un potente peligro de los niños, en casos muy particulares cuando están inmersos en vicios como el alcoholismo y drogadicción lo cual significa que su estado de demencia no les permita ejercer ni en lo más mínimo el cuidado de los niños, para estos casos nuestro Legislador ha actuado de manera inteligente respecto de que nuestro ordenamiento civil también se prevé que esta constituya una causal más para la pérdida definitiva de la Patria Potestad.

La acción para solicitar: la limitación, suspensión o privación de libertad lo tienen:

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;

[26] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Art. 306

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;
5. Los representantes legales o directores de las entidades de atención enque se encuentra un niño, niña o adolescente".

En la misma resolución que ordene la privación, suspensión o limitación de la patria potestad o limitación de la patria potestad, el Juez dispondrá una o más medidas de protección para el menor y sus progenitores, con el objeto de favorecer las circunstancias que justifiquen una posterior restitución de esta potestad.

"El Juez, a petición de parte, puede restituir la patria potestad en favor de uno o de ambos progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas de que si han variado sustancialmente las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión.

Para ordenar la restitución, el Juez deberá oír previamente a quien solicitó la medida y en todo caso al hijo o hija de acuerdo a su desarrollo evolutivo"[27].

El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos no podrá solicitar que se le entregue la patria potestad del hijo o hija beneficiario.

La Tenencia como InstituciónJurídica.- La tenencia es una Institución jurídica contemplada en nuestra Legislación mediante la cual se faculta al padre o madre a reclamar a sus hijos o hijas menores de edad, con la finalidad de brindarles un

[27] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA,Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 117

mejor desarrollo integral para su pleno desempeño como integrantes de la sociedad, haciéndose extensivo a sus familiares más cercanos siempre y cuando se colija legalmente que los niños, niñas y adolescentes en la situación actual están siendo descuidados o corre peligro su integridad física, emocional y psicológica.

Para el tratadista Guillermo Cabanellas, tenencia significa: "La mera posición de una cosa; su ocupación corporal y actual"[28]

En cambio el autor Néstor Rómbola define a la tenencia de la siguiente manera; "La ocupación y posesión actual y corporal de alguna cosa. Desde el punto de vista del derecho real, el mero tenedor es quien tiene derecho al uso y goce de la cosa pero reconociendo el derecho de propiedad o posesión ajena del bien, de modo que puede ocuparlo pero siempre respetando los derechos reales de quien le ha conferido la tenencia, como por ejemplo el locatario o el comodatario"[29].

Es decir, la simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor o del simple tenedor, solo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna. Cuando alguno por si o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actosde dominio sobre alguna cosa, pero solo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa.

En lo que concierne a la tenencia de los hijos la situación planteada entre los progenitores en relación con su descendencia, y específicamente en relación con

[28] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 379.

[29] ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martin.- Diccionario RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá – Colombia 2005. Pág.- 897

sus hijos menores de edad, suele tener lugar ante situaciones de divorcio, separaciones de hecho, no casados en posición de habitar en distintas moradas o ante la nulidad del matrimonio. Lo que se debe resolver es a quién corresponde entregar los hijos menores de edad en estas situaciones. Ello conlleva la necesidad de acordar un régimen de visitas a favor del progenitor que no detenta la tenencia. Suele utilizarse el criterio de que no existiendo causas graves, los hijos menores de cinco años permanecen a cargo de su madre y pasada dicha edad, a cargo del cónyuge que resultare inocente. A todo ello hay que agregar que los jueces deben determinar el régimen que consideren más convenientes para los hijos en cuestión, para lo cual si lo consideran indispensable y ante la culpabilidad o dudosa aptitud por parte de ambos cónyuges, hasta pueden optar por otorgar la tenencia a una tercera persona.

El tratadista Fermín Chunga define a la tenencia como "la situación por la cual los niños, niñas y adolescentes, se encuentran transitoriamente en poder de quienes no son sus padres, tutores o guardadores"[30].

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala que: "Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del Artículo 106"[31].

La designación familiar de los últimos años causada por la migración de los padres al extranjero ha ocasionado la destrucción de muchos hogares y por consiguiente

[30] CHUNGA Fermín. Diccionario Jurídico Elemental.
[31] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 118

la inestabilidad de los niños, niñas y adolescentes; pues, los padres o familiares cercanos se disputan la tenencia de estos; frente a este problema los Jueces no cuentan con las herramientas legales necesarias que les permitan una adecuada aplicación de la Justicia a favor de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto, no existe en la Ley de la materia un procedimiento ágil que le permita al Juez decidir con eficacia y oportunidad sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes; además el riguroso sistema legal de extranjería adoptado sobre todo por los Gobiernos Europeos para la reagrupación familiar obliga a que el sistema legal ecuatoriano tenga celeridad y oportunidad, pues, al demorar el trámite de la tenencia previa a la salida del país de los niños, niñas y adolescentes se atropellan sus derechos de educación, bienestar y desarrollo integral al lado de sus familiares y se violenta el principio de unidad familiar.

En general, cuando existe descuido, negligencia, protección ineficiente o cualquier tipo de irregularidad física o legal dentro del círculo familiar que rodea a los niños, niñas y adolescentes, se da la necesidad de desplazar la responsabilidad de los progenitores, inhabilitados, fallecidos, irresponsables y ausentes por la emigración a otras personas que deben cumplir con dicha obligación previa resolución judicial y con la protección del Estado.

La enciclopedia Jurídica Omeba señala: “Tenencia provisoria. En el caso de divorcio hay que distinguir dos situaciones: la tenencia provisoria, que es la que se otorga durante la sustanciación del juicio, y la definitiva, que es la que se asigna una vez que el divorcio ha sido decretado. Tenencia definitiva… A pesar de su denominación de “definitiva” – por oposición a la “provisoria”, que se otorga

durante el curso del juicio – la tenencia de los hijos menores concedida en la sentencia de divorcio no es inmutable: solo se mantiene mientras subsisten las condiciones que la motivaron. Pero supone cierta estabilidad, es modificable solamente cuando mediaren causas de verdadera importancia, pues los hijos no pueden estar pasando continuamente de la dependencia de un cónyuge a la del otro por motivos pequeños o triviales, porque esta inestabilidad engendraría consecuencias nocivas, especialmente en cuanto a su educación, sentimientos y el manejo de sus bienes"[32]

La tenencia es una institución regulada por el CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia, en forma inadecuada e ineficiente, pues carece de un procedimiento especial que permita al juzgador, tomar una decisión que cumpla con el fin social que es: proteger y procurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

3.2 MARCO DOCTRINARIO.

Constituyendo la doctrina una fuente del derecho, es trascendental referirnos a los diversos estudios que tratadistas han realizado acerca de los derechos de los menores, así como también la necesidad de implementar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el tramite especial para poder demandar la tenencia de un menor de edad por cualquiera de sus padres, se hace indispensable hablar de la patria potestad en todo su ámbito como a continuación detallaré.

[32] ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXVI Tasa – Zona – Editores Libretos. Lavalle 1328.- Buenos Aires – Argentina. Pág. 39.

3.2.1.- RESEÑA HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Universalmente se ha caracterizado a la Patria Potestad como el conjunto de deberes y derechos adjudicado a los padres respecto de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados.- Esta noción que proviene del Derecho Romano, ha subsistido hasta nuestros días sin demasiadas modificaciones, y así ha recibido consagración legislativa.

Sin embargo sus notas definitorias no perfilan estrictamente el polimorfismo de la tarea paterna, y si bien ese conjunto caracteriza a la Institución misma no agota el cúmulo de funciones que, actualmente, la madre y el padre deben satisfacer.- Esta responsabilidad ha perdido sus notas tradicionales para evolucionar hacia un concepto más complejo, en el cual la misión de los padres va adquiriendo progresivamente una dimensión social, alejándose en consecuencia del modelo histórico que situaba a la patria potestad dentro de la esfera íntima de la familia.- La familia está más observada.

Puede afirmarse, entonces, que los padres tienen ante sí, ante los hijos, y ante la sociedad, una tarea de profunda gestión consistente en la crianza y desarrollo integrales de los hijos, con miras a desempeñarse en el medio social como adultos responsables.

Esta característica se advierte en varias legislaciones modernas, en particular en los Códigos de Familia latinoamericanos, pues aun conservando la tradicional denominación, el contenido y objetivos de la Patria Potestad han sido enriquecidos

en función de las necesidades y desafíos sociales impuestos por el fenómeno global que se ha dado en llamar la “postmodernidad;

Etimológicamente, la frase proviene del latín, patria potestas, que significa "autoridad paterna", la misma que correspondía al padre de familia o pater familias, cabeza de la misma e investido con potestad sobre otras personas. La facultad podía corresponder no sólo al padre, sino en ciertos casos al abuelo.

En efecto, en sus orígenes el derecho romano consideraba a la autoridad paterna como una verdadera “potestas”, poder del PaterFamiliae que no solo alcanzaba a los hijos, sino que se extendía a todas las personas libres que formaban el núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que hubiesen o no contraído matrimonio; comprendía a todos los descendientes, a las mujeres entradas a la familia mediante el matrimonio (**cum manu)** y a los adoptados y arrogados”[33].

Originariamente, esta autoridad reconocida al Pater abarcaba las relaciones personales y patrimoniales, al punto de disponer del ius vitae et necis, verdadero poder de disponer de la vida y la muerte, previo juzgarlos, de los miembros de su familia:

Podía enajenarlos (iusvendendi) abandonarlos o exponerlos (iusexponendi) y entregarlos en noxa a la víctima de delito por ellos cometido (iusnoxae dandi) (Belluscio).- La atenuación progresiva de las mores maiorum en la sociedad romana influyó en las relaciones y funciones del padre de familia, y este poder

[33] BELLUSCIO Carlos, Manual Teórico Practico del Código de la Niñez y Adolescencia, Primera Edición 2007. Cuenca-Ecuador.

absoluto fue disolviéndose tanto en lo personal (solo poder de corrección) y patrimonial (limitaciones al derecho de transmitir los bienes por testamento).-

En cuanto al Derecho Germánico, tenemos:

Similares características (a Roma) presenta el Munt del derecho germánico primitivo. El padre, al acoger al hijo de su mujer, lo incorporaba a la comunidad doméstica, y, consiguientemente, el hijo quedaba sometido a la potestad protectora de la Sippe. El Munt solo cesaba al ser acogido el hijo en las asambleas comunales o, respecto de las hijas, al emanciparse por matrimonio.

El movimiento codificador de inicios del Siglo XIX, representado emblemáticamente por el Codé Napoleónico, trató a la patria potestad como una institución que reconocía inclinaciones distintas, si bien la influencia del derecho romano prevalecía sobre el modelo legislativo organizado. Cabe destacar los esfuerzos del iluminismo por propalar una nueva estructura familiar, comúnmente conocida como moderna y nuclear: "En sentido estricto, está compuesta únicamente.

1.- “Por el padre de familia;

2. - Por la madre de familia, quien, según la idea recibida casi en toda partes, pasa a la familia del marido;y;

3.- Los hijos, que, si se puede hablar así, al estar formados de la sustancia del padre y de la madre, pertenecen necesariamente a la familia”.

La Familia “moderna” en cuyo seno aparece como figura relevante el niño: “En el siglo XVIII conservar los hijos va a significar poner fin a los daños causados por la domesticidad, promover nuevas condiciones de educación que, por un lado, puedan contrarrestar la nocividad de sus efectos sobre los niños que se les confía y, por otro, obligar a que eduquen a sus hijos todos aquellos individuos que tienen tendencia a abandonarlos al cuidado del Estado o a la mortífera industria de las nodrizas”.

La familia moderna no es ya aquel pequeño Estado, centralizado y gobernado por el pater. La familia que se basaba antaño en una relación de dominio se convirtió cada vez más en un grupo moral, según palabras de Schmoller; de una institución que tenía por objeto la producción y los negocios pasó cada vez más a ser una institución que tiene en cuenta la vida moral, y, cada vez más limitada en sus fines económicos, puede perseguir mejor fines nobles e ideales y convertirse, en fin, en un receptáculo más rico de los sentimientos afectivos que provoca.

En la actualidad, el sinceramiento de las relaciones familiares impuso a la autoridad paterna principios y objetivos que transforman paradigmáticamente su dinámica: “El derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una creciente protección a la mujer y notoria solicitud hacia los menores. En este cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para

convertirse en una función social en que está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y las niñas"[34]

La segunda mitad del siglo pasado (XX) fue escenario del movimiento mundial tendiente al fortalecimiento de la familia, y a su interior, a poner de resalto los derechos de sus componentes más débiles: la mujer y el niño.

El Art. 1014 refiriéndose a los hijos naturales en el tema de retroactividad de los derechos concedidos a ellos, al tiempo que está vigente el Código Civil reformado a 21 de noviembre de 1935, manifestaba sobre la pérdida de la Patria Potestad por parte de la madre, en la siguiente forma: "El Código Civil separa los derechos naturales de la paternidad, de los derechos civiles, que, propiamente constituyen la Patria Potestad"[35]. Por consecuencia de esta separación, los últimos están reducidos al usufructo, el de administración y el de representación, es incuestionable que la madre que pasa a segundas nupcias no pierde, por ello, el derecho de representar a sus hijos no emancipados, pues el Código Civil sólo la priva de la administración, declarando, de un modo expreso que no pierde los demás derechos de la Patria Potestad, y no ha de deducirse que al padrastro es a quien corresponde la defensa judicial de los entenados, por decir que él es el representante legal de la madre, pues la Ley no reconoce representantes de representantes.

El Código de la Niñez y Adolescencia publicado en el registro oficial Nro. 737 de enero 3 del dos mil tres y que entro en vigencia en julio del mismo año y que ya

[34] RAMIREZ García, Manual Teórico Práctico del Código de la Niñez y Adolescencia, Primera Edición 2007.
[35] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2011. Pág. 307.

nos habla de las causales de perdida de la patria potestad y que están contempladas en el Art. 113, y que se mantiene hasta la presente fecha en el denominado Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia"[36].

El articulo 113 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, es muy claro, contundente y preciso al establecer las causales parea la perdida de la patria potestad estas siete causales son las adaptables al medio y a la sociedad en la cual vivimos pues la responsabilidad del Estado a través de las políticas públicas se tiene que establecer constantemente el nexo causal estere padres e hijos y el quebrantamiento de estas relaciones paraento-filiales entre descendientes y ascendientes da lugar a que se los prive a través de un debido proceso del derecho que les corresponde en calidad de progenitores muy en particular nos enmarcamos en la figura Jurídica de la Patria Potestad.

3.2.2.- RELACIONES JURÍDICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Legislaciones y autores especializados coinciden en incluir una serie de funciones, privilegios y relaciones que informan el ejercicio de la autoridad de los padres. A los efectos expositivos, se los ha dividido en fines personales y fines patrimoniales, abarcativos de derechos y deberes, siempre respecto de la persona del hijo menor de edad no emancipado.

Custodia.-Bajo este término, queda comprendidas las funciones de guarda y direccionamiento de la vida del hijo menor de edad a medida que van adquiriendo una mayor autonomía personal.- La guarda se ha caracterizado como el poder de

[36] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 113.

los padres de tener a los hijos consigo, que se traduce en la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar. En este sentido, la guarda juega un rol activo en el ejercicio de la patria potestad, pero no autónomo, sosteniéndose que es el aspecto material por excelencia para que dicho ejercicio pueda desarrollarse armónicamente, y así, la ley otorga esta facultad en función del cumplimiento del deber de educación, que al decir de Cafferata, "es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos"[37]. Este carácter material de la guarda, la convierte en un derecho-deber dinámico, pues ésta puede ser delegable en terceros, si coadyuva al cumplimiento del fin superior. El derecho comparado ofrece diversos ejemplos de este carácter, cuyos extremos están representados en la autorización para salir del país, que exige la concurrencia de la voluntad de los titulares de la patria potestad, y el libre consentimiento adoptivo, que requiere en la generalidad de las legislaciones, la intervención de la autoridad judicial. La delegabilidad de la guarda está rodeada de garantías para su efectividad, pues si ella ocurre en perjuicio del hijo, será considerada "abandono", causa universalmente reconocida de pérdida o privación de la patria potestad.- Las mismas garantías organiza la ley, cuando los padres pierden la guarda por hechos del hijo, o de terceros.- En el primer supuesto, las leyes prevén el recurso judicial para lograr el reintegro del hijo ausente, si éste carece de justificaciones para tal alejamiento.- En el segundo caso, la ley penal castiga la sustracción del hijo con penas severas según su edad, e inclusive cuando esta circunstancia ha sido inopinadamente provocada por el padre que no detenta la tenencia del hijo.

