



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho

**Análisis Jurídico y Comparado de la figura jurídica
tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de
familia.**

Trabajo de Titulación previo a la
obtención del Título de Licenciada en
Jurisprudencia y Abogada.

AUTORA:

France Geovanna Rodríguez Muñoz

DIRECTORA:

Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva.Mg. Sc.

Loja - Ecuador

2023

Loja, 10 de marzo del 2023

Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva.Mg. Sc

DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C E R T I F I C O:

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración del Trabajo de Titulación denominado: **Análisis jurídico y comparado de la figura jurídica tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de familia**, previo a la obtención del título de **Licenciada en Jurisprudencia y título de Abogada**, de la autoría de la estudiante **FRANCE GEOVANNA RODRIGUEZ MUÑOZ**, con **cédula de identidad Nro.1900456631**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva.Mg. Sc

DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Autoría

Yo, **France Geovanna Rodríguez**, declaro ser autora del presente Trabajo de Titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Titulación, en el Repositorio Digital Institucional – Biblioteca Virtual.

Firma:

Cédula de identidad: 1900456631

Fecha: 10 de marzo del 2023

Correo electrónico: france.rodriguez@unl.edu.ec

Teléfono: 0967571821

Carta de autorización por parte del autor/a, para consulta, reproducción parcial o total y/o publicación electrónica del texto completo, del Trabajo de Titulación.

Yo, **France Geovanna Rodríguez Muñoz**, declaro ser autora del Trabajo de Titulación denominado: “**Análisis jurídico y comparado de la figura jurídica tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de familia**”, como requisito para optar por el título de **Licenciada en Jurisprudencia y Abogada**, autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Titulación que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 10 días del mes de marzo del dos mil veintitrés.

Firma:

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

Cédula: 1900456631

Dirección: Zamora, Avenida del ejército y Juan Montalvo.

Correo electrónico: france.rodriguez@unl.edu.ec – yovanamu99@gmail.com

Teléfono: 0967571821

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Directora del Trabajo Titulación: Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva.Mg. Sc.

Dedicatoria

A mis padres Francia y Giovanni por el apoyo, paciencia y amor que me han dado en toda mi formación académica y por contribuir a conseguir este título profesional, no tengo como pagarles todo lo que han hecho por mí, los amo y estoy infinitamente agradecida con ustedes.

France Geovanna Rodríguez Muñoz.

Agradecimiento

Primero, agradezco a Dios, por permitirme haber llegado a este punto de mi vida a un pequeño paso de convertirme en profesional, por bendecirme todos los días y darme fuerzas en todo momento

A mis hermanos, Nuria, Nicolás, por estar conmigo en todo momento, apoyarme y brindarme su amor, gracias por estar conmigo, a mi hermano Stalin que desde lejos sé que me apoya y se siente orgullo de lo que estoy logrando.

A mis abuelitos Santos, Victoria y Rosa, por bendecirme todos los días y desearme todo lo mejor, sobre todo cuando deje mi casa para estudiar en otra ciudad sin su apoyo no podría haber logrado.

A la Universidad Nacional de Loja por abrirme las puertas y brindarme toda la formación académica durante estos cinco años.

Por último, a mis amigas y amigos que siempre han sido un apoyo, a toda mi familia primos, tíos que de alguna forma formaron parte de este proceso, estoy agradecida con ustedes. A Carlos Maldonado por el apoyo y ayuda que me brindo y por siempre animarme a continuar, Gracias a todos.

France Geovanna Rodríguez Muñoz.

Índice de Contenidos

Portada	i
Certificación	i
Autoría	iii
Carta de Autorización	iii
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice de Contenidos	vii
Índice de Tablas:	xi
Índice de Figuras:	xii
Índice de Anexos:	xiii
1. Título	1
2. Resumen.	2
2.1 Abstract.	4
3. Introducción	5
4. Marco Teórico.	6
4.1 Derecho de Familia	6
4.2 Antecedentes de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.	7
4.3 Los derechos de los niños, niñas y adolescentes.	9
4.4 Concepto de Familia.....	11
4.4.1 Clases de familia	13
4.5 Convivencia Familiar	16

4.6 Relaciones familiares	17
4.7 Filiación.....	18
4.8 Parentesco.....	20
4.8.1 Por consanguinidad.	21
4.8.2 Por afinidad.	22
4.8.3 Civil.....	23
4.8.4 Relación de parentesco.....	24
4.8.4.1 Grados	24
4.8.4.2 Líneas	25
4.9 Patria potestad	26
4.10 Régimen de visitas	27
4.11 Desarrollo Integral.....	28
4.11.1 Elementos para garantizar el Desarrollo Integral del menor.....	29
4.12 Protección integral del menor.	31
4.13 Concepto de Tenencia	32
4.13.1 Clases de tenencia	34
1. Tenencia o guarda dividida o exclusiva.....	34
2. Anidamiento o anidación.....	35
3. Tenencia o guarda alternada	35
4. Tenencia o guarda compartida.....	36
4.13.2 Procedencia para demandar la tenencia	36
4.14 Guardia y custodia.....	41

4.15 Tutela.....	41
4.16 Antecedentes del Interés Superior del Niño.	42
4.16.1 El interés superior del niño.....	44
4.16.2 Elementos para la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño.	46
4.16.3 Garantías Procesales para el interés superior del niño.	49
El derecho del niño a expresar su propia opinión.	49
4.17 Consecuencias de la no entrega de tenencia a familiares.	53
4.18 Síndrome de Alienación parental	54
4.18.1 Síndrome Jurídico Familiar	55
4.19 La importancia de la guardia y custodia a un tercero.....	55
4.20 Política pública y garantía de derechos de la niñez y adolescencia	56
4.20.1 Políticas Públicas enfocadas hacia los niños y niñas.....	57
4.21 Normas Jurídicas	60
4.21.1 Constitución de la República del Ecuador 2008	60
4.21.2 Código de la Niñez y adolescencia.....	62
4.22 Normas Internacionales	67
4.22.1 Convención de los Derechos del Niño	67
4.23 Derecho comparado.....	69
4.23.1 Legislación Uruguaya.....	69
4.22.2 Legislación Española.....	71
4.22.4 Legislación Chilena.....	72

4.22.3 <i>Legislación Colombiana</i>	73
5. Metodología	74
5.1 Materiales Utilizados.....	74
5.2 Métodos.....	74
5.3 Técnicas.....	75
5.4 Observación documental.....	75
6. Resultados.	76
6.1 <i>Resultados de las encuestas a Familia Zamoranas- Lojanas</i>	76
6.2 <i>Resultados a abogados profesionales en el libre ejercicio</i>	86
6.3 <i>Resultados de las entrevistas</i>	94
6.4 <i>Estudio de Casos</i>	103
7. Discusión	112
7.1. Verificación de objetivos	112
7.2. <i>Objetivo General</i>	112
7.3 <i>Objetivos específicos</i>	113
7.4 <i>Contrastación de hipótesis</i>	116
7.5 <i>Fundamentación Jurídica</i>	117
8. Conclusiones	120
9. Recomendaciones	120
9.1 Lineamientos Propositivos.	121
10. Bibliografía	123
11. Anexos	128

Índice de Tablas:

Resultados encuestas realizadas a familias y abogados profesionales.

Tabla 1: Porcentaje de personas encuestadas que conocen acerca de la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia.	76
Tabla 2: Porcentaje de las familias encuestadas, que se encuentran de acuerdo y desacuerdo con confiar el cuidado y crianza de sus hijos a un familiar.	78
Tabla 3: Porcentaje de los encuestados que creen que la tenencia debería extenderse y o solo otorgarse a progenitores.	79
Tabla 4: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo en que un familiar asuma el rol de padre, cuando ellos no se encuentren en la capacidad de hacerlo.	81
Tabla 5: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo o no, con el proyecto de reforma establecido.	83
Tabla 6: Porcentaje de las personas que sugirieron soluciones para el problema planteado.	84
Tabla 7: Porcentaje de los abogados profesionales que conocen la figura jurídica Tenencia.	86
Tabla 8: Porcentaje de encuestados, que están de acuerdo y desacuerdo con que la tenencia debe ser exclusiva de los progenitores.	87
Tabla 9: Porcentaje de los encuestados que considera que los familiares que se encuentran a cargo de menores, deben obtener la tenencia.	89
Tabla 10: Porcentaje de los encuestados que consideran que sí y que no se garantiza el desarrollo integral del menor al limitar este derecho solo a los padres.	91
Tabla 11: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo con realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.	93

Índice de Figuras:

Resultados encuestas realizadas a familias y abogados profesionales.

Figura 1: Porcentaje de personas encuestadas que conocen acerca de la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia.	77
Figura 2: Porcentaje de las familias encuestadas, que se encuentran de acuerdo y desacuerdo con confiar el cuidado y crianza de sus hijos a un familiar	78
Figura 3: Porcentaje de los encuestados que creen que la tenencia debería extenderse y no solo otorgarse a familiares.....	80
Figura 4: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo en que un familiar asuma el rol de padre, cuando ellos no se encuentren en la capacidad de hacerlo.	82
Figura 5: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo o no, con el proyecto de reforma establecido.	83
Figura 6: Porcentaje de las personas que sugirieron soluciones para el problema planteado	85
Figura 7: Porcentaje de los abogados profesionales que conocen la figura jurídica Tenencia.	86
Figura 8: Porcentaje de encuestados, que están de acuerdo y desacuerdo con que la tenencia debe ser exclusiva de los progenitores.....	88
Figura 9: Porcentaje de los encuestados que considera que los familiares que se encuentran a cargo de menores, deben obtener la tenencia.	90
Figura 10: Porcentaje de los encuestados que consideran que sí y que no se garantiza el desarrollo integral del menor al limitar este derecho solo a los padres.	91
Figura 11: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo con realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.	93

Índice de Anexos:

Anexo. 1 Formato encuesta Abogados Profesionales.....	128
Anexo. 2 Formato de encuesta a Familias.....	131
Anexo. 3 Formato de entrevista	134
Anexo. 4 certificado de traducción Abstract.	136
Anexo. 5: Certificación del tribunal.	137

1. Título

Análisis jurídico y comparado de la figura jurídica tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de familia.

2. Resumen.

El Código de la Niñez y Adolescencia, ha considerado que la tenencia se refiere al cuidado y convivencia que tienen los padres respecto a los hijos ya sea de manera conjunta o separada, es decir la obligación de los padres de convivir, criar y cuidar y proporcionarles todo lo necesario para el desarrollo integral del niño, niña u adolescente.

Establecido que la tenencia se refiere a la convivencia de los padres respecto a sus hijos, con el fin de velar y proteger al menor, ¿qué sucede cuando no existe una responsabilidad parental?, dentro del Ecuador, existen 4,333.264 niños y niñas, de los cuales el seis por ciento de ellos, no conviven con ninguno de sus padres, por diferentes factores como la crisis que presentaba y aun presenta Ecuador sus padres han tenido que migrar, la violencia dentro del hogar, la falta de cuidado por uno o ambos progenitores, la falta de interés por llevar una relación afectiva con sus hijos e inclusive la muerte de uno o ambos progenitores. La Constitución de la República del Ecuador reconoce en norma expresa el tipo de familia ampliada, es decir a todos los miembros de un núcleo familiar. Si el menor se encuentra en circunstancias de vulnerabilidad, es fundamental que un familiar ya sea una tía, abuela que tiene la voluntad y cuenta con lo necesario se haga cargo de la menor o el menor que no cuenta con sus padres.

Al revisar nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente en su capítulo III tenencia, se considera como únicos merecedores de este derecho a los padres, es decir que solo ellos podrán ser quienes reclamen la tenencia respecto a sus hijos. Cuando un menor no cuenta con la protección de los padres y si de un familiar, este mismo busca salvaguardar al menor con él para que posterior este no llegue a una casa hogar, lo cual podría ser perjudicial psicológicamente para el menor, al estar limitada y solo reclamada por los progenitores estamos vulnerando lo que nuestra Constitución que se deberá velar por el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, al igual que no estamos aplicando el principio de igualdad ante la justicia.

Finalmente, implementando y ampliando esta figura jurídica lograremos varios puntos en beneficio del niño, niña y adolescente que no cuenta con sus padres para protegerlos, primeramente se logra que los Jueces en materia de Niñez y Adolescencia y los Jueces Multicompetentes a nivel nacional puedan sobreponer al Principio de Interés Superior del Niño y no quedarse estancados por falta de norma, así como también los Jueces no acudan a otras normas en estos casos a solo nombrar tutores lo cual no es una garantía para el menor que en orfandad, por último se velara que los menores no sean llevados a casa hogares donde muchas veces acaban por tener secuelas que afectan a su desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Tenencia- Familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad- Orfandad, falta de interés- Principio de Interés Superior del Niño- Protección- Desarrollo Integral.

2.1 Abstract.

The Children and Adolescents Code has considered that tenure refers to care and coexistence that parents have with respect to children either jointly or separately, that is, the obligation of parents to live together, raise and care for and provide everything necessary for the integral development of the child or adolescent.

Established that tenure refers to the coexistence of parents with respect to their children, in order to watch over and protect the minor, what happens when there is no parental responsibility? within Ecuador, there are 4,333,264 children, of which six percent of them, do not coexist with any of their parents, for different factors such as the crisis that Ecuador presented and still presents, their parents have had to migrate, domestic violence, lack of care by one or both parents, lack of interest in having an emotional relationship with their children and even the death of one or both parents. The Constitution of the Republic of Ecuador expressly recognizes the type of extended family, that is, all members of a nuclear family. If the child is in circumstances of vulnerability, it is essential that a relative is already an aunt, grandmother who has the will and has what is necessary to take care of the minor who does not have his or her parents.

In revising our Code on Children and Adolescents, specifically in chapter III tenure, parents are considered to be the only ones deserving of this right, that is, only they can be the ones who claim the tenure of their children. When a minor does not have the protection of parents and yes of a relative, this same seeks to safeguard the child with him so that later he does not arrive at a children's hostel, which could be psychologically harmful to the child, being limited and only claimed by parents, we are violating what our Constitution must ensure for the integral development of the child and adolescent, just as we are not applying the principle of equality before the courts.

Finally, implementing and expanding this legal figure, we will achieve several points for the benefit of children and adolescents who do not have their parents to protect them, firstly, it is achieved that the Judges in matters of Children and Adolescents and the Multicompetent Judges at the national level can override the Principle of the Best Interests of the Child and not remain stagnant due to lack of norms, as well as the Judges do not resort to other rules in this case to only appoint guardians which is not a guarantee for the minor who in orphanhood, lastly it will be ensured that minors are not taken to children's hostel where they often end up having sequelae that affect their development.

Keywords: Tenure - Relatives up to the fourth degree of consanguinity-Orphanhood, lack of interest - Principle of the Best Interests of the Child - Protection - Integral Development.

3. Introducción

La presente investigación denominada como “**Análisis Jurídico y Comparado de la Figura Jurídica Tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de familia**”, tiene como fin comprobar la necesidad de implementar una excepción dentro del Código de la Niñez y Adolescencia en su capítulo III el otorgar la figura jurídica tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. A través de mis prácticas profesionales y de la revisión del sistema Sajat, he podido comprobar que, por falta de norma, las resoluciones que dictan Jueces en materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a nivel nacional, niegan o rechazan las demandas presentadas por familiares y solamente se los nombra como tutores o inclusive llegan a ser inadmitidas por lo tanto no se está garantizando el desarrollo integral efectivo de las niñas, niños y adolescentes.

Dentro de nuestro marco teórico se tomó en consideración diferentes términos, utilizando diferentes criterios de obras y autores, que se encuentran relacionadas con el tema a tratar, los conceptos a consideración fueron; Derecho de familia, familia, convivencia familiar, relaciones familiares, filiación, parentesco, patria potestad, régimen de visitas, desarrollo Integral, tenencia, guardia y custodia y tutela, que fueron considerados como temas primordiales, posterior a ello aparecen subtemas que son necesarios para la comprensión del lector.

Así mismo se incluyó, diferentes corrientes doctrinarias como antecedentes, y opiniones de juristas sobre el tema en discusión, que sirvieron de sustento a mi trabajo de investigación.

A su vez se incluyeron las diferentes normas jurídicas, que se encuentran dentro de nuestra Legislación Ecuatoriana, como es la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia donde se encontraba primordialmente el vacío jurídico, contando también con Instrumentos internacionales como el Convenio de los Derecho del Niño y normas de otras legislaciones como la española y uruguaya ,donde se puede apreciar como amplían este derecho y no es exclusivo de progenitores.

Por último, a través de la encuesta y entrevista realizadas a profesionales emitieron su criterio, criterio que fue fundamental para elaboración de mi proyecto de propuesta de reforma a realizar dentro del Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118. Por último, se incluyó diferentes casos que se han dado dentro del Ecuador, donde Jueces a nivel nacional no han otorgado la tenencia a familiares.

4. Marco Teórico.

4.1 Derecho de Familia

El Derecho de familia, nace con la necesidad de proteger a las diferentes familias que se han ido creando con el tiempo, esto cuando se desprende del derecho civil. Se ha considerado tres conceptos de diferentes autores sobre el Derecho Familiar;

Para Jorge Parra (1995), mantiene su posición que este derecho nace con el fin de velar las diferentes instituciones familiares del derecho, y que a su vez esta nace como una rama del derecho civil. Por lo tanto, los diferentes Estados a nivel mundial con este derecho buscan la protección de los diferentes núcleos familiares;

Se trata de disposiciones legales la cuales se encarga de regular dentro del ámbito de la familia, está la determina como una rama dentro del derecho civil que su objeto o pilar fundamental en materia es las diferentes instituciones familiares y de quienes se encuentran compuestos, que son entendidos como géneros cuyos desarrollos se nutren de dentro de un campo de acción en el ordenamiento jurídico. El principal o fundamental objeto es matrimonio que es por donde versa las normas sobre el derecho de familia, así mismo hace mención sobre la filiación, relaciona ambos objetos como son el matrimonio y la filiación que generan derechos y obligaciones propias (Benítez, 1995, pág. 91)

Al hablar de disposiciones legales, estamos hablando de las diferentes normas o leyes que se crean en beneficio o suplen las necesidades de cada rama del derecho, es decir que existirán normas tanto como para la rama penal, civil o de familia. En este caso al hablar del derecho familiar, las normas creadas nacen con el único fin de proteger al núcleo familiar incluyendo a padres, hijos, hermanos, abuelos y todo el abanico familiar. Sobre todo, protegerlo antes distintas vulnerabilidades que puede ir sucediendo o apareciendo al pasar el tiempo, esto supondrá también que las próximas disposiciones legales deberán ser progresivas en beneficio del núcleo familiar.

Cabe mencionar que desde otro punto de vista el autor Carlos Vide, menciona una peculiaridad que, si bien antes no ha sido mencionada, que este derecho corresponde al ámbito privado mas no público, opinión que ese aceptable pues debe nacer de alguna de las partes, ejemplo el pedir alimentos nace de parte de la madre hacerlo. Menciona lo siguiente;

Se considera como un Derecho que llega a poseer características propias, que contiene normas imperativas, y que mantiene un margen para su autonomía de la voluntad, al igual se encuentra con derechos intransmisibles y de potestades ejercidas ya sea por uno o más dotados o que a la vez sean capaces pueden ser los progenitores o los tutores, en

beneficios ya sea de sus hijos o pupilos que son considerados como los menos dotados, en este Derecho se observan ideas de interés u orden público y este es uniforme la doctrina actual sobre el punto, al igual lo considera que este derecho como tal no es Derecho público si no Derecho de privado y que se encuentra dentro del Derecho civil, ya que en civiles se encuentran las principales instituciones, patrimoniales algunas, personales. (Vide, 2010, pág. 9).

Hablamos que este derecho posee características propias, es decir que se encuentran encaminadas a proteger a un cierto elemento, sobre todo a los que se encuentran dentro de un grupo vulnerable, nuestra Constitución nos establece que pertenecen las niñas, niños y adolescente, personas con discapacidad, tercera edad, es decir persona que por sí solas no se encuentran en la capacidad de protegerse por sí solos. El derecho de familia a través de las diferentes normas, políticas e inclusive instituciones que se creen velaran por la protección y bienestar del menor. En este caso el Ecuador cuenta con diferentes instituciones tanto públicas como privadas, que han ido surgiendo poco a poco, que su objetivo principal es la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como también de madres en estado de gestación o familias de escasos recursos. El estado ecuatoriano a través del Mies ha impulsado diferentes campañas, en beneficio a familias y con el fin de concientizar o brindar una ayuda.

Para Bonecasse (1990), nos vuelve a mencionar como un conjunto de reglas dentro del derecho familiar: "El derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho y de orden personal y patrimonial cuyo objeto exclusivo. principal accesorio o indirecto es precisar la organización. vida y disolución de la familia" (pág. 10). Todo núcleo familiar da inicio desde que dos personas de opuesto sexo contraen matrimonio posterior a eso el árbol genealógico va aumentando poco a poco, quedando protegidos todos los pertenecientes a este. Pero cuando una familia se disuelve a través del divorcio no supone que estos van a quedar desprotegidos ya que la norma busca proteger posterior a ella

4.2 Antecedentes de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Anteriormente, los niños, niñas y adolescentes vivían sumergidos en un mundo de esclavitud donde rara vez se podía ver estudiando alguno de ellos, pero poco a poco con diferentes organismos internacionales nacieron sus respectivos derechos;

Uno de los primeros antecedentes de trabajo a favor de la niñez fue la creación, en el año 1919, del Comité de Protección de la Infancia por la Sociedad de las Naciones (SDN). A partir de este momento, los Estados dejaron de ser los únicos soberanos en materia de infancia. Durante ese período, debe destacarse la formidable labor de Eglantyne Jebb, fundadora de «Save The Children Fund», quien fue una de las primeras

personas en identificar a los niños y niñas como sujeto de derechos y no como objetos de compasión.

Unos años más tarde (1923), la Fundación Save The Children junto con la Unión Internacional de Auxilio al Niño, tienen la idea de formular la Declaración de los Derechos del Niño, conocida igualmente como «Declaración de Ginebra». La misma se compone de cinco principios que buscan asegurar a todo niño y niña las condiciones esenciales para el pleno desarrollo de su persona. El 26 de septiembre de 1924, la Sociedad de las Naciones (SDN) adoptó dicha declaración sin realizar ninguna modificación al texto original. En ella se conceptualiza por primera vez a la niñez en su conjunto como un grupo que debe ser objeto de medidas especiales de protección para garantizar su normal desarrollo material y espiritual. (Rosenblatt, 2004, pág. 17)

En líneas anteriores expuestas, se describió un pequeño antecedente acerca de cómo iniciaron hacer sujetos de derechos los “niños o niñas”, sin distinción de sexo, primeramente, los comités que se fueron formando poco a poco desde un inicio, no se mantenían tan fuertes como los son ahora, ni tenían la importancia que al día de hoy manejan respecto a los niños a niños. Los comités que en ese entonces se formaban iniciaron primordialmente en el continente europeo, por un cierto porcentaje de persona que tenía a fin velar por la protección de los menores que se encontraban en situación de esclavitud, que se dedican a trabajar y no cumplían sus derechos como el de educación. Ellos fueron quien primordialmente dieron el reconocimiento como sujetos de derechos a los niños.

Después de este primer impulso, continuaron diferentes fundaciones que se crearon poco a poco convenios en este caso el “CONVENIO DE GINEBRA” que fue un texto fundamental, que diferentes naciones lo acoplaron con un grupo donde objeto de medidas especiales de protección. Pero este tema no fue algo aprobado a lo seguro, ya que con el tiempo se fue incluyendo a nivel internacional lo siguiente;

En el año 1924, el 26 de diciembre, la Liga o Sociedad de las Naciones, instancia que constituyó un serio esfuerzo de universalización en la nueva era del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, truncado por las tensiones y guerras que intermediaron cruelmente en la primera mitad del Siglo XX; aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Este manifiesto resumió las ideas generales que, en subversión a la doctrina de situación irregular, ya desde finales del siglo XIX venían manifestándose con cierta fuerza emergente, en particular en algunos de los medios académicos e intelectuales de Europa.