[37] GARCIA FALCONI José. La guarda de Menores. Primera Edición. Quito-Ecuador.

La facultad de direccionamiento del hijo se compone de elementos educativos y de vigilancia, consistente en preparar y guiar al hijo durante el progresivo contacto con el medio social: elección de las amistades, de los círculos personales, del cuidado de la salud, etc. Al asignar responsabilidades a los padres, la ley reconoce la autoridad de éstos para ejercer el control sobre las elecciones diarias de sus hijos (creencias religiosas, vestimenta, elección de colegios, actividades extracurriculares, elección de amistades, participación en organizaciones estudiantiles, etc."[38]. Cuando el ejercicio de esta facultad ha sido generador de conflictos, los jueces progresivamente han deslindado su correcta aplicación de los abusos que éste puede acarrear, como corolario del proceso que ha ido debilitando la esfera de clausura íntima que antaño poseía la familia.-

A la guarda y al direccionamiento del hijo se lo ha acompañado con el poder de corrección, en una suerte de refuerzo de la autoridad.- No obstante, la consideramos un derecho-deber autónomo, por lo que su tratamiento lo será en particular.-

Este término alude a los deberes alimentarios en sentido amplio, pues abarca los gastos derivados de la alimentación, la vestimenta, la vivienda, la recreación, los traslados dentro y fuera de la localidad donde vive el hijo menor, los tratamientos médicos, la educación, etc." A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el

[38] GORVEIN Polakiewicz. Derecho de la Niñez y Adolescencia. Segunda Edición.

desarrollo del niño"[39]. Se trata de una obligación unilateral de parte de los padres, pues no reconoce extensión recíproca al hijo menor de edad no emancipado, aunque estimamos que si los hijos ejercen profesión o realizan tareas en relación de dependencia remuneradas – contrato de trabajo en actividad honesta, pueden ser obligados a asistir económicamente al padre indigente que alegue imposibilidad de allegar recursos con su trabajo."[40] comenta Zannoni en relación al derecho argentino, directiva contenida en varias legislaciones de la región.- La importancia dada a este deber en las legislaciones de América reconoce el derecho a reclamar por parte de un tercero los alimentos que hubiese suministrado al hijo menor ante una necesidad urgente que los padres no pueden satisfacer en lo inmediato, inclusive cuando esta situación fuese provocada por la conducta del alimentado.- Los gastos generados en la independencia económica del hijo reciben un trato diferenciado en las normas incluidas en este estudio comparado, pues se va desde eximir a los padres de los mismos (Art. 270 del Código Civil Argentino), hasta obligar a los padres a administrar los bienes de los hijos con ese fin, siéndoles limitado el usufructo de los mismos. (Por ejemplo art. 335 Código de Familia Panamá).-

Educación.- Este término comprende extensivamente el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del hijo menor de edad, el deber de inculcarle el respeto por los derechos humanos, su identidad cultural, los valores de su comunidad, el respeto al medio ambiente, y prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión,

[39] Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 2. Inc.2. Pág. 205.
[40] ZANNONI Alber. Derechos de los Menores de Edad. Edición Primera. Pág. 118.

paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. (Art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño). la familia importa el ámbito primordial de socialización de las nuevas generaciones que internalizan las pautas básicas de conducta y modo de expresión. A su vez, los padres están obligados a procurar la instrucción elemental de sus hijos. A este fin su obligación comprende la educación primaria que prevé la ley"[41] (Zannoni).- Considerando esta opinión, cabría preguntarse si este deber-derecho de los padres cesa una vez concluida la educación primaria.- Se ha señalado en este sentido que el mismo persiste como exigencia hacia el hijo de proseguir con los estudios y de elegir una carrera o profesión, sin que estas decisiones sean revisibles judicialmente mientras se mantengan dentro de límites razonables"[42]. (Belluscio). Algunas legislaciones regionales imponen la obligación de los padres de sostener los estudios superiores de los hijos, aún después que éstos hayan alcanzado la mayoría de edad (por ej. Art. 264 Código de Familia Bolivia).- Cierta controversia giraba alrededor de la educación religiosa de los hijos, más precisamente, la imposición del culto de los padres a los hijos. Si bien debe admitirse una influencia de los padres en la formación espiritual del hijo durante los primeros años de su socialización, el límite a esta potestad nace con la propia determinación del hijo al alcanzar un nivel de madurez en este sentido.- Al respecto, en la Convención sobre los Derechos del Niño se expresa:

[41] ZANNONI Alber. Derechos de los Menores de Edad. Edición Primera. Pág. 120.
[42] BELLUSCIO Carlos, Manual Teórico Practico del Código de la Niñez y Adolescencia, Primera Edición 2007. Cuenca-Ecuador.

1.- Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;

2.- Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades"[43]

***El Poder de Corrección*.-**El contenido de este "poder" se halla circunscripto al ejercicio de la facultad disciplinaria hacia los hijos. En este sentido, la evolución de tal poder ha tendido a la eliminación del empleo de la violencia física como medio corrector. Recordemos el derecho de vida o muerte del Paterromano, la extrema tolerancia social hacia los castigos sobre el cuerpo imperante hasta bien entrado el siglo pasado, inclusive su extensión al sistema educativo, por la cual el maestro reemplazaba al padre en la función disciplinaria admitiéndose de este modo el uso sistemático del golpe "pedagógico". Los límites estaban marcados por el estrépito público que originaba un empleo "desmedido" de la violencia, que por lo general provocaba la muerte del niño.- Colocado éste en el centro de las atenciones de los padres, pero de la sociedad también, correlativamente el poder de corrección ha sido objeto de revisión y crítica, y puesto de manifiesto un mayor control sobre su ejercicio: no es admisible, ni aún tácitamente, que un medio educativo signifique causar daño en el cuerpo o la salud del niño, y menos aún, que la ley avale implícitamente un proceder de esa naturaleza.- Por ello, los padres deberán ejercer el poder de corrección moderadamente, a través de consejos, ejemplos, la palabra, y aún llegado elcaso, prohibiendo ciertas actividades del hijo. Reprender

[43] Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 10. Pág. 209

no significa castigar.- Claramente es la preceptiva contenida en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo obligación del Estado la atenta vigilancia de estas situaciones de maltrato, la organización de medidas de prevención de la violencia y de protección del niño, pero también de asistencia de los padres, cuya impotencia los conduce a recurrir a los castigos corporales: "Debe quedar claro que aunque se reconoce el derecho de corregir, esto no implica que en el ejercicio de tal derecho se inflijan al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psicológica o que impliquen actos de violencia familiar."[44] El ejercicio moderado de la corrección de los hijos ha recibido consagración legislativa en diversas leyes de la región.

La representación legal, la incapacidad civil de los hijos menores de edad se suple a través de la representación legal que los padres deben asumir por imperio de la ley. Este deber se caracteriza como necesario, habida cuenta de la incapacidad apuntada, y universal, pues abarca todos los actos jurídicos en los que intervienen los hijos menores, con las excepciones que las leyes contemplan a medida que se le reconoce al hijo una mayor esfera de actuación en el campo de los derechos civiles, como, por caso, cuando adquiere bienes con el fruto de su trabajo, u oficio, o hace testamento, o reconoce hijos, o responde a una demanda penal, etc. La representación legal de los padres en algunos suple el consentimiento del hijo, como la aceptación de una herencia, o la autorización para egresar del país, y en otros supuestos lo integra a través del asentimiento, como, por ejemplo, cuando contrae matrimonio. Cuando el conflicto de intereses se da entre los padres y su

[44]PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat "Derechos de los padres y de los hijos". Cámara de Diputados y UNAM, México, 2000.

hijo, las leyes apartan a los primeros de su representación legal, acudiéndose a la figura del tutor especial, sin que ello importe afectar el ejercicio de la patria potestad en todo aquello no vinculado al asunto en conflicto.-

Fines patrimoniales.-Los padres son los responsables de administrar, en sentido amplio, los bienes que los hijos obtienen durante su menor edad, siempre en su nombre y beneficio. La doctrina especializada coincide en señalar que esta función participa de la naturaleza jurídica del mandato, con las excepciones que las diversas legislaciones establecen respecto de este contrato, como ser su fuente legal pues les corresponde asumir la administración de pleno derecho, o la obligación de rendir cuentas, por ejemplo.

Los actos que en ejercicio de este deber pueden otorgar los padres, pueden ser clasificados en conservatorios, de administración y de disposición.- La distinción importa, por cuanto el tipo de acto que se trate requerirá mayores condiciones para su otorgamiento y consecuente validez.

Actos conservatorios.-Los actos conservatorios consisten en operaciones tendientes al mantenimiento en buen estado de los bienes del hijo, se trate de su reparación, o la enajenación de bienes perecederos sin que importe su comercialización, acciones judiciales que interrumpen plazos de prescripción, la aceptación de una donación no sujeta a cargo oneroso o prestación.- En síntesis, actos dirigidos a la preservación del patrimonio del hijo.- En los sistema que contemplan el ejercicio conjunto de la patria potestad, los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquier padre, en primer lugar porque

no implica detrimento de los bienes del hijo, y en segundo lugar, para garantía de los terceros que contratan con los padres, interesados en la validez del negocio jurídico que celebran.

Actos de administración.-Los actos de administración son aquellos que tienen por finalidad hacer rendir al patrimonio del hijo los frutos y utilidades que corresponde de acuerdo a su cuantía y valor, e inclusive, incrementarlo.- Estos actos pueden consistir en inversiones sin riesgo, depósitos en cuentas bancarias, locación de las cosas del hijo, enajenaciones propias del giro comercial, mejores en los bienes inmuebles de los hijos, adquisición en su nombre de bienes o derechos por el principio de subrogación real, aceptar herencias o legados.- En aquellas legislaciones que reconocen el ejercicio común de ambos padres, los actos de administración deben ser otorgados conjuntamente.- Es criterio general de las leyes en la materia, excluir a los padres de la administración respecto de ciertos bienes adquiridos por el hijo.- Fuera del caso de pérdida de la administración por mal desempeño de la misma, se pueden identificar tres casos típicos de exclusión: A) Bienes transmitidos al hijo a título gratuito, cuando por cláusula del disponente los padres son expresamente separados de la administración de esos bienes. Así, una herencia, un legado o una donación pueden ser transmitidos bajo la condición de no ser administrados por los padres, excepción hecha de, en caso de herencia, la porción legítima que el hijo pueda corresponderle como heredero forzoso; B) Bienes adquiridos por el hijo con el fruto de su trabajo, empleo o profesión, en cuyo caso, las leyes le reconocen la

libre administración y disposición de los mismos; C) Bienes que recibe el hijo por sucesión, a causa de la indignidad o desheredación de uno o ambos padres.

Actos de disposición.- Se entiende por actos de disposición aquellos que disminuyen el patrimonio de una persona, o tienden a comprometer su contenido. Una compra venta es ejemplo del primer caso, y los derechos reales de garantía, del segundo. La trascendencia de los mismos ha provocado que la ley rodee su celebración de las mayores garantías: intervención conjunta de los padres, autorización judicial, y en varias legislaciones, probar la necesidad o ventaja en la realización del acto de disposición. Por otro lado, los padres se encuentran privados legalmente de contratar con sus hijos menores de edad, y los contratos que así celebren serán nulos.

3.2.3. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS QUE INTERVIENEN EN LA INCLINACION DEL JUZGADOR PARA OTORGAR LA TENENCIA DE LOS MENORES.

En el trámite de tenencia encontramos dos elementos esenciales que intervienen en el criterio del Juzgador para emitir su resolución.

El Elemento Objetivo, lo constituyen: los hechos, las normas jurídicas, las pruebas y actuaciones procesales de las partes; sus aseveraciones y alegatos; la capacidad física y moral del juez y las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

El Elemento subjetivo, es la convicción emotiva de lo que es justo y equitativo para los niños, niñas y adolescentes.

Así pues, el juez debe realizar una operación lógica, valorativa y racional de los elementos objetivos y subjetivos expuestos en el proceso, de tal manera que se conjuguen en la resolución, por un lado de los hechos alegados; y por otro lado las normas adjetivas y sustantivas interpretadas y aplicadas correctamente; es el valor del discernimiento justo donde opera el conocimiento y la experiencia del juzgador, evitando interpretaciones excesivas del derecho, y preservando el principio del interés superior del niño, para garantizar la vigencia de sus derechos.

Queda a criterio del Juzgador utilizando de una forma correcta y valorativa el principio de la sana critica respecto de otorgar o no la Tenencia de un menor a uno de los progenitores es así que en la etapa de prueba las partes tienen que aportar elementos de convención que le permitan al juez de la causa tener elementos probatorios valorativos para poder emitir el correspondiente fallo en tanto y cuanto quede expresado mediante las etapas procesales y las pruebas contundentes para ilustrar de una manera correcta la sana critica del Juez como elemento subjetivo que le permita fundar la resolución a emitirse.

3.2.4 LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

En 1989 la Organización de las Naciones Unidas ONU, por unanimidad aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño; la misma que fue ratificada por el Ecuador en 1990.

Para efectos de la Convención sobre los Derechos del Niño, “se considera niño a todo ser humano menor de 18 años; establece que los estados lo protegerán contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tartos o explotación incluido el abuso sexual, sin distinción alguna, para lo que se comprometen a tomar todas las medidas de prevención y protección total del menor en todas las situaciones de peligro”[45].

Este documento internacional contiene el compromiso de asegurar al menor la protección y el cuidado necesario para su bienestar y desarrollo integral; dotándolo de todas las herramientas adecuadas para el efectivo cumplimiento de los derechos del niño suscritos en dicha convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce el derecho del niño a “permanecer en el seno de su familia”; y si el niño es separado de ella para salvaguardar su bienestar; se mantiene su derecho a mantener las relaciones filiales con sus padres; y, en los casos de exilio político y refugiados los estados están comprometidos a buscar el acercamiento de los miembros de las familias.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es una norma para garantizar el cumplimiento de sus derechos, lo cual implica exigibilidad de tipo coercitivo que garantiza la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Dicha convención se refiere a un conjunto de principios a favor de los niños, niñas y adolescentes en el cual los Estados que forman parte de esta convención respetaran de manera obligatoria los enunciados de la presente convención tomando en consideración la independencia de la raza, el color, el sexo, la

[45] CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ratificado por Ecuador el 15 de febrero de 1990 y publicado en el Registro Oficial Nro. 144.

posición económica, etc. Es así que para garantizar el estricto cumplimiento de las normas de esta convención el Legislador tiene que apreciar estos postulados fundamentales de la igualdad y la no discriminación, conforme lo establece el artículo 6 de nuestro Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

3.3. MARCO JURIDICO

3.3.1 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

En la tenencia de los niños, niñas y adolescentes intervienen los siguientes sujetos:

- La Autoridad que debe resolver la situación de los niños, niñas y adolescentes, que son los Jueces especializados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el ámbito judicial; el Sistema Nacional de Protección integral de la Niñez y Adolescencia, la Defensoría del Pueblo, las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia y la Policía Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes; en el ámbito administrativo;
- El actor que pretende acceder a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, y que generalmente son los familiares cercanos de Ellos;
- El demandado que es quien tiene en su poder a los niños, niñas y adolescentes cuya situación debe resolverse;
- Los niños, niñas y adolescentes, en estado de inseguridad;

- La oficina Técnica de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, esta compuesta por profesionales: médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en la niñez y adolescencia, que son los encargados de realizar los exámenes técnicos ordenados por el Juez, cuyo informe tiene valor pericial.

Al referirnos a los sujetos que forman parte en u proceso de tenencia de menores los enunciamos en la siguiente forma: en primer lugar la autoridad que es la encargada de resolver la situación de los menores en este caso los jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, quiene3s con total independencia actúan en las decisiones resolutivas coadyuvan Instituciones Estatales como son la defensoría del Pueblo la PolicíaEspecializada en niños, niñas y Adolescentes, el sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez; estas son las Instituciones Estatales encargadas de cumplir y hacer cumplir las políticas Estatales.

Por otra parte dentro de un proceso Judicial intervienen el actor que es la persona que plantea la demanda y que anhela poder acceder a la tenencia de los menores en este mismo aspecto interviene también el demandado que es contra quien se dirige la acción y que generalmente tiene bajo su poder a los menores; asi mismo interviene los niños en estado de inseguridad previo a un informe emitido por la oficina técnica de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia quienes sirven como base para que el Juez fundamente su criterio al momento de emitir la correspondiente resolución; Oficina Técnica integrada por profesionales Especializados en Niñez y Adolescencia como son psicólogos, trabajadores sociales, etc.