En 1948, el 10 de diciembre, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de Derechos Humanos que, además de establecer el Derecho de toda persona a la crianza en la familia, al nombre y nacionalidad, al libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento jurídico de ésta en cualquier parte del planeta; establece en su artículo 26 el derecho de la infancia a asistencia y cuidados especiales. Siendo la Declaración de Derechos Humanos de tal universalización como se ha estimado hasta el presente, sembró las bases de principios y normas a desarrollar para los grupos humanos de protección especial por sus condiciones de vulnerabilidad. Así, esta declaración constituye un antecedente formal del derecho Internacional de los Derechos Humanos para el ulterior desarrollo de los derechos de las minorías étnicas, por ejemplo, así como de la niñez, puesto que las particularidades de sus derechos no se satisfacen con la globalidad de la normativa general sobre derechos humanos. De esa forma, la propia ONU siempre consideró la necesidad de desarrollar los derechos de personas y grupos humanos por separado, lejos de pensar que se encontraban satisfecho su reconocimiento en el contexto de la generalidad de los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos.” (Valera, 2013, pág. 15).

Si bien el autor Yuri Emilio Buaz (2013), menciona que el antecedente para la creación de los derechos del menor parte de los Derechos humanos, muy opuesto a lo que se mencionaba anteriormente, este autor nos nombra ciertas características peculiares, el inicio de los derechos del niño busca garantizar los diferentes derechos que poseen los grupos más vulnerables es decir las niñas, niños y adolescentes, por lo tanto era necesario la creación del convenio de Ginebra con el fin de ir implementarlo poco a poco diferentes principios y derechos para la protección de los mismos. Se da origen entonces al convenio de Ginebra, donde se menciona la ONU, organización de Naciones Unidas que busca la mejor calidad de vida que brindan los diferentes estados que forman parte y así también la no vulneración de los derechos por parte de los mismos, es de máxima importancia para mi parecer la intervención de esta organización con ella se crearon derechos específicos a este grupo de atención prioritario, siendo prioridad del Estado adaptarlos dentro de su estado y respetarlos como tal.

4.3 Los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Con los antecedentes antes expuesto dan origen a un cierto número de derechos, que surgen con el fin de proteger a cuidar a los niños, niñas y adolescentes, así como los adultos poseían derechos específicos a su edad, era necesario la creación de derechos específicos a su edad. Para nuestro autor Francisco, menciona lo siguiente respecto a que son los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

También suelen ser llamados derecho del menor, denominación que se aclarara más adelante, pero que por el momento es sinónimas. Es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que doctrinalmente se acepta al derecho de los niños o de los menores como una rama del derecho autónoma y distinta del derecho civil o del derecho familiar, donde normal mente se encuentra (García, 2000, pág. 4).

Una vez que a través de la Convención de Ginebra se declara, que los niños y niñas e inclusive los adolescentes son juntos a medidas de protección, por la vulnerabilidad que están sometidos por no valerse por sí solos, que más bien necesitan de una persona que vele por ellos. Quiere decir entonces que los derechos que son específicamente para el menor, son normas protectoras que protegerán al niño, niña o adolescente desde la concepción, nacimiento y todo su crecimiento hasta que alcance la mayoría de edad, es decir los dieciocho años, pero también existe los niños, niñas u adolescentes que se regirán a estas medidas para toda su vida, estamos hablando entonces de las personas con discapacidad que no pueden valerse por sí solos.

Al igual que el autor, comparto que este derecho es muy diferente a lo que se establece dentro de un Código Penal o un Código civil, por lo tanto, merecen una autonomía propia, porque las normas son específicas tienen un solo sujeto como protección y sobre todo son específicas a la edad del cual se va proteger y en beneficio de ellos. Otro concepto, determina lo siguiente con respecto a que es los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

Es un derecho especial, de carácter tutelar, que tiene como propósito garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas, dado que son miembros más vulnerables de la sociedad, hasta que alcancen la mayoría de edad y disfruten a plenitud tanto su capacidad de goce, como su capacidad de ejercicio en torno a las facultades y derechos que deriven ya no de una legislación tuitiva, sino de una legislación general. (Valenzuela, 2020, pág. 15).

Un derecho especial, porque su aplicación depende de algunas normativas generales como son los códigos civiles y familiares de cada uno de los estados, códigos penales, leyes de educación, leyes de trabajo entre otras normas. Es posible considerarlo como una rama del derecho, que carece de autonomía, por lo tanto, la normativa internacional y nacional en materia, para su debido cumplimiento debe verse reflejada en los códigos y leyes a que hemos hecho referencia (Valenzuela, 2020, pág. 15).

Como primer punto, el autor antes mencionado y la autora que acabo de exponer en líneas anteriores, se menciona que es un derecho de carácter especial, primordialmente para garantizar el desarrollo efectivo de los niños, niñas y adolescentes, al hablar y efectivo es decir que estos alcance las mayoría edad, en todas su estas ellos cuenten con todo lo necesario para sobrevivir y poder adentrarse luego a la sociedad. Al hablar de todo lo necesario deberá contar con alimentación, educación y salud necesario para su desarrollo.

El distintivo entre la autora María Valenzuela y el autor antes mencionado es que existe una opción ante el criterio de autonomía. El primer autor menciona que debe ser de carácter a autónomo por cuanto tiene un carácter especial, por el fin que tiene de proteger, a diferencia la segunda autora expuesta, ella hace mención que es considerado de carácter especial por cuanto este necesita de otras ramas, es decir que dentro de este derecho, necesitaran diferentes normas ya sean penales o civiles, así como también diferentes convenios internacionales, por lo tanto esta deberá estar en conjunto con otras normas, sin estas normas supletorias el derecho de los niños, niñas y adolescentes tampoco podrán velarse por sí sola.

4.4 Concepto de Familia

Una vez entendido que es el derecho familiar, debemos separar este término y preguntarnos ¿qué es familia?, para mi criterio consideramos, familia son todas las personas que en si compartimos una línea de sangre ya sea por parte de la madre o por parte del padre y que desde pequeños hemos tenido una convivencia o inclusive nuestros padres nos han dado esa idea desde pequeños por lo tanto los consideramos como tal. El libro de Derecho de familia y sucesiones, define como familia lo siguiente:

La institución formada por las personas unidas por vinculo de sangre y lo relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda. Si consideramos las tendencias actuales, ampliaríamos el concepto, ya que dichas uniones no solo se dan por vínculos de sangre, sino también de simple solidaridad, cuando cumplen con elementos de validez y existencia, como que sea o se considere una unión estable, publica y voluntaria, y que cumpla con la obligación de proteger a sus integrantes identificándolos en la comunidad donde se desarrollan e interactúan como un solo núcleo solidario, para tales efectos (Pérez, 2010, pág. 21).

Si bien menciona este tratadista desde su punto de vista la familia es una institución, esta institución nos brindara todo lo necesario en cuanto es alimentación, vivienda, todo lo necesario para el desarrollo de la familia y especialmente de los más pequeños, al igual la considera como el punto de la sociedad. Desde mi punto de vista esta definición es clara, familia es la formada por un vínculo de sangre, esta familia va de aumento en generación en generación

puesto que cada vez se forman diferentes vínculos de sangre por el crecimiento o la unión de nuevos miembros a este núcleo, al mantener esta línea de sangre consideramos ellos forman parte de nuestra familia, como también la constante convivencia nos ha impulsado a considerarla como tal. A veces no es necesariamente que exista ese vínculo de sangre.

Dentro del artículo La familia (conceptos, cambios y nuevos modelos), la autora Carmen Valdivia (2008) menciona lo siguiente respecto al término de que es familia, sobre todo haciendo alusión del significado de familia extensa; “Se entiende por familia extensa, aquella que reúne a todos los parientes y personas con vínculos reconocidos como tales. El concepto se empleaba como sinónimo de familia consanguínea.” (pág. 15) . En estas breves líneas citadas, se ve que el concepto familia incluye a todas las personas que mantienen un vínculo de sangre y que descienden de un tronco en común, comprendiendo entonces desde las personas adultas desde los ancianos hasta los más pequeños y así sucesivamente. Es claro que en esta definición solo se direcciona al vínculo de sangre, aunque dentro de cada núcleo familiar aparecen personas que no mantienen ningún vínculo de sangre, pero sí se encuentran con una persona de su misma descendencia. Por lo tanto, la familia no solamente es compartir una línea de sangre.

Los autores Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro (2010) en su obra definen a la familia desde un punto de vista biológico, en el cual hacen mención a lo siguiente:

Es la forma por la que unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre; por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna. (Báez, 2010, pág. 3).

La procreación es conocida si bien sabemos, el acto sexual en donde una pareja siendo hombre y mujer, traen a la vida a un niño o niña, al venir del vientre de la madre y del esperma del padre, supone que el bebé que está por nacer comparte una línea consanguínea tanto con el padre como la madre, por lo tanto, poseerá características propias de ambos. Lo que el autor nos quiere hacer mención en su definición es que considera que el término “familia” nace desde que una pareja trae un bebé al mundo y lo que supone posterior al bebé, es decir los hermanos, los hijos de los hijos y como así se va a ir ampliando poco a poco el abanico familiar. Cabe mencionar que existe diferentes tipos de concepción que se han ido apareciendo poco a poco, por ejemplo, la asistida, que también da inicio a una nueva “familia”.

Para Manuel Ossorio, en su diccionario de ciencias, mantiene y considera lo siguiente respecto al concepto de familia:

Familia ilegítima; el cual es la determinada por la procreación de un *hijo legítimo*. Estrictamente exige que por lo menos tres personas: los amantes y el hijo. En los

antiguos códigos civiles, la familia ilegítima solo planteaba cuestiones de legitimación, alimentos y derechos sucesorios restringidísimos entre el ascendiente y el descendiente ilegítimos (Ossorio, 1974, pág. 408).

Por último, con este concepto podemos establecer que es necesario que, para la constitución del matrimonio, este formando por dos pilares fundamentales, como bien mencionaba anteriormente este deberá incluir a los progenitores que han contraído matrimonio y los hijos que tengan.

La familia al ser un elemento fundamental de la sociedad, velara por el desarrollo de los miembros de su familia sobre todo de los niños, niñas y adolescentes quienes se encuentran en pleno desarrollo integral, al ser un núcleo grande cuando no exista los progenitores para velar por los derechos y deberes de sus hijos, esta responsabilidad la podrá tomar el miembro de la familia que se encuentre en capacidad de hacerlo, esto es una cadena al igual que poco a poco ellos se brindaran apoyo. Desde mi punto de vista creo que no es favorable que estas sean divididas o se rompan, situaciones que poco a poco en la actualidad se han dado, por diferentes factores como la envidia, la codicia y malos entendidos han provocado conflictos, creando rompimientos de sana convivencia que hayan tenido.

4.4.1 Clases de familia

Una vez conocido que es el termino en si familia, podemos incluir una clasificación de este término, pues si bien a lo largo de tiempo han ido apareciendo como desapareciendo distintos tipos o clases de familia, que me permitiré mencionar. En la misma obra literaria llamada Derecho de familia y sucesiones se menciona una clasificación de diferentes tipos de familia, las cuales son bastantes conocidas:

Para la autora, primeramente, menciona sobre el tipo de familia denominada nuclear (2010), “el término “familia nuclear” hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre y la madre y sus hijos.” (pág. 23). Esta es la típica familia y la más conocida a lo largo del tiempo, puesto que siempre se ha considerado que dentro de un hogar la familia siempre ha estado constituido por los padres y sus hijos, está en si es la familia más común a nivel mundial, dentro del hogar solo conviven ellos sin necesidad de nadie más.

Así como también incluye otra clase de familia, que poco a poco ha sido considerado y que no nace específicamente de la unión de dos personas a través del matrimonio, ya que muchas veces estas se separa, tipo de familia que ha sido denominada como monoparental, la cual define lo siguiente (2010); “Esta clase de familia se encuentra integrado solo por un progenitor ya sea la madre o el padre y los hijos. En esta los hijos pierden el contacto con uno de los padres, ya sea prolongada o definitivamente” (pág. 23). Este tipo de familia se ha ido

acoplado poco a poco en la actualidad, puesto que en tiempos anteriores no era considerado este tipo de familia y más que todo era considerado como perjudicial para mujer por lo tiempos clasistas en los que se vivía, en la actualidad se puede ver tanto a madres solteras, como a padres que se han hecho cargo de sus hijos ellos solos, proveyéndoles todo lo necesario para su supervivencia. El progenitor ausente provoca un vacío de la figura paterna o materna ya que no mantiene una relación con su hijo y solo es considerado como un progenitor, pero no se le guarda ningún afecto o cariño.

Por último, en la misma obra, hace mención a la familia extensa o ampliada, la cual considera que es la conformada por todo el abanico es decir los miembros que están dentro de un árbol genealógico, María Contreras define lo siguiente respecto a familia extensa:

En cuanto a la familia extensa se conforma por los abuelos, padres, hijos, tíos y primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red social de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua (Contreras, 2010, pág. 23).

Las familias con grandes relaciones intrafamiliares, y que están formadas con valores y principios de unión, siempre se mantendrán unidas puesto que estas mantienen una relación frecuente pueden convivir dentro de un hogar sin causarse daño, este tipo de familiar es considerada como todos los miembros de un núcleo familiar es decir desde el primer grado de consanguinidad hasta el último. Nuestra constitución de la República del Ecuador, menciona a acerca de este tipo de familia.

La misma autora antes mencionada en su obra llamada Derechos de las familias (2010), incluye tres tipos de familia que también han ido surgiendo poco a poco y son reconocidas por la ley para su protección, primeramente, tenemos la familia ensamblada, la cual es definida de la siguiente forma:

Es la familia la cual está integrada por familias reconstituidas, es decir, por miembros de núcleos familiares previos, que al separarse o al vivir en un núcleo monoparental se unen nuevamente, de hecho, o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura familiar, sin que ello obste que subsistan, salvo por disposición en contrario de la autoridad judicial, las obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos (Contreras, 2010, pág. 6).

Al igual que la familia monoparental, este tipo de familia se ha ido adaptando ya que antes tampoco era bien visto que una mujer vuelva a contraer matrimonio. Con la finalización del vínculo matrimonial a nacido la posibilidad de volver a casarse cuando, claro está cumpla

ciertos requisitos que la ley determina. Las familias ensambladas tratan de eso, el nuevo vínculo matrimonial con otra persona dará la creación a otro núcleo familiar, creando así otra.

Así como también ha podido incluir a la familia que no necesariamente comparte un vínculo de sangre, aunque esta no es reconocida por la ley en sí, la autora a denominada a esta clase de familia como de sociedad de convivencia y/lo familiarización de amigos, la cual es la siguiente:

La sociedad de convivencia se define como un acto jurídico bilateral que se verifica, y tiene consecuencias jurídicas, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, deciden formar un hogar común estable para convivir voluntariamente y públicamente sobre los principios de solidaridad y ayuda mutua, y que surte efectos frente a terceros cuando es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano político administrativo correspondiente (Contreras, 2010, pág. 5).

Por último, es importante mencionar esta clase de familia, la denominada homoparental, la cual se ha ido creado poco a poco a través de la adopción, figura que también ha sido reconocida como una clase de familia, la cual es definida de la siguiente forma:

Es aquella formada por una pareja de hombres o de mujeres al convertirse en padres ya sea a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de otras formas de reproducción asistida como lo puede ser la inseminación artificial en el caso de las mujeres. (Contreras, 2010, pág. 5)

Al igual que la clase de familia antes mencionada como sociedad de convivencia, pueden existir un tipo de familia que no comparten un lazo de sangre, pero, a diferencia de la anterior este si se reconoce ante la ley, a través de la filiación, al ser reconocido por sus padres adoptivos, adquieren todo tipo de derechos y deberes como si fueran los de sangre.

Siempre se ha mantenido la ideología que la familia siempre debe estar constituidas por el padre y la madre y sus hijos, y que el deber de los esposos es ir a trabajar y proveer lo necesario para el hogar y el papel de la mujer es el de estar en su casa ocupándose de las tareas del hogar y del cuidado de sus hijos. Con el pasar de tiempo podemos ver que se han creado familias que no necesariamente se debe contar con la existencia de un progenitor y que igual es considerada como familia, así como también se han creado familias en la que uno de los progenitores a contraído nuevo matrimonio y esta nueva persona no mantiene ningún vínculo de sangre con su hijo. Creo que es de necesaria importancia diferenciar cada una de ellas y tener en cuenta, que sea cual sea la clase de familia en la que uno se encuentre, estaremos sujetas

bajo las normas que imponga cada estado dentro del ámbito de familia y deberán cumplirlas al igual.

4.5 Convivencia Familiar

Todo núcleo familiar o familia, primordialmente debe mantener una convivencia sana y efectiva, al mantener una convivencia sana fuera de los problemas y rivalidades que puedan llegar a ocasionarse, contribuirá a una mejor relación entre sus integrantes.

Debemos considerar entonces como determinan esta convivencia familiar, para lo cual me permitiré citar el significado que se menciona en el libro de Relaciones Familiares (2010): “Es la condición de relacionarse con las demás personas a través de una comunicación permanente fundamentada en el afecto y tolerancia que permiten convivir y compartir en armonía en las diferentes situaciones de la vida.” (pág. 20). Al hablar la condición de relacionarse, es como la persona se acerca a las demás, puede entablar una amistad, existe un cariño, si hablan constantemente, así como también si esta persona no se relaciona, es decir muestra empatía, no puede entablar una conversación o existe una enemista. Dentro de una convivencia familiar pueden existir estos dos factores existirán miembros que mantengan una relación afectuosa, es decir que pueden compartir momentos y poder ayudarse en diferentes situaciones de la vida. Como también existirán familias que no mantengan ninguna relación afectuosa, no exista ese apoyo, ni empatía por diferentes riñas o situaciones, lo cual no es beneficioso por las diferencias circunstancias en las que a veces nos encontramos.

Para el Autor Mejía Jervis (2020), nos menciona el siguiente significado respecto a que es la convivencia familiar; “Es la coexistencia en paz de una familia, dentro de un mismo hogar, compartiendo experiencias y actividades, los cuales permitirá el correcto desarrollo de los miembros más jóvenes, además de la salud física y mental de todo el grupo.” (pág. 15). Al igual que lo antes establecido, la convivencia familiar supone sobre todo una relación entre todos los miembros de la familia, desde los más pequeños hasta el adulto. Donde sobre todo abunde un ambiente de apoyo, comprensión y ayuda, donde todos se beneficien de esta convivencia tanto físico como mentalmente, la convivencia familiar deberá ser sobre todo sana, donde no existan las envidias o malos entendidos, que perjudiquen a más miembros de la familia.

Por último, en Ministerio de Inclusión Económica y social ha definido a la convivencia como:

La convivencia se entiende como la capacidad de habitar en compañía e interacción con los distintos integrantes de la familia, lo que contribuye a generar un entorno de seguridad, confianza, bienestar y, sobre todo, hace posible que podamos comunicarnos e integrarnos (Ruales y otros, 2018, pág. 8).

Si bien entendemos la convivencia familiar, se trata de la forma de vivir y poder relacionados con ellos, la sana convivencia logra que entre todos los miembros tengamos una mejor comunicación, la comunicación dentro de un hogar es fundamental puesto que esto con lleva a poder expresar nuestras diferencias que pueden surgir en el hogar y así mismo poder corregirlas para tener una mejor relación.

4.6 Relaciones familiares

Las relaciones familiares son indispensables para el crecimiento personal de cada menor y sobre todo para mantener una ideal convivencia familiar, estas relaciones ayudaran a que los integrantes de una familia mantengan lasos afectivos entre todos sus miembros, esto claro está relacionado a que habrá una mejor convivencia familiar.

Para conocer el concepto de Relaciones Familiares, tomaremos en cuenta lo que se define en el Libro de Derecho de Familia y Sucesiones;

Conjunto de deberes, derechos y obligaciones que existen y son exigibles, en razón de los vínculos jurídicos generados por el derecho, entre los integrantes de la familia. Dichos vínculos se generan como consecuencia o afecto del matrimonio, el parentesco o el concubinato (Pérez, 2010, pág. 65).

Las relaciones familiares, es el tipo de unión que existe entre todos los miembros del núcleo familiar, el vínculo de sangre, parentesco o el vínculo que nace desde el matrimonio, las relaciones tienen igual de importancia que la convivencia familiar, estamos hablando de términos relacionados entre sí, de una buena convivencia familiar, dará origen a relaciones familiares efectivas, quiere decir que la relaciones familiares serán continuas, gratas y amistosas y podrán contar unos con los otros, así como también la convivencia familiar que mantengan serán gratificantes.

También me permitiré incluir el concepto que se Determina en la Revista de escala de evaluación de relaciones Intrafamiliares (E.R.I), que parafraseando menciona lo siguiente;

Mencionan que las relaciones intrafamiliares o familiares se las relaciona como interconexiones que se llegan a dar con todos los miembros de un núcleo familiar ya sean niños o grandes. Que además se debe consideran un grado de unión familiar, y un estilo de familia el cual pueden llegar a afrontar problemas y su vez pueden expresar emociones, manejar y acatar reglas de convivencia y adaptarse al cambio cuando surgen diferentes situaciones. Lo relación al igual con el “ambiente familiar” y los “recursos familiares” (Heredia, 2010, págs. 12-29).

Muy distinto al anterior concepto, en este se nos establece sobre las relaciones que crean con la unión familiar entre todos los miembros de un núcleo familiar desde el más grande hasta el más pequeño. Las buenas y efectivas relaciones acarrearán que se mantengan unidos y significa apoyo y ayuda en un futuro, sobre todo cuando nos encontramos en situaciones difíciles y es necesario contar con la familia para poder afrontar estas situaciones. Tenemos que tener en consideración que los diferentes factores como son los recursos, a veces influyen mucho en la convivencia por los diferentes percances que atrae, en ciertas circunstancias generan un ambiente de apoyo y solidaridad y en otros casos son de empatía, dependiendo en que circunstancia se encuentre es claro que la convivencia variará.

Por último, consideraremos el Concepto que se establece en el Libro Relaciones Humanas en el núcleo familiar, parafraseando menciona lo siguiente:

Considera que la respectiva comunicación ya sea mediante la voz, cuerpo o sentidos, es considerable como un elemento importante dentro de las relaciones con más individuos, con la constante comunicación se adquirirán diferentes valores, conocimientos, aprendizajes; además incluye el elemento del tacto, a través de él podemos expresar caricias, amor, ternura, confianza e inclusive los malos como es el rechazo, aburrimiento, con esto podemos llegar a causar en otra persona alguna reacción (Virginia, 1991, pág. 20).

Concluyendo, las relaciones familiares tienen conexión con las diferentes emociones, que como personas poseemos y que a su vez transmitimos con nuestra actitud o en convivencia como nos mostramos. Al obtener una actitud positiva fuera de negativismo o problemas, acarrea que las relaciones que tengamos ya sean con nuestra familia, amigos o conocidos sean más amigables y sobre todo buenas y que la gente nos acepte con facilidad, más que todo la convivencia sea aceptable. La mala convivencia y relaciones familiares, con llevará que en un futuro no contemos con fuentes de apoyo antes circunstancias de adversidad, primordialmente las relaciones efectivas con los menores de edad, son beneficiosas para el desarrollo integral del menor, ya que se encontrará en un ambiente más sano y suplirá todas las necesidades de los menores.

4.7 Filiación

Si bien antes se mencionaba la familia es todas las personas que mantienen una relación de filiación es decir es decir el vínculo que comparten entre los progenitores y sus hijos que al final también incluye en esta misma línea al parentesco.