Estos sujetos intervinientes en un proceso de tenencia nos brindan la seguridad de cumplir a carta cabal con el interés superior del menor tipificado en nuestra Constitución en los artículos 44 y 45.

3.3.2 ANALISIS DE LA NORMATIVA LEGAL SOBRE LA PROTECCION A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ECUADOR.

Para demostrar la inercia de las normas vigentes sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, es importante hacer un análisis de la normativa sobre su protección.

3.3.2.1 PRECEPTOS CONSTITUCIONALES.

La Constitución de la República del Ecuador establece "El Estado, la Sociedad y la Familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"[46]

Las normas constitucionales también prescriben las garantías y derechos a la vida desde su concepción, a la integridad física y psíquica; a su identidad, a su nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a su libertad de expresión y asociación, de conformidad con la ley.

[46] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Art. 44.

Para el efectivo cumplimiento de estos derechos se determinan las medidas que garanticen:

1. “Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil.

El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas"[47].

Este articulo desglosado en nueve numerales se refieren a las diferentes garantías asistidas a los menores y adolescentes como la atención prioritaria a los niños menores de seis años para supuestamente garantizar la nutrición, salud, cuidado diario y educación, sin temor a equivocarme se trata de otras irregularidades no cumplidas por los gobiernos de turno, el derecho a la salud de los niños de seis años no les importa en los mas mínimo a los organismos estatales encargados de prestar tales atenciones cuando es sabido que constantemente el sector de la salud viven en paros en muchas veces con carácter de indefinidos sin importarles en lo absoluto la vida de esos niños y demás personas que necesitan de suma urgencia esa tan anhelada atención médica; entonces qué hace el Gobierno frente a estos hechos, la respuesta es sencilla, nada de qué garantía y derecho a la salud estaríamos hablando.

[47] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008, Art. 46

"En el Ecuador cada día mas niños trabajan en actividades nocivas y ambientes peligrosos para su desarrollo integral. Existen niños y niñas trabajando en la prostitución, basureros, en el servicio doméstico, la calle, construcciones, plantaciones agrícolas, talleres de fabricación de alfombras, puertos, pesca, minas en jornadas nocturnas, etc.

En nuestro país el trabajo de los niños no se desarrolla en un contexto formativo. Los niños que trabajan deben enfrentar al mercado laboral en iguales o peores condiciones que un adulto, dentro de un contexto social que irrespeta permanentemente los derechos de los niños. Todo ello en detrimento de su desarrollo físico, pero sobre todo de su desarrollo emocional"[48]

3.3.3. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO GENERAL ESTABLECIDO EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PARA LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

De conformidad con el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, la tenencia es de competencia de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; en primera instancia, aplicando las normas legales establecidas en este cuerpo legal; y el procedimiento para el trámite de esta, entre otras causas es el "contencioso general"

[48] Diario La Hora Sección Judicial. Impreso en Loja. Año. 2007. Pág. 12.

Como lo señalamos reiteradamente la tenencia es una institución especial que tiene por finalidad proteger la integridad física y emocional de los niños, niñas y adolescentes, en caso de ausencia de sus progenitores; sin embargo el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia contiene escasamente 4 disposiciones que regulan la tenencia y que son:

Art. 118.- Procedencia.- "Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior"[49].

Según lo establecido, el Juez puede confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, pero en la actualidad a consecuencia de la migración de los padres el niño, niña o adolescente queda bajo el cuidado y crianza de otras personas que no son precisamente los padres; por esta razón este artículo debe reformarse ampliando la tenencia hacia los familiares de los niños, niñas y adolescentes.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.-"Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarías en

[49] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010, Art. 118.

cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores"[50].

Las resoluciones sobre tenencia, efectivamente deben ser modificadas cuando el interés superior del Niño lo exija; y, debe disponerse, cuidando siempre que no perjudique a los niños, niñas y adolescentes.

Art. 120.- Ejecución inmediata.- "Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presuma se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto"[51].

Esta norma si bien ordena el cumplimiento inmediato de las resoluciones judiciales es muy general y no establece ni términos, ni la forma procesal para dicho cumplimiento.

En el capítulo IV se propone agregar normas que regulen las medidas coercitivas para el efectivo cumplimiento de las resoluciones.

[50] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008, Art 119.
[51] Ibídem. Art. 120.

Art. 121.- Recuperación del hijo o hija.- "Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente"[52].

Esta norma es indispensable para proteger al niño, niña o adolescente de la separación indiscriminada de sus familiares, toda vez que en la práctica se han dado casos en los cuales uno de los padres, por medios a veces dolosos procedían al llevarlos fuera del país sin que el otro padre conozca de este hecho; pero lamentablemente la falta de recursos, la demora en todos los tramites y mas en estos casos, impide que se cumpla esta disposición a cabalidad.

El procedimiento contencioso general establecido en el Código es el siguiente:

1. **Presentación de la demanda**

Art. 71.- La demanda debe ser clara y contendrá:

1º. "La designación del juez ante quien se la propone;

2º. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;

3º. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad

[52] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010 Art. 121.

yprecisión;

4º. La cosa, cantidad o hecho que se exige;

5º. La determinación de la cuantía;

6º. La especificación del trámite que debe darse a la causa;

7º. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,

8º. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso[53].

La demanda se presenta en la oficina de sorteos (cuando hay más de un Juzgado) donde el funcionario actuante pone la fe de presentación, con día y hora de recepción haciendo constar las copias y documentos habilitantes que recibe; inmediatamente es enviada al Juzgado respectivo, para que el Juez califique su procedencia o no, con el objeto de establecer la competencia que da la ley; ordenando la citación al demandado advirtiéndole de la obligación que tiene de señalar un domicilio judicial donde recibir futuras notificaciones.

2. Citación al demandado.

Realizado el trámite de la citación y sentada la razón por parte de la oficina de citaciones, se solicita que se señale día y hora para que se lleve a efecto la respectiva audiencia de conciliación y contestación a la demanda.

[53] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO.Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008, Art. 71.

En Quito debido al congestionamiento de causas las audiencias preliminares de las fija para un año después de dicha calificación lo que como es obvio produce la indefensión del menor por cuanto, este, debe esperar demasiado tiempo bajo todo peligro hasta que se lleve a efecto la primera audiencia en la que, en el mejor de los casos se soluciona el problema, caso contrario el trámite continua.

3. Audiencia de Conciliación y contestación.

De conformidad con el art. 273 del CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia, la audiencia de conciliación, debe ser dirigida personalmente por el Juez, quien promueve un arreglo conciliatorio entre las partes; de haberlo y convenir al interés de los niños, niñas y adolescentes, se lo aprueba y termina el pleito, de no haberlo se procede a escuchar las réplicas y contra réplicas de las partes y se oirá reservadamente al menor que está en edad de dar su opinión.

Antes de cerrar la audiencia las partes deben pedir que se realicen las pruebas, entre ellas la solicitud de informes y documentos de instituciones que puedan ayudar a la resolución del Juez y con el objeto de justificar sus ponencias y sobre todo la intervención de la oficina técnica de menores para que intervengan en la investigación de los hechos que permitan al Juez tomar decisión acertada a favor del menor.

4. Presentación de pruebas y realización de diligencias judiciales.

Las pruebas solicitadas por las partes son primeramente calificadas por el Juez, quien señalará su procedencia por estar de acuerdo a la Constitución, Tratados Internacionales y la Ley de la materia.

Las pruebas en materia de menores, deben guardar armonía con los principios, garantías y derechos que amparan a los menores, y deben reflejar en forma amplia la necesidad de quitar la tenencia al uno para dársela al otro; pues en esta resolución judicial se juega el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y sus consecuencias sociales.

Los medios de prueba generalmente practicados, entre otros son:

a. Testimonio de terceras personas idóneas, que conocen los hechos por haberles constado no por simple referencia, pudiendo ser testigos los parientes de la parte demandada; los vecinos, los compañeros de trabajo de los padres, pueden repreguntar l a otra parte, con el objeto de señalar las inconsistentes de las declaraciones si las hubiera;

b. La confesión de parte;

c. Los instrumentos y documentos públicos y privados,

d. Las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, cintas de grabación, debiendo reproducir ante el Juez los aparatos o instrumentos utilizados para apreciar, los sonidos o figuras producidas;

e. Los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra especie técnica o científica;

f. El informe de la investigación de la oficina técnica;

g. La inspección judicial del hogar donde se encuentra el menor;

h. Todas las demás pruebas permitidas por la ley.

5. Audiencia de prueba.

Una vez solicitada en la audiencia preliminar, y señalado el dia y hora en la que se lleve a efecto, la audiencia de prueba se desarrolla de la siguiente manera:

a. Actor y demandado presentan sus pruebas que fueron anunciadas en la audiencia preliminar comenzando por las declaraciones de los testigos de ambas partes;

b. Los peritos presentarán los respectivos informes, para una vez examinados respondan a las solicitudes que se presentaren;

c. Se da lectura y se exponen los documentos presentados para su impugnación o aceptación.

Terminada la presentación de pruebas se solicitará el Auto Resolutorio, luego de lo cual se presentan los respectivos alegatos para que informen en forma pormenorizada de las pretensiones de cada parte del Juez.

Si el Juez cree pertinente puede solicitar de oficio, la evacuación de nuevas pruebas para reforzar su conocimiento; luego de lo cual puede solicitar la comparecencia de los niños, niñas y adolescentes quienes acudirán con su procurador, un representante de la oficina técnica de investigación y el Juez.

6. **Auto Resolutorio.**

Luego del examen de todas las pruebas y la investigación personal realizada por el Juez con auxilio y asesoramiento técnico; este dictará la resolución concediendo o rechazando la tenencia solicitada, la misma que no causa estado por cuanto puede ser revisada cuantas veces lo amerite el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y siempre que cambien las circunstancias que permitieron la resolución.

3.3.4.Recursos.

Dictado el auto resolutorio proceden los siguientes recursos:

3.3.4.1 Recurso de Nulidad.- Procede en la tramitación de las causascuando no se han observado las solemnidades sustanciales comunes que son:

1. "Jurisdicción de quien conoce el juicio;

2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;

3. Legitimidad de personería;

4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;

5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;

6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,

7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe"[54].

En esta fase procesal conocida también como de impugnación se pueden considerar algunos de los recursos que proceden contra el auto resolutorio de tenencia de un menor, Derecho que les asiste a las partes que están inconformes con el fallo emitido con el Juez competente dentro de estos recursos esta el de nulidad el mismo que procede cuando durante la tramitación del juicio no se han tomado en cuenta solemnidades sustanciales establecidas en nuestro Código de Procedimiento Civil; la falta de citación del demandado, la notificación a las partes con el auto de prueba y la sentencia así como la competencia del Juez, para conocer la acción, entre otras. La omisión de algunas de las solemnidades sustanciales inherentes a todo el proceso da lugar a que alguna de las partes interponga el analizado recurso de nulidad; de admitirse el mismo las cosas regresan a su estado anterior, en la cual se ordena la respectiva condena en costas.

La falta de estas solemnidades acarrea la nulidad de la causa.

3.3.4.2Recursos de Apelación.-El Código Civil en su artículo 323 explica que**"**Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado

[54] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008, Art. 346

hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior"[55].

La apelación se interpondrá dentro del término de tres días; y el juez, sin correr traslado ni observar otra solemnidad, concederá o denegará el recurso. La sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia puede confirmar o revocar el auto resolutorio.

3.3.4.3 Recurso de Hecho.- Este recurso procede cuando el recurso de casación ha sido negado "se lo interpone dentro de los 3 días de notificado el auto resolutorio ante el mismo Juez que dictó la resolución, quien lo elevará inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia"[56]

3.3.4.4Recurso de Casación.- "El recurso de casación procede únicamente contra el auto resolutorio de segunda instancia, por las causales y con las formalidades contempladas en la Ley de Casación; se lo interpone ante una de las Salas Especializadas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia"[57].

Es considerado también como la tercera instancia el mismo que procede contra el recurso de apelación, cuando se haya violado o se haya realizado una mala aplicación de la ley, y procede ante una de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia cuya resolución causa ejecutoria y no existe otro recurso que permita la correspondiente restructuración del fallo, y en el supuesto caso de haberse violado alguna garantía Constitucional procede contra este recurso una acción extraordinaria de protección.

[55] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones .2008. Art. 323
[56] LEY DE CASACIÓN. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008, Art. 2
[57] Ibídem. 2008, Art. 9

Es importante destacar que el Art. 282 establece que "El procedimiento al que se refiere la presente sección no podrá durar más de cincuenta días de término contados desde la citación con la demanda en primera instancia; ni más de veinticinco días desde la recepción del proceso, tanto en segunda instancia como en el caso de casación.

En caso de incumplimiento de estos términos, el Consejo Nacional de la Judicatura sancionará al Juez y a cada uno de los Ministros Jueces de la Sala correspondiente, con multa de veinte dólares por cada día hábil o fracción de día de retraso, en caso de reincidencia el Consejo Nacional de la Judicatura aplicará las sanciones que correspondan"[58].

En la práctica ni remotamente se cumplen estos plazos.

Modificación o Cambio de la Tenencia.- La modificación del auto resolutorio y cambio de la tenencia se dará por las siguientes causas:

1. Cuando, quien tiene la tenencia incumpla con las normas prescritas a favor del menor y con las disposiciones dictadas por el Juez;
2. Cuando haya muerto la persona a quien se confió la tenencia.

Cumplimiento de las Resoluciones Judiciales.- El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia dispone que "Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio

[58] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Art. 282.

en que se presuma se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto"[59].

Para el cumplimiento del apremio personal se pedirá al juez y dictada la orden se contará con el apoyo de la fuerza pública; para el allanamiento, se presentará una información sumaria de por lo menos dos testigos, quienes afirmen que el niño, niña o adolescente se encuentra en la dirección señalada, para el cumplimiento de la orden judicial se contará con un Juez de lo Penal, y con el apoyo de la Fuerza Pública.

3.3.5 LAS NORMAS ESPECIALES EN LOS CASOS DE TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en la sección cuarta del libro tercero en dos artículos contienen las normas especiales para el juicio de tenencia, que únicamente señala el seguimiento y la motivación del auto resolutorio, sin establecer normas claras y precisas a seguir, y dicen:

El Articulo 290 expresa: "**Seguimiento de la tenencia.-** En la resolución sobre la tenencia, el Juez dispondrá que la Oficina Técnica haga un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados"[60].

[59] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 120
[60] Ibídem, O.C, Art. 290

De igual forma el articulo 291 del mismo cuerpo legal manifiesta: "**Motivación del auto resolutorio.-** El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído"[61].

En definitiva el CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia no señala un procedimiento especial para la sustanciación de los juicios de tenencia, pues, en forma general establece el trámite contencioso general para estos casos, lo cual, es inadecuado pues, por ser la tenencia una institución con características espaciales, requiere un procedimiento ágil, eficiente y de mucho cuidado como lo es el trámite especial, porque los niños, niñas y adolescentes no son entes inertes al contrario son la base de la sociedad, de su integridad depende el futuro del País.

De acuerdo al Art. 122 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia vigente, en todos los casos en que el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro progenitor tiene derecho; en el caso de haberse dictado medida de protección a favor del niño, niña o adolescente, por causa de violencia física, sicológica o sexual, el Juez puede negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia, por esta razón es importante también la reforma a la regulación del derecho de visitas, con un procedimiento igualmente adecuado, ágil, eficiente y aplicable con el objeto de

[61] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Art. 291.

garantizar los derechos comunes de los progenitores, cuidando siempre del interés superior del menor.

3.3.6. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA CELERIDAD.

La Constitución de la República del Ecuador consagra en su Art. 169 “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”[62].

El artículo anteriormente anotado, el legislador hace mención a la justicia sin dilataciones para el cumplimiento del principio de la celeridad en los trámites, cuyo retardo injustificado en la administración de justicia será sancionado legalmente.

La administración de justicia ecuatoriana está marcada por una innegable realidad de lentitud y desatención en los trámites civiles especialmente en los juicios de tenencia por diferentes factores, sobre todo por la sobrecarga de trabajo o irresponsabilidad de funcionarios judiciales encargados de la administración pública de justicia.

Comúnmente las quejas presentadas por parte de las personas que solicitan la tenencia de los menores y de los Abogados acerca de la administración de justicia, han sido relativas a la lentitud en la marcha de los procesos, por lo que las

[62] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008, Art. 169

disposiciones constitucionales y legales en la materia poco o nada han sido observadas; situación esta que ha servido de patente de desprestigio del sistema judicial en general.