La filiación es considerada como lo siguiente, tal como lo menciona la autora María Pérez;

La relación jurídica que existe entre los ascendientes y los descendientes, como es el caso de los padres y los hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y bisnietos, pero enmarcados en un sentido estricto estamos hablando de la relación que se mantiene entre el padre y el hijo, el cual representa necesariamente el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de la procreación y por lo tanto exigibles entre los padres e hijos (Contreras, 2010, pág. 63).

Con este primer concepto verificamos que si bien cuando un matrimonio procrea y estos reconocen a su hijo se crea una filiación y a la vez estos adquieren las diferentes obligaciones y derechos como padres de tal menor. ¿Pero puede suceder esto en hijos fuera del matrimonio? Es necesario considerar como antes mencione, todo niño debe ser reconocido como tal, si un niño nace fuera del matrimonio por parte de uno de los progenitores y es reconocido se adquirirá los mismo derechos y obligaciones tanto como padre o como hijo al igual es considerado como hijo, aunque solo comparta una línea de sangre con uno de los progenitores y en caso de la madre este ya adquiere la filiación por el simple hecho de haber sido procreado dentro de su vientre.

Expondré así también, dos conceptos más para tener una idea más concreta y así mismo ver si estas se relacionan, primeramente, el libro derecho familiar nos define en un corto y sencillo concepto ¿Qué es filiación? En un sentido amplio, menciona lo siguiente (2017): “Es el vínculo jurídico permanente derivado del hecho de la procreación, para mantener los lazos constantes entre los ascendientes y descendientes” (pág. 169). Y al igual lo establece como un concepto de una forma restringida el cual también me permitiré citar; “es considerada como la relación jurídica entre el hijo con su padre o madre, en sentido estricto y en sentido amplio, con los demás ascendientes.” (pág. 169). Si bien observamos estas dos definiciones se orientan a un mismo punto, es claro que es necesario que exista el reconocimiento por parte del progenitor, de la madre no tanto ya que se intuye que desde la concepción este ya adquiere la filiación es decir la relación que existe ese vínculo madre-hijo. Tenemos que tener en cuenta también a los hijos adoptivos, los progenitores en este caso no mantienen un vínculo de sangre, pero lo reconocen como a un hijo estos adquieren al igual la relación jurídica padres-hijos y adquieren al igual los derechos y obligaciones como si fueran sus propios hijos de sangre, en este caso si debe existir el reconocimiento tanto por el padre como por la madre.

Me permitiré incluir un último concepto necesario, concepto que ha sido visualizado desde un tiempo más antiguo, en este libro Derecho de familia Tomo II (1994), define lo siguiente: “La filiación es una de las instituciones, fundamentales del Derecho de Familia cuya

estructura se basa en dos hechos propios de la naturaleza: la unión sexual de hombre y mujer y la procreación de los hijos.” (pág. 30).

Al igual incluye lo siguiente:

Puede decirse que constituye fundamentalmente, un vínculo biológico - jurídico que une a una persona con sus progenitores, interdependiente y recíproco, dada la correlatividad del estado de familia. Tiene su origen en la generación, hecho natural al cual el derecho imputa un complejo de derechos subjetivos familiares y de deberes correlativos (pág. 30).

Si bien se menciona, hablar de filiación hablamos de un vínculo tanto biológico como jurídico, primeramente biológico por cuanto esta filiación surge cuando el “niño o niño”, proviene de la unión sexual de los adultos y el menor nace se forma dentro del vientre de su madre por un lapso de nueve meses, en ese caso la filiación nace exactamente por ese acto, respecto al padre primeramente la filiación nace por ese vínculo de sangre o por el aporte que el genera para la concepción del menor y sobre todo cuando el mismo reconoce al bebe como tal.

La filiación conlleva consigo mismo si bien antes se menciona, que adquieran todo tipo de responsabilidad, como derechos y deberes respecto a sus hijos hasta que estos alcancen su mayoría de edad.

4.8 Parentesco

La filiación con el parentesco son términos que guardan relación, por ende, es considerable determinar diferentes conceptos de lo que es Parentesco. Para María Pérez (2010), define al parentesco de la siguiente forma;

El parentesco se refiere a los vínculos, reconocidos jurídicamente, entre los miembros de una familia. Esta se llega a organizar en líneas, se mide en grados y tienen características la ser general, permanente y abstracta. Es el vínculo entre dos personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción. Al ser reconocida esta relación se generan derechos y obligaciones entre integrantes de la familia o parientes (Contreras, 2010, pág. 113).

Al igual establece lo siguiente respecto a las fuentes del parentesco, la cual me permitiré parafrasear.

Considera que las fuentes del parentesco son tres específicamente, primero tenemos el matrimonio el cual establece que su fuente es el parentesco por afinidad, como segunda fuente tiene la filiación que está relacionada con la consanguinidad y por último la adopción que su fuente principal es el parentesco civil (Contreras, 2010, pág. 113).

El parentesco en si tiene su origen o tiene como elemento principal un vínculo es decir que exista ese factor vinculo-sangre, que se refleja en los diferentes miembros de un núcleo familiar. Claro esta que esta se las divide en diferentes escalones las cuales se determina dependiendo de cómo vaya su origen. Cabe recalcar que este vínculo se da sobre todo cuando dos personas contraen matrimonio y en la adopción, aunque este no mantenga ningún vínculo de sangre, por el simple hecho de ser adoptado pasaría a tener la misma consanguinidad.

Considero necesario igual incluir dos conceptos más sobre que es el parentesco, el Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales de Ossorio (1974), define lo siguiente: “El Código Civil argentino lo define como “el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco” (pág. 668). Al igual este concepto guarda relación con el primero puesto que es necesario que dos personas contraigan matrimonio y procreen hijos, para que puedan existir los diferentes ascendientes y descendientes.

El Manual del derecho de Familia de Guillermo Borda (1994) establece en pocas líneas lo siguiente: “Vinculo jurídico que nace de lasos de sangre, del matrimonio o la adopción” (pág. 260). El termino parentesco está relacionado con el termino filiación, puesto que la afiliación es el reconocimiento que realiza un padre respecto a su hijo, pero al igual que el reconocimiento este progenitor lo hace porque sabe que existe un vínculo de sangre entre él y su hijo, tenemos que considerar al igual que dentro del parentesco desprenden diferentes términos que se encuentran relacionados a él y que es necesario mencionar en un futuro.

Cabe mencionar que, entre la filiación y el parentesco, existe esa relación vinculo jurídico, donde se contraen diferentes obligaciones, deberes y derechos respecto a los menores, primeramente, en la filiación por el simple hecho de nacer del vientre de la madre, así como el padre con el simple hecho de ser reconocidos por el mismo. La diferencia entre estos dos términos que la consanguinidad se adquiere al descender de un mismo tronco, es decir que mantienen como antes dije un cierto vinculo o línea de sangre que los sitúan en diferentes escalones del árbol genealógico. Dentro del parentesco igual encontramos subtemas de los diferentes grados de parentescos que existen.

4.8.1 Por consanguinidad.

Conociendo el concepto de parentesco es necesario, establecer las clases que existen dentro de este concepto. Primero, encontramos que, dentro del parentesco, existe la relación por consanguinidad, es decir todas las personas que descienden de una persona en común, esto incluyendo, hijos, hermanos, sobrinos, primos y demás. El libro Derecho de familia y sucesiones nos define lo siguiente respecto a que es por consanguinidad:

Este parentesco existe entre personas que desciende de un tronco en común. Se lo regula como el que existe entre el hijo producto de la reproducción asistida y lo cónyuges y concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores; pero no se crea parentesco entre el donante y el hijo concebido por la donación de las células germinales, en el proceso de reproducción asistida (Contreras, 2010, pág. 114).

El termino consanguinidad, si bien antes lo mencionábamos en el parentesco es un subtema más relacionado del mismo, el cual nos define exactamente lo mismo, para que exista el término “consanguinidad” dentro de un núcleo familiar, primeramente, es que deben descender de un mismo tronco común, es decir que todos provengamos de los mismos abuelitos, en orden descendente hasta el más pequeño, quiere decir que desde el primero hasta el último nos encontraremos con una relación de consanguinidad. Figura que no se da, por ejemplo, cuando un embarazo se realiza a través de equipos tecnológicos o a través de la figura adopción.

Al igual Dr. Manuel Ossorio (1974) y Farith Simón, (2021) establecen por igual que este se trata de las personas ascendientes o descendiente que tienen un ascendiente o común o que a su vez estos derivan de diferentes personas.

Si estamos hablando del término “parentesco”, hablamos del término “consanguinidad”, ambos términos hablan de la relación que debe existir entre los miembros de un núcleo familiar por el solo hecho de mantener un vínculo de sangre o por descender de una misma persona. En cada tipo de familia la descendencia o el tronco común serán diferentes existían familias en las que serán demasiadas extensas u otras que no se mantengan con muchos miembros.

4.8.2 Por afinidad.

Como segundo punto, encontramos a su vez el termino afinidad, que si bien se trata de la afinidad que existe entre los padres respecto a sus hijos por el simple hecho de haber sido procreados por ellos. La autora María Pérez (2010) menciona lo siguiente respecto a que es el parentesco por afinidad, “Es el que nace por el matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus correspondientes parientes consanguíneos” (pág. 114).

Como se mencionaba anteriormente es necesario que dos personas de diferente sexo y que sobre todo no mantenga algún vínculo de sangre, contraigan matrimonio o sus veces se dediquen a residir y convivir en un mismo hogar, todo esto acarea que exista una afinidad.

Los autores Farith Simón (2008) y Sara Noemi Cadoche de Azvalinsky (2010), nos determinan por igual que el parentesco por afinidad empieza cuando se contrae Matrimonio entre dos personas de diferente sexo, y que a su vez los consanguíneos de su marido o mujer o entre uno de los padres de un hijo y consanguíneos del otro progenitor.

Un punto claro que anteriormente no se mencionó, es que todo este tipo de relaciones de parentesco nacen o parten desde la figura jurídica del matrimonio, cuando dos personas las contraen y de ellas empieza su descendencia. Pero se debe tomar en consideración también que el desvinculo del matrimonio no ocasiona que este parentesco se rompa entre los miembros, este siempre permanecerá siendo el mismo. También debo mencionar que existen los parentesco que no necesariamente nacen de un vínculo matrimonial, que solamente nacen de una convivencia o de un romance donde se dio fruto a un bebe, el cual generara un parentesco.

4.8.3 Civil

Por último, se menciona, un nuevo tipo de parentesco en ese caso lo han denominado como “civil”, pero también es conocido como Adopción, esta figura ha ido apareciendo poco a poco con el tiempo ya que este término engloba otros termino como son la adopción. Contreras lo define de la siguiente manera: “Es el que se adquiere por la celebración de una adopción simple. El parentesco se genera entre la familia originaria del adoptado, e igualmente entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado” (2010)

La adopción en si busca que niños y adolescentes que no cuentan con personas que velen por ellos y mucho más si estas no tienen hogar, puedan encontrar personas que quieran asumir el rol de padres para cuidarlos y protegerlos, cuando dos personas adoptan a un niño o adolescente acarrea que estos sean considerados dentro de la familia y así mismo adquieren los derechos y obligaciones como padres lo cual conlleva a una afinidad.

Esta clase no es solo conocido como Civil si no también como por adopción diferentes tratadistas dan un término diferente pero la definición es la misma, Accedo Penco Ángel (2013) no conceptualiza lo siguiente: “Por adopción. En el parentesco por adopción no existen, por lo general vínculos consanguíneos entre las personas así relacionadas- adoptante y adoptado-, sino que será el Derecho que le atribuya precisamente idénticos efectos jurídicos a quienes están unidos por consanguinidad” (pág. 45). Cabe mencionar al igual que el autor que cuando se dan las diferentes adopciones, se entiende que los niños adoptados no mantienen ningún vínculo de sangre, pero estos si se apegan a lo que establece la ley como si fueran hijos de sangre de ellos. Por lo tanto, no quedan desprotegidos y tienen los mismos derechos que sus hermanos o hijos de una familia.

Y por último mencionaremos lo que nos define Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zonnon (2004), el cual me permitiré parafrasear lo siguiente: “determinan que el parentesco por adopción, que llega existir entre el adoptante o adoptantes y el adoptado y así mismo entre el adoptado y sus parientes incluyendo los consanguíneos y a fines de los adoptantes.” (pág. 50). Este no vinculo de sangre no sirve como impedimento para que los adoptantes no puedan

adquirir los diferentes derechos que tienen como padres de un hijo que fuera de sangre, al adoptarles pasan a ser reconocidos legalmente por cuanto se da una afinidad pese que no exista este lazo de sangre.

Esta figura jurídica como “Adopción”, ha ido apareciendo con el tiempo, que hasta la actualidad a alcanzado gran importancia, familias en la que por diferentes factores no puede concebir un hijo, se adaptan a este figura es decir adoptar a un niño que se encuentra en un estado de orfandad y proporcionarle todo lo necesario, adoptando así también el rol de padres, obteniendo todos los derechos y deberes respecto a los menores, todo esto mediante la filiación reconociéndolo como hijos de ello, por lo tanto también tendrán un parentesco con los miembros de la familia.

4.8.4 Relación de parentesco.

Dentro de esta figura se encuentran enmarcadas las diferentes líneas o grados, que se llegan a dar dentro de un núcleo familiar, dependiendo como sea la relación, para la cual me permitiré mencionar las siguientes;

4.8.4.1 Grados

Al hablar de grados, estamos hablando de las personas que descienden de un mismo árbol en común, es decir en un cierto caso, los abuelos, hijos y nietos, formaran los diferentes grados en un árbol genealógico. De una forma más clara la autora Contreras nos menciona lo siguiente; “El parentesco por consanguinidad y afinidad se establece en líneas y grados. El grado se forma por las generaciones de ascendientes y descendientes.” (pág. 114). El grado viene relacionado o podemos entenderlo como una escalera cada peldaño está conformado por un descendiente o ascendiente que va diferenciado. Un ejemplo claro es el árbol genealógico en la que primeramente están nuestro abuelito y sucesivamente todo los que descienden.

Para Farith Simon (2021), en unas pequeñas líneas, nos define lo siguiente respecto a que es el termino grado; “El número de generaciones que separa una persona de otra se conoce como grado (pág. 25) . En esta pequeña definición es clara ya que cada descendiente que va pareciendo poco a poco por la procreación de los miembros de una familia, conlleva a que se creen nuevas generaciones y se mantenga aun el apellido o esa línea de sangre.

Así, como también los autores Gustavo A. Bossert y Eduardo A. zonnon (2004), establecen lo siguiente en relación con el Código Civil de argentina respecto al termino grados; “El vínculo o relación determinado por la generación biológica; lo cual determinara que, entre ascendientes y descendiente, haya tantos grados como generaciones.” (pág. 50). Las nuevas generaciones que vayan existiendo con el tiempo crearan más peldaños en el núcleo, creando así familias más extensas y más grandes.

En conclusión, los grados definen la posición en la que nos encontramos, coloquialmente conocemos que por naturaleza tenemos primos en primer grado, segundo grado, tercer grado, que en algunas ocasiones pueden llegar hacer bien cercanos al núcleo familiar. Cuando hablamos de primos o tío lejanos conocemos a los que se encuentran en otro nivel es decir a uno muy lejano e inclusive a veces no se conocen a los miembros que se encuentran en ese grado. Igualmente pese que se encuentran en una posición muy lejana, comparten un mismo parentesco

4.8.4.2 Líneas

Las líneas del parentesco son rectas entre ascendientes y descendientes (padres-hijos, abuelos- nietos, etcétera), y transversales entre personas que no descienden de unas a otras, pero que proceden de un progenitor o tronco común. (Contreras, 2010, pág. 55)

Al igual que los grados, las líneas sirven para definir en qué posición nos encontramos dentro de un árbol genealógico, si dentro de los grados encontramos primero, segundo, tercero, también podemos encontrar tipos de líneas como son las rectas, si bien lo menciona la definición antes expuesta, las líneas rectas consiste en los miembros que en si vienen de un mismo tronco en común es decir abuelos, hijos y nietos, estos entonces se considera que tienen una relación en parentesco en línea recta. Respecto a la línea transversal se considera a las personas que forman parte por contraen matrimonio y que no tienen ningún vínculo de sangre, solamente han pasado a formar parte por mantener matrimonio o un miembro de la familia.

La misma autora del libro mencionado en líneas precedentes, nos menciona en su libro Derecho de Familia y sucesiones lo siguiente;

Varios grados forman lo que se llama línea de parentesco. Existen diversos tipos de líneas de parentesco; Recta. - compuesta por una serie de grados entre personas que descienden unas de otras, Transversal. - formada de la serie de grados entre personas, que sin descender unas de otras, provienen de un mismo progenitor tronco en común. En esta lo grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo nuevamente al progenitor o tronco común, Ascendiente. - relaciona a una persona con su progenitor o tronco del que procede y descendientes. – se relaciona al progenitor con los que dé el descienden (Contreras, 2010, pág. 55).

Todo depende de tipo de familia que hablemos y como esta se encuentra formada y como han evolucionado, si vemos una familia pequeña por ejemplo donde únicamente existe un hijo, esta supondrá que no exista muchos descendientes. Se debe tener en cuenta que depende

de cada generación que vaya existiendo podremos determinar los grados y las líneas. Es fundamental este tema del parentesco por los diferentes derechos y obligaciones que tienen ellos como familiares y es necesario establecer hasta cuales se encuentran determinados.

4.9 Patria potestad

La figura jurídica o derechos patria potestad también conocido, recae sobre los padres, estos poseen lo que son diferentes derechos y obligaciones y además la representación legal del menor, sobre todo cuando este quiera salir del país. Es necesario definir que es patria potestad, lo cual define lo siguiente, respecto a patria potestas;

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar, mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos lo adquieran plena capacidad. Al igual se menciona que se tiene como padres a los sujetos activos de la patria potestad y los hijos como los sujetos pasivos de esta institución familiar (Canales, 2014, pág. 25).

La patria potestad es un elemento fundamental dentro del derecho de la familia, este enmarca diferentes derechos, deberes y obligaciones que se otorgan cuando somos padres de un menor y este no se encuentra en una capacidad para poder representarse el solo. El papel de los progenitores es fundamental dentro de esta figura puesto que velan por los diferentes derechos de sus hijos para que sean respetados.

La autora Alicia Operez (1990), menciona a la figura jurídica como una institución, pues antes cada una de estas figuras, eran nombradas como instituciones, en si la figura nace como tal para la representación y protección de los incapaces es decir de los niños, hasta cierta edad donde ellos ya se emancipen por sí solos, define de la siguiente manera al termino patria potestad:

Es una institución que representa como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación es clara y legalmente establecida. Para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre- madre, abuelos y abuelas por la línea paterna como materna (Duarte, 1990, pág. 50).

Cabe mencionar que este derecho corresponde a ambos progenitores cuando estos están a cargo de su hija y mantienen una convivencia dentro de un mismo hogar. En caso de separación corresponderá a ambos padres ejercer esta patria potestad con el fin de representar a sus hijos, siempre y cuando se le haya privado o suspendido la patria potestad al otro progenitor. Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, define y establece causales para la

perdida de patria potestad, la patria potestad es fundamental dentro del ámbito de familia, primordialmente porque se están encargado de la representación de los derechos de los niños y adolescentes y de su protección. Por lo tanto, esta debe ser entregada al padre o madre que mejor lo represente o ambos.

Como ultima definición el libro de Derecho Civil para el Grado IV (2013), conceptualiza a la patria potestad como: “la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que tiene los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados o incapacitados” (pág. 55). Esta figura claramente solo tiene relación respecto a los derechos y deberes que se le otorgan como progenitores de sus hijos y sobre todo con el fin de velar cierto patrimonio de sus hijos, mas no sobre la convivencia de estos. Es necesario que los derecho y deberes de los niños y adolescente estén protegidos con el fin de que estos no se vulneren y sobre todo con el fin de no causarles un daño. E considerado establecer este término, fundamentalmente porque existe una plena confusión entre patria potestad y tenencia, términos que son muy distintos y no se asemejan entre sí, creando así que la sociedad se confunda y crean que estas dos figuras son iguales entre sí.

4.10 Régimen de visitas

Cuando un matrimonio se disuelve y hay hijos de por medio, existe una separación clara de uno de los progenitores con sus hijos, es necesario que se fomente o se sigan fortaleciendo esos lasos de afecto con el progenitor ausente así que se deberá establecer lo que es un régimen de visitas.

Se define entonces al régimen de visitas como una figura jurídica que se genera por la ruptura de la relación afectiva entre los padres, producto del cumulo de conflicto, la familia y sus relaciones no solo se ve afectada en lo emocional si no en lo jurídico, pues se fragmentan los derechos y obligaciones que los padres tienen sobre sus hijos. (Buenaño, 2018, pág. 49).

Al igual que el derecho de la patria potestad este es un derecho fundamental para los padres, sobre todo cuando estos se encuentran separados de sus hijos. El régimen de visitas permitirá que la relación de padre o madre e hijos se mantenga unida y puedan seguir mantenido esa figura paterna, aunque no sea de manera constante. Aunque ojo también puede ser solicitada por familiares sobre todo cuando por parte de uno de los padres con el que convive no permite que se relaciones o puedan verse.

El autor Juan Pablo Cabrera Vélez en su libro “Visitas; Legislación, Doctrina y Práctica” (2009) publicado por la editora jurídica Cevallos señala que:

El derecho de visitas fomenta la relación entre familia dentro de cualquier grado y el menor, por tanto, actúa como ente organizador de las relaciones familiares; pero además de esto juega un papel básico, en las veces que permite que la familia que ostenta el régimen de visitas, pueda de cierto modo fiscalizar la crianza del menor, ya que, de observar malestar, podría solicitar un cambio en la tenencia. (Cabrerá, 2009, pág. 27).

La no separación definitiva de los padres con sus hijos, y que sobre todo estos dejen el hogar ocasiona ciertos daños emocionales que influyen en el desarrollo del menor. Por lo tanto, es conveniente no privatizar de este derecho tanto al padre o madre que no conviven con su hijo, ya que contribuiremos a que el menor no se aleje y se creen daños posteriormente.

El autor Elder Miranda Aburto, en su obra “Patria Potestad, tenencia y Alimentos”, menciona lo siguiente respecto a que es el régimen de visitas:

El régimen de visitas de menores tiene como factor decisivo el interés superior de estos sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir en cada caso, sin que el padre o la madre puedan alegar preferentemente derecho, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los progenitores en cuanto no se opongan al de los hijos (Aburto, 2014, pág. 155).

La figura del derecho de visitas busca al igual aplicar el interés superior del niño es decir contribuirles a niños una familia y así mismo al derecho de convivir con ellos, quien tenga la tenencia de los hijos por ningún motivo podrá negarse a entregarle los hijos a su padre cuando este haga uso de su derecho a la visita. Este derecho lo determinara un juez en especial y en circunstancia cuando el vínculo matrimonial esta disuelto ellos mismo llegan a un acuerdo para un régimen de visitas, este derecho al igual puede ser suprimido cuando se pueda observar que llega a causar un daño psicológico o físico al menor.

Considero necesario hablar del régimen de visitas, cuando no existe una relación parento-filial entre los padres con sus hijos, es muy necesario que los menores que se encuentran a cargo de un familiar, mantengan cierta relación con sus padres, con el fin de beneficiar sobre todo al menor que se encuentra en pleno desarrollo de sus capacidades. Por ende, el régimen de visitas que se establezca deberá ser en beneficio tanto del menor como de los progenitores, para que exista esa convivencia o relación.

4.11 Desarrollo Integral

Es de fundamental importancia acoplar este término a nuestro proyecto de investigación sobre todo para ver cuál es el desarrollo evolutivo de nuestro niños y adolescentes. Para Farith (2008), define como desarrollo integral lo siguiente; “El desarrollo integral se refiere a cinco aspectos: el físico, el mental, el espiritual, el moral y el social. Los cuales se alcanzan mediante

la protección y garantía del conjunto de derechos de la infancia y adolescencia” (pág. 55). Es necesario tomar en cuenta cómo va hacer el desarrollo del menor a lo largo de su crecimiento, el efectivo crecimiento tanto mental y físico contribuirá a formar jóvenes de bien para la sociedad y sobre todo garantizar los diferentes derechos y deberes en conjuntos que desde niños han sido otorgados hasta su madurez.