Por lo dicho, el principio de celeridad viene a recoger la imperiosa necesidad de que los procesos civiles se desarrollen en un tiempo prudencial para evitar la recurrente costumbre de eternizar la sustanciación de dichos procesos, lesionando gravemente la administración de justicia; convirtiéndola en injusticia para todos los que están inmersos dentro de un juicio de tenencia.

El principio de celeridad, "se inspira en el hecho de que la justicia debe ser administrada de manera pronta, de tal forma que el acceso a la tutela judicial y el ejercicio de derecho de defensa, no se limite al solo hecho de acudir al órgano jurisdiccional respectivo y luego esperar un largo, muy largo tiempo, para que se resuelva el asunto que motivó la actividad judicial, sino que la resolución definitiva debe llevar pronta y ágil para que el ciudadano se sienta confiado en que el Estado está velando de manera efectiva y permanente por sus bienes y derechos"[63]

A mas de lo expuesto, el principio de celeridad debe contemplar un procedimiento lo más sencillo posible; pues, tanto el ciudadano que solicita la tenencia de un menor, se resuelva de la manera más rápida a fin de evitar la extensión del drama litigioso por tiempo indefinido, lo que perjudica tanto al ofendido y al enjuiciado, como al sistema judicial estatal y por ende a la sociedad entera.

[63] ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Ob. Cit. Tomo I, Pág. 223.

Es preciso destacar que el principio de celeridad, ampliamente aceptado como el derecho a un proceso sencillo y sin dilaciones innecesarias, principia su accionar, una vez que se ha iniciado el proceso civil, y por ende desde este momento queda ligado al principio de acceso a la tutela jurídica, la que una vez que se ha iniciado el proceso se aplique efectivamente, desarrollándose sin indebidas demoras, esto significa que la demanda de tenencia de un menor debe durar el tiempo razonable para que se emita la decisión judicial definitiva y pueda ser ejecutada en tiempo oportuno.

Por lo expuesto, el principio de celeridad procesal comprende un mandado ineludible para los jueces, a los cuales el Estado les impone no tiene la obligación de resolver los procesos dentro de un tiempo razonable, y observando el procedimiento propio para cada caso; prohibiendo la práctica de actos procesales impertinentes, inútiles y los no previsto en la Ley procedimental.

Este principio procesal así como impone la obligación al Juez, de resolver de manera oportuna sin dilaciones indebidas, determina el correlativo derecho en favor de las personas que solicitan la tenencia estos estén en posibilidad de exigir el ágil desarrollo del proceso.

3.3.7 LEGISLACIÓN COMPARADA DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES

Realizando un análisis del presente caso materia de la investigación pongo a consideración algunos países en los cuales tiene un significado trascendental por ejemplo:

3.3.7.1 LEGISLACION VENEZOLANA

Sobre la guarda conocida como la patria potestad en nuestro medio puedo manifestar que la guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental y que para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y, por tanto, facultad para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos.

Así mismo el ejercicio de este derecho corresponde al padre y la madre siendo estos los únicos responsables civil, administrativa y penalmente por el adecuado cumplimiento de su contenido y en el caso que exista desacuerdo acerca de la decisión que corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda, cualquiera de los padres puede acudir ante el Juez de la Sala de Juicio, quien, previo intento deconciliación, después de oír a ambas partes y al hijo, decidirá el punto controvertido, en la oportunidad que fijará con antelación, sin perjuicio de que la parte no satisfecha pueda intentar el juicio de guarda.

De esta decisión no se concederá apelación.

Dentro de esta Legislación Venezolana en su Artículo 361°, ya noshabla de una revisión y Modificación de la Guarda, manifestando que El juez puede revisar y modificar las decisiones en materia de guarda, a solicitud de quien está sometido a la misma, si tiene doce años o más, o del padre o de la madre o del Ministerio Público. Toda variación de una decisión anterior en esta materia, debe

estarfundamentada en el interés del hijo, quien debe ser oído si la solicitud no ha sido presentada por él. Así mismo, debe oírse al Fiscal del Ministerio Público.

De igual forma el Artículo 362, de la Legislación en análisis nos habla también de una improcedencia de la concesión de la guarda la misma que dice no procede al padre o la madre a quien le haya sido impuesto por víajudicial el cumplimiento de la obligación alimentaría, por haberse negado injustificadamente a cumplirla,pese a contar con recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, a menos que sedeclare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La rehabilitación procedecuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligaciónalimentaría"[64]

La ruptura de la convivencia genera la necesidad de atribuir a uno de los padres el ejercicio exclusivo de la función parental. Más esta circunstancia no recibe la misma solución legal de tratarse de ex cónyuges o de padres extramatrimoniales.

En este aspecto, ciertas legislaciones se apartan de la tendencia mayoritaria, pues por regla general la tenencia o custodia debe ser reconocida judicialmente, sobretodo en los procesos de separación de cuerpos, separación judicial y divorcio vincular.

Como se puede evidenciar las normas de la legislación Venezolana discrepan en parte de nuestras normas, por citar algunos ejemplos en el nombre, en nuestro país es patria potestad y en Venezuela guarda, así mismo en nuestra legislación no esta prohibido demandar la patria potestad de un menor pro el simple hecho

[64]http://es.wikipedia.org/wiki/Patria Potestad -Venezuela-leyes conexas

de no contar con recursos económicos sino que se prevé el desarrollo integral del menor, mientras que en la legislación analizada este factor es considerado como uno de los mas importantes.

Por otra parte se considera que la guarda la ejercen tanto el padre como la madre; en nuestro medio a falta del padre tiene toda la potestad la madre, mas no es necesario que la ejerzan los dos en conjunto.

Me parece un poco drástico el hecho de que no se conceda a las partes en desacuerdo en lo que respecta a la guarda del menor, el derecho a interponer un Recurso de Apelación, desde todo punto de vista me parece que esto afecta en forma directa a los derechos del menor, ya que se da una amplia potestad para el juez que dicta el fallo, en cambio que en nuestra legislación se permite interponer los Recursos pertinentes entre ellos del de Apelación, Casación, y los que permiten los distintos cuerpos legales.

3.3.7.2 LEGISLACION COLOMBIANA.

Parágrafo. El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia.

Artículo 18. Derecho a la integridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas

responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

Analizadas las dos legislaciones de los países tanto de Colombia y Venezuela se puede manifestar que a la Patria Potestad en Venezuela tiene el nombre de guarda que comprende la custodia asistencia material, orientación moral y educativa de los hijos; mientras que en la legislación Colombiana tiene como Política Publica el fortalecimiento de la primera infancia que conlleva consigo la protección contra el maltrato y los abusos de toda naturaleza por parte de sus Padres, de sus representantes legales y de las personas responsables de sus cuidado; se decir que tanto la legislación Venezolana, Colombia y Ecuatoriana tienen el mismo fin que es el de cuidar el fiel cumplimiento de los derechos Constitucionales y universales de los Niños, Niñas y Adolescentes.

4. MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Materiales

En el desarrollo del presente trabajo de tesis, me he valido de diferente materiales como son: útiles de oficina, formatos de fichajes nemotécnicos y bibliográficos,

libros, revistas, códigos, consultas a través del internet, además para la investigación de campo me apoye en la realización de encuestas y entrevistas; utilice los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, o sea las formas y los medios que nos permites descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuestros conocimientos.

4.2. Métodos

Método científico.- Utilizar este método, me permitió realizar un trabajo estructurado y la consecución de pasos a seguir, una vez ordenados me ayudaron a descubrir nuevos discernimientos, lo que posibilitó identificar claramente cuáles son los problemas de actualidad, en el uso del Internet, delimitar los mismos, comprobar la hipótesis y establecer ya de cierta manera cuales podrían ser mis conclusiones y recomendaciones.

Método Deductivo.- Esta método me permitió presentar conceptos, principios y definiciones utilizados en el interés superior del niño, niña o adolescente, leyes o normas de carácter general que se aplican y se relacionan con el tema planteado, con lo cual, desde una óptica general, llegar a obtener resultados detallados y minuciosos al aplicar la concepción general del campo jurismático para poder ubicar los conocimientos específicos del problema planteado.

Método Inductivo.- Este método lo aplique en el estudio y análisis de casos jurídicos y sociales relacionados con la materia objeto del presente trabajo de tesis, a fin de indagar sobre el procedimiento para obtener la tenencia de un menor vulnera el principio de celeridad y economía procesal y a la vez determinar

cuáles son los bienes jurídicos lesionados con mayor frecuencia, aspecto que me ha permitido determinar que se debería reformar el tramite general por el tramite especial en el momento de demandar la tenencia de un menor en elCódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia, debido al excesivo tiempo que conlleva demandar la tenencia ya que con el tramite actual estamos planteando la demanda a inicios de años y estamos obteniendo la resolución de la misma en finales del mismo.

Método Analítico.- Mediante este método he podido analizar las principales causales que dificultan el otorgamiento de la tenencia de un menor a uno de sus cónyuges, las cuales los encontré en la norma constitucional y en otras leyes como elCódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia, permitiéndome a través de un estudio objetivo ordenado, desde una perspectiva analítica, identificar el vacío legal existente en la norma que regula el otorgamiento de la tenencia y establecer sus razones concluyendo que se necesita reformar el trámite en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Método Sintético.- El presente método me permitió, luego de un estudio exhaustivo del problema planteado, sintetizar los contenidos obtenidos en todo el proceso investigativo y a la vez determinar cuál es la realidad social y moral en la utilización de los productos químicos en la agricultura, así como también concluir, representar y recomendar acciones para controlar el uso.

Método dialectico.- Este método que consiste en el arte de la contradicción y la discusión organizada, que se apoya en la inducción, deducción y confrontación de

ideas, lo utilice para tratar de llegar a la verdad a un nuevo conocimiento y sobre todo encontrar la verdad problemática y solución en reformar el trámite contencioso general por el especial en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, la misma que será objeto de aludir y plasmar en la reforma a la ley de Desarrollo Agrario propuesta en este tema investigativo.

Método estadístico.- Es de utilización fundamental cuando se trata de demostrar en forma grafica cuales son los criterios más relevantes de las encuestas, lo cual utilice en la representación grafica del trabajo de campo, con el objeto de tomar el conocimiento general de los profesionales que se encuentran inmersos en este campo y plasmarlo ordenadamente.

Método histórico comparado.- Este método me ha permitido demostrar que el derecho ha venido evolucionando a través de la historia, que las legislaciones se han ido fortaleciendo y sobre todo que el tema el tramite que conlleva demandar la tenencia de un menor vulnera el principio de celeridad y economía procesal, no es tratado en forma independiente en los países, sino que son causa común de todos los Estados; la necesidad de protección a los niños, niñas ya adolescentes, no es una acción aislada, es la lucha de todas las naciones de las cuales se debe servir de referente en medida de su eficiencia en la solución del problema y que para la realización del presente trabajo de tesis me ha servido de base en el estudio comparado.

Método descriptivo.- Lo utilice en la descripción de los hechos y fenómenos actuales en el tramite que conlleva demandar la tenencia de un menor vulnera el

principio de celeridad y economía procesal por los que atraviesa la sociedad y que requieren de atención urgente por parte del Estado, planteando soluciones de tipo jurídicas, para ser introducidas como cambios legales en la Ley pertinente destacando el rol fundamental del Estado de brindar la seguridad jurídica suficiente para un armónico convivir ciudadano.

Método exegético.- Lo aplique para el estudio de las leyes positivas y su interpretación lo que me ha servido de base para desarrollar la tesis, así como también, para realizar un estudio directo sobre cómo se debe interpretar la norma y en este caso llegar a establecer la falta de normatividad que adolece nuestra actual Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

4.3 Técnicas

Técnica bibliográfica.- Para obtener la información científica sobre el tramite que conlleva demandar la tenencia de un menor vulnera el principio de celeridad y economía procesal he recopilado: Libros, enciclopedias, diccionarios, revistas, registros oficiales, gacetas judiciales, los mismos que me han servido como material necesario para la elaboración y desarrollo del presente tema investigativo.

Técnica de observación.- A través del estudio de casos sociales, de la investigación de campo; de casos resueltos por el órgano competente en la administración de justicia, me ha sido posible realizar un análisis para determinar cuáles son los problemas que origina el tramite que conlleva demandar la tenencia de un menor vulnera el principio de celeridad y economía procesal.

El muestreo.- Mi muestreo estuvo orientado a recopilar razonamientos dados por los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, abogados en libre ejercicio, quienes con su criterio han dado un aporte significativo para que a través de un análisis cuantitativo y cualitativo pueda yo realizar la investigación de campo; así como también, llegar a determinar la verdadera falta normativa en cuanto a la necesidad de reformar el tramite que conlleva demandar la tenencia de un menor por el tramite especial

.**Encuestas.-** A través de esta técnica enuncié una serie de interrogantes referente al tema propuesto, lo cual me sirvió para ejecutar un sondeo y conocer el porcentaje real sobre el enfoque que tienen los usuarios y profesionales de la rama, frente si el tramite para poder demandar la tenencia de un menor es el adecuado y la consecuente necesidad de que en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia la tenencia de un menor se la plantee con el tramite especial.

Entrevista.- La realice a los Jueces de la Familia Mujer, Niñez y la Adolescencia de Loja, y abogados en libre ejercicio. En estas entrevistas se evidencio que al momento de plantear la tenencia de un menor con el tramite Contencioso General Vulnera el principio de Celeridad y Economía Procesal y sobre todo el Interes Superior del niño, niña y Adolescente que deben ser considerados para modificar el tramite en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, determinando que mis objetivos, tanto el general como los específicos incluyendo la hipótesis planteada tienen su sustento jurídico y social para tales reformas.

5. RESULTADOS

5.1 PRESENTACION DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

Como lo establece el Proyecto de Investigación Juridica presentada ante la Coordinación de la Carrera de Derecho, y aceptada por la autoridad académica correspondiente, he realizado la aplicación de treinta encuestas a distintos profesionales del Derecho de la ciudad de Loja para resaltar la importancia del tema:, luego de un proceso de selección y consulta previa sobre su posibilidad de apoyo a mi trabajo.

El mecanismo de la Encuesta fue operado personalmente, con formularios impresos que contienen cinco preguntas y que se proponen alcanzar respuestas significativas en tres variables: una afirmativa, otra negativa, y una tercera de fundamentación a las variables anteriores, lo que me permitió obtener, a más de un punto de vista cerrado, criterios relevantes con relación a la problemática estudiada.

El cuestionario aplicado fue el siguiente:

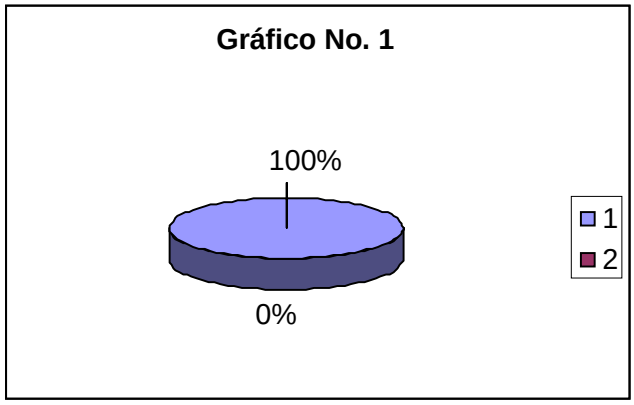
Primera Pregunta.-

¿Considera usted, que el actual procedimiento para reclamar la tenencia de un menor de edad no es adecuado?

Cuadro Nro. 1.

El procedimiento actual no es adecuado

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	**0**	**0%**
NO	**30**	**100%**
TOTAL	**30**	**100%**



Autor: Diego Mauricio Cabrera

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional.

ANALISIS:

De las treinta personas encuestadas que equivalen al 100% de la población se supo manifestar en lo que respecta a la interrogante planteada, que el actual procedimiento para reclamar la tenencia de un menor no es el adecuadoya que

con el mismo existe demora y de esta manera no permite asegurar un desarrollo integral en su máxima expresión que asegure una vida digna.

INTERPRETACION:

A mi modo de ver este procedimiento sin duda alguna debe ser cambiado, ya que con el retardo para obtener la tenencia se esta vulnerando los derechos que tienen los menores, el cual uno de ellos es a convivir dentro de un núcleo familiar adecuado y además de constituir un beneficio para su vida y desarrollo integral del mismo, y de una u otra forma debemos exigir una reforma inmediata a la Asamblea Constituyente en cuanto al trámite, ya que este es un problema jurídico, y de trascendencia social para toda la sociedad, y mas aun uno de los grupos vulnerables que sin los menores de edad.

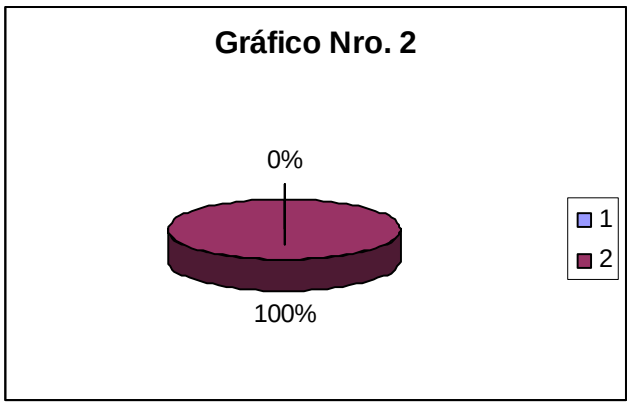
Segunda pregunta.-

¿Cree Usted que el Procedimiento Judicial para la tenencia de niños, niñas y adolescentes es eficaz y efectivo?

Cuadro Nro. 2

El procedimiento es eficaz y efectivo

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	**O**	**0%**
NO	**30**	**100%**
TOTAL	**30**	**100%**



Autor: Diego Mauricio Cabrera.

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional.

ANALISIS:

En esta interrogante de las treinta personas encuestadas que equivalen al 100%, es decir el total de la población encuestada se pronunció en que el procedimiento judicial no es ni apropiado, suficiente y aun mas efectivo, pues consideran que no garantiza el porvenir de un menor, ni tampoco se estaría velando por el interés superior del niño, niña y adolecente.

INTERPRETACION:

A mi modo de ver creo que seria lo mas conveniente y justo que se busque otras alternativas, para que cuando uno de los progenitores demanden la tenencia de un menor no se sientan perjudicados, ya que en muchos de los casos se plantea la tenencia a inicios de años y se la esta obteniendo respuesta alguna a finales del mismo, ya que con las respuestas obtenidas por los encuestadas podemos darnos cuenta claramente que la ciudadanía en general no esta contenta con las resoluciones dictadas por los jueces en las diferentes ramas que existen; en este caso los de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

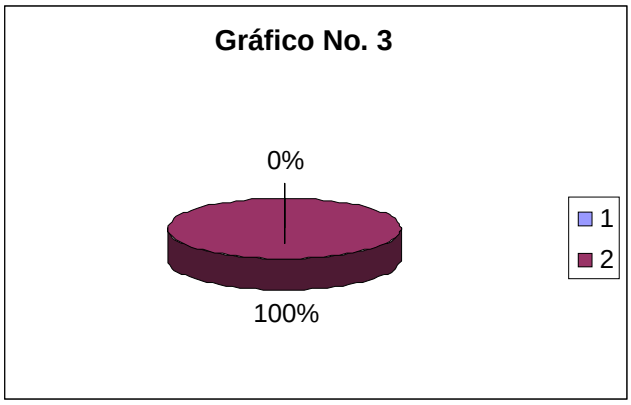
Tercera Pregunta.-

¿Considera Ud. Necesario que la demanda de tenencia de un menor se la plantee con el trámite especial?

Cuadro Nro. 3.

Tramite Especial

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	**30**	**100%**
NO	**0**	**0%**
TOTAL	**30**	**100%**



Autor: Diego Mauricio Cabrera.

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio Profesional.

ANALISIS:

De las treinta personas encuestadas, las treinta, se pronunciaron según su criterio que seria lo mas justo que el procedimiento para poder demandar la tenencia de un menor de edad se la plantee con el tramite especial, ya que con el mismo se estaría primeramente velando por el interés superior del niño, niña o adolescente, además el tiempo se reduciría ya que con el trámite antes enunciado solo existe una audiencia única, no existe diferimiento salvo que las dos partes estén de acuerdo se podría diferir la misma y además la resolución de la misma seria en un tiempo prudencial.

INTERPRETACION:

A mi modo de ver establecido el tramite especial para demandar la tenencia de un menor, aseguramos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como lo es el derecho a la familia, y que de aquí se derivan derechos como a la educación, alimentación, vivienda, salud, etc, ya que la familia vela por estos derechos más no el Estado que en ningún momento lo realiza ya que sus políticas son solo eso y que constan únicamente en los cuerpos legales existentes que dia a dia se reforman en nuestro País, en beneficio de la sociedad y mas aun en beneficio de los menores de edad, pero que solo queda en eso ya que los encargados de resolver no toman en consideración dichas reformas al momento de dictar sentencia.

Cuarta pregunta.-

¿A su criterio, cuál cree Ud. Que serian los principales problemas que pudiere tener un menor que conviva con uno de los progenitores que se dedique a la drogadicción, alcoholismo, prostitución?

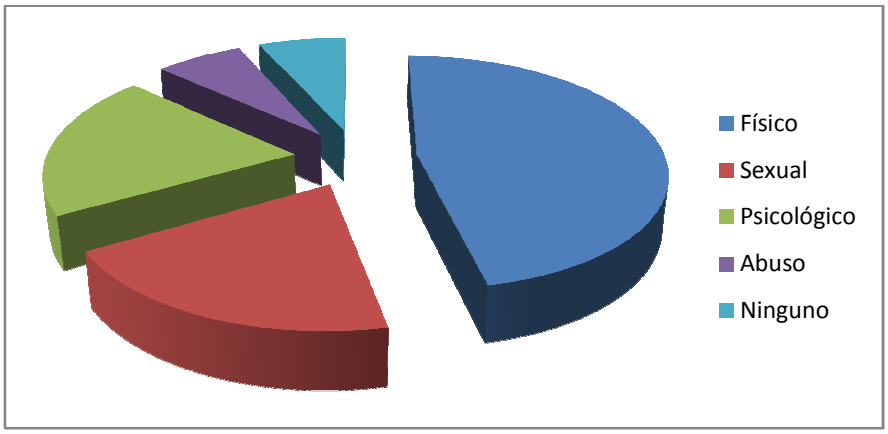
( ) Físico
( ) Sexual
( ) Psicológico
( ) Abuso, explotación laboral
( ) Ninguno.

Cuadro Nro. 4.

Problemas físicos, sexual, psicológico, explotación laboral

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Físico	14	47%
Sexual	6	20%
Psicológico	6	20%
Abuso, explotación laboral	2	6%
Ninguno	2	7%
Total	30	100%

Gráfico Nro. 4.



Autor: Diego Mauricio Cabrera.

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional.

ANALISIS:

En la presente interrogante se plantearon cinco interrogantes de las cuales el 47% de la muestra poblacionalindica que el problema que pudieta tener un memor de edad que conviva con unos de los prgenitores que se dedique a la drogadiccion, alcoholismo o prostitucion seria el Fisico, el 20% indica que seria Sexual, el 20 % el Psicologico, el 6% por el Abuso, explotacion laboral y el 7% dice por ninguno.

INTERPRETACION:

En torno a esta interrogante estoy plenamente de acuerdo con los interrogados en cuanto alosproblemas que pudiera ocasionárseles a los niños, niñas y

adolescentes cuando estos convivan con uno de los progenitores que adolezca de los vicios que hoy en día vive la sociedad, el cual entre los mas propensos son el físico y el sexual pero no debemos dejar de lado los otros problemas los cuales son el psicológico, abuso, explotación laboral que desde mi punto de vista de una u otra forma el menor edad corre riesgo y se estaría dejando de lado sus derechos, ya que en la Constitución de la República del Ecuador, menciona de que los derechos de los menores prevalecerán sobre los demás, pero de una u otra forma no se esta cumpliendo, con lo establecido en nuestra carta magna.

Quinta Pregunta.-

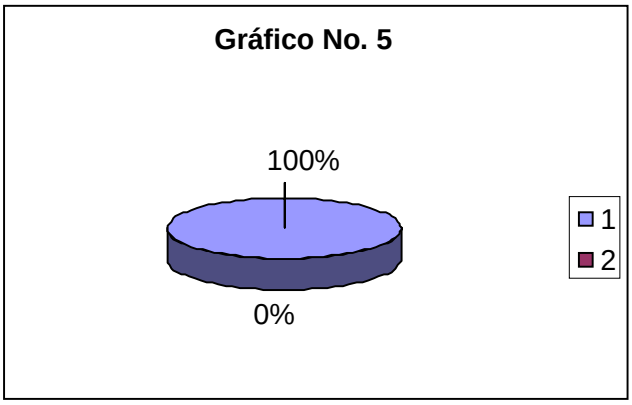
¿Creeud. Que el trámite que conlleva demandar la tenencia de un menor vulnera el principio de celeridad y economía procesal?

RESPUESTAS:

Cuadro Nro. 5.

El trámite vulnera el principio de celeridad y economía procesal

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	**30**	**100%**
NO	**0**	**0%**
TOTAL	**30**	**100%**



Autor: Diego Mauricio Cabrera.

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional.

ANALISIS:

De las treinta personas encuestadas que equivalen al 100% de la población supieron manifestar en lo que respecta a la interrogante planteada, que el tramite que conlleva demandar la tenencia de un menor vulnera el principio de celeridad y economía procesal por el excesivo tiempo que hay que esperar hasta obtener la resolución de la misma.

INTERPRETACION:

En mi comentario, en lo concerniente a este asunto estoy plenamente de acuerdo que al momento de plantear la tenencia de un menor de edad se vulnera el principio de celeridad y economía procesal ya que el principio antes mencionado garantiza la celeridad de todo proceso judicial, y de esta manera garantizar los

derechos de las personas que reclaman alguna petición en especial el interés superior del niño, niña y adolescente, pero para los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, lo dejan de lado y muchos de los casos creen que el principio antes acotado es única y exclusivamente con el propósito de criticar su trabajo.

5.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LAS ENTREVISTAS.

Cómo Io establece el Proyecto de Investigación Jurídica presentada ante la Carrera de Derecho, y aceptada por la autoridad académica correspondiente, he realizado la aplicación de cinco entrevistas a un grupo de Abogados en libre ejercicio profesional de reconocida trayectoria; conocedores del tema materia de la presente investigación, ya sea por su experiencia laboral o por sus constantes estudios en la materia, la entrevista se aplicó con el objetivo de obtener criterios valederos y pormenorizados referentes al momento de plantear la tenencia de menor se plantee con el tramite especial, para de esta manera poder afirmar o denegar la hipótesis planteada en el presente tema de investigación, previo a la obtención del grado de Abogado, Los conversatorios se realizaron bajo el siguiente bloque de preguntas:

Cuestionario

Primera Pegunta:

¿Que criterio le merece a Ud., la Tenencia como figura jurídica dentro de la legislación Ecuatoriana?

RESPUESTA

Es evidente la coincidencia de criterio de los entrevistados, al expresar que en si la misma palabra lo expresa la tenencia es muy importante ya que el Juez siempre estima mas conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya que los legisladores siempre van estar creando, derogando o modificando leyes en beneficio de todos les ecuatorianos y mas aun cuando se trate de nuestros niños ya que en si se les debe velar por sus intereses o sus derechos ya que son uno de los grupos vulnerables establecidos en nuestra Constitución de la Republica del Ecuador.

COMENTARIO:

Desde mi punto de vista comparto el valioso criterio que me han podido aportar los entrevistados ya que la tenencia de un menor es muy importante ya que la autoridad encargada de emitir resolución alguna siempre la confiara a uno de sus progenitores siempre y cuando este este en las condiciones tanto económicas, saludables y sobre todo sicológicas ya que si uno de los progenitores que no reúna las cualidades antes mencionadas y haya engañado al Juez que reúne

dichas cualidades por interés o conveniencia propia, será sancionado drásticamente por la Constitución de Nuestro País, ya que si hablamos del niño, niña o adolescente se trata nuestro futuro es por ende que la tenencia es muy importante dentro de nuestra Legislación ecuatoriana.

PREGUNTA Nro. 2.-

¿Qué criterio le merece el excesivo tiempo que debe esperar uno de los progenitores con respecto del ejercicio de la Tenencia de sus hijos menores de edad?

RESPUESTAS

Las repuestas de los entrevistados concuerdan al manifestar que no están de acuerdo con el tiempo que deben esperar día a día y en muchos de los casos para ni si quiera obtener la tan ansiada resolución, ya que aveces no entienden las decisiones de los Jueces pero hacen hincapié en que se entiende que El CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia fue creado para velar por losmenores de edad pero se encuentran en controversia ya que no entienden si fue creado para el beneficio de nuestros niños porque se les vulnera sus derechos como por ejemplo a una educación, alimentación, vivienda y sobre todo a vivir dentro de un entorno social adecuado. Ya que en muchos de los casos uno de los progenitores no vive como una persona normal sino que mas bien vive en uno de los grandes problemas que vive nuestro País un ejemplo claro la Drogadicción, que podemos esperar si el menor que vive junto a su Padre o Madre, podemos estar esperando lo peor .

COMENTARIO.

Es una respuesta acertada que va encaminado al desarrollo jurídico de los derechos de los menores y que el entrevistado desde todo punto de vista afirma que dicha acción judicial y los derechos de los menores a lo largo tienen que ser de suma importancia para las personas encargadas de crear leyes para el beneficio de nuestros niños ya que no se puede esperar casi un año para obtener la resolución de la tenencia solicitada o en muchos de los casos mas de un año no entienden por que la Asamblea no se ha dado cuenta del grave error que esta cometiendo al perjudicar principalmente al menor de edad y sobre todo a uno de sus progenitores ya que por que esperar tanto para poder brindarle su cuidado y protección que necesita, así que no se debe esperar que dicha acción traiga consecuencias para una vez que suceda lo que uno menos espera y ahí si actuar como lo es con otros problemas que agobia a la sociedad.

PREGUNTA Nro. 3.-¿ Cree que al no estar tipificado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el trámite especial al momento de demandar la tenencia de un menor, se está afectando los derechos garantizados en la constitución, como el interés superior del menor, entre otros?

RESPUESTAS: Es menester derogar o introducir en la legislación de menores el tramite especial ya que con el mismo principalmente el mas beneficiado seria el menor de edad ya que si estuviera establecido el tramite antes acotado ya no se afectaría los derechos garantizados en la Constitución de la Republica del

Ecuador pero sobre todo el tiempo que perdura esperar la sentencia seria de tres a cuatro meses y el progenitor que solicite la tenencia de sus hijo ya no se veria en estar esperando un largo tiempo para obtener la tenencia solicitada

COMENTARIO.

Según las respuestas de los entrevistados en esta interrogante existe una relación total y un análisis exhaustivo de las reformas en el Código Orgánico de la Niñez a fin de obtener por parte del Estado la protección del mismo para el mejoramiento y exigir el cumplimiento de los derechos de los menores, consagrados en nuestra Carta Magna y que solo se queden en simples enunciados de protección de los menores un ejemplo claro es el juicio de alimentos que anteriormente se lo planteaba con el trámite contencioso general y se debía esperar mucho tiempo para obtener la pensión alimenticia ahora con el tramite especial en la misma aceptación de la demanda se fija una pensión provisional y la resolución se la obtiene un tiempo prudencial, es por ende el porque de plantear la tenencia con el tramite especial .

PREGUNTA Nro.4 ¿A su criterio cree Ud. que es adecuada y justa la disposición del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia que no permite demandar la Tenencia de un menor con el trámite especial?

RESPUESTAS: En la presente interrogante la mayoría coincidió que no es justa la disposición del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescenciapor que a los menores se los estaría dejando en estado de indefensión privándolo de vivir en un

ambiente familiar adecuado para su desarrollo en todos los aspectos que no le permitirían desarrollarse adecuadamente .

COMENTARIO: Es indudable que en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, no hay una disposición la cual permita demandar la tenencia de un menor de edad con el tramite especial, lo cual no les permite proveerles a sus hijos un nivel de vida adecuado, que es lo que garantiza la Constitución de la República del Ecuador y los tratados internacionales que con tanto énfasis se manifiesta hacer respetar los derechos de los menores de manera especial ya que si no se respeta a los menores por el simple hecho de pertenecer a un grupo vulnerable no se los toma en cuenta y se los deja de lado, pero no nos damos cuenta que si no les prestamos atención, esto se volvería en un problema radical en nuestro País, por ejemplo nuestros niños hoy en día vemos a diario que ingieren bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y lo que es triste se vean en la necesidad de robar para satisfacer a uno de sus progenitores ya que en muchos de los casos es por influencia de sus padres.