El autor Santi León (2019), menciona como desarrollo integral infantil, lo siguiente: “entiende que el desarrollo integral infantil es un proceso interactivo de maduración que resulta de una progresión ordenada de desarrollo de habilidades perceptivas, motoras, cognitivas, de lenguaje, socioemocionales y de autocontrol.” (pág. 30). La sociedad, tanto como el Estado y la familia son factores que influyen en cuanto al desarrollo integral del menor y como él se va adaptando poco a poco a la sociedad alcanzado su madurez suficiente para posterior representarse el solo, claro está que deben desarrollarse en forma continua como es la mentalidad, el estado físico, el lenguaje.

El estado ecuatoriano a través de diferentes instituciones creadas con el fin de garantizar el desarrollo del niño, niña y adolescente ecuatoriano, y su bienestar a través de programas de inclusión y equidad, el Ministerio define lo siguiente a través de su revista

El resultado de un proceso educativo de calidad que propicia de manera equitativa e integrada el alcance de los niveles de desarrollo, lo cual es posible con la participación responsable y coordinada de la familia y la corresponsabilidad de la comunidad y las diferentes entidades del Estado.” (León y otros, 2013, pág. 17).

Es notorio que el desarrollo integral busca que los niños y adolescentes, a medida de su crecimiento vayan adquiriendo capacidades que los permitan en un futuro, es decir en su mayoría de edad integrarse en la sociedad. El desarrollo de todas sus capacidades hará que los niños hayan adquiriendo conocimientos y principios que le permitan adentrarse en la sociedad y sobre todo le permitirá conocer más sobre sus derechos y deberes. Si bien antes mencionaba no es solo mental pues también lo niños alcanzan una madurez en su cuerpo físico. El estado ecuatoriano primordialmente desde la Constitución establece que se velara que todo niño, niña y adolescente, se desarrollen de forma efectiva, con el propósito que al final se puedan integrar a la sociedad.

4.11.1 Elementos para garantizar el Desarrollo Integral del menor

La doctrina establecida dentro del texto “Interés Superior de los Niños y Niñas; Definición y Contenido”, nos concreta tres puntos fundamentales que son necesarios establecer,

con el fin de que se tomen en cuenta para posteriormente garantizar el desarrollo integral de los niños. Como primer elemento nos establece lo siguiente;

Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes. La capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez, independiente de su edad, puede ejercer sus derechos y definir sus deseos; en el caso de carecer de madurez suficiente, el niño o niña podrá ejercer sus derechos y deseos de expresión con la ayuda de sujetos expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar el verdadero deseo del niño o niña.” (López, 2015, pág. 51)

Ahora bien, el autor en si busca que el niño y adolescente logre expresar o emitir sus deseos, es decir que a través de ellos mismo logren poder decir lo que siente y cuál es su opinión sobre los hechos que están versando. Claro está que, si bien el autor establece que para poder considerar esta expresión como válida y considerar sus deseos, deben tener una madurez suficiente para que por sus propios criterios medios ellos puedan para poder velar sobre sus derechos y en caso de imposibilidad de ejercer su opinión, hacerlo a través de nuevas técnicas creadas por los psicólogos que logran expresar distintas cosas. Si un menor puede expresar sus necesidades y que es lo que necesita de una forma razonable, es claro que contribuirá a que el Juez determine qué es lo más beneficio para el menor. El segundo punto dentro que se determina es el siguiente:

Entorno familiar y social de los niños y niñas.- Es necesario advertir cada una de estas circunstancias antes de tomar cualquier decisión, puesto que el niño o niña tiene pleno derecho de gozar y disfrutar su vida dentro de un adecuado entorno familiar, social, educativo y cultural para determinar el mejor entorno familiar y social para el niño, niña o adolescente, se hacen indispensables tres elementos: a) velar por una vida larga, saludable y afectiva; b) velar por adquirir conocimientos y, c) tener acceso a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso” (López, 2015, pág. 52)

El entorno donde crezcan los menores, deberá proveerles diferentes condiciones para que le menor poco a poco alcance su madurez máxima, es fundamental que el niño, niña y adolescente lo haga en un entorno establece donde le se priorice es el bienestar de todos y no solo de uno, donde la comunicación ayuda a que sea un ambiente más agradable y sobre todo sano, que se inculquen a los más pequeños valores y principios que le sirvan para su desarrollo. Los ambientes creados por familiares que no son sanos hacen que los menores poco a poco

vayan generando diferentes problemas en el entorno de su vida, al no contar con el apoyo suficiente llegan a caer en diferentes trastornos como son la depresión, que en ciertos casos llegan a ser perjudicial e impiden desarrollar todas sus capacidades y pensar de diferente manera. Como último elemento establece el siguiente;

Predictibilidad. Consiste en tratar de predecir la situación o condición futura de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso concreto, por lo que en toda decisión judicial o administrativa se deberá valorar las condiciones futuras que sopesarán sobre ellos y ellas. El principio del interés de los niños y niñas prevé una actuación en el presente para establecer los resultados futuros a su favor, en donde se tiene que predecir, con visión expectante, su futuro, destacándose la predictibilidad para alcanzar el mejor desarrollo integral. (López, 2015, pág. 55)

Por último se menciona este elemento, es primordial que se tome en consideración el presente y el futuro del menor, fijarnos como es su situación y como la decisión como órgano de justicia puede influir en el futuro del menor ya sea de una forma positiva, logrando que el menor alcance un desarrollo efectivo llegando a la madurez sin obstáculo alguno o si bien esta decisión puede ser perjudicial para el menor y en el futuro nos encontremos con un menor que vive situaciones de abandono, maltrato e incluso han sido participes de actos que han afectado a la sociedad. Es necesario entonces observar todo tipo de factor, relación y sobre todo la opinión del menor de cuál es su deseo.

4.12 Protección integral del menor.

La protección integral del menor es fundamental dentro de un estado, pues busca erradicar la vulneración de los diferentes derechos de los niños y adolescentes, las diferentes medidas que se creen por parte del Estado, contribuirán a que sufran menos vulneraciones y se tome más en consideración proteger al menor, recordemos que estos se encuentran enmarcados como un grupo de atención prioritaria ya que no se encuentran en la capacidad de poder defenderse por sí mismo y necesitan de alguien con capacidad para que velen por ellos.

En el comunicado de prensa, que redacta la UNICEF en el Ecuador, el presidente menciona lo siguiente respecto a la protección del menor, sobre todo en situaciones vulnerables y que no se haya en la capacidad de defenderse por sí solo;

El niño no puede defenderse por sí solo, necesita de otros que lo protejan, por ello es necesario un sistema de protección integral que prevenga las vulneraciones de los derechos, y si estas ocurren, no las trate de manera aislada, sino que vele por el bienestar del niño en su conjunto. (González, 2018, pág. 20)

Es claro que un niño desde su nacimiento y posterior su crecimiento va aprendiendo cosas nuevas, pero lo hacen de una manera progresiva, no cuentan con la capacidad suficiente para ellos hablar o defenderse por sí solos. Por lo tanto, al ser un estado ecuatoriano garantista de derechos, es el mismo quien debe establecer normas para la protección de los niños, niñas y adolescente tomando en cuenta a la par el interés superior del niño.

Me permitiré incluir la definición del trabajo del autor Cesar Pérez, que a través de un análisis el cual menciona lo siguiente;

A la Protección Integral se le podría definir como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos. (Perez, 2008, pág. 35)

Es necesario la aplicación de diferentes medidas por parte del estado garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, claro está en conjunto con la sociedad y cada familia que deben velar por los derechos y en conjunto con los deberes que se establecen primordiales para ellos, deberán estar atentos a cualquier acto que implique un peligro para el menor o que atente sobre ellos.

La protección integral impulsara que los niños y niñas y tanto los padres vivan en una sociedad sin injusticias y sobre todo que estos desarrollen una buena convivencia en sociedad al igual.

El objetivo de la protección de la niñez y la adolescencia es promover, proteger y cumplir el derecho de niños, niñas y adolescentes, al resguardo de su integridad física y psicológica frente a la violencia, el maltrato, la desatención y la explotación. (Insulza, 2012, pág. 12)

Nuestro estado ecuatoriano, es un estado garantista de derechos, por ende, ellos deben brindar la protección necesario, claro está en compañía de las diferentes instituciones públicas como privadas, brindado diferentes programas, en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran en diferentes circunstancias. Todo programa, norma, institución que nazca deberá tener el deber fundamental de protección a los menores.

4.13 Concepto de Tenencia

En nuestra legislación ecuatoriana no existe una definición concreta de lo que es tenencia, si bien este término es usado para dar a conocer algo que tenemos en posesión, así como una tierra o cualquier otra cosa, al igual este es utilizado dentro del ámbito penal, como es la tenencia de armas. Dentro del Código de la Niñez y Adolescencia solo se establece acerca de la procedencia de la misma específicamente en su artículo 118, pero no habla en si del significado solo menciona acerca del cuidado y crianza que va relacionado con la convivencia.

En el libro “La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, el autor nos define al termino tenencia, de la siguiente manera:

La tenencia para nosotros es la crianza, cuidado, custodia, protección, amor de los padres para con sus hijos; o la decisión que toma el Juez dentro de un proceso legal o como incidente mediante la cual confiere el cuidado, la crianza y la custodia de una niña, niño o adolescente a uno de los progenitores, que se encuentran separados sin que esto afecte al ejercicio de la patria potestad. (Falquez, 2020, pág. 30).

Los conflictos por la tenencia son muy habituales dentro de la sociedad ecuatoriana, que surgen tras una separación, ambos padres quieren obtener el cuidado de sus hijos y encargarse de todo respecto a sus hijos. Otra situación de conflicto para la petición de la tenencia es cuando uno de los padres migra, existe la falta de interés por parte de un progenitor, violencia intrafamiliar e inclusive la muerte de uno de ellos y no existe un adulto responsable para cuidar del menor.

Para Farith Simón, en su libro “Manual de Derecho de Familia”, de la editorial Cevallos, la tenencia es considerada como lo siguiente;

Tenencia, tiene relación directa con el derecho-deber de los progenitores del “cuidado personal de la crianza de los hijos” y la necesidad de resolver cuál de los progenitores se queda a cargo del cuidado del hijo o hija en los casos de separación” además añade que la tenencia se puede establecer por acuerdo voluntario o por decisión del juez competente. Puede estar acompañada de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad. (Campaña F. S., Manual de Derecho de Familia , 2021, pág. 35)

Ahora bien, el derecho a la tenencia, nace con el fin determina la convivencia de un menor cuando estos se encuentran separados, cabe recalcar que este es un derecho que se da solamente entre los progenitores, puesto que es deber de ellos encargarse de sus hijos y cuidar de ellos y así mismo de brindarles todo lo necesario para su supervivencia, esto es alimentación, educación, salud.

Para el autor Guillermo Cabanellas en su “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, define a Tenencia de los Hijos, de la siguiente manera;

En lo jurídico la palabra tenencia evoca una situación de imperfección o de interinidad, por integra el simple contacto ante el imperio de dominio. En la filiación lo constituye no el alumbramiento, aunque sea otra acción de tener, si no la autoridad sobre la prole menor de edad en caso de ruptura conyugal o del resquebrajamiento de la patria potestad (Cabanellas, 2001, pág. 456)

En palabras más técnicas el jurista Guillermo Cabanellas, habla de una posesión en este caso sobre los menores. Termino que mi parecer no está bien considerarlo por cuanto estamos hablando de un grupo de niños y adolescentes que son personas y que pertenecen sobre todo a un grupo de atención prioritaria y no diferentes objetos que podamos tener a nuestra posesión.

La tenencia es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la custodia y tenencia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida, o a un tercero si fuere necesario. (Villena, 2011, pág. 35)

Existe en ciertas legislaciones la tenencia compartida es decir de ambos cónyuges, que en vez de separados de una forma conjunta buscan el cuidado y protección de sus hijos, creo que es de gran importancia este tipo de tenencia compartida por cuanto los menores cuentan con ambos progenitores y su apoyo.

La tenencia es exclusivamente a uno de los progenitores que demuestre que se encuentra en las condiciones aptas y necesarias y que ayuden al desarrollo del menor, también se respetaran las reglas para confiar la tenencia que van en concordancia con las de la patria potestad en su artículo 106. Es necesario acoplar también el uso de la guarda compartida termino el cual hablaremos más adelante, que es fundamental cuando parejas no mantienen conflictos y velan por el bien de sus hijos.

4.13.1 Clases de tenencia

1. Tenencia o guarda dividida o exclusiva.

Para Farith Simón, en su libro “Manual de Derecho de Familia”, comparte que la tenencia o guarda dividida o exclusiva es la siguiente;

Es aquella en que se agina el cuidado permanente de uno de los progenitores. Por lo tanto, el menor tiene un hogar fijo y mantiene el contacto con el otro progenitor en periodos cortos de tiempo. El progenitor al que se le asigna la tenencia es quien determina el lugar de residencia del niño o niña. Al otro le corresponde un régimen

temporal de contacto que se conoce como “régimen de visitas” (Campaña F. S., Manual de Derecho de Familia , 2021, pág. 40)

En este caso la tenencia se le otorga a un solo progenitor, excluyendo al otro, es otorgada ya que el progenitor ha demostrado que se encuentra en toda la capacidad ya sea mental, económica y social y puede hacerse responsable por su hijo y velar por el. Pero el otorgamiento de la tenencia a uno de los progenitores no supe una ruptura total puesto que se le otorga un derecho de visitas el cual permitirá seguir relacionándose con sus hijos. Esta figura jurídica es la más empleada dentro del Ecuador y la única legalmente establecida dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia y es la única que otorga.

2. Anidamiento o anidación

Así también el mismo autor, en la misma obra antes mencionada habla acerca de la clase de tenencia denominada como anidamiento;

El anidamiento o anidación es aquella en la que cada uno de los progenitores tiene la tenencia de los hijos e hijas tiene un hogar fijo y a este se mudan alternamente de progenitores. (Campaña F. S., Manual de Derecho de Familia , 2021, pág. 25)

Este tipo de tenencia es conocida en diferentes legislaciones, consiste en una alternación del menor respecto a sus progenitores, es decir cierto tiempo por un lapso de seis meses tendrá un hogar fijo junto a su madre, posterior a eso se alternará con su padre en la que tendrá un hogar fijo por un cierto lapso, durante el tiempo que le toque a cada padre, ellos serán los responsables absolutos respecto a sus hijos y velaran por su cuidado y protección.

Desde mi punto de vista este tipo de tenencia, no es muy conveniente por cuanto el menor se encuentra en situación de idas y venidas, lo cual conlleva a que no tenga un desarrollo integral efectivo, sobre todo cuando ambos progenitores se encuentran a diferentes distancias, donde al menor le tocara adaptarse a cambios de vida.

3. Tenencia o guarda alternada

Al igual para Farith Simón, menciona que existe la tenencia o guarda alterada, y la define como;

Es aquella en la que cada uno de los progenitores tienen la tenencia del hijo o la hija de modo alternado por un periodo de tiempo establecido, por semanas, meses o años o partes de una semana o repartos de diario organizado. En este periodo, el progenitor a cargo asume todos los deberes y responsabilidades de la patria potestad. Una vez concluido el tiempo establecido en el acuerdo, le corresponde la tenencia en iguales condiciones al otro progenitor. (Campaña F. S., Manual de Derecho de Familia , 2021, pág. 40)

Al igual que la anterior el menor pasa tanto con su madre como con su padre, ellos serán quien establezcan ciertos periodos para que se convivan, y cuando el menor se quede con uno de ellos, serán ellos quien velen por los deberes y derechos de ellos. Para mi parecer no lo veo conveniente por cuanto el menor se encuentra de lado a lado y no se ubica en un lugar fijo donde pueda desarrollarse en un mismo entorno por los diferentes cambios que sufren cuando cambian de progenitor. Entornos que pueden afectar psicológicamente al menor, por las diferencias de cuidado que pueden brindarles tanto su padre como su madre.

4. Tenencia o guarda compartida.

Por último, agrega este tipo de tenencia, denominada como compartida, figura jurídica que aún no existe dentro de nuestra legislación ecuatoriana, pero que es definida de la siguiente manera:

Se caracteriza por la entrega de material del cuidado del hijo o hija a los dos progenitores. Los dos se dividen las responsabilidades de naturaleza legal y comparten las decisiones relevantes respecto de los hijo e hijas. Esto implica “el equilibrio de papales, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación de la familia” (Campaña F. S., Manual de Derecho de Familia , 2021, pág. 40)

Este tipo de tenencia busca que ambos progenitores se encarguen de cuidado y crianza de sus hijos, y que estos les proporcionen todo lo necesario para su desarrollo tanto físico como emocional. Cuando la custodia es compartida contribuirá al igual a que el menor crezca sin daños psicológicos al no encontrarse en situaciones de disputa.

Esta tenencia no está dentro de nuestra legislación, pero si han surgido sugerencia de reforma en cuando a este tipo de tenencia acoplarlo dentro de nuestra legislación, lo cual sería conveniente con el fin que no exista esta disputa entre los progenitores. A comparación de otras legislaciones ellas ya cuentan con esta figura jurídica compartida.

4.13.2 Procedencia para demandar la tenencia

Dentro de la tenencia en el ámbito familiar, deben existir ciertas características, para que esta se proceda a demandar, para lo cual el autor Rubén Aguirre y más autores nos menciona lo siguiente respecto a la procedencia:

a) Debe ser libre y espontánea, es decir, que nadie le puede obligar a que presente la petición o la demanda de tenencia a los jueces de la Niñez y de las Adolescencia, ya que esta debe nacer de la persona, quién desea obtener la tenencia de un menor.

b) No debe ser remunerada; si esta es libre y espontánea mal podríamos estar pensando de que el otro o sus familiares deban pagar a quien obtiene la tenencia, para

los cuidados y la protección del mismo, puede hacer uso de los frutos que produzcan ciertos bienes para la supervivencia de los menores.

c) Es un derecho que tienen todas las personas; refiriéndose a quienes tienen parentesco con los menores, por quienes se solicita dicha tenencia, ya que no se puede pedir la tenencia de un menor por una persona que no le una un lazo sanguíneo, toda vez que para ello existe otra Institución Jurídica como, por ejemplo: La Colocación Familiar.

d) Es única ya que puede solicitarlo el otro padre, los parientes que son casados, o los parientes solteros, no pueden solicitar la tenencia las instituciones públicas ni privadas ni alguna otra institución especial.

e) Está dirigida única y exclusivamente para los menores de edad, no se puede extender a los mayores de edad, “ni a los alienados mentales y con incapacidades de cualquier índole”.

f) Solo los familiares pueden solicitar la tenencia, y no existen impedimentos legales como es el caso de las guardas que por el cargo que ocupan no pueden solicitar la misma. (Aguirre, s.f, pág. 55)

Haciendo referencia al primer punto expuesto por el autor, al hacer mención que debe ser libre y espontánea estamos comprobando que esta rama del derecho pertenece al ámbito privado puesto que este nace de la misma persona en obtener la tenencia del menor. Así mismo sosteniendo mi propuesta el autor menciona que si puede ser obtenida la tenencia por más familiares, sobre todo cuando estos comparten el mismo lazo de sangre, por lo tanto, no queda exclusivamente como lo hace notar nuestro Código de la Niñez y Adolescencia para los progenitores, más bien extiende el abanico.

Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118, capítulo tres menciona sobre la tenencia, específicamente sobre la procedencia de la tenencia, manifestando lo siguiente:

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. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 31)

La tenencia dentro del Ecuador, será por petición de uno de los progenitores, ya sea de la madre o del padre, con el que menor se encuentre conviviendo y el menor se sienta a gusto y beneficioso para el desarrollo integral del menor, se le otorgará al progenitor que se encuentre en las mejores condiciones tanto mentales como económicas, para brindarle lo necesario a sus hijos.

El Código Orgánico General de Procesos, tiene dos procedimientos claros, el procedimiento **voluntario y el sumario**, el COGEP manifiesta lo siguiente respecto a la tenencia;

Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda. (Código organico General de Procesos, 2020, pág. 81)

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.

Respecto a la procedencia en su numeral tres, se menciona que este procedimiento entrara cuando ambas personas se encuentren de acuerdo en ceder la tenencia a la otra persona, con el fin de proporcionarle algo mejor al menor. En el mismo código se menciona lo siguiente;

Art. 335.- Procedimiento. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda. La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados. La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado. (Código organico General de Procesos, 2020, pág. 81)

Si bien todo procedimiento tiene tiempos para ser atendidas, en este tipo de procedimiento es más rápido por cuanto, ambas partes se encuentran de acuerdo en dar la tenencia a la otra parte, es decir no existe ninguna oposición y ya se ha llegado a un acuerdo antes.

Respecto al procedimiento sumario se menciona lo siguiente;

Art. 332.- Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.
3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.
5. Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas.
6. Las controversias relativas a facturas por bienes y servicios, y las relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en la vía ejecutiva.
7. Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios.
8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia.
9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación.

10. La partición no voluntaria. (Código organico General de Procesos, 2020, pág. 81)

En este caso, dentro del procedimiento sumario se dará cuando exista una controversia entre ambas partes, es decir no se llegue a un acuerdo y exista una disputa entre la parte actora y demandada, para lo cual este procedimiento también mantiene ciertos tiempos;

Art. 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

1. No procede la reforma de la demanda.

2. Solo se admitirá la reconvencción conexa.

3. Para contestar la demanda y la reconvencción se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia y del despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y los dirigentes sindicales que será de 10 días. El Estado y las instituciones del Sector Público contestarán la demanda en el término previsto en el artículo 291 de este Código.

4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda. En materia de niñez y adolescencia y de despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de veinte días contados a partir de la citación. En materia tributaria, en acción especial por clausura de establecimientos, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas.

5. En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código.

6. Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario.

Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento, despojo judicial serán apelables solamente en efecto no suspensivo. Las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios en que se ventilen las controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, no serán susceptibles de los recursos de apelación ni, de hecho. (Código organico General de Procesos, 2020, pág. 80)

En este caso, los Jueces en materia de niñez y adolescencia, emitirán resoluciones, es decir que en cualquiera estas pueden ser modificables, siempre y cuando sea en beneficio del

niño, niña u adolescente, lo mismo que se respalda con el Código de la Niñez y Adolescencia específicamente en su artículo 119. Es necesario realizar todos estos procedimientos con el fin de garantizar que el procedimiento no entre en abandono o se dé una mala resolución.

4.14 Guardia y custodia

El termino guardia y custodia es utilizados en otras legislaciones, por ejemplo, en España es utilizado esta terminología para hablar sobre la tenencia, por lo tanto, nos encontramos a la misma figura jurídica tenencia. Pero es necesario establecer una conceptualización de estos dos términos.

Cuando se produce una separación o un divorcio y hay hijos en común, la guarda y la custodia de estos pueden se adjudicada a cualquiera de los dos progenitores. La decisión final depende de varios factores. La autora Elizabeth (2010) define de la siguiente manera; “Guarda y custodia, un concepto que define con quien va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación” (pág. 187) Al igual que la tenencia esta figura es utilizada en otros países para otorgar el cuidado y crianza a los progenitores respecto de sus hijos.

Es necesario al igual dividir estos dos términos y diferencias guarda y custodia, aunque en algunas legislaciones estas se mantiene unidas como norma. Primeramente, Guardia según Ossorio (1974) define de la siguiente manera; “es considerado como El encargado de conservar o custodiar una cosa. Defensa, conservación, cuidado o custodia”. (pág. 455) Y se conoce como custodia “es considerado como lo siguiente términos Cuidado, guarda, vigilancia y protección”. (pág. 145)

Relacionando estos dos conceptos dentro del ámbito de familia, se asemejan a la otorgación para dar el cuidado, vigilancia y sobre todo protección de algo, en este caso será de los niños, niñas y adolescentes a quien se le haya sido otorgado.

En caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los padres, se deberá acordar como se organizarán los progenitores para facilitar la guarda y la custodia de menores.

Concluyendo podemos ver que la tenencia y la guardia y la custodia tienen relación entre si ambos se tratan de cuidado y la convivencia que se va a mantener con sus hijos con el fin de proporcionarles todo lo necesario tanto material como emocional y muestras de afecto.

4.15 Tutela

Dentro de nuestro problema de investigación se ha visto necesario establecer el termino tutela, para diferencias que es lo que se le otorga al familiar cuando se niega la demanda y solamente se los nombra tutores.

Tutela consiste en cuidar y proteger. El tutor protegerá los intereses del pupilo, ya sean personales o patrimoniales. Es decir, la responsabilidad del tutor es proteger a la persona

incapaz, procurando su bienestar y administración del patrimonio, siempre en beneficio del pupilo. La tutela es supletoria a la patria potestad, a través de esta se propone una representación legal, protección y sobre todo la asistencia de los que no pueden velar por sí solos para representarlos en su actividad jurídica.” (Contreras, 2010, pág. 161)

Si bien la presente autora nos hace alusión, que el tutor viene a remplazar la patria potestad es decir a la persona que se nombre tutor pasara hacer el representante legal del menor u adolescente incapaz que aún no puede administrar sus bienes o representarse por sí solo.

El autor Fernando (1985) en su obra describe de la siguiente manera a que es tutela, la cual me permitirá “La tutela es una institución de interés público que se ha creado para la representación legal y protección de individuos que no están sujetos a patria potestad, en el orden personal y patrimonial.” (pág. 55). El autor que se acaba de nombrar menciona los mismo en relación a lo anterior, pues si bien se lo considera como un método de protección para un menor cuando no cuenta con la representación de sus padres, esta institución es conferida de carácter especial para proteger en situaciones de vulnerabilidad al menor o adolescente.

La tutela es el cargo que se confiere ya sea para la asistencia y representación de las personas necesitadas de protección a las que les falta la patria potestad (así, en la tutela de los menores), o que, a pesar de ser mayores de edad, procesan especial asistencia (tutela sobre mayores). (Lehmann, 1953, pág. 30)

Con este último concepto, se puede evidenciar que la tutela se trata de la guarda y representación legal de los menores que no se encuentran con alguien a cargo de su patria potestad es decir sus padres, por ende, ellos buscan velar por su patrimonio y velar por los derechos que estos poseen por ende ellos podrán presentar en algún juicio, muy diferente a lo que es la tenencia en sí.

4.16 Antecedentes del Interés Superior del Niño.

Es fundamental partir con el inicio de este principio, principio fundamental para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescente, que poco a poco fue adentrándose en los diferentes países del mundo, a través del convenio de los derechos del niño del 1989, se busca que la mayoría de los países formen parte de este, con el fin de proteger a los niños, niñas y adolescente del mundo.

Durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989. El análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los

derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos. (Bruñol, 1999, pág. 355)

Si bien poco a poco se quiso fomentar la introducción de instrumentos que con lleven a la protección y que sobre todo se consideren y reconozcan los derechos de los niños a nivel mundial, el origen de este principio denominado como “Interés Superior” busca esto, se considera entonces que los padres no son absolutos poseedores o dueños de ellos y más bien serán otorgados viendo si el interés es bueno respecto al desarrollo del menor.

Desde otro punto de vista en América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo. El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior. Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños. Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. (Bruñol, 1999, pág. 335)

El autor menciona que es un mecanismo que busca la adaptación en los diferentes lugares, mecanismos que sirven como una solución ante posibles amenazas que atentan a los derechos de los niños, en si con el origen del principio de interés superior se busca poco a poco reforzar los diferentes mecanismos que ya están creados por los Estados, que son considerados como insuficientes para la protección de los derechos de los menores y adolescentes. Se busca entonces que la aplicación de este principio a los diferentes Estados proporcionara que el grupo de niños, niñas y adolescentes cuenten con un respaldo para la seguridad de sus derechos, el

Estado a través de los órganos de justicia serán quienes apliquen estos principios velando siempre que este sea aplicado de la debida forma.

4.16.1 El interés superior del niño.

Es fundamental conocer la doctrina sobre el principio de Interés superior que surgió como un elemento fundamental para la protección de los niños, su aparición con llevo a que se garanticen por los diferentes estados los derechos creados especialmente para los niños. Augusto Diez Ojeda, analiza lo siguiente sobre el Interés Superior del Niño;

Todos los jueces invocan el interés superior del niño, aunque arriban a tres conclusiones distintas e irreconciliables entre sí. ...” “...El principio del interés superior del niño ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad práctica; pasando por los que afirman el peligro de su uso abusivo; aquellos otros que identifican el principio con los derechos reconocidos; y los que resaltamos su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños. (Diez, 1999, pág. 60)

Con la opinión de este autor respecto a la doctrina de este principio, nos hace en si referencia a dos puntos, a un punto positivo y a uno negativo, el uso positivo que determina este autor es que este interés busca que se reconozcan los derechos de los niños y no sean vulnerados, y el punto negativo que este termina es que existen diferentes posiciones en las que se determina que esta llega a ser muy repetitiva y a ser considerada a veces como innecesaria. La autora Laura N. Lora, en su discurso jurídico sobre el interés superior del niño, cita a tres diferentes doctrinas que son necesarias considerar; Cita lo sostenido por Sophie Ballestrem, quien coincidiendo con Giberti en el concepto, afirma que;

La noción general del interés superior del niño que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del interés superior. (Nora, 2006, pág. 55)

Cita también nociones de Cillero Bruño, en la que se sostiene lo siguiente respecto al interés superior del niño;

Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como

psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra jurídico que no satisface debidamente las exigencias de seguridad jurídica.” (Nora, 2006, pág. 45)

Es importante ver como estas dos doctrinas se relacionan entre sí puesto que mencionan que el interés superior del niño en si puede ser interpretado de cualquier forma por los órganos de justicia, pero estas interpretaciones ¿pueden ser buenas o malas?, es aquí a lo que hace alusión el autor menciona que los jueces pueden aplicar la norma sobre los derechos de los demás y en si no llegan a ser beneficiarias.

Afirma que Bruñol sostiene que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos; interés y derecho, en este caso se identifican.” (Nora, 2006). A comparación de este autor menciona en pocas líneas que sí, que este derecho se enmarca sobre todo en llegar a la protección y la satisfacción de los derechos de los niños. En primer lugar, el interés superior del niño se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

El segundo aspecto que cabe considerar es su amplitud. El principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior.

El interés superior del niño es también una norma de interpretación o de resolución de conflictos. Este principio es, sin lugar a dudas, es una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención, que actúa además como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos.

Además, Aguilar, lo define como uno de los principios cardinales en materia de derecho jurídico de la niñez y la adolescencia, pues contribuye a garantizar la potenciación psicológica y física del menor, mediante él se procura un ambiente armónico que contribuya al desarrollo adecuado de sus atributos y valores, tributarios de una personalidad integral y equilibrada; además, de ser garante de la plena satisfacción de los derechos del menor. Siguiendo esta misma idea, Alegre, Hernández & Roger, definen el interés superior del niño como un principio garantista, por lo que, toda

decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos. (Alegre, 2014, pág. 30)

En conclusión, el principio de interés superior del niño es el eje principal dentro de la materia de la niñez y adolescencia, primordialmente porque este principio se enfoca en 5 ejes principales, primordialmente el del velar por el desarrollo de los menores de edad. El interés superior del niño debe versar sobre todo y tomar consideración a la hora de tomar una decisión un órgano de justicia, sobre todo cuando se está vulnerado o poniendo en peligro a un niño, niña o adolescente, sobre todo que este debe tener más peso a las normas que se encuentran tipificadas y que no protegen al menor de edad.

4.16.2 Elementos para la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño.

Con el paso del tiempo han aparecido diferentes Instrumentos Internacionales que se han convertido en herramientas de protección para los niños. Primeramente, el Comité de los Derechos de los niños, establece en si 7 elementos fundamentales para determinar el principio de Interés Superior.

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. La determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, la evaluación del interés superior abarca los mismos elementos. (Maldonado, 2021, pág. 93)

“La opinión del Niño”

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de apoyo, en caso

necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior. (Maldonado, 2021, pág. 93)

Ahora bien, un elemento determinante es poder escuchar a los niños que se encuentran siendo afectados mediante un proceso, donde se ven ponderados diferentes derechos, el Juez antes de tomar una decisión deberá escuchar al adolescente o menor que se encuentre en la capacidad de poder expresarse o que ya tenga una madurez efectiva, recordemos que la madurez se va adquiriendo por diferentes factores por ejemplo la sana convivencia contribuye al desarrollo del menor y que posterior alcance un nivel de madurez efectivo. Pero la falta de madurez no constituye un impedimento para no poder ser escuchado pues si a lo largo de la vida, han ido apareciendo poco a poco profesionales y técnicas que han ayudado a expresarse a lo que se los consideraran como “no capaces”. Si el Juez no escucha la opinión de los menores, esta decisión quedar nula y no se determina el interés superior del niño.

“Derecho a la identidad”

Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (Art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño. (Maldonado, 2021, pág. 93)

Desde temprana edad, nuestros padres nos han establecido un nombre, el cual, a través del sistema de registro de identidad, se ha quedado como nuestro nombre contando con los apellidos de nuestros padres o en ocasiones solo del padre o madre. Contar con un nombre es un identificativo ante la sociedad, sobre todo cuando contamos con apellidos y nombres, que nos hacen distintivos a los demás.

“La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones”

El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20). También subraya que los elementos antes mencionados son derechos concretos y no solo elementos para determinar el interés superior del niño. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (Art. 16). El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada

o la comunidad, según establezca la costumbre local (Art. 5). (Maldonado, 2021, pág. 94)

La familia es un elemento primordial y beneficiario para el niño, niña y adolescente que se encuentran en una etapa de desarrollo, se debe evaluar si la familia está influyendo de una manera positiva al menor proporcionándole todo lo necesario para su subsistencia, no es factible considerar una separación de su familia ya que ellos se encuentran proporcionándole todo lo necesario. Pero si la familia llega a influir de manera negativa ya sea un miembro de ellos, se deberá evaluar la afectación que este tiene sobre el menor y determinar una separación inmediata del menor dentro de ese núcleo, así como también se deberá evaluar qué es lo más conveniente para el menor.

“Cuidado, protección y seguridad del niño”

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. (Maldonado, 2021, pág. 96)

Es necesario Proteger y cuidar al menor, la no protección de este creara una vulneración dentro de los derechos que el niño, niña y adolescentes poseen, la desprotección de esto creara diferentes problemas sobre el menor que llegan afectar al desarrollo del menor, estos pueden ser psicológicos, emocionales e inclusive físicos, al igual el cuidado se deber determinar cuál es la persona más idónea para tomar esta responsabilidad, observando todo tipo de comportamiento y actitudes que el menor muestre hacia ellos ya se ha de una manera positiva o negativa.

“Situación de vulnerabilidad”

El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos. (Maldonado, 2021, pág. 97)

Es necesario evaluar al menor, cuando este es considerado como vulnerable, es decir si posee alguna discapacidad, por ejemplo, un niño que posea cierta enfermedad debidamente comprobada, este factor de vulnerabilidad será un precedente para la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño, puesto que un menor en este estado no será igual al de menores que no padecen ningún tipo de discapacidad y se encuentran. Y la toma de decisiones al igual deberán reflejar sobre todo este estado de vulnerabilidad.

“El derecho del niño a la salud”

“El derecho del niño a la salud (Art. 24) y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño.” (pág. 98) . El menor debe encontrarse en condiciones óptimas, quiere decir que debe contar con todos los chequeos médicos necesario, vacunas y saber sobre todo si el menor posee alguna enfermedad siga el correspondiente tratamiento, si este se encuentra en óptimas condiciones se podrá ver que el menor estas siendo atendido de forma adecuada y que tiene un buen cuidado y que sobre todo se vela que el menor se encuentra de manera sana. Sobre todo, cuando un niño o niña con un sistema de salud efectivo, desde su etapa de lactancia hasta su etapa a ser un joven- adulto, ingresaremos jóvenes sanos a la sociedad y sobre todo prevenir diferentes posibles enfermedades en un futuro.

“El derecho del niño a la educación”

El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redunda en el interés superior del niño. (Maldonado, 2021, pág. 98)

Las medidas que se tomen respecto a los menores deben estar conexas a la Educación del menor, por ningún motivo se debe ver afectado este derecho que posee, debe alcanzar todos los niveles académicos para posteriormente convertirse en un profesional. Por lo tanto, este derecho debe priorizarse y el Estado a través de las unidades educativas deben ir mejorándolo de forma progresiva, sobre todo no se deberá privar de este derecho a ningún niño, niña o adolescente, porque mantenga una discapacidad o no cuente con el factor económico suficiente.

El derecho a la educación debe ser primordial sobre todo cuando, brindamos instituciones que orientes a los niños y adolescentes a realizarse como profesionales, con el fin de garantizarles un futuro próspero donde tengan la posibilidad de poder trabajar en diferentes instituciones. Como también a través de las diferentes escuelas básicas se pueda ayudar a reducir el índice de analfabetismo.

4.16.3 Garantías Procesales para el interés superior del niño.

Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades.

El derecho del niño a expresar su propia opinión.

Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. En el marco de esa comunicación, entre otras cosas, se debería informar a los niños sobre el proceso y

los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión.” (Maldonado, 2021, pág. 100)

La opinión del menor es fundamental, creo seriamente que cuando ellos se encuentran en su capacidad de poder expresarse debe ser considerado y que sobre todo deben asistir a las audiencias, hay situaciones en la que el menor se expresa, pero de manera obligada o porque ha sido manipulado por una persona, por lo tanto, es de manera primordial contar con diferentes técnicos para poder lograr la expresión de ellos y saber sobre sus deseos, respecto de las personas que no son consideradas como maduras deberán verse mecanismo para poder escuchar su expresión, con el fin de no causarles un daño posteriormente.

Cuando contamos con las herramientas, como son profesionales o tecnológicas, estaremos en la posibilidad de poder determinar la opinión del menor que aún no se ha desarrollado o no puede expresarse por sí solo. Desde mi punto de vista el Consejo de la Judicatura debería implementar más profesionales que se encuentren con capacitaciones necesarias para entender a un niño, niña o adolescente, así como también herramientas tecnológicas o técnicas que permitan el escuchar de un menor.

La determinación de los hechos.

Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. (Maldonado, 2021, pág. 100)

Las investigaciones que se hagan por parte de los diferentes técnicos que el estado proporciona, deberán ser de calidad, y deberán recabar toda la información necesaria respecto al menor, para que el Juez tenga conocimiento y tome la decisión necesaria en beneficio del menor, si la información recaba no es suficiente este no será elemento suficiente para la toma de decisiones.

Si bien antes mencionaba el estado debe proporcionar profesionales capacitados que cuentan con la capacidad, estudios que puedan aportar y sobre todo demostrar hechos, de los cuales ayuden a la toma de decisiones, sobre todo para ver si se está aplicando de forma idónea el principio de interés superior del niño y que sobre todo sirva de elemento de prueba al Juez en sus resoluciones.

“La percepción del tiempo.”

Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad

a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. (Maldonado, 2021, pág. 101)

Los procesos en los que se vean implicados los menores, deberán transcurrir en un tiempo oportuno sobre todo cuando el menor se encuentra en una desprotección por aun no tomarse una decisión, es entonces oportuno que estas decisiones sean de manera ágil pero siempre y cuando se tome en consideración toda la información con el fin de tomar una buena decisión beneficiosa para el niño, niña o adolescente.

Si bien el Código General de Procesos mismo lo determina, que lo procedimientos en los que se vean implicados temas de familia, deberán ser más ágiles, es decir el Juez deberá tener mayor empeño en estos procedimientos, sobre todo cuando el tema de disputa es un menor en situación vulnerable, el menor no se puede encontrar en un hilo flojo sin saber que puede suceder con él.

Los profesionales cualificados.

Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones” (Maldonado, 2021, pág. 101)

Los profesionales que lleven estos procesos deben ser especializados en el ámbito de familia, con el fin de precautelar los derechos de los niños, al tener conocimiento podrán tomar la decisión necesaria en base al interés superior del niño y sobre todo utilizaran todos los instrumentos internacionales que tienen a conocimiento.

En este caso es necesario, contar con profesionales que se han realizado a través de diferentes capacitaciones, que han obtenido especialización en temas con niñez, sobre todo que sepan de técnicas o puedan utilizar diferentes métodos para poder obtener elementos necesarios.

La representación letrada.

El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. (Maldonado, 2021, pág. 101)

La presentación letrada, consiste, sobre todo en el que el menor de cual se va a velar por sus derechos, tenga una persona quien lo represente, es decir una persona que vele por el derecho del menor, que sobre todo vea en beneficio al menor y no sea beneficiado un tercero. Ejemplo en un juicio de alimentos es necesario que el menor cuente con la representación de la madre o el padre, con el fin de obtener recursos que solamente satisfagan las necesidades del menor.

La argumentación jurídica.

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente. (Maldonado, 2021, pág. 102)

La argumentación jurídica consiste, sobre todo, que cuando un Jueces resuelve, deben hacerlo en base a lo que se encuentra normado dentro de nuestra legislación, así como también de los diferentes principios que se encuentran normados, así como también las internaciones. Por lo tanto, la sentencias como las resoluciones, deben contar con una sección donde se justifique, motive, que normas, doctrina, utilizo el Juez para emitir su respectiva resolución o sentencia.

Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.

Los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. (Maldonado, 2021, pág. 102)

Si bien lo menciona, el estado ecuatoriano en este caso deberá contar con recursos, como son la apelación, con el fin de si nos encontramos en una situación de injusticia o donde se ve que efectivamente se esta vulnerando un derecho, se puede presentar un recurso en el que puedan obtener una respuesta positiva y que sobre todo garanticen que efectivamente se está velando por la protección del menor. Es necesario contar con estos recursos, necesarios para no quedarnos en una sola respuesta.

La evaluación del impacto en los derechos del niño.

Como se ha señalado más arriba, la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que interés superior del niño sea una consideración primordial. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación. (Maldonado, 2021, pág. 103)

Todos los procedimientos donde se estén involucrando a los niños, niñas y adolescente donde se vulnere los derechos del menor y es necesario priorizar los derechos del menor sobre otros, claro está que este interés no busca que por proteger uno se vulneren otros derechos, por lo tanto, las decisiones que se tomen en cuanto al interés superior deberán tener una justificación y sobre todo se observaran la consecuencia que pueden suceder posteriormente.

4.17 Consecuencias de la no entrega de tenencia a familiares.

Dentro de la legislación ecuatoriana, no queda establecido que la tenencia pueda ser entregada a un familiar muy aparte de sus progenitores, al igual que en la legislación peruana, por lo que me he permitido citar un trabajo de investigación que hace mención a lo referente;

Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En muchos hogares peruanos, los abuelos ejercen el papel de padres, supliendo desde las necesidades afectivas hasta las necesidades físicas y sociales del menor. Así también tenemos a los hermanos y tíos que se hacen cargo de sus familiares supliendo las necesidades del menor. Es más, en nuestro país se encuentra bastante arraigado en caso de padrinos que crían y cuidan a sus ahijados, que son personas de buen corazón que suplen las necesidades sin ser pariente, sino una persona que se encuentra ligado al menor por razones de religión y la moral. Sin embargo, nuestra normatividad no garantiza la posibilidad de tenencia de parte de estas personas, familiares o no, muy a pesar que ellos son los responsables y ejercen el papel de padres para los menores.

Por ello, el debido respeto del interés superior del niño no se cumple, pues estas personas ejercen la tenencia de hecho del menor sin garantía alguna, sin que se establezcan los derechos y las obligaciones ni del menor ni de la persona que los tiene, por lo que en muchos casos, después de haberse establecido un profundo e irremplazable vínculo afectivo entre ellos, los padres olvidando su irresponsabilidad arrancados los niños del hogar que formaron, sin respetar el mínimo derecho del niño ni de la persona que los acogió, en otros casos se entablan encarnecidos conflictos judiciales y extrajudiciales, entre los padres y las personas que prohíjan al menor, o entre familiares, en todos ellos motivados por intereses nada afectivos y contrarios a los intereses del menor. Asimismo, en otros casos los niños contra su voluntad son internados en hogares para niños en abandono, por cuanto las personas que prohíjan no cuentan con las suficientes garantías para retenerlos. (Vargas, 2018, pág. 40)

Ahora bien, existe los casos en los menores han sido criados desde temprana edad por algún familiar, para guiarnos vamos a establecer como ejemplo a los Abuelos, diferentes motivos han forzado a que los progenitores abandonen a sus hijos, ya sea por la migración, la muerte de alguno de ellos e inclusive él desinterés de mantener lasos de afectos con ellos, por lo cual ha procedido a encargar a sus hijos con sus abuelos, tíos o algún familiar más. Al ser de temprana edad es claro que la convivencia continua ha creado lasos de afectos entre ellos y el menor y sobre todo han permitido brindarles todo lo necesario para su desarrollo integral,

creando así que el menor los vea como figuras paternas e inclusive otorgándoles el nombre de Papa o mama. Al no existir esta excepcionalidad de que el familiar pueda obtener la tenencia del menor, crea una desprotección en él y sobre todo una vulneración y la aplicación indebida del Interés Superior del Niño, el seguir con el cuidado del menor y no tener una resolución donde se establezca, es un inconveniente para los familiares, ya que no es una garantía demostrar que ellos han proporcionado lo necesario por lo que en cualquier momento estos podrían ser arrebatados o enviados a una casa hogar por la desprotección que mantiene el menor.

4.18 Síndrome de Alienación parental

Partiendo de la Convención de los Derechos del Niño dada en el año 1969, reconoce los derechos de los niños/as, como de carácter especial y específicos a su edad, además agrega que no deberán tener ningún tipo de discriminación. El propósito principal que se busca es la protección y asistencia con el fin de salvaguardar y garantizar el desarrollo integral y que además la familia y los progenitores participen y tengan la responsabilidad de llevar a cabo.

La protección respecto a los niños es un tema relevante para diferentes ciencias, por ejemplo, dentro del derecho se establecen normativas y principios generales que están encaminados a garantizar y proteger derechos, mientras que dentro de la Psicología aportan parámetros o indicadores y el Derecho en base a estos resultados encamina su producción normativa como su aplicación en el caso concreto.

Para Richard Gardner, quien fue la primera persona en darle un nombre a este tipo de trastorno, definió lo siguiente al respecto “un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resulta del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor”. (Gardner, 1985, pág. 3)

Después Gardner, elabora un nuevo concepto para determinar esta conducta y la define como una “predisposición negativa que ejerce el progenitor que tiene la custodia de los hijos en contra del otro progenitor, mediante la influencia maliciosa y malintencionada y manipulación mental hacia los hijos”. (Gardner, 1985, pág. 7)

Por otro lado, Meier, define la Alienación Parental como tal y menciona lo siguiente: “un concepto válido que describe un fenómeno real que sufre una minoría de niños en el contexto de disputas de divorcio y cuidado personal” y define al niño alienado como: “... el que expresa, libre y persistentemente sentimientos y creencias no razonables contra un progenitor que son significativamente desproporcionadas a la experiencia real con el progenitor. (Ovejero, 2009, pág. 15)

Relacionado todos los conceptos caemos en cuenta que este síndrome se da sobre todo en temas de conflictos, cuando una pareja se encuentra en un proceso de divorcio o la disputa por con quien vive el menor, el niño o niña se encuentra en un vaivén de comentarios tanto respecto a su madre o respecto a su padre. En la cual el menor adquiere ciertos resentimientos o sentimientos de culpa, tristeza o rencor los cuales son considerados como dañinos para el desarrollo integral del menor.