PREGUNTA Nro. 5. ¿Cuáles son algunas de las alternativas que propondría Ud. para que no se viole la Constitución, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, respecto de la Tenencia?

RESPUESTAS: En esta interrogante si bien la mayoría coincidió en las alternativas que propondrían para que no se violen los derechos de los menores garantizados en la Constitución, y, elCódigo Orgánico de la Niñez y la

Adolescencia es precisamente que se deberían principalmente realizar las reformas respectivas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en torno a poder demandar la Tenencia de un menor de edad con el trámite especial, de esta manera no cabria la menor duda que se estaría protegiendo los bienes jurídicos de los menores garantizados en la Constitución dela República del Ecuador.

COMENTARIO: Es indudable que los criterios emitidos por los entrevistados tienen similitud por cuanto coinciden en las urgentes reformas que se deberían dar en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, sin duda que es necesario dicha reforma, para de esta manera proporcionarles a los menores un entorno adecuado para su bienestar, por lo que se estaría aportando para su desarrollo en el aspecto físico y psicológico, además estaríamos aportando a que se baje el alto índice de porcentaje que es comprobado en nuestro País como lo es la delincuencia, ya que vemos a diario en las calles de las ciudades del Ecuador a menores de edad que se dedican a robar a transeúntes y día a día van perfeccionando este vicio, debido a que si uno de los progenitores tiene las suficientes capacidades económicas por que no confiarle la tenencia a su brevedad posible y no dejar que suceda esto.

5.3 ESTUDIO DE CASOS:

Para establecer datos reales, que sirvan de sustento, que evidencien claramente la problemática plantea y la necesidad de darle solución respectiva, es necesario realizar el estudio de casos, pueden ser estos, sociales como por ejemplo los que traen la prensa o circulan en los medios de información, o a su vez, casos jurisprudenciales, llevados a cabo en los órganos de administración de justicia y que tienen que ver con el tema objeto de la presente investigación, los mismos que los pongo a su consideración.

PRIMER CASO:

Datos Referenciales

Caso: Tenencia.

Numero de caso: 120-2009

Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.

Actor: Lenin Patricio Campoverde Vásquez**.**

Fecha de presentación de la demanda:13 de Marzo del 2009**.**

Fecha de la resolución: 13 de Julio del 2010

ANTECEDENTES DEL CASO

ja, trece de julio del año dos mil diez, a las dieciséis horas treinta minutos:VISTOS.- Lenin Patricio Campoverde Vásquez, comparece y manifiesta: Que es padre del menor Lenin David Campoverde Burgos, el mismo que tiene por madre a la señora Viviana Margarita Burgos Zambrano, quien por repetidas ocasiones los ha abandonado, dejándolos en diferentes lugares del país, ya en Manabí, Guayaquil y últimamente en la ciudad de Loja el ocho de febrero del año dos mil nueve, la misma que ha adquirido diferentes compromisos. Con esos antecedentes, demanda a la señora Viviana Margarita Burgos Zambrano, la tenencia de su hijo, quien en la actualidad vive con el compareciente y su abuela paterna Elsa Margarita Vásquez Sanmartín. Citada la demandada, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y posteriormente a la audiencia de prueba, en la que se han presentado las que obran de autos y encontrándose el juicio en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO.- El proceso es válido por haberse tramitado de acuerdo con la ley; SEGUNDO.- Con el documento de fs. 2, el actor ha justificado su derecho a plantear la presente acción; TERCERO.- Con la declaración de las testigos María Marcia Romero Ochoa y Sofía Delia Paz Abad, se justifica que los litigantes y el menor Lenin David Campoverde Burgos, vivieron en el barrio La Tebaida, calles España entre Chile y Argentina de la ciudad de Loja; la segunda testigo asegura que en los primeros días del mes de febrero del año dos mil nueve lo visitó al actor en su departamento y pudo constatar que las pertenencias de la demandada no existían y el demandante le manifestó que lo había abandonado, mientras que la primera

testigo conoce del hecho por referencias; agregan que no la han visto a la madre del niño; y, que es el actor quien le ha brindado el cuidado y protección a su hijo. Además el demandante ha presentado los documentos de fs. 20 y 21, con los que se establece que el menor Lenin David Campoverde Burgos, se encuentra estudiando en el Colegio Militar “Tcrn. Lauro Guerrero”, habiendo cancelado la cantidad de ciento ocho dólares con cincuenta y cinco centavos como matrícula y noventa y cinco dólares como pensión; CUARTO.- La Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia a fs. 15 y 16, emite su informe, en el que señala que el niño es hijo extramatrimonial de los señores Lenin Patricio Campoverde Vásquez y Viviana Margarita Burgos Zambrano, los que han mantenido una unión de hecho por aproximadamente seis años; que la madre del niño los ha abandonado por tres ocasiones, siendo la última el ocho de febrero del año dos mil nueve, en la que se fue con otro hombre llamado Enrique Flores y hasta la fecha no llama a saber nada de su hijo; que el niño vive con su padre y su abuela paterna Lcda. Elsa Margarita Vásquez Sanmartín, desde que nació; que comparte un ambiente familiar independiente en el que se observa mucho orden y aseo; a la fecha de presentación de la demanda estudiaba en la Escuela “Miguel Riofrío”, en donde tenía buen rendimiento; que el padre es Cabo Segundo de la Policía Nacional, soltero, trabaja en la ciudad de Loja, obtiene un ingreso de setecientos treinta dólares mensuales, con lo cual mantiene a su hijo; que el padre del niño ha pedido la tenencia porque tiene temor de que regrese su madre y se lo lleve, la misma que no está capacitada moral y económicamente para mantenerlo a su hijo, ya que la señora fue casada y tiene un hijo del cual también le quitaron la patria potestad por abandono; que la madre del niño tiene manifiesta falta de

interés en mantener con su hijo las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral por un tiempo superior a los seis meses e incumple con los deberes que le impone la patria potestad; que la madre del niño es divorciada, de ocupación quehaceres domésticos, a quien no se la ha podido entrevistar ya que se desconoce su paradero y desde que abandonó al niño no se ha reportado a saber nada de su hijo, por lo que se encuentra inmersa en lo dispuesto en el Art. 112 numeral 1 y Art. 113 numerales 5 y 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que recomiendan se conceda la tenencia del niño Lenin David Campoverde Burgos, a favor de su padre Lenin Patricio Campoverde Vásquez; QUINTO.- El niño al ser escuchado reservadamente manifiesta que desea vivir con su padre. Por lo expuesto, el Juzgado de conformidad a lo contemplado en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia RESUELVE conceder la tenencia del menor Lenin David Campoverde Burgos, a su padre Lenin Patricio Campoverde Vásquez, quien se encargará del cuidado y protección de su hijo. Además de acuerdo al Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia se regula el régimen de visitas a favor de la demandada los días sábados de nueve a diecisiete horas, debiendo retirarlo y entregarlo al niño en la casa de su padre. De acuerdo a lo prescrito en el Art. 290 del Código de la materia, se dispone que la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, realicen un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados. Hágase saber.

Comentario.

Nos encontramos ante un caso en donde el señor Lenin Patricio Campoverde Vasquez, presenta la demanda de tenencia de su hijo, el cual manifiesta que por

reiteradas ocasiones su madre lo ha abandonado, en diferentes lugares o ciudadades del Pais, el mismo que por sorteo tuvo conocimiento el Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, el dia trece de marzo del dos mil nueve, el cual para obtener la tenencia del mismo tuvo que esperar un año y medio para obtener la resolucion, entonces podemos claramente darnos cuenta que en este caso se está violando el principio de celeridad y sobre todo el interés superior el niño, niña y adolescente, además la madre del menor podia llegar en cualquier momento y llevarse nuevamente a su hijo y las consecuencias serian mas graves ya que el menor podria nuevamente ser abandonado por su progenitora en cualquier ciudad.

SEGUNDO CASO

Datos Referenciales

Caso: Tenencia.

Numero de caso: 139-2008

Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.

Actor: Jaime Alexander Vélez Poma

Fecha de Presentación de la demanda: 19 de Febrero del 2008

Fecha de la Resolución: 25 de Marzo del 2009

ANTECEDENTES DEL CASO

ja, veinticinco de marzo del año dos mil nueve, a las quince horas cuarenta minutos: VISTOS.- Jaime Alexander Vélez Poma, comparece y manifiesta: Que es

el padre del menor Jhon Alexander Vélez Juepa, siendo su madre la señora Melva Marisol JuepaZapique, la misma que desde hace tiempo en una enferma alcohólica, sin que hasta el momento haya intentado recibir ayuda por parte de psicólogos. Con esos antecedentes, demanda a la señora Melva Marisol JuepaZapique, a fin de que mediante resolución el Juzgado le conceda la tenencia de su hijo Jhon Alexander Vélez Juepa. Citada la demandada, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y posteriormente a la audiencia de prueba, en la que se han presentado las que obran de autos y encontrándose el juicio en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO.- El proceso es válido por haberse tramitado de acuerdo con la ley; SEGUNDO.- Con el documento de fs. 1, el actor ha justificado su derecho a plantear la presente acción; TERCERO.- Con la declaración de las testigos María Soledad Cuenca Alvarado y Graciela del Consuelo Cuenca Alvarado, se ha demostrado que el menor Jhon Alexander Vélez Juepa, vive desde hace tres años con su madre, la cual padece de dicha enfermedad y día a día la consume mas alcohol; CUARTO.- La Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia a fs. 13 y 14, emite su informe, en el que señala que el niño Jhon Alexander Vélez Juepa, es hijo extramatrimonial del actor y de la demandada, el mismo que vive con su madre bajo un ambiente turbio y no adecuado para un menor; que el menor presenta una lesión congénita de labio leporino con hendidura de paladar, lo cual requiere de intervención quirúrgica en forma inmediata; que el actor trabaja como chofer profesional en la Empresa de Buses Cuxibamba, bus No. 14 y gana veinte dólares diarios; que su ambiente familiar refleja mucha pobreza; que según el actor pronto lo llevará al niño a Quito a fin de que le realicen la intervención quirúrgica, para lo cual le ayudarán sus

padres; por lo que recomiendan que se conceda la tenencia del niño Jhon Alexander Vélez Juepa, a favor de su padre, toda vez, que la madre del menor se encuentra inmersa en el Art. 113 numerales 1 y 3 del Código de la Niñez y Adolescencia. En consecuencia, el Juzgado de conformidad a lo contemplado en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia RESUELVE conceder la tenencia del menor Jhon Alexander Vélez Juepa, a su padre Jaime Alexander Vélez Poma, quine será el responsable del cuidado y protección de su hijo. De acuerdo a lo prescrito en el Art. 290 del Código de la materia, se dispone que la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, haga un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados. Hágase saber.

Comentario.

Nos encontramos ante un caso en dondeel señor Jaime Alexander Vélez Poma, padre del menor solicito la tenencia de su hijo, el cual comparece y manifiesta que la madre de su hijo es una enferma alcoholica, comprobada por las diferentes pruebas que aporto en el juicio, el cual una vez sorteada en la Oficina de sorteos conoce el Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, el dia diecinueve de febrero del dos mil ocho, el cual para obtener la tenencia del mismo tuvo que esperar un año y medio para obtener la resolucion, entonces podemos claramente darnos cuenta que en este caso acotado se esta violando el principio de celeridad y sobre todo el interes superior el niño, niña y adolescente y las consecuencias a esperar

seria que nuestra juventud recaiga en este problema social que dia a dia nos agovia a toda la sociedad.

TERCER CASO

Datos Referenciales

Caso: Tenencia.

Numero de caso: 888-2008

Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.

Actor: Dr. Víctor Eduardo Granda**.**

Fecha de Presentación de la demanda: 21 de Noviembre del 2008

Fecha de la Resolución:15 de Febrero del 2010

ANTECEDENTES DEL CASO

VISTOS.- El Dr. Víctor Eduardo Granda, comparece y manifiesta: Que con la señora Rosa Verónica Medina Sánchez, han procreado a la menor Jessica Lizbeth Granda Medina, la misma que tiene cinco años diez meses de edad y que desde que nació ha vivido con el compareciente y con su madre hasta el mes de abril del año dos mil cinco, fecha en la cual abandonó su hogar, llevándose con ella a la menor. Que en el mes de mayo del mismo año regresó a dejársela a la niña, aduciendo que sufre, que lo extraña, que no le permite trabajar, por lo que como

padre responsable se hizo cargo de la menor, quien se encuentra estudiando en la Escuela “18 de Noviembre”. Que la madre de la menor en vista de que su hija se encuentra estudiando y está con su salud y nervios estables, ha comenzado a hacerle la vida imposible, lanzándole una serie de epítetos con la finalidad de arrebatarle a la menor, llegando incluso a chantajearlo que si no le da dinero se la quita a su hija. Con esos antecedentes, demanda a la señora Rosa Verónica Medina Sánchez, a fin de que mediante resolución se le conceda la tenencia de la menor Jessica Lizbeth Granda Medina y así pueda vivir bajo el amparo y cuidado del compareciente y de su abuelita paterna. Citada la demandada, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y posteriormente a la audiencia de prueba, en la que se han presentado las que obran de autos y encontrándose el juicio en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO.- El proceso es válido por haberse tramitado de acuerdo con la ley; SEGUNDO.- Con el documento de fs. 1, el actor ha justificado su derecho a plantear la presente acción; TERCERO.- Los testigos Lcda. Paca Isabel Elizalde Montero y Dr. Vicente Nicolás Rojas Santín, presentados por el actor, aseguran que en el mes de abril del año dos mil cinco, la accionada abandonó el hogar que lo tenían formado con el demandante, llevándose a su hija Jessica Lizbeth Granda Medina, en tanto que la testigo Gloria Consuelo Salinas Calva, señala que conoce del hecho por referencias; las dos primeras declarantes afirman que la demandada volvió a dejarla a la niña Jessica Granda Medina a su padre, que desde el año dos mil cinco hasta el mes de marzo del año dos mil nueve, ha permanecido la niña bajo el amparo y protección de su padre; que la niña se encontraba estudiando en la Escuela “18 de Noviembre”, manifestando la primera y tercer testigo que conocen

por referencias que en el mes de marzo del año dos mil nueve la demandada se la llevó desde la Escuela a la niña, mientras que la segunda testigo asegura que le consta este hecho; que en el mes de marzo del año dos mil nueve el actor ha sido intervenido quirúrgicamente; que en el mes de abril del año dos mil nueve la accionada logró obtener de la Comisaría de la Mujer y la Familia la custodia de la niña hasta que la autoridad competente decida sobre la tenencia de la niña, afirman la segunda y el tercer testigo, en tanto que la primera conoce por referencias; que el actor le ha dado a su hija una vida digna, desarrollándose en un ambiente estable y efectivo por el amor y la atención que le prestan su padre y familiares de la menor, aportando económicamente para alimentación, vestuario, medicina y educación; la primera y tercer testigo señalan que la demandada no se preocupada de atender las necesidades de la niña, en tanto que la segunda testigo afirma que conoce por referencias que la accionada no le cuida a la niña; que conocen por referencias que la niña ha perdido el segundo año de básica; que la niña cuando llega donde el papá no quiere regresarse; que la demandada tiene que llevarla a la niña al lugar de su trabajo, la misma que le hace escándalos al actor. Además presenta los documentos de fs. 17 a 41, con los que justifica: a) Los diferentes gastos que ha efectuado en alimentación y salud de su hija; y, b) Que la menor Jessica Granda en el período 2008-2009 se encontraba estudiando en el segundo año de básica en la Escuela “18 de Noviembre”, en donde según la libreta de calificaciones tenía un bajo rendimiento; CUARTO.- La Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de Loja, en su informe de fs. 12 a 14, señala: Que al concurrir al domicilio de la madre de la niña, ésta no se encontraba, razón por la cual han conversado con la dueña de la casa señora Dolores Ríos,

quien ha manifestado que la señora Rosa Verónica Sánchez Medina, le arrienda un cuarto por el que paga treinta dólares mensuales, que durante el día no pasa en el cuarto por cuanto trabaja en un restaurante, habiéndose referido a la arrendataria con respeto y consideración, agregando que se trata de una persona honrada, de escasos recursos económicos y dedicada a su trabajo para darles lo necesario a sus dos tiernas hijas, ya que su padre no les pasa pensión alimenticia. Que el actor vive en compañía de su madre y su padrastro; que ocupan un departamento con dos dormitorios, sala, comedor, cocina y un baño; que la madre del accionante a pesar de haber perdido la visión está dispuesta a aceptar a su nieta y brindarle los cuidados que requiere; que los litigantes mantuvieron una unión de hecho por cuatro años, vivían en casa de su madre y se separaron en el mes de junio del año dos mil cinco, que según el padre la niña continúo viviendo con él; que en el mes de marzo del año dos mil nueve la demandada ha recuperado a su hija. Que han realizado una visita al nuevo domicilio de la demandada, el mismo que está ubicado en la Av. Emiliano Ortega y Quito 03-13, que esta ubicación le favorece porque está más cerca al trabajo y a la escuela de su hija; que trabaja en el restaurante “Ecuatorianísimo”, en donde percibe una remuneración de doscientos dólares mensuales; que la dueña le permite llevar a su hijas, las mismas que pasan dentro de la casa donde funciona el restaurante y les proporciona el almuerzo para ella y sus hijas; que la demandada vive en un cuarto en donde tiene una cama, un armario y una cocina; que el padre de las niñas no le ayuda por lo que está siguiendo juicio de alimentos; que desde el año dos mil dos vivieron en casa de su suegra y recibió mal trato, razón por la que se separó de su conviviente; que son dos niñas las que procreó con el actor pero que