4.18.1 Síndrome Jurídico Familiar

Una vez que el Síndrome de Alineación parental, y se adentra al sistema legal pasa a ser denominado como Síndrome Jurídico Familiar:

En el que los abogados, jueces, peritos y otros profesionales vinculados adquieren responsabilidad en su continuidad. La negativa de los hijos adquiere auténtica trascendencia cuando se expresa en un juzgado, ya que se desencadenan entonces acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones encaminadas a resolver el problema que hace que la instancia judicial se convierta en parte para resolver el mismo, de tal manera que debamos incluirla como un elemento de vital importancia de los componentes del Síndrome. (Bolaños, 2000, pág. 121)

Si bien se menciona este síndrome se ve claramente reflejado dentro del sistema jurídico, sobre todo en las audiencias y en las respectivas pericias que se llevan a cabo cuando está de por medio el de un niño o niña, como son las pericias de entorno social o psicológicas, donde el menor habla con un profesional y este es quien expone la situación del menor dentro de la audiencia, con el fin de que se tome la mejor decisión para él.

4.19 La importancia de la guardia y custodia a un tercero.

Es necesario fundamentar dentro de nuestro trabajo de investigación determinar, ¿por qué se debería establecer esta excepcionalidad en la guardia y custodia?, término que claro esta tiene como sinónimo la tenencia, tal como se establece en la legislación ecuatoriana. La abogada Belén Apolo menciona en pocas líneas establece lo siguiente;

La jurisprudencia sobre la atribución de la guarda y custodia de un menor a un familiar se asienta sobre la base de que la situación personal y económica de los progenitores es importante, pero no determinante. Sí lo es el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno familiar y la capacidad de cada uno para su cuidado y crianza. De esta manera, otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a abuelos, tíos... fijando un amplio régimen de visitas para fomentar la relación paterno-filial. (Apolo, 2017, pág. 1)

Es claro que en las líneas que acabamos de leer redactadas por la Abg. Belén Apolo se enfoca sobre todo a la relación que se vive en cada hogar entre los padres y sus hijos y con los demás miembros de una familia. De todos estos algunos adquieren la capacidad y la voluntad de criar y cuidar a los más pequeños de una familia, en ciertos casos no son los progenitores quien se encargan de esta responsabilidad.

Por lo tanto ¿si no existe una relación afectiva padres- hijos, será oportuna la guardia y custodia de hijos?, en relación con lo que establece la autora mencionada anteriormente cuando existan diferentes situaciones como son el abandono, la falta de interés, la muerte de uno de los progenitores o de ambos, será necesario que un miembro de la familia con el que el menor se encuentre a gusto se encargue de lo necesario para su cuidado y sobre todo la convivencia, con el fin de que este no quede desprotegido por la falta de ambos progenitores y que a lo mejor en un futuro pueda ser enviado a una casa hogar.

El interés del menor en la determinación de su guarda jurídica es la piedra angular que construye la decisión. La excepcionalidad viene determinada cuando es, precisamente, dicho superior interés del menor el que manda en el razonamiento judicial que la custodia se atribuya a un familiar y se descarte al propio padre del menor, sin que a éste se le haya reprochado causa o comportamiento que conlleve la pérdida de la patria potestad. (Domingo Monforte, 2018, pág. 1)

A comparación con lo descrito por Abg. Belén Apolo, el autor ahora citado nos menciona sobre el principio fundamental del Interés Superior del Niño, el busca la no vulneración de los derechos de los niños y adolescentes, refleja que este debe estar presente a la hora de la toma de decisiones por parte de los órganos de justicia, el velar por el desarrollo integral del menor es fundamental y deberá ver si este se cumple con familiares o con progenitores, de no ser así y en base al principio del interés superior será primordial que un familiar sea quien se encargue del menor velando siempre por su bienestar y la protección de sus derechos.

4.20 Política pública y garantía de derechos de la niñez y adolescencia

La política pública es un conjunto de directrices y de procesos a través de los cuales las demandas y necesidades, expresadas por los sujetos de derechos, se transforman en orientaciones y en lineamientos gubernamentales que toman en cuenta “el conocimiento de los hechos humanos y culturales, y la administración de los recursos públicos. (Torres, 2008, pág. 86)

El Estado Ecuatoriano a través de su Constitución, específicamente en su artículo 85, hace mención que “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos y se formularán a partir del principio de solidaridad”, en la misma norma considerada como suprema, en su Art.195 promulga lo siguiente “la política nacional de protección integral a la Niñez y Adolescencia debe asegurar la correspondencia de las políticas sectoriales y seccionales como la política nacional de protección integral, y exigir de los organismos responsables su cumplimiento”. Al igual se hace mención sobre como estas políticas públicas nacionales es de competencia exclusiva de nivel central, esto claro está a través de los diferentes órganos conformados, ejemplo los ministros. Recordando al igual que nuestro país cuenta con los diferentes Gobiernos Autónomos Descentralizados, ya sea de región, provincial, cantonal o parroquiales, quien ellos a través de sus autoridades podrán definir diferentes políticas que se encuentren relacionadas con el Plan Nacional Buen y que sobre todo se encuentren dentro de sus competencias.

Debe existir, un trabajo continuo y en coordinación con todos los niveles del gobierno desde los más altos funcionarios, con el fin de velar y ofrecerles una seguridad a las personas sujetas de derechos, sobre todo cuando estas se están viendo amenazados.

Se puede afirmar, que la política pública es una mediación que posibilita la acción de los sujetos para el ejercicio de sus derechos y que es el punto de encuentro entre los compromisos del Estado con la garantía de los derechos, el desarrollo y los sujetos de derechos. Debe haber, un compromiso por parte de la persona quien crea las normas y por las personas sujetas a derechos, con el fin de que, al trabajar de una forma grupal, se puedan apoyarse mutuamente, para que las políticas que se crean satisfagan a las personas sujetas a derechos y a si mismo ellos contribuyan a velar por estas políticas creadas en beneficio de ellos. Así, conseguiremos que en los procesos de planificación del cantón el centro de la discusión debe ser cómo incorporar en los Planes de Desarrollo Cantonal y de Ordenamiento territorial la doctrina de protección integral, así como los principios: el interés superior del niño, la prioridad absoluta, la participación ciudadana, la no discriminación y la corresponsabilidad.

4.20.1 Políticas Públicas enfocadas hacia los niñas y niños.

Dentro del Ecuador, han ido apareciendo poco a poco diferentes instituciones tanto públicas como privadas, que tienen el propósito de velar por el bienestar y cuidado de los niños y niñas ecuatorianos, entre ellas tenemos el Ministerio de inclusión social, Económica y Social, esta institución pública mantiene en su actualidad 92 casas hogares a nivel nacional donde residen niños, niñas y adolescentes que han vivido diferentes episodios de vulnerabilidad. También existen diferentes ONG, de ámbito que privado, que buscan el desarrollo integral de

los niños, niñas, así como la ONG World Visión Ecuador, quien lleva más de 40 años en Ecuador.

El Ministerio de Inclusión en abreviado MIES, ha instaurado poco a poco diferentes políticas públicas en conjunto con el gobierno, con el fin de poder erradicar tanta violencia, negligencia u abandono por parte de los padres respecto a los hijos. Y ha propuesto las siguientes metas, que esperan como resultados los siguientes;

Con respecto a la relación a las niñas y niños; que tengan un mejor desarrollo cognitivo, eficiente desarrollo motriz, estable desarrollo afectivo-social, adecuadas competencias lingüísticas y comunicativas.

Con respecto a la relación a las familias, espera como resultados lo siguiente: fortalecimiento de la familia: mejores relaciones afectivas entre sus miembros, buen trato a los hijos/ hijas, contribuyendo al desarrollo integral, participación en juegos, actividades en el hogar, otros espacios familiares y comunitarios, familias partícipes de actividades educativas de sus hijos, capacidad de la comunidad para asumir responsabilidades, participación y propuesta de iniciativas para la resolución de problemas comunitarios, fortalecimiento de liderazgo de agentes de la comunidad y menor nivel de conflictividad en la comunidad. (León y otros, 2013, pág. 78)

El Ministerio de Inclusión Económica y social, busca la manera que los resultados que se obtengan por las políticas públicas sean en beneficio de los niños y de la familia, consiguiendo que se trabaje de forma conjunta, creando así familias seguras para los niños y niñas, así como niños y niñas con todas las capacidades necesarias para en un futuro valerse por sí solos, alejados de malos pasos.

Las políticas públicas que han propuesto el Ministerio de Inclusión Económica y social, buscan la sobrevivencia, desarrollo y sobre todo protección, para las niñas, niños, esto antes de su nacimiento, durante su Desarrollo infantil y posterior a ello su creación. Por lo tanto, el establecer estas diferentes políticas públicas, es necesario que diferentes entidades se integren con el fin de monitorearse o evaluarse, en conjunto con el Ministerio de Inclusión Económica y social, Ministerio de salud pública, Ministerio de Educación y Ministerio laboral, en este caso el Ministerio de Inclusión Económica y social los ha dividido por grupos;

El primer grupo establecido son las, **políticas antes de la concepción**; Alfabetización, educación básica, bachillerato dirigido a jóvenes y adultos, apoyo para el desarrollo personal y elaboración de planes de vida de jóvenes y adultos, prevención del embarazo adolescente, promoción de una maternidad y paternidad responsables antes de la concepción. (León y otros, 2013, pág. 81)

Estas políticas nacen con el fin de trabajar en conjunto con el Ministerio de Salud, con la implementación de charlas educativas acerca de embarazos en la adolescencia, contribuiremos a que en un futuro no existan madres adolescentes que, por su edad tan temprana, abandonen o descuiden a niños y niñas, que pueden llegar a acabar en casas hogares.

El segundo grupo es denominado como, **políticas desde la concepción**; asegurar el cuidado de la madre gestante, a partir del primer trimestre del embarazo, con corresponsabilidad del padre, preparación psicoprofiláctica de la madre embarazada, con participación del padre, parto seguro, incluyendo al padre y respetando las culturas y asistencia profesional del parto en una unidad operativa del MSP. (León y otros, 2013, pág. 81)

Desde estas políticas, se buscará que las diferentes madres en estado de gestación se vinculen con el padre con el fin, de crear una corresponsabilidad parental por ambas partes, como también estaremos contribuyendo a que el niño o niña crezca dentro de un hogar con respeto.

El tercer grupo es denominado como **políticas hacia el recién nacido**, las cuales están integradas por; Cumplimiento de protocolos de salud desde el nacimiento y a la madre en el puerperio, registro automático del certificado de nacimiento y cedulação, lactancia materna exclusiva hasta los seis meses y apego seguro y apoyo a la madre y al padre para aprender a cuidar, estimular y asegurar el desarrollo del recién nacido. (León y otros, 2013, pág. 81)

Las políticas encaminadas al recién nacido, son de fundamental importancia, pues está en un tiempo donde necesita un máximo cuidado, es decir que la madre y padre deberán velar por su nutrición y salud. Las campañas referentes a la nutrición y lactancia ayudaran a concientizar a madres de familia de una mejor nutrición respecto a la salud de sus hijos. En Ecuador en 2022 la Unicef y el Ministerio de Salud Pública han llevado a cabo distintas campañas de lactancia y nutrición.

El cuarto grupo esta denominado como **políticas de salud, nutrición y educación**, la cual establecen la; lactancia materna y alimentación complementaria, Alimentación que asegure el estado nutricional adecuado a la edad, considerando la diversidad cultural, acompañamiento educativo a la familia o cuidadora principal para garantizar ambientes saludables para los niños, asegurar control del niño/a sano, vacunación y carné, atención especial a niños/as con desnutrición, para recuperación o disminución del impacto negativo en el desarrollo, acompañamiento a la familia o cuidadora principal para la provisión de aprendizajes adecuados según la etapa de desarrollo, asegurar una oferta

educativa acorde a las necesidades de las familias, los niños y niñas, que fortalezcan los vínculos afectivos, considerando los contextos culturales. (León y otros, 2013, pág. 82)

Como mencionaba anteriormente, la familia con las instituciones debe de trabajar en forma conjunta, las instituciones brindaran capacitaciones, charlas y todo tipo de proyecto que fomente a las familias a una mejor relación familiar con los hijos, creando así entornos sanos y afectivos donde el desarrollo integral de los menores será efectivo, priorizando el desarrollo de todas sus capacidades.

El último grupo de políticas públicas es denominado como, **aseguramiento de la calidad**: El Estado, la sociedad, la comunidad y la familia son corresponsables del desarrollo integral de la infancia en Ecuador, priorización de un modelo de gestión integral a nivel territorial de todos los ministerios y secretarías de Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados y la sociedad civil, asegurando una coordinación y articulación de servicios a nivel local, Asegurar que el conjunto de los servicios relacionados con el Desarrollo Infantil Integral cumpla con las normas técnicas, potenciar las distintas modalidades de atención institucionalizadas y no institucionalizadas (CIBV, CNH, CDI, servicios de empresas privadas, estatales, municipales) y trabajar articuladamente con el currículo de educación inicial (León y otros, 2013, pág. 82).

Por último, en bienestar de los niños y niñas ecuatorianos todas las autoridades, desde el presidente hasta tenientes políticos, alcaldes e inclusive la misma sociedad deben trabajar de forma continua, ideando normas, planes de desarrollo, brindando mejor calidad en sus servicios públicos como los CDI, con el fin de prevenir, posibles maltratos dentro del hogar, desnutrición o negligencia. Tener en cuenta también que las diferentes casas hogares que ofrece el Ministerio de Inclusión Económica y social, deben contar con las instalaciones, políticas adecuadas para el menor que se encuentre en estado de abandono.

4.21 Normas Jurídicas

4.21.1 Constitución de la República del Ecuador 2008

Tutela Judicial Efectiva

La tutela efectiva al igual que la seguridad jurídica, son dos términos relacionados a la protección, que buscan garantizar los derechos de la población ecuatoriana, este cuenta con tres momentos, el primero es relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso que debe ir acorde con la Constitución y la ley y por último la relación con la ejecución de la sentencia.

La Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente;

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Constitución de la Republica del Ecuador , 2008, pág. 34)

Ahora bien, se cuenta entonces que toda persona es libre y podrá presentar cualquier tipo de acción legal ante la justicia siempre y cuando esta tenga un fundamento acorde a la ley, se les garantizará los derechos constitucionales y que la resolución que se den sea fundamentada siempre y cuando estén acordes a la ley y a los requisitos garantistas. Acorde a nuestro trabajo vemos un fallo dentro de la tutela judicial efectiva puesto que no se está garantizando ciertos principios que se deben considerar a la hora de las tomas de decisiones, este caso el artículo 44 y 45 de la constitución del cual hablare más adelante.

Niños, Niñas y Adolescentes (Art. 44 y 45 CRE.)

Siguiendo la misma línea la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 44 y 45 habla acerca de los niños, niñas y adolescentes, conocido o considerado como un grupo de atención prioritaria, el cual deben tener una atención primordial y siempre deben versar por los intereses de ellos y la no vulneración de sus derechos u obligaciones.

Ahora bien, el artículo 44, establece lo siguiente:

Art. 44.- 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. (Constitución de la Republica del Ecuador , 2008, pág. 21)

En este articulo nos hace mención que deben trabajar en conjunto tanto el estado, la sociedad y la familia de la cual el menor forma parte, ellos deberán cumplir o velar por los menores que aún no se encuentran en la capacidad de ellos con el fin de que se garanticen los derechos de ellos. El elemento fundamental aquí es interés Superior del niño, principio que

debe versar sobre los demás y que sirva para la protección de los derechos del menor y que a la hora de la toma de decisiones verse estos intereses.

Al igual habla de que el desarrollo del menor es fundamental, que necesita de ciertos factores para que se alcance la madurez, es fundamental que estos factores sean sanos y beneficiosos para el menor para poder entregar a la sociedad un menor capaz de velar por sí mismo, contribuyendo a un ciudadano más. Los cambios negativos que no permiten que el menor se desarrolle y se estanque y que además acarren diferentes problemas, que hacen que vulneren sus diferentes derechos tal como lo establece este artículo.

En su artículo 45, se menciona lo siguiente: “Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21)

El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. 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.

Se menciona claramente que los menores poseen los mismos derechos que los humanos, a diferencia que estos son primordiales para la protección de este grupo vulnerable que no se encuentra en la capacidad de hacerlo.

Al igual incluyen ciertos derechos que el estado deberá garantizarlo, el principal relacionado a nuestro tema es el derecho a tener una familia y disfrutar de una convivencia familiar y comunitaria, es necesario que el estado le garantice una familia, para lo cual deberá ver los factores que estos le aporten al menor y que influyan para su desarrollo. De no ser positivo la contribución claro está, que se atenta contra el menor, imponiéndole una vida no apta para que él pueda desarrollarse de manera progresiva. Por lo tanto, el Estado deberá velar por que las familias en las que se encuentren los menores sean familias que aporten mecanismos para el menor y así mismo permitan el desarrollo máximo de sus capacidades.

4.21.2 Código de la Niñez y adolescencia.

Debemos mencionar ahora la ley donde radica nuestro problema Socio jurídico, es entonces que tomaremos en cuenta el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. - 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. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 2)

Si bien anteriormente hablábamos dentro de la Constitución, se debe contar con tres elementos fundamentales para garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro del Ecuador, para lo cual deben encontrarse trabajando en conjunto el estado, sociedad y la familia, deberán trabajar en conjunto, el estado trabajara con la creación de normas efectivas que sirvan para la protección de los derechos del menor cuando estos están siendo vulnerables o así mismo de la reforma sobre las normas que ya están creadas. La sociedad al igual deberá contribuir de forma positiva creando un ambiente sano y sobre todo respetando sus derechos sin abusar que estos no son capaces de hacerlo y respetar sobre todo su condición de vulnerabilidad, como último elemento tenemos a la familia que es fundamental para el menor que ellos contribuyan a que el menor crezca de manera positiva y sobre todo contar con su apoyo a la hora de luchar por sus derechos y ver que las próximas normas que se creen contribuyan específicamente al menor.

Art. 9.- Función básica de la familia. - 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. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 2)

Si bien mencionaba anteriormente la familia es un elemento fundamental dentro de la vida del menor, contribuyen que mediante la convivencia y las relaciones familiares sanas el menor vaya desarrollándose poco a poco de una manera positiva. Claro está que en este articulo menciona primordialmente a los padres y madres, pero en si contribuyen todos los que pertenecen a este núcleo familiar, existen los casos donde no existen progenitores y son los mismos abuelos quienes se atribuyen estas responsabilidades con el fin de velar por sus nietos.

Art. 10.- Deber del Estado frente a la familia. - El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.” (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 2)

Ahora bien, en este articulo podemos ver que el Estado tiene el deber primordial de protegerla, es decir mantenerla unidas, creando diferentes normas, es necesario que estas se mantengan unidas porque garantizan un hogar a los menores de edad y sobre todo un apoyo en ellos, el no contar con ellos o que se encuentren en una ruptura de lasos familiares, crea que se encuentre en un ambiente de conflictos que son negativos para el menor.

Art. 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado 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 realización 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. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 3)

Si bien mencionábamos anteriormente el Interés Superior del niño es principal dentro de la toma de decisiones de los órganos de justicia, con este principio se busca que los derechos de los niños se ejerzan de manera positiva. Quiere decir entonces que si nos encontramos en un conflicto de ponderación de derechos entre un adulto y un niño es claro que el interés superior del niño garantizara el derecho del menor sobre el del adulto puesto que este se encuentra dentro de un grupo vulnerable. Es decir que si un órgano de Justicia no tiene en consideración este principio llegaría hacer perjudicial para el menor de edad que se encuentra en un conflicto y la resolución que este dicte puede causar un daño al menor tanto presente como en un futuro. Ya que las tomas de decisiones de los Jueces si bien antes mencionaba deben velar por el desarrollo del menor y lo que mejor le convenga tanto en el presente y en su futuro.

Art. 13.- Ejercicio progresivo. - 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 que no esté expresamente contemplado en este Código. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 3)

Toda norma, aunque no se encuentre determinada debe contribuir a la progresividad de los derechos y deberes, es decir que lo que se cree debe ser mejor y en beneficio a lo que ya se encuentra determinado, garantizando sobre todo la protección y cuidado del menor o adolescente.

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente. -

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. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 3)

Es claro que el Código de la niñez y adolescencia busca en si la protección del menor en casos que se pueda observar que existe una vulneración de derechos. Ahora bien, esto debe empezar desde los Órganos de Justicia que son los encargados de tomar las decisiones que se creen más conveniente para el menor, que beneficien a desarrollo del mismo y no los expongan ante situaciones de riesgo, por lo tanto, los Jueces no deben omitir ningún derecho o principio, sobre todo el Interés Superior del Niño siempre y cuando lo apliquen de una manera justa, justificando así mismo porque su aplicación.

Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 5)

Desde que nacemos tenemos derecho a una familia, derecho a convivir a relacionarnos con ellos y mantener comunicación con ellos frecuentemente, en este caso el articulo los

menciona acerca de la familia biológica, es decir la familia con la que comparte lasos de sangre. La familia (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014) motivo se justifica que sean ellos los que impidan por malos tratos o negligencia para cuidar al menor que llegue a desarrollarse de una forma efectiva. Por lo tanto, el estado debe garantizar que esta sea adecuada para el menor y que sobre todo se encarguen de proteger a ellos.

Art. 96.- Naturaleza de la relación familiar. - La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes. Recibe el apoyo y protección del Estado a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades. Sus relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intransmisibles. Salvo los casos expresamente previstos por la ley, son también imprescriptibles. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 26)

Si bien se menciona en este artículo, la familia es primordial para el desarrollo menor y para los demás integrantes de la familia, por lo tanto, esa debe actuar de una forma correcta y sobre todo mantenerse unida para brindarse el apoyo necesario en situaciones de vulnerabilidad. Por ende, la familia cuenta con el apoyo total del Estado para que ellos puedan ejercer las responsabilidades que les correspondan. Es la familia entonces el pilar fundamental, al contar con ellos encontramos un apoyo y ayuda, las responsabilidades se dividen en caso de inasistencia de alguno de los progenitores, familiares que mantengan una buena relación podrán asumir este cargo.

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. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 31)

Es de fundamental importancia este artículo, ya que el tema principal de mi investigación se enmarca en la procedencia de la tenencia, si bien podemos leer en estas líneas se habla de un derecho, que es el cuidado y crianza del hijo o hija de familia, un derecho que por si viene hacer de los progenitores y que así se enmarca dentro de esta ley, con la obtención de la tenencia contribuye a que el menor sea cuidado, sea protegido y se vele por su futuro y que además este cuente con lo necesario para su supervivencia. Los procesos de tenencia se dan

sobre todo en los casos en los que existe un a disolución del vínculo matrimonial y que quiere establecer con quien vivirá el menor si es con el padre o con la madre, velando siempre que el que obtenga la tenencia le proporcione un ambiente sano fuera de conflictos.

Si bien mencione anteriormente, este es un derecho que la ley establece exclusivamente para los padres, por ende, las tenencias serán otorgadas a favor de uno de ellos, que beneficie sobre todo al desarrollo integral del menor. ¿Pero qué pasa si un hijo no vive con los padres?, los diferentes factores que han ido surgiendo poco a poco en la actualidad o diferentes situaciones que son inesperadas, han provocado que niños no sean criados por sus padres, si no que una persona de su misma línea familiar se ha atribuido esta responsabilidad con el menor, con el fin de no desamparar al niño y que no sea enviado a una casa hogar.

El Código de la Niñez y Adolescencia, atribuye este derecho solo a los padres, pero si un familiar quiere obtener la tenencia ¿podrá?, la legislación ecuatoriana no contempla este derecho para familiares, lo cual ocasiona una vulneración tanto para la aplicación del interés superior del niño que busca garantizar los derechos del niño , en este caso el menor tiene derecho a una familia y encontrarse de forma segura en ella, claro esta que esta debe cumplir con el mismo rol de los progenitores y se les atribuirá todas las responsabilidades.

4.22 Normas Internacionales

4.22.1 Convención de los Derechos del Niño

La convención de los derechos nace a partir del año 1989 en Ginebra, se trata de un trato internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el cual reconocieron a las personas que menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. En el que se rectificaron diferentes países del mundo.

Dentro de esta convención en su artículo 3, se menciona lo siguiente;

Art. 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.2. Los estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, con el fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y

competencia de su personal, así como en relación con la existencia de su supervisión adecuada. (Convención de los derechos del niño, 2006, pág. 10)

El artículo en mención nos habla acerca de 3 incisos fundamentales. Primeramente, el primero nos habla que todos los Estados que forman parte de la convención deberán velar que todas las decisiones que se tomen respecto a un menor deberán velar se aplique el interés superior del niño, velando que los derechos del menor queden protegidos en caso de que estos se encuentren en peligro de vulneración, sobreponiendo derechos o leyes con el fin de proteger al menor.

En el segundo punto a mencionar, establece la necesidad de entregar al menor a un cuidado y una protección, por lo tanto, el estado deberá velar que los responsables de los menores, velen por ellos y no vulneren por ningún motivo los derechos que ellos poseen. Por lo tanto, el estado deberá tomar las decisiones idóneas para la entrega de un menor con el fin de que se encuentre en condiciones óptimas.

El último punto a mencionar menciona acerca de las instituciones que los diferentes Estados proporcionan, para garantizar el cuidado del menor cuando este no cuenta con progenitores o familia para cumplirlos, por ser del estado estas instituciones deben contar con todas las condiciones necesarios tanto estructurales como profesionales para que el menor se sienta a gusto y pueda encontrar un sitio seguro.

En esta misma convención en su artículo 9, nos establece lo siguiente;

Art.9.-1. Los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (Convención de los derechos del niño, 2006, pág. 10)

El artículo en mención busca que los menores no sean separados de sus progenitores, pero si existen las circunstancias en las que ellos necesariamente deben dejar la convivencia

continúa deberá velarse por el interés superior del menor y ver si es necesario o no la separación del menor. Para eso los encargados de administrar justicia deberán velar por que los procesos sean ágiles y con claridad y así mismo recabar con toda la información necesaria para ver qué es lo más conveniente para el interés del menor y buscar así la no vulneración de sus derechos en este caso de tener una familia.

La separación de uno de ellos no quiere decir que todos estos lazos se rompan y ya no se puedan comunicar más, con un régimen de visitas podremos obtener que estas comunicaciones se sigan manteniendo con el fin de no romper todo lazo necesario.

4.23 Derecho comparado.

En nuestra legislación ecuatoriana, en el catálogo de tenencia nos habla de acerca de la procedencia de este derecho, pero no de una definición de lo que viene hacer esta figura jurídica Tenencia. El código de la niñez y adolescencia de un análisis del artículo 118, nos determina lo siguiente;

Primero que este derecho es exclusivo para los progenitores, cuando exista falta de progenitores se nombra solamente un tutor, no se altera el conjunto de la patria potestad, son resoluciones sobre la tenencia que se pueden modificar y son de ejecución inmediata. Conociendo como es dentro de nuestra legislación, es necesario conocer como es contemplada en otros lugares del mundo, que será fundamental para comprobar la necesidad de implementar este derecho para familiares y no solo para progenitores.

4.23.1 Legislación Uruguaya.

Es necesario establecer semejanzas y diferencias entre nuestra legislación ecuatoriana y lo que se mantiene en la legislación uruguaya.

Semejanzas

La legislación uruguaya como la legislación ecuatoriana, cuenta con un Código de Niñez y Adolescencia, en el cual busca la protección de los derechos de los niños/nas. En la legislación uruguaya se establece lo siguiente:

Artículo 1°. (Ámbito de aplicación). - El Código de la Niñez y la Adolescencia es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad. A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad. Siempre que este Código se refiere a niños y adolescentes comprende ambos géneros. (Ley Nro. 17.893 Código de la Niñez y Adolescencia Uruguay., 2011, pág. 8) Ahora bien, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, se especifica lo siguiente;

Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.

Como se puede observar en ambos códigos de la Niñez y Adolescencia, buscan la clara y efectiva protección del niño, niña u adolescente que aún no ha cumplido la mayoría de edad, es decir estas normas son específicas para ellos. Al igual que buscan la protección de lo incapaces.

Otra semejanza que encontramos dentro de estas dos legislaciones, es que tanto Uruguay como Ecuador, tienen la figura jurídica Tenencia, en el caso de Uruguay lo encontramos en su artículo 34, que manifiesta lo siguiente:

Artículo 34. (Tenencia por los padres). - 1) Cuando los padres están separados, se determinará de común acuerdo cómo se ejercerá la tenencia (artículo 177 del Código Civil). 2) De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. (Ley N° 17.823 código de la Niñez y Adolescencia , pág. 8)

Respecto al Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, la figura jurídica tenencia se encuentra contemplada en su título tercero, específicamente en su artículo 118;

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. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2014, pág. 45)

Si bien se menciona en ambos Códigos, los artículos hablan respecto a que los la tenencia será a petición de uno de los padres, ya sea por parte de la madre o por parte del padre. Serán ellos quienes podrán solicitar a través de un Juez de Familia, la tenencia respecto a sus hijos.

Diferencias

Respecto a las diferencias que existen entre estas dos legislaciones, la más clara y que debe ser mencionada, es lo que especifica la legislación uruguaya, la cual cuenta como norma lo siguiente;

Artículo 36. (Tenencia por terceros). - 1) Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés

superior de este. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado. 2) La persona que ejerce la tenencia de un niño o adolescente está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral. 3) La persona que no se sienta capacitada para proseguir con la tenencia, deber ponerlo en conocimiento del Juez de Familia, quien resolver la situación del niño o adolescente. (Ley Nro. 17.893 Código de la Niñez y Adolescencia Uruguay., 2011, pág. 8)

A diferencia de la legislación ecuatoriana, vemos que la uruguaya, tiene tanto la norma como el derecho, es decir permite que otras personas indiferente si no pertenezcan o no al abanico familiar, pueden pedir ante la justicia la tenencia de un menor con el fin de garantizarle un desarrollo integral efectivo, todo esto en conjunto con el sistema de justicia, caso contrario dentro del Ecuador esto no sucede pues, no nos encontramos con esta norma.

Con este articulo tal como se establece en la Legislación Uruguaya puedo justificar la posibilidad de integrarla dentro del Ecuador como una excepcionalidad para que se otorgue la tenencia a familiares hasta el 4to grado de consanguinidad, con el fin de garantizar que el menor se encuentre en un lugar sano donde él se sienta a gusto y que sobre todo se le permita desarrollar todas sus capacidades. Al igual integrando esta excepción lograremos que los menores no se encuentren en un hilo flojo por no garantizar un lugar establece al no ser entregados a los familiares y que exista la posibilidad que lleguen a casas hogares.

4.22.2 Legislación Española.

Semejanzas

Entre la legislación ecuatoriana y la legislación española, no existe muchas semejanzas, lo que se identifican las dos en realidad, es que amabas figuras jurídicas se tratan sobre la convivencia y cuidado de los padres respecto a sus hijos.

Diferencias

La primera diferencia que debemos mencionar es primeramente que, dentro de la Legislación española la figura jurídica conocida como “Tenencia” es denominada como “Guarda y custodia”, pero es considerada la misma figuras.

La segunda diferencia que existe entre estas dos legislaciones, es que encontramos a la figura jurídica Guarda y Custodia dentro del Código Civil Español, a diferencia de la legislación ecuatoriana que la encontramos dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia.

La última diferencia adoptada dentro de estas dos legislaciones, es que la española especifica lo siguiente respecto a la Guardia y Custodia;

Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. (Código Civil y complementario Español, 2022, pág. 51)

Si bien se puede leer en las últimas líneas, la legislación española establece una excepción en cuanto con la guarda y custodia de los menores para lo cual se está garantizado que el menor no quede desprotegido al ceder la tenencia a alguien más.

4.22.4 Legislación Chilena

Diferencias

Las diferencias entre la legislaciones ecuatoriana y chilena, son más notorias que las semejanzas, primeramente, esta figura jurídica la encontramos dentro del Código Civil dentro de la legislación chilena a diferencia de la ecuatoriana la cual se encuentra estipulada dentro de Código de la Niñez y Adolescencia.

La legislación chilena establece lo siguiente respecto al cuidado del menor;

Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes. (Ley 20680, 2013, pág. 6)

Ahora bien, en Chile específicamente en el artículo antes expuesto, se menciona claramente que existe casos de inhabilidad por parte de los papas, en esos casos claro está, se permitirá que un pariente pueda obtener el cuidado del menor.

Otra diferencia clara y notoria de la legislación chilena, al igual ellos establecen un artículo en sí donde establecen las condiciones para entregar el cuidado de un menor, determinan lo siguiente:

Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. (Ley 20680, 2013, pág. 6)

A diferencia de Ecuador, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, solo establece y determina la opinión del menor, a la hora de resolver y no especifica estos ciertos puntos.

4.22.3 Legislación Colombiana

Semejanzas

En este caso se hará una comparación entre la legislación colombiana y la legislación ecuatoriana, la semejanza que se encuentra entre estas dos legislaciones, es que ambas se encuentran normadas dentro de los Código de la Niñez y Adolescencia.

Diferencias

La primera diferencia entre la legislación colombiana y ecuatoriana, se encuentra en el nombre la figura puesto que en Colombia es denominado como, Custodia y Cuidado Personal, a diferencia de Ecuador que es denominada como tenencia.

Otra diferencia clara de la legislación colombiana es como se encuentra normado la Custodia y Cuidado Personal, estableciendo lo siguiente:

Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado

personal se extiende, además, a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales. (LEY 1098 DE 2006 , pág. 6)

Si bien se puede observar, este derecho queda extendido a más personas haciendo mención a la gente que convivan con ellos, es decir en ciertos casos los niños viven con algún tío, abuelo o familiar, a ellos se les extiende este derecho.

A diferencia de la legislación ecuatoriana, donde solo se menciona a los progenitores como mercedores de este derecho, con el fin de brindarles un desarrollo integral efectivo.

5. Metodología

5.1 Materiales Utilizados

Fueron utilizados varios materiales dentro del respectivo trabajo de investigación jurídica que contribuyeron al desarrollo de este trabajo, así como para su culminación, tomando diferentes fuentes bibliográficas como son; libros jurídicos de autores nacionales y extranjeros, linkografías, páginas web con fuentes muy enriquecedoras de información, como también se tuvo en consideración leyes tanto nacionales como extranjeras, instrumentos internacionales donde el Ecuador forma parte, artículos científicos, revistas jurídicas y sentencias.

Todo este material utilizado que fue utilizado se encuentra debidamente citados, constanding el nombre del autor y la obra que fue utilizada para la presente investigación.

También fueron utilizados otros materiales como son; portátil personal, cuaderno de apuntes, esferos, resaltadores, internet, correo institucional, grabadora, hojas A4 blancas, fotocopias e impresiones, anillados y demás materiales que poco a poco han contribuido a finalizar mi investigación.

5.2 Métodos

En este proyecto de investigación contara con los siguientes métodos de investigación;

Método Científico: Este método fue utilizado dentro de toda la investigación, respecto a la búsqueda de datos que fueron encontrados a través de obras literarias, revistas jurídicas, sitios web o informes.

Método Inductivo: El presente método fue utilizado al realizar los estudios de casos donde se verificaba que no se concede la tenencia a familiares por no estar normado dentro de nuestra legislación, a diferencia de otras legislativas donde si de amplia este derecho a familiares.

Método Deductivo: El presente método fue utilizado a través de las diferentes premisas expuestas en el trabajo, como doctrinas, antecedentes.

Método analítico: Este método fue utilizado a través de Marco teórico donde se desglosaron diferentes conceptos como tenencia y sus clases.

Método Exegético: Este método fue utilizado a través de las normas en las que versa nuestra investigación; Constitución de la República del Ecuador, instrumentos internacionales y Código de la Niñez y Adolescencia.

Método Hermenéutico: Este método fue implementado a la hora interpretar las normas en el Marco jurídico, para dotarles de un sentido vinculado con el trabajo investigativo, así como también, se lo utilizo a la hora de redactar y explicar conceptos doctrinarios.

Método Mayéutica: Este método se lo verifica a través de las preguntas que se estableció tanto en la encuesta como las entrevista que sirvieron de fundamento para realizar este proyecto de reforma.

Método Comparativo: El método comparativo fue utilizado para comparar con otras legislaciones, como la ecuatoriana, colombiana, uruguaya y española y cuáles son las diferencias y semejanzas.

Método Estadístico: Este método fue utilizando en la recolección de las muestras obtenidas a través de la encuesta.

Método Sintético: Ese método se encuentra plasmado a través de la verificación de objetivos que se establecieron en nuestro trabajo de investigación, así como también como la verificación de la hipótesis.

5.3 Técnicas

Encuesta: Se ha considerado necesario realizar dos tipos de encuestas, la primera encuesta consistió en la elaboración de cinco preguntas, que se encontraban dirigidas a Abogados/as en libre ejercicio, las cuales se encontraban enfocadas en los objetivos e hipótesis establecidos, las respuestas obtenidas dentro de este cuestionario contribuirán a la continuidad de mi proyecto de tesis, me apoye en herramientas como son los formularios Google Forms y cuestionarios en físico. La segunda encuesta se basó en seis preguntas dirigidas a las diferentes familias pertenecientes a Zamora- Loja, las preguntas se encontraban relacionadas con los objetivos establecidos, las respuestas de este cuestionario contribuirán a la continuidad de mi proyecto y así mismo a conocer la opinión de las diferentes familias. Este cuestionario fue realizado a madres de familia, padres y madres y padres solteros.

Entrevista: En cuanto la técnica realizada a través de la entrevista se aplicó un cuestionario de cinco preguntas, que sirvieron para fundamentar mi trabajo de investigación, para lo cual se realizó la entrevista a cinco juristas, los cuales desempeñan diferentes ámbitos en lo profesional, lo cual emitieron distinto criterios.

5.4 Observación documental

Se llevo a cabo el análisis de diferentes casos judiciales, resoluciones, que se encuentran relacionadas a mi tema de investigación, como el no otorgar la tenencia de niños a familiares que se han encargado del cuidado del menor por falta de sus progenitores, pudiéndose observar que solo nombrados como tutores. Con la obtención de los datos estadísticos a través de los cuestionarios aplicados, se justifica el desarrollo de mi trabajo investigativo, ya que se demuestra la necesidad de implementar que sea otorgada la tenencia a familiares cuando los progenitores no se encuentran en la condición, lo cual causa un riesgo para el desarrollo integral del menor.

Con los resultados obtenidos se los expondrán mediante la metodológica de cuadros y tablas estadísticas, de los resultados totales de la recopilación de todas las encuestas; con los resultados total de la recopilación de encuestas nos servirá para poder discutir acerca y los objetivos tanto general como los específicos, y así mismo se pudo comprobar la hipótesis establecida. Con todo lo obtenido a través de los diferentes métodos sirvió para elaborar mis respectivas conclusiones y recomendaciones que serán sustento de mi proyecto de investigación para elaborar la respectiva reforma.

6. Resultados.

6.1 Resultados de las encuestas a Familia Zamoranas- Lojanas.

El análisis que hare en este apartado es respecto a las encuestas que fueron realizadas a familias Lojanas- Zamoranas, servirán para hacer un análisis de cada pregunta y su respuesta obtenida. Esta encuesta fue realizada tanto a madres y padres de familias, madres y padres solteros, para lo cual se tomó una muestra de 10 personas, a quienes se les consulto seis preguntas relacionadas al tema de investigación, queriendo obtener opiniones respecto la tenencia a familiares y cuál sería su punto de vista y si estarían conforme con esta reforma.

Primera pregunta: ¿Conoce usted o a escuchado acerca de la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia? (cuidado y crianza)

Tabla 1: Porcentaje de personas encuestadas que conocen acerca de la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	9	90,00%
No	1	10,00%
Total:	10	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Familias Zamoranas-Lojanas.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

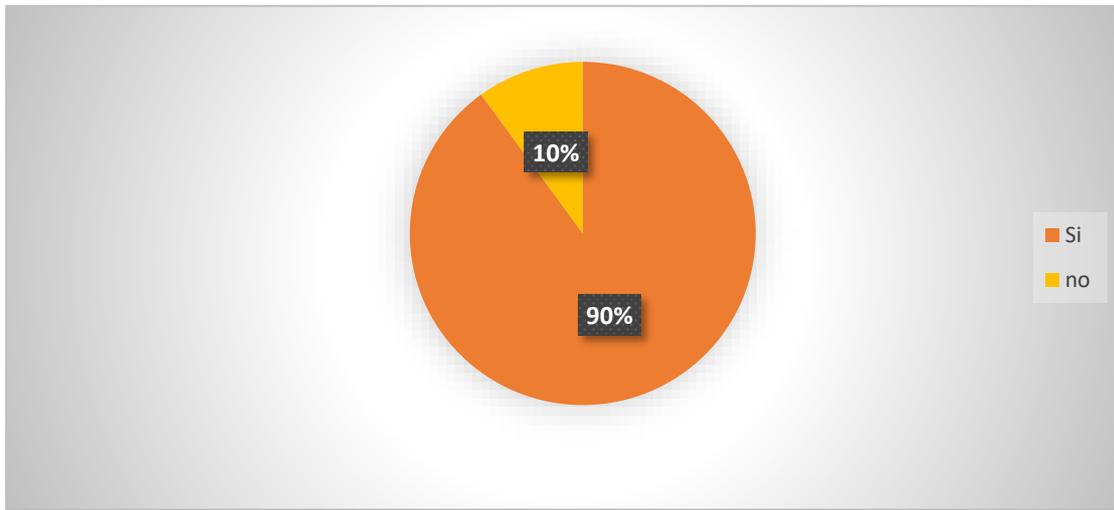


Figura 1: Porcentaje de personas encuestadas que conocen acerca de la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Interpretación. -

Como se puede observar tanto en la tabla estadística, como en la figura nro.1, se comprueba que el noventa por ciento es decir nueve de los padres conocen acerca de esta figura jurídica como es la “tenencia”, las encuestas fueron realizada en su mayoría a padres y madres que se encuentran separados de su pareja, pero mantienen una relación con su hijo. De los nueve encuestados, mantuvieron la respuesta que conocen acerca de la figura jurídica tenencia, porque han llevado a cabo un procedimiento de alimentos donde a través del Juez, ha determinado que la tenencia le corresponde al padre o la madre, en el caso de los encuestados solo dos padres de familia mantenían un régimen de visitas por cuanto el menor convivía y estaba al cuidado de su madre. A diferencia de otro encuestado que su respuesta al preguntarle si conoce a cerca de esta figura, la respuesta que obtuvimos fue que era estudiante de la carrera de derecho, por ende, conocía acerca de la figura por las clases recibidas a través de la universidad, así como también que se encontró dentro de un mismo procedimiento donde obtuvo la tenencia de su hijo.

Otra respuesta peculiar que se obtuvo fue que, conocen esta figura jurídica a través de sus padres que son abogados, el cual obtuvieron una definición y pudieron saber de qué estamos hablando cuando mencionamos el término “Tenencia”, al haber escuchado una definición pudieron responder que conoce a acerca de esta figura.

Por último, si bien se pudo observar en la tabla estadística y la figura solamente una persona, respondió que no conoce acerca de esta figura jurídica conocida como tenencia, por ende, no pudo responder nada más al respecto de nuestra encuesta

Análisis. –

Respecto a esta pregunta no tiene mucha relevancia ya que se está considerando que conocimiento tienen en sí, las diferentes familias sobre la figura jurídica tenencia. Pese no ser una muestra muy grande se puede observar que la mayoría de los padres o madres, ya sean

madres o padres solteros o en matrimonio, lo cual de fundamental importancia ya que pudieron dar un punto de vista respecto a mi trabajo, sobre todo emitir su opinión si ellos como padres estarían de acuerdo con entregar la tenencia de sus hijos a un miembro de su familia, ya sean abuelos, tíos o hermanos.

Segunda pregunta; ¿Usted como madre o padre de familia, confiaría el cuidado y crianza de su hijo a un familiar hasta el 4to grado de consanguinidad, esto es abuelos, tíos/as, hermanos/as, primos/as?

Tabla 2: Porcentaje de las familias encuestadas, que se encuentran de acuerdo y desacuerdo con confiar el cuidado y crianza de sus hijos a un familiar.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	9	90,00%
No	1	10,00%
Total:	10	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Familias Zamoranas-Lojanas.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

En la figura 2 se muestra el porcentaje de las familias que se encuentran conformes de confiar el cuidado y protección de sus hijos a un familiar.

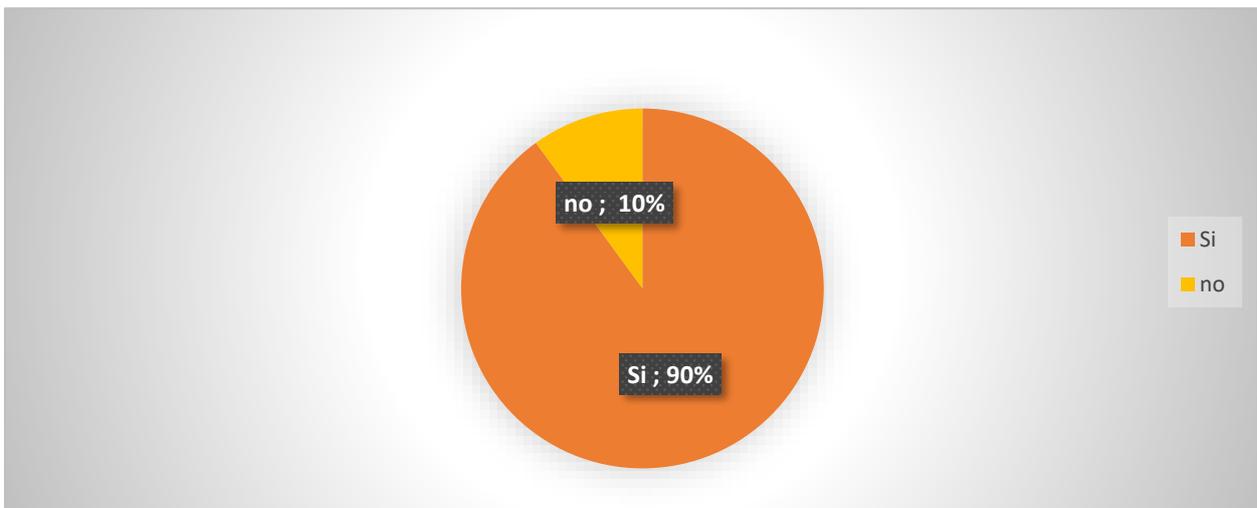


Figura 2: Porcentaje de las familias encuestadas, que se encuentran de acuerdo y desacuerdo con confiar el cuidado y crianza de sus hijos a un familiar

Interpretación. –

La segunda pregunta que fue expuesta en la encuesta, fue considerada con el fin de ver, si ellos como padres o madres de familia, estuvieran de acuerdo en entregar el cuidado y protección de sus hijos, sobre todo cuando estos se encuentren imposibilitados de hacerlos por ellos mismos. De la tabla estadística y figura gráfica nro. 2, volvemos a ver los mismos porcentajes que anteriormente se vio. El noventa por ciento que representan a nueve padres y madre de familia,

expusieron las siguientes respuestas, parafraseando se mantuvieron que ellos primordialmente ante los demás miembros de su familiar confiarían el cuidado y protección a los abuelos del niño, porque saben que por parte de ellos nace un amor como si fueran sus propios hijos, por ende, creen que ellos serían la mejor opción para cuidar de sus hijos, por lo que en caso de estar imposibilitados deberían entregárselo a ellos.