éste no hace referencia a la segunda niña y que únicamente pide la tenencia de su hija preferida, sin darse cuenta del daño emocional que le causa a la segunda niña. Que luego de su investigación han comprobado que los litigantes fueron incapaces de mantener una relación armónica y de respeto, haciendo hincapié que los niños funcionan mejor en un hogar bien adaptado con un solo progenitor que en un hogar hostil, emocionalmente dañado, debiendo entender que si bien los padres se separan, éstos jamás se divorcian de sus hijos, por lo que es más bien una necesidad que los padres dejando de lado las incomprensiones y venganzas inicien una relación de amigos pensando en el bienestar integral de sus hijas, siendo positivo en este caso que el padre fije una pensión alimenticia voluntaria y justa que ayude a la precaria economía de la madre, que se acuerde sobre el régimen de visitas y vacaciones y buscar ayuda profesional para el problema de aprendizaje de la niña; por lo que sugieren que no se conceda la tenencia solicitada, en razón de que la madre no ha incurrido en ninguna causal contemplada de el Código de la materia; QUINTO.- Del análisis de las pruebas aportadas al proceso se establece que los litigantes tienen dos hijas, habiendo solicitado el actor la tenencia únicamente de una de ellas, la mayor, alegando que la misma es maltratada por su madre, lo cual no ha sido demostrado, puesto que la primera testigo al contestar la pregunta 12 del interrogatorio de fs. 43, señala que es como se le pregunta, sin señalar cuáles eran los maltratos, en tanto que la segunda y tercer testigo al responder a dicha pregunta se limitan a manifestar que la niña más se enseña con el papá, agregando que por la situación de trabajo de la demandada, ésta no puede brindarles una atención adecuada. Al respecto, cabe observar que el hecho de carecer de recursos económicos la madre de la

niña, no es causal para que se le prive de la tenencia de su hija, tanto más que el Art. 106 numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que “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”, disposición aplicable al caso según el Art. 118 del Código de la materia. Además vale la pena señalar que el Código de la Niñez y Adolescencia tiene como finalidad la protección de los niños, niñas y adolescentes y una forma de protegerlos es lograr la unidad de la familia y que sus relaciones se conserven y se consoliden, no siendo por lo tanto procedente la separación de las hermanas. En consecuencia y al no haberse demostrado los fundamentos de la acción, el Juzgado RESUELVE declarar sin lugar la demanda, recomendando a los litigantes se llegue a los acuerdos necesarios sobre el cuidado y protección de sus hijas, a fin de que éstas se desenvuelvan en un ambiente armónico y logren un desarrollo integral. Se regula como régimen de visitas a favor del padre de la niña los días sábados y domingos desde las 09h00 a 17h00, debiendo retirarla y entregarla en el domicilio de su madre. Hágase saber.

Comentario.

Nos encontramos ante un caso en donde el Dr. Víctor Eduardo Granda,demanda de tenencia de su hija, el cual por sorteo conoce el Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, el dia veintiuno de noviembre del dos mil ocho, el cual en este caso la resolucion no fue favorable ya que la juez aduciendo de que las pruebas aportadas al juicio no fueron suficientes y le niega la tenencia la cual resuelve en el

sentido de que declara sin lugar la demanda, y dispone que las partes se pongan de acuerdo para el cuidado y proteccion de sus hijas. Ahora bien el padre de la menor apela la resolucion ante el Juez de segunda instancia, el cual el Juzgado le concede el recurso de apelacion, una vez vez subido el juicio a la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia, resuelven revocar la resolucion de la Juez de primer nivel y le conceden la tenencia de la menor a su padre; en conclusion este es un caso claro de que con el trámite contencioso general, provocamos daños irremediables a los menores de edad y de esta manera violandose sus derechos, ahora bien el padre tuvo que esperar mas de dos años para obtener la tenencia y custodia de su hija.

CUARTO CASO.

Datos Referenciales

Caso: Tenencia.

Numero de caso: 29-2009

Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.

Actor: Santos Antolín Robles Gonzaga**.**

Fecha de Presentación de la demanda: 15 de Enero del 2009

Fecha de la Resolución: 27 de abril del 2010

ANTECEDENTES DEL CASO

ja, veintisiete de abril del año dos mil diez, a las diez horas cincuenta minutos: VISTOS.- Santos Antolín Robles Gonzaga, comparece y manifiesta: Que es el

padre y representante legal de la menor Ariana Maribel Robles Jiménez, la misma que tiene dos años de edad, siendo su madre la señora Norma Jiménez Ogoña, de nacionalidad peruana, la misma que en julio del año dos mil siete abandonó el hogar que lo tenían formado por más de tres años, sin que mediara motivo alguno, sin dejar noticias sobre su paradero. Con esos antecedentes, demanda a la señora Norma Jiménez Ogoña, la tenencia de su hija Ariana Maribel Robles Jiménez, a fin de continuar dándole la protección que necesita la niña. Citada la demandada, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y posteriormente a la audiencia de prueba, en la que se han presentado las que obran de autos y encontrándose el juicio en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO.- El proceso es válido por haberse tramitado de acuerdo con la ley; SEGUNDO.- Con el documento de fs. 2, el actor ha justificado su derecho a plantear la presente acción; TERCERO.- En la audiencia de prueba, a la que asistió únicamente el actor, éste concurre con la declaración de los testigos María del Pilar Valarezo Valdez y Benito Eduardo Valarezo Valdez, quienes afirman que de la relación sentimental que mantuvo el actor con la demandada nació la menor Ariana Maribel Robles Jiménez, quienes vivían en la Ciudadela Celi Román; que en el mes de julio del año dos mil siete la accionada abandonó al demandante y a su hija, la misma que tenía ocho meses de edad; que desde esa fecha no ha regresado, habiéndose encargado de la crianza y manutención de la menor su padre. Además presenta los documentos de fs. 19 a 21, con los que justifica que la demandada tiene dos hijos más y es de estado civil casada; CUARTO.- La Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de Loja a fs. 13 y 14, emite su informe, en el que señala que la niña Ariana Maribel Robles Jiménez, es

hija extramatrimonial reconocida por sus padres Norma Jiménez Ogoña y Santos Antolín Robles Gonzaga; que la niña fue abandonada por su madre cuando tenía ocho meses de nacida y es su familia paterna especialmente su tía Juana Robles, quien le brinda cuidados personalizados; que la niña se encuentra adaptada a vivir en dicho hogar; que el padre de la menor es de estado civil soltero, de treinta y ocho años de edad, trabajador privado en las minas de Bella Rica, en donde obtiene ingresos de quinientos dólares mensuales aproximadamente; que la madre no ha regresado ni llama a saber de su hija, siendo su padre quien le provee de lo básico para satisfacer sus necesidades materiales, psicológicas y afectivas; que de la madre no se conoce su paradero, por lo que recomiendan que se conceda la tenencia de la niña Ariana Maribel Robles Jiménez, a favor de su padre Santos Antolín Robles Gonzaga, toda vez que la madre se encuentra inmersa en lo dispuesto en el Art. 113 numeral 5 y 6 del Código de la Niñez y Adolescencia; QUINTO.- La madre del niño a pesar de haber sido citada por la prensa no ha comparecido al juicio a hacer oposición a la presente demanda. Por lo expuesto, el Juzgado de conformidad a lo contemplado en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia RESUELVE conceder la tenencia de la menor Ariana Maribel Robles Jiménez, a su padre Santos Antolín Robles Gonzaga, quien se encargará del cuidado y protección de su hija. De acuerdo a lo prescrito en el Art. 290 del Código de la materia, se dispone que la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, realice un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados. Se regula como régimen de visitas a favor de la madre de la niña los días sábados de catorce a diecisiete horas, debiendo coordinar para el efecto con el padre de la menor. Hágase saber.

Comentario.

Nos encontramos ante un caso en donde el señor Santos Antolín Robles Gonzaga, solicita la tenencia de su hija, el cual manifiesta que la madre de la menor de nacionalidad peruana los abandono hace tres años sin razon o motivo alguno, sin que hasta la presente fecha haya sabido algo, el cual por sorteo avoca conocimiento el Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, el dia quince de enero del dos mil nueve, el cual para obtener la tenencia del mismo tuvo que esperar mas de un año y medio para obtener la resolucion entonce podemos claramente darnos cuenta que en este caso acotado se esta violando el principio de celeridad y sobre todo el inetres superior el niño, niña y adolescente.

QUINTO CASO

Datos Referenciales

Caso: Tenencia.

Numero de caso: 44-2009

Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.

Actor: Arecio Virgilio Lanche Barrigas**.**

Fecha de presentación de la demanda: 19 de enero del 2009

Fecha de la Resolución: 22 de Enero del 2011

ANTECEDENTES DEL CASO

ja, veintidós de enero del año dos mil once, a las once horas treinta minutos: VISTOS.- Arecio Virgilio Lanche Barrigas, comparece y manifiesta: Que el ocho de diciembre del año dos mil ocho, su esposa Gladis Yolanda Tandazo Herrera, abandonó el hogar que lo mantenían en el barrio Panecillo, de la parroquia San Pedro de Vilcabamba, dejándolo solo con sus hijos menores de edad Mauricio Virgilio, Francisco Nicolás y Laura Guadalupe Lanche Tandazo, sin que hasta la presente fecha se haya hecho responsable de sus deberes que como madre le corresponden y a pesar de que le han rogado que se haga cargo de los menores, no lo ha querido hacer. Que sus hijos han permanecido bajo su custodia y protección. Con esos antecedentes, demanda a la señora Gladis Yolanda Tandazo Herrera, a fin de que en resolución se le entregue al compareciente la tenencia de sus hijos Mauricio Virgilio, Francisco Nicolás y Laura Guadalupe Lanche Tandazo. Citada la demandada, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y posteriormente a la audiencia de prueba, en la que se han presentado las que obran de autos y encontrándose el juicio en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO.- El proceso es válido por haberse tramitado de acuerdo con la ley; SEGUNDO.- Con los documentos de fs. 1 a 3, el actor ha justificado su derecho a plantear la presente acción; TERCERO.- Con la declaración de los testigos Humberto Ochoa Toledo, José Antonio Pineda González y Gloria del Rocío Mosquera León, se demuestra que la demandada abandonó el hogar dejándolo al actor solo con sus hijos, los mismos que se encuentran bajo su amparo y protección; que desde que abandonó a sus hijos no

ha regresado la accionada; y, que las relaciones familiares del accionante con sus hijos es de unión familiar; CUARTO.- La Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia a fs. 22 y 23, emite su informe, en el que señala que los padres de los menores han procreado once hijos, de los cuales ocho están independizados, únicamente los tres menores de edad viven bajo la dependencia moral y física de su padre y se encuentran estudiando en el Colegio San Pedro de Vilcabamba. Que el padre de los niños, está solicitando la tenencia en razón de que su esposa le fue infiel con un sobrino suyo llamado Floresmilo Lanche, por lo que abandonó el hogar y a sus hijos, este hecho ha sucedido el día ocho de diciembre del año dos mil ocho, habiendo perdido desde esa fecha todo tipo de contacto familiar y afectivo. Que el actor es dueño de su casa de habitación y dos terrenos en los que cultiva productos de la zona; que los ingresos económicos que obtiene son suficientes para vivir sin aprietos y puede satisfacer las necesidades básicas de sus hijos. Que los menores al ser preguntados se desean vivir con su padre manifiestan que si, que se sienten adaptados al medio familiar en el que se desenvuelven, que su padre los quiere y los protege moral y físicamente; que respecto a su madre se encuentran muy dolidos por su actitud, por el abandono del que han sido objeto y que no mantienen ningún contacto afectivo con ella, puesto que nunca ha intentado comunicarse con ellos ni seguir cultivando relaciones afectivas; por lo que recomiendan se conceda la tenencia de los menores Mauricio Virgilio, Francisco Nicolás y Laura Guadalupe Lanche Tandazo, a favor de su padre Arecio Virgilio Lanche Barrigas; QUINTO.- La madre de los niños a pesar de haber sido citada por boletas no ha comparecido al juicio a hacer oposición a la presente demanda; SEXTO.- Los menores al ser entrevistados por

el Juzgado manifiestan su deseo de continuar viviendo con su padre, señalando los dos últimos que se les permita visitar a su madre. Por lo expuesto, el Juzgado de conformidad a lo contemplado en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia RESUELVE conceder la tenencia de los menores Mauricio Virgilio, Francisco Nicolás y Laura Guadalupe Lanche Tandazo, a su padre Arecio Virgilio Lanche Barrigas, quien se encargará del cuidado y protección de sus hijos. De acuerdo a lo prescrito en el Art. 290 del Código de la materia, se dispone que la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, realice un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados. De conformidad al Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia, se regula como régimen de visitas a favor de la madre de los menores, los días sábados y domingos de ocho a dieciocho horas. Hágase saber.

Comentario.

Nos encontramos ante un caso en donde el señor Arecio Virgilio Lanche Barrigas, padre delos menoresMauricio Virgilio, Francisco Nicolás y Laura Guadalupe Lanche Tandazo, solicita la tenencia, el cual manifiesta que la madre de los menores los abandono sin que hasta la presente fecha se haya hecho responsable de sus deberes que como madre le corresponden y a pesar de que le han rogado que se haga cargo de los menores, no lo ha querido hacer. Que sus hijos han permanecido bajo su custodia y protección, el cual una vez sorteada la demanda conoce el Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, el dia diecinueve de enero del dos mil nueve, el cual para obtener la tenencia delos

mismostuvo que esperar un año y medio para obtener la resolucion entonce podemos claramente darnos cuenta que en este caso acotado se esta violando el principio de celeridad y sobre todo el interes superior el niño, niña y adolescente.

6. DISCUSIÓN

6.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS:

Para la verificación de los objetivos he realizado un completo estudio, así tenemos que los objetivos se clasificaron en un general y varios específicos considero conveniente trascribir los mismos para permitir una mejor ilustración de dicha verificación.

El **objetivo general** estuvo redactado de la siguiente forma:

"Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico de la normativa que regula la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, con el propósito de sugerir el cambio del trámite actual con el trámite especial"

En el presente informe por medio del marco conceptual, me permitió desarrollar los conceptos y generalidades concernientes a los menores de edad, y los principios protectores de los niños, niñas y adolescentes.

De modo que la tesis se encuentra fundamentada teórica y doctrinariamente recogiendo en el más amplio sentido democrático todas las corrientes del pensamiento para darle mejor sustento a este trabajo investigativo.

Así mismo se desarrollo los pasos que existen para demandar la tenencia, que sustentadas en las distintas normas legales, así como las normas constitucionales permiten explicar la problemática de estudio.

Con la colaboración de los abogados encuestados y entrevistados que seleccioné para la investigación de campo pude cumplir el objetivo de estudiar empíricamente la problemática.

Pudiendo establecer que existe la necesidad de reformar el CódigoOrgánico de la Niñez y la Adolescencia con la finalidad de establecer el trámite especial al momento de demandar la tenencia de un menor de edad, ya que como es el caso al momento de plantear un juicio de alimentos solo existe una audiencia única con lo cual evitamos que se alargue o se dilate el proceso y la resolución la estamos obteniendo a no mas tardar en el tiempo de dos meses, y quienes serian los únicos beneficiados seria los menores de edad; y, que es necesario presentar una propuesta de reformas legales que solucione esta problemática.