Se obtuvieron respuestas como que, también confiarían el cuidado y protección de sus hijos a sus hermanas o hermanos, es decir los tíos de los menores, sobre todo por cómo es la relación entre hermanos, donde unos con otros velan por su bienestar, por lo que consideran que ellos como tíos podrían cuidar perfectamente de sus hijos, como si fueran propios de ellos, por lo que también confiaran el cuidado a sus hermanos.

En último caso también se menciona que, si confiarían el cuidado a un pariente más lejano, siempre y cuando exista una relación afectiva, ese decir una convivencia entre el menor y el familiar, que el menor se encuentre a gusto y tiene un afecto sobre el familiar. En ese caso la madre o padre podría confiar el cuidado del menor, priorizando siempre que ella confié y sepa que va a estar en un lugar seguro.

Por último, la respuesta obtenida mediante el no corresponde a la persona que mantuvo su respuesta No, en la primera pregunta es decir al contestar que no conoce acerca de la figura jurídica, no puede contestar más preguntas acerca de la tenencia.

Análisis.

Desde mi punto de vista concuerdo con los padres de familia, siempre existe mayor apego a familiares que se encuentran en un grado más cercano, sobre todo porque existe una convivencia continua, la relación familiar es buena y existe una comunicación constante, además porque primordialmente existe esa confianza entre los familiares y sabe que ellos podrán cuidarlo bien de ellos. Por lo tanto, al realizar esta pregunta podemos verificar que, si se realiza esta reforma, nos encontraremos con un porcentaje de padres y madres de familia se encuentran de acuerdo en entregar la tenencia a un familiar, esto sobre todo cuando uno o ambos progenitores no se encuentran en la estabilidad o posibilidad de velar por el desarrollo integral del menor, tal como lo establece la Convención de Ginebra específicamente en su Art. 3.

Tercera pregunta; ¿Cree usted que es necesario que la tenencia no sea exclusiva para los padres y que se debe considerar a familiares con el fin de garantizar el desarrollo integral del menor?

Tabla 3: Porcentaje de los encuestados que creen que la tenencia debería extenderse y o solo otorgarse a progenitores.

Indicadores	Variable	Porcentaje
--------------------	-----------------	-------------------

Si	9	90,00%
No	1	10,00%
Total:	10	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Familias Zamoranas-Lojanas.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

En la figura 3, se muestran los porcentajes de los encuestados que se encuentran conformes con que la tenencia se pueda extender y no sea exclusiva de progenitores.

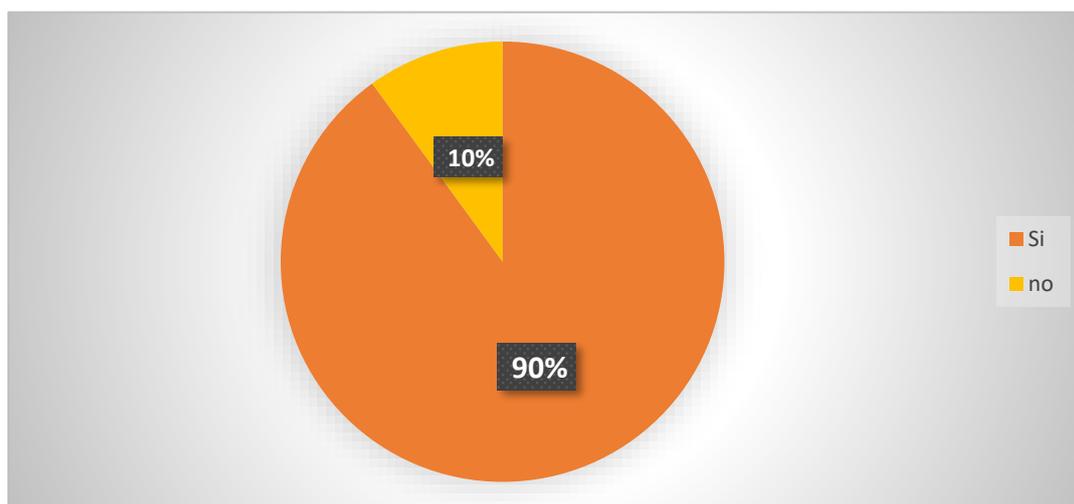


Figura 3: Porcentaje de los encuestados que creen que la tenencia debería extenderse y no solo otorgarse a familiares.

Interpretación. –

De la pregunta número tres al preguntarles si creen que debería ser exclusiva la tenencia para los padres se pudo obtener las siguientes respuestas, primeramente, nos encontramos ante un noventa por ciento respecto a la respuesta No y un diez por ciento ante la respuesta sí. Las respuestas obtenidas fueron las siguientes, parafraseando y agrupando todas las respuestas, respondieron lo siguiente, consideran que no debe ser únicamente de los progenitores, alegando que en nunca se sabe que puede suceder en el día a día y puede llegar el momento en el que no estemos para cuidar de nuestros hijos, por lo tanto deben ser familiares que tengan el ánimo, posibilidad de hacerlo, por ende si estamos dentro de una limitante no sabemos si estamos dejando en un lugar seguro a sus hijos.

También se obtuvieron respuestas como que no debería limitarse, porque existen hogares donde los padres no son los más idóneos para cuidar de sus hijos, respuestas las cuales comparto a lo largo del tiempo a través de medios de comunicación, como las radios o periódicos se ha podido observar distintas tragedias, donde los mismos padres son quienes dañan a sus hijos, por lo que si comparto que no debería ser exclusivo de padres, existen padres que limitan el desarrollo del menor, sobre todo cuando estos mismo abusan, maltratan de los mismo. Por lo tanto, deben

tener un mecanismo de salida, es decir poder contar con la seguridad de que van a permanecer con familiares que les están brindando lo necesario para su desarrollo integral.

Respecto al diez por ciento si bien antes mencione se trata de la única persona que no conoce acerca de la figura jurídica tenencia, por lo cual cree que no es la persona idónea a responder estas preguntas, porque no conoce a cerca de la figura jurídica tenencia.

Análisis. –

Respecto a esta pregunta número tres realizada, al reflejar esta limitante se puede considerar que, si existe un cierto temor por parte de los padres o madres de familia, opinión que comparto, si bien nuestra Constitución de la República del Ecuador, garantiza y protege a los diferentes tipos de familias, así como nuestro CONNA nos norma que el menor debe permanecer con la misma, porque no extender este derecho?, tal como lo refleja la pregunta estamos ante un límite en el que solo padres son los beneficiarios, por lo cual los menores no encontraran en un lugar estable cuando este padezca de progenitores. Por lo mismo con el fin de brindar una seguridad al menor y protegerlo creo fundamentalmente que se debe ampliar este derecho.

Cuarta pregunta; ¿Considera que en circunstancias en las que usted cómo padre o madre de su hijo no puedan ejercer esta responsabilidad de cuidado y crianza, la deba ejercer un familiar con el que el menor mantenga lasos de afecto y usted este de acuerdo?

Tabla 4: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo en que un familiar asuma el rol de padre, cuando ellos no se encuentren en la capacidad de hacerlo.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	8	90,00%
No	2	20,00%
Total:	10	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Familias Zamoranas-Lojanas
Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 4, nos muestra el porcentaje de los padres o madres de familia que está de acuerdo, que un familiar que mantenga una relación afectiva con sus hijos, pueda hacerse cargo de ellos, cuando ellos se encuentren imposibilitados.

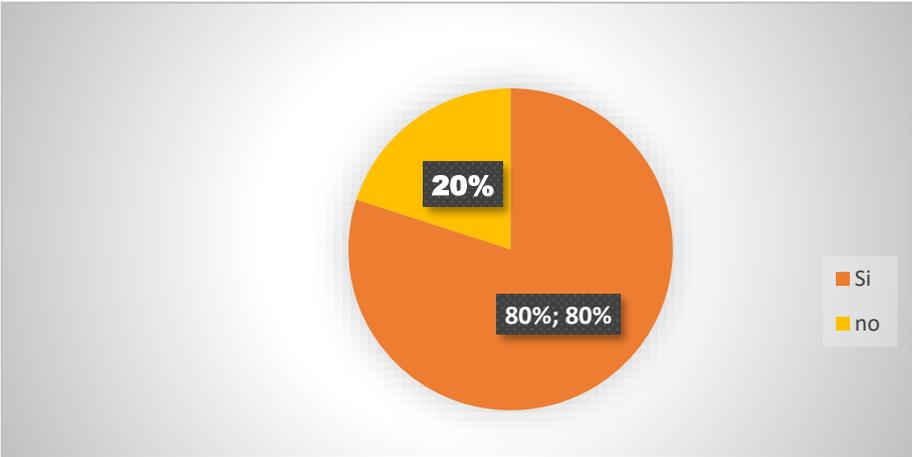


Figura 4: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo en que un familiar asuma el rol de padre, cuando ellos no se encuentren en la capacidad de hacerlo.

Interpretación. -

Si bien se puede observar el cuadro estadístico y representación gráfica numerada como cuatro, se puede evidenciar una disminución respecto a la respuesta sí, ocho padres y madres de familia han optado por la opción sí. Las respuestas obtenidas mediante el sí, manifiesta que si ellos no se encuentran en las condiciones de ejercer esta responsabilidad lo hagan sus familiares, pero así mismo se refieren que solo lo confiarían cuando ellos fueran realmente incapaces de poder realizar esta responsabilidad, mencionan al igual que se debe considerar que si los familiares se encuentran de acuerdo puede otorgar.

Respecto al No dos madres de familia, optaron por la respuesta no, siento entonces un total de diez encuestas realizadas a padres y madres de familias lojanas- zamoranas, consideran que no encargarían el cuidado a un familiar porque considera que en ciertas circunstancias no confiara el cuidado de sus hijos a un familiar porque a veces no se sabe que puede pasar, pero a la vez especifica que tampoco quisiera que su hija quede desamparada.

Análisis. –

Estas respuestas obtenidas mediante él sí, son convenientes dentro de mi proyecto ya que se deber velar que el familiar quiera hacerse cargo del menor, puesto existen familiares que no nace de su voluntad hacerse cargo de hijos que no son de ellos o ya mantienen otra carga familiar y se les imposibilita poder cuidar a alguien más, por lo tanto, es elemento primordial ver si el familiar puede y tiene el interés y condiciones para hacerse cargo del menor. Respeto a la cual me apego ya que se deben verificar si lo familiares se encuentran de acuerdo y sobre todo si mantiene el interés de velar por el menor y proporcionarle todo lo necesario al menor para que se pueda desarrollar de manera integral efectiva.

Respecto a la respuesta no consideran que no encargarían el cuidado a un familiar porque considera que en ciertas circunstancias no confiara el cuidado de sus hijos a un familiar porque a veces no se sabe que puede pasar, pero a la vez especifica que tampoco quisiera que su hija quede desamparada.

Respecto a las opiniones que optaron por el NO, comparto al igual comparto, si existe la posibilidad en la que un familiar actué de forma dolosa contra el niño, siendo perjudicial para su desarrollo integral, pero así también es trabajo de las diferentes instituciones familiares velar

y seguir realizando un seguimiento al menor y a su nuevo entorno familiar para ver si no se le está causando un daño al menor.

Quinta pregunta; ¿Usted estaría de acuerdo con un proyecto de reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 118 proponiendo como excepción el otorgar la Tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando los progenitores no desempeñen su responsabilidad de crianza y cuidado?

Tabla 5: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo o no, con el proyecto de reforma establecido.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	9	90,00%
No	2	20,00%
Total:	10	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Familias Zamoranas-Lojanas

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura cinco, muestra los porcentajes que se encuentran conformes de realizar esta reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

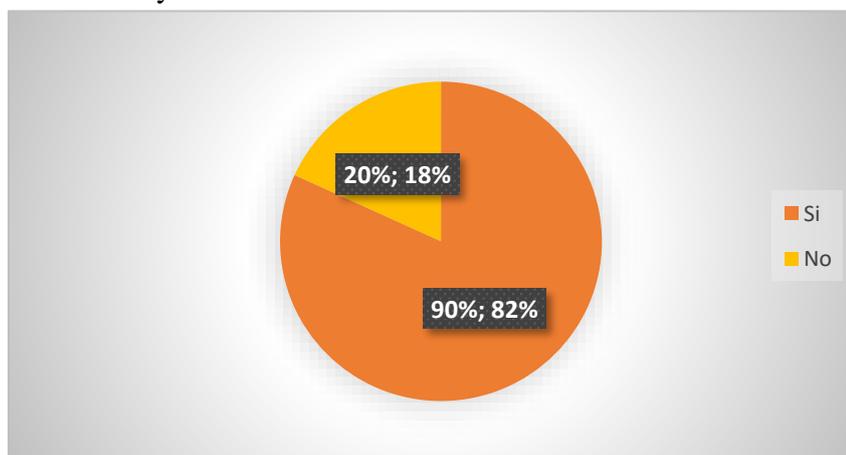


Figura 5: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo o no, con el proyecto de reforma establecido.

Interpretación. –

En cuanto a la pregunta número cinco, se enmarca en el proyecto de reforma el cual se quiere llevar a cabo, para lo cual se ha tomado al igual que las demás diez muestras. De las diez muestras tomadas el ochenta por ciento se encuentra de acuerdo, el restante, es decir dos personas optaron por la respuesta no, esto corresponde a un porcentaje del veinte por ciento tal como se muestra en el cuadro estadístico y la gráfica número cinco. Existen diversidad de motivos por los cuales tanto padres como madres han optado por la opción si, han considerado que, si sería eficaz este proyecto de reformar con el fin de garantizar a menores que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad por que sus padres no cumplen su rol como tal, por lo tanto, no ven conveniente que estos sigan siendo quienes tengan la tenencia. Se hace mención de que si sería idóneo y que ellos confiarían sobre todo en los abuelos de los menores por la

convivencia que tienen los niños con ellos, o a si también se menciona a los tíos porque en si se mantiene una relación fuerte

Se obtuvo también una respuesta la cual comparto, en donde se encuentran de acuerdo con el proyecto de reforma, pero a la vez agregan que esto no debería ser por obligación y que estén de acuerdo tanto el menor como el familiar al cual se le va otorgar.

Por último, ha optado por la opción no ya que no cuenta con el conocimiento de que es la figura jurídica tenencia y todo lo relacionado a ella por lo tanto no se encuentra en la capacidad de poder decir si esto sería beneficioso o no para el menor, se hace mención también que no estaría de acuerdo ya que existen familiares que a veces la obtiene con el fin de causarle un daño al menor y no contribuirle o darles un aporte bueno.

Análisis. –

Comparto totalmente todas estas respuestas que apoyan a la reforma planteada, puesto que la reforma que se quiere realizar no consiste en una obligación, porque si existe familiares que no desean hacerse cargo de otros niños porque ya tienen sus gastos ellos mismos, y no pueden generar más. Consistirá en sí, en que los familiares tengan este derecho de poder obtener la tenencia y no sea negada o solo se los considere como tutores para velar por su patrimonio, con esta reforma lograremos que el menor no quede desprotegido, considerando necesario la tenencia a familiares.

Sobre las respuestas negativas obtenidas, si existe la posibilidad de que llegue a pasar esto, por lo tanto, es necesario una evaluación de todos los elementos antes de la toma de decisiones y recabar todo lo necesario para saber qué es lo más conveniente para el menor.

Sexta pregunta: ¿Qué sugerencias daría usted para solucionar el problema planteado?

Tabla 6: Porcentaje de las personas que sugirieron soluciones para el problema planteado.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	5	50,00%
No	5	50,00%
Total:	10	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Familias Zamoranas-Lojanas.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 6, muestra el porcentaje de las personas que aportaron soluciones ante el problema planteado.

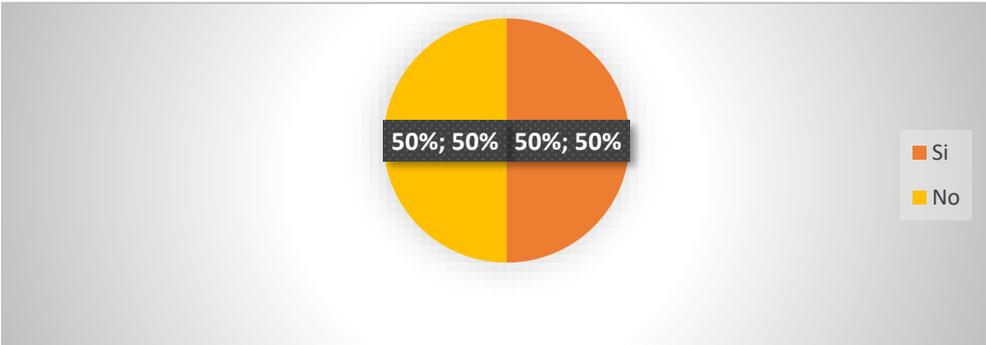


Figura 6: Porcentaje de las personas que sugirieron soluciones para el problema planteado

Interpretación. –

En la última pregunta plantada, se puede observar un cincuenta por ciento en la opción Si y otro cincuenta en la opción no, aunque esta pregunta no tenía las opciones si y no, he optado representarla de esta forma, ya que solo cinco personas sugirieron soluciones ante el problema planteado, quedando representando entonces en un cincuenta por ciento, el otro cincuenta por ciento corresponde a cinco personas, que se abstuvieron de dar una solución por no saber a fondo. Siendo así un total de diez muestras tomadas.

Primeramente, se habla que la solución sería la reforma de este artículo, pero, así como se va poder otorgar a familiar se debe considerar todos los aspectos que engloban o se encuentran relacionados al desarrollo del menor y sobre todo en su ambiente, corroborando siempre que este posteriormente a su entrega no corra ningún riesgo en un futuro. Se menciona también que este problema debe ser tratado con sutileza por ende no existen mejor calor que el de la familia por lo tanto la solución sería a su vez otorgarla.

A la vez se incluye que la solución es que, si se da a familiares que se han encargado desde temprana edad de los menores y ya se hayan creado lazos de afecto entre el menor y el familiar, pero siempre y cuando se apliquen medidas necesarias para que posterior el familiar no lo deje en abandono si no que se haga responsable de él.

Otra posible solución es seguir procedimientos para velar si el menor no se encuentra en un entorno sano y no se va a poder desarrollar integralmente, por lo tanto, creen la necesidad es un procedimiento largo y efectivo para velar por la integridad del menor.

La última solución es que esta figura jurídica proceda únicamente cuando los progenitores no están siendo adecuados para los menores, es decir que no llegue alguien y por causar daño se los pueda quitar, sino más bien que esta figura se aplique en ciertos casos donde el menor es vulnerable.

Respeto al otro cincuenta por ciento que corresponde al cinco padres o madres de familia, han optado por no dar una solución ya que no saben que manifestar al respecto pero que si se mantienen de acuerdo a la posición de reforma y que más bien esta sería su solución.

Análisis. –

Con respecto a todas estas soluciones comparto pues si bien, todas estas se encuentran relacionadas a que si en los casos que no exista uno o ambos progenitores o se encuentren imposibilitados se deba ejercer esta nueva excepcionalidad de otorgar la tenencia a familiares. Pero estas entregas no son dadas fácilmente, pues si bien cuando se dan los procedimientos de

tenencia entre progenitores se verifican diferentes informes realizados por profesionales dentro del Consejo de la Judicatura, de que es lo mejor para el menor, la convivencia que mantiene con ambos y como es su vida y cuál es su opinión, el mismo procedimiento seguirá siendo a familiares velando siempre que el menor comunique sobre lo que desea y se tenga en consideración.

6.2 Resultados a abogados profesionales en el libre ejercicio.

En este apartado se realizará un análisis respecto a la segunda encuesta que considere dentro de mi proyecto de reforma, esta fue dirigida a abogados profesionales en el libre ejercicio, analizando las respuestas obtenidas en cada pregunta. Esta segunda encuesta fue realizada tanto a abogados como a abogadas, tomando una muestra de cuarenta y tres abogados profesionales, a quienes se les aplicó una encuesta que contenía cinco preguntas respecto a la figura jurídica tenencia y como ven desde su punto de vista esta figura y posterior si estarían de acuerdo con un proyecto de reforma dentro de la figura jurídica tenencia.

Primera pregunta: ¿Conoce usted acerca de la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Tabla 7: Porcentaje de los abogados profesionales que conocen la figura jurídica Tenencia.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	40	100,00%
No	0	0,0%
Total:	40	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Abogados profesionales en el libre ejercicio.
Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 7, muestra el porcentaje de los encuestados que si conocen acerca de la figura jurídica tenencia.

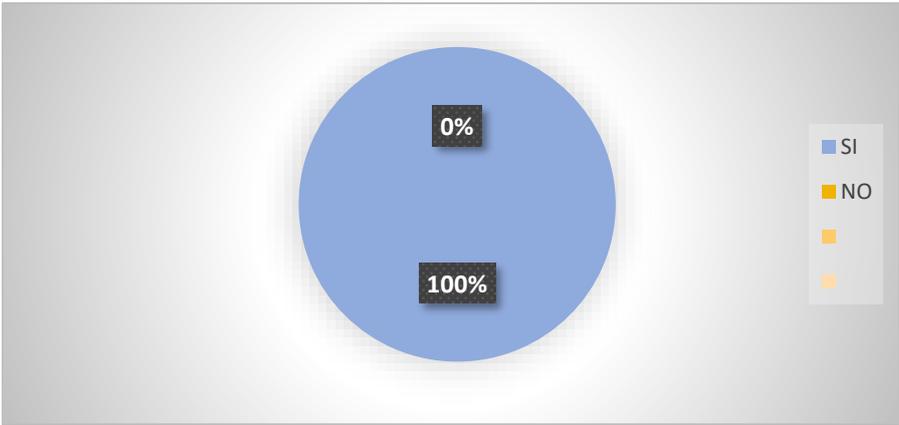


Figura 7: Porcentaje de los abogados profesionales que conocen la figura jurídica Tenencia.

Interpretación. –

De la primera pregunta, la cual fue también expuesta en la encuesta de familias, se puede observar a través de la tabla estadística y la figura gráfica, que el cien por ciento de los encuestados si conocen acerca de la figura jurídica tenencia, las respuestas obtenidas a los Abogados en libre ejercicio tanto en Zamora como en Loja, su mayoría fue positiva en la que manifiestan que si conocen acerca de la figura jurídica tenencia.

Esta encuesta fue respondida por abogados en libre ejercicio, que se dedican a distintas ramas en el derecho, ese decir conocen de familia, civil, penal, por lo tanto, pueden responder a la encuesta de manera idónea. Las respuestas que se obtuvieron primordialmente fueron casi las mismas. Las primeras respuestas obtenidas marcaron la respuesta si y respecto a su porque manifestaron que ellos como profesionales en el Derecho conocen a cerca del tema, más que todo porque se han presentado casos de tenencia en sus despachos jurídicos, por lo que pueden responder las siguientes preguntas, sobre todo porque ciertos abogados de los cuales fueron encuestados se dedican a materia de niñez y adolescencia, por lo que también pueden dar aportes acerca de esta figura jurídica.

En cuanto otro porcentaje de respuestas obtenidas mediante el sí, abogados profesionales en el libre ejercicio, en su porque manifestaron, que es la tenencia, establecieron como o que significa la tenencia, haciendo alusión que la conocen como la convivencia que tiene el menor con sus progenitores o con uno de ellos, así como también manifestaron que conocen de esta figura jurídica, porque nuestro Código de la Niñez y Adolescencia lo encuentra tipificado, por lo que si conocen de esta figura.

Análisis. –

Como bien expuse anteriormente los cuarenta abogados profesionales en libre ejercicio, conocen efectivamente la figura tenencia, demostrando que saben cómo se define, como son sus procedimientos y que acarrea esta figura, por lo tanto, pueden seguir respondiendo las siguientes preguntas que quedaron expuesta