Los **objetivos específicos** fueron:

Establecer los inconvenientes existentes en el marco Jurídico que permite se vulnere el principio de celeridad y economía procesal.

En cuanto al primer objetivo específico puedo manifestar que éste se cumplió a cabalidad y se pudo determinar claramente que, por una parte, de acuerdo al acopio teórico, los inconvenientes existentes en el marco Jurídico permite que se vulnere el principio de celeridad y economía procesal, contradiciéndose rotundamente con el principio que vela por la celeridad de todo proceso y más aun como lo es el de velar por el interés superior del niño, niña y adolescente; y, por otro lado, de los resultados de la encuesta, específicamente de la interrogante 5, se ve, de igual manera reflejada la verificación de este objetivo.

Determinar cómo se vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes al no estar establecido en los juicios de tenencia el trámite especial.

Gracias al análisis de los resultados de la investigación empírica, referente a los resultados de encuestas y entrevistas, he podido determinar la vulnerabilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes garantizados en la Constitución debido a la mala práctica de la normativa que permite demandar un juicio de tenencia con el trámite Contencioso General. Llegué a establecer cómo este tipo de prácticas afecta el pleno interés superior del niño, niña y adolescente, entre otros, como producto de este tipo de actos, y sus consecuencias jurídicas como sociales.

Presentar un Proyecto de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en cuanto al trámite que conlleva demandar la tenencia de los menores para que de esta manera no se viole el principio de celeridad y economía procesal

Luego de la realización de la presente investigación de carácter jurídico, he planteado exitosamente una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, almomento de presentar la demanda de tenencia de un menor se la realice con el trámite especial, de esta manera evitando se viole el principio de celeridad y economía procesal, tomando en cuenta los aspectos que considero más convenientes y acordes con la realidad de los Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de nuestro país.

6.2 Contrastación de hipótesis.

La deducción que hipotéticamente presentéal iniciar mi investigación tuvo como resultado final un alto porcentaje de veracidad lo que fue demostrado a lo largo de este trabajo.

Cuando se analizo doctrinariamente la figura jurídica que origino esta indagación, de modo que pudieron establecerse etimología, definiciones clasificaciones y otros elementos más que se encuentran desarrollados en esta tesis, en la hipótesis que a continuación relato se podrá establecer que anticipadamente había identificado cierta problemática que en estos tres capítulos se ha fundamentado.

“Demandar la tenencia de un menor con el tramite actual afecta sicológicamente en el desarrollo intelectual, sicológico y moral, a los niños, niñas y adolescentes, al no estar establecido el tramite especial, vulnerando de esta manera el principio de celeridad como se encuentra establecido en el art. 169 de nuestra Constitución”.

Cabe resaltar que la investigación de campo permitió que la población encuestada y entrevistada torne factible que en este momento realice esta contrastación por cuanto cuantitativamente y cualitativamente se demostró la certeza de mi deducción hipotética, pues a lo largo del desarrollo de la presente investigación en efecto se pudo comprobar que el trámite Contencioso General que es aquel que en la actualidad viene tramitándose para la tenencia de un menor; en efecto se evidencia que se esta en primer lugar vulnerando el principio de celeridad y economía procesal tipificados en el Artículo 169 de nuestra Constitución, por cuanto este trámite es dilatorio que tiene tres instancias, lo cual hace desde todo

punto de vista que sea Inconstitucional y atentatorio contra los derechos de los menores; así mismo producto de ello se ve reflejado en el maltrato psicológico que sufren los niños, niñas y adolescentes al no permitírseles que el menor tiempo posible puedan gozar de una familia apta para su desarrollo integral su convivir familiar, social y moral que coadyuven al estricto y cumplimiento de sus derechos legalmente reconocidos.

6.3 Fundamentación Jurídica.

Considerando que la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilataciones, que la potestad judicial corresponde a los órganos de la función judicial y se establezca la unidad jurisdiccional. Que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, que este hará efectivas las garantías del debido proceso y velara por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia; que las leyes procesales, procuraran la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. Que el retardo en la administración de justicia es imputable al juez o magistrado y será sancionado por la ley.

Si analizamos los derechos, garantías y principios Constitucionales antes mencionados es factible deduciré que al momento de plantear la demanda de tenencia con el trámite Contencioso General establecido en el Art. 271 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, este impide que se cumpla con la uniformidad, eficacia y agilidad en los tramites del procedimiento Contencioso General. Es notorio el excesivo tiempo que los progenitores deben esperar para obtener la sentencia por parte de los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a Nivel Nacional; esto lo afirmo basado en el criterio facilitado por los

encuestados, quienes manifiestan que el trámite Contencioso General vulnera el principio de celeridad y economía procesal, igual opinión nos brindaron los señores entrevistados, estamos vulnerando un precepto Constitucional. El estudio de casos, en el cual las resoluciones de 5 casos de tenencias, nos demuestra o confirma lo manifestado por nuestros encuestados y entrevistados, ya que en verdad estamos vulnerando el principio de celeridad y economía procesal y sobre todo atentando contra el interés superior del niño, niña y adolescente.

Esta forma de actuar de los señores Jueces, no es culpa de ellos ya que con el trámite contencioso general establecido, ellos tienen que cumplir con los pasos que se deben seguir y de esta manera le resta eficiencia y agilidad a la justicia que es la encargada de velar por el interés superior del niño, niña y adolescente. Se dice que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, procurando la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los tramites, pero con la insuficiencia jurídica existente al momento de solicitar la tutela judicial de la tenencia de un menor con el procedimiento contencioso general del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia impide el cumplimiento de las disposiciones constitucionales señaladas, lo cual va en desmedro de la población que hace uso de los órganos judiciales como medio de solución de conflictos existentes y que en este caso corresponde a los que se vinculan a los menores.

En tal virtud considero que es evidente una imperiosa reforma en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia al momento de plantear la tenencia de un menor ya no se la plantee con el tramite contencioso general si no que se la plantee con el tramite especial a fin de que se corrija este error legislativo y no se permita que los jueces sigan actuado en la forma que lo vienen haciendo en

cuanto al momento de dictar la resolución que tenga que ver como un menor de edad en los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a nivel nacional. Visto el procedimiento que se aplicaría como lo es el especial tendríamos la demanda, calificación de la demanda y citación, Notificación Electrónica, Audiencia Única, Diferimiento de la audiencia, en la cual conste el mutuo acuerdo de las partes, Resolución y Recurso de Apelación.

En este estado me permito realizar una diferenciación entre el trámite especial que es mi propuesta a los juicios de tenencia de menores el mismo que empieza con la presentación de la demanda, auto de aceptación, citación, audiencia única (indiferible) y resolución; mientras que el actual tramite es decir el Contencioso General, se desarrolla a través de los siguientes pasos, presentación de la demanda, auto de aceptación, citación, audiencia de conciliación, audiencia de prueba, la misma que se puede diferir a petición de cualquiera de las partes, resolución, recurso de apelación y casación.

Noten ustedes las diferencias radicales entre el uno y el otro procedimiento, por una parte el especial que esta amparado en las normas Constitucionales que cumplen a cabalidad los Derechos de los menores; y por otra el trámite Contencioso General que desde todo punto de vista es violatorio de las normas supremas de los niños, niñas y adolescentes.

7. CONCLUSIONES

Las conclusiones que he podido llegar a través del desarrollo del `presente estudio son las siguientes:

- La Constitución de la República del Ecuador dispone que los derechos de los niños prevalecerán sobre los de los demás, para ello el Estado, la sociedad y la familia serán los responsables de aplicar políticas publicas, sociales y económicas suficientes para que en forma permanente y oportuna se beneficien los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en riesgo inminente.

- El trámite de tenencia en nuestro País, es demasiado lento e ineficaz debido a varias causas, entre ellas: la saturación por la inmensa cantidad de causas represadas de años anteriores y las nuevas demandas presentadas todos lo días; la falta de jueces y auxiliares en los juzgados; ineficiencia de las normas legales existentes; falta de normas que permitan alos Juzgados resolver oportuna y efectivamente procurando siempre el interés superior del niño; además existe falta de recursos económicos y falta de personal capacitado en la Oficina Técnica de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

- Del estudio jurídico, doctrinario y critico de la normativa que regula la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, puedo concluir que existen vacíos y deficiencias legales que garanticen el cumplimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- Al cotejar las disposiciones y los principios fundamentales que garantizan la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con la práctica en los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; considero que la situación de peligro de los niños, niñas y adolescentes se agrava debido a la falta de un procedimiento eficaz que agilite la tramitación de las causas de tenencia.

- De las encuestas realizadas a los abogados en libre ejercicio se determina que en la práctica, los principios no se aplican y los derechos se violentan, debido a la forma burocrática, impersonal e ineficiente con que se tramitan las causas en general y especialmente en el trámite de tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

- Los vacíos legales del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que tratan a la tenencia en 4 artículos, violentan los principios de celeridad y eficacia de las resoluciones judiciales; por lo que es necesaria una reforma integral que establezca el procedimiento especial que permita armonizar el contenido jurídico con la vigencia de los derechos; de tal manera que la tenencia sea otorgada en forma oportuna, eficaz y eficiente con el objeto de procurar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en conflicto .

8. RECOMENDACIONES

- Que el Gobierno Nacional asigne recursos presupuestarios con la finalidad de difundir y vigilar el cumplimiento de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

- Que la Asamblea Nacional, proceda a reformar el Código Orgánico la Niñez y la Adolescencia,referente al trámite para la concesión de la tenencia de los menores.

- Que la Corte Nacional de Justicia, proceda a elaborar un proyecto de reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia en lo relativo a abreviar el tramite para la tenencia de menores

- Se debería tomar conciencia que el presente Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, esta atentando contra los derechos de los menores en cuanto al trámite para la tenencia.

- A la sociedad, mi recomendación principal es que participen activa e inteligentemente para que estas y otra buenas propuestas se efectivicen.

- Que los jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a nivel Nacional, promuevan la reforma al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, a fin de que se establezca el trÁmite especial y de esta manera velar por el bienestar por el interés superior del niño, niña y adolescente

9. PROPUESTA.

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYE

CONSIDERANDO

Que,la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 169, reconoce que un deber del Estado es velar por los derechos del buen vivir, es por ello que las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a la Justicia, así mismo no se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades.

Que,el sector de los menores es uno de los grupos de atención prioritaria de acuerdo a la Constitución y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, por lo que sus derechos deben ser cumplidos a carta cabal velando siempre por su interés superior.

Que, la Constitución de la República del Ecuador señala en el artículo 44, El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de sus interés superior y sus

derechos prevalecerán sobre los de las demás personas; así mismo tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social, y comunitario de afectividad y seguridad.

Que, es necesario introducir una reforma legal para efectivizar de una manera rápida el trámite de una tenencia de un menor, a efecto de cumplir con el principio constitucional de celeridad y economía procesal.

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45, las niñas, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, el Estado reconocerá y garantizara la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, además tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte ya a la recreación; a la seguridad social; atener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Por lo que la Asamblea Nacional, en uso de sus atribuciones y deberes constantes en el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente ley reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia:

LEY REFORMATORIA Al CODIGO ORGANICO DE LANIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

Artículo.- 1.-Después del Inciso Primero del Art. 271, Agréguese otro inciso que diga lo siguiente: “Para los juicios que traten sobre tenencia de niños, niñas y adolescentes, se aplicará el Trámite Especial.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- Todas las leyes que en sus preceptos se opongan a la presente, por efecto de esta Ley quedan derogadas.

DISPOSICIÓN FINAL.- Esta reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Asamblea nacional de la República del Ecuador, a los…..días del mes de…..del año 2011...

Firman.

PRESIDENTE SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFIA.

ALBAN Fernando. “Derecho de la Niñez y la Adolescencia”. Quito – Ecuador.

BELLUSCO C. Augusto. “Derecho de Familia” Buenos Aires – Argentina 1979.

CABANELLAS Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta S.R.I Undécima edición. Buenos Aires – Argentina. 1993.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ley 100 – 2002, publicado en el Registro Oficial Nro. 737, de 3 de Enero del 2003.

CODIGO CIVIL CODIFICADO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador 2005.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN) Asamblea General de las Naciones Unidas firmado Enero 1990.

“DICCIONARIO jurídico Espasa”. Madrid – España 2001.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXVI Tasa – Zona – Editores Libreros. Lavalle 1328.- Buenos Aires – Argentina.

GUIA PRACTICA PARA CONOCER Y HACER CUMPLIR TUS DERECHOS. Programa Nuestros Niños. MBS Agosto 2004.

GUTIERREZ VERA, Fernando.- “Manual de aplicación de normas internacionales de Derechos Humanos en el ámbito Jurídico Ecuatoriano”.- Guayaquil – Ecuador. 2002.

HECTOR F. Orbe. “Derecho de Menores” Quito – Ecuador 1995.

INTERNET “Derecho de Familia”. Es Wikipedia. Org/wiki/

JARAMILLO Herman Dr. “La Ciencia y Técnica del Derecho” Loja – Ecuador 1996.

JARAMILLO S. Jenny Dra. Mg. Sc. “Derechos Constitucionales de los Ciudadanos” Decimo curso de Apoyo. Loja – Ecuador.

JIMENEZ de Vega Mercedes Dra. “La Familia en los instrumentos Internacionales”. Documento obtenido en la Red Informática.

LARREA Holguín Juan, “La mujer en el Derecho Civil Actual” Guayaquil – Ecuador 1999.

LEY DE CASACION. Codificación, Ley 01-2004, publicado en el suplemento del Registro Oficial Nro. 299 de 24 de marzo del 2004.

OSSORIO. Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta – Buenos Aires – Argentina.

ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martin.- Diccionario.

RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas Y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá – Colombia 2005.

STILERMAN. Tenencia, Régimen de Visitas, Editorial Universidad, Talcahuano 487- Tel. 35 – 4220 - 1013 Buenos Aires.

TORRES CHAVEZ, Efraín. “Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia” Quito – Ecuador 2003.

12. INDICE.

Certificación…….. i

Autoría…… ii

Agradecimiento……... iii

Dedicatoria…… iv

Tabla de Contenidos…….. v

1. Resumen…….. viii

Abstrac…….. x

2. Introducción…… xii

3. REVISION DE LITERATURA…… 1

3.1. MARCO CONCEPTUAL…… 1

3.1.1. Los Menores…… 1

3.1.2. Los Principios protectores de los niños, niñas y adolescentes…. 5

3.1.3. El procedimiento para el otorgamiento de la tenencia…….. 18

3.2 MARCO DOCTRINARIO…….. 34

3.2.1. Reseña Histórica de la Patria Potestad…….. 35

3.2.2 Relaciones Jurídicas de la Patria Potestad…… 40

3.2.3 Análisis de los elementos objetivos y subjetivos que intervienen en la inclinación del Juzgador para otorgar la tenencia de menores…… 49

3.2.4. La convención sobre los derechos del niño…….. 50

3.3. MARCO JURIDICO…… 52

3.3.1 Sujetos que intervienen en la Tenencia de los niños, niñas y Adolescentes…….. 52

3.3.2 Análisis de la normativa legal sobre la protección a los Menores…….. 54

3.3.3 El Procedimiento contencioso general establecido en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia para la tenencia de los menores…… 57

3.3.4 Recursos…… 65

3.3.4.1 Recurso de Nulidad…….. 65

3.3.4.2 Recurso de Apelación…….. 66

3.3.4.3 Recurso de Hecho…….. 67

3.3.4.4 Recurso de Casación …….. 67

3.3.5 Normas especiales en los casos de tenencia de los niños, Niñas y adolescentes…… 69

3.3.6 El Principio Constitucional de la celeridad…… 71

3.3.7 Legislación comparada de los derechos de los menores…….. 73

3.3.7.1 Legislación Venezolana…… 74

3.3.7.2 Legislación Colombiana……... 76

4. MATERIALES Y METODOS…….. 77

4.1 Materiales…… 77

4.2 Métodos…….. 78

4.3 Técnicas…… 81

5. RESULTADOS……. 83

5.1 Presentación de los resultados de las encuestas…… 83

5.2 Presentación de los resultados de las entrevistas……... 93

5.3 Estudios de Casos…… 100

6. DISCUSION…… 120

6.1 Verificación de Objetivos…… 120

6.2 Contrastación de Hipótesis…… 123

6.3 Fundamentación Jurídica……124

7. CONCLUSIONES……..126

8. RECOMENDACIONES…… 129

9. PROPUESTA JURIDICA…… 130

9.1 Propuesta…… 132

10. Bibliografía……133

11. Índice……..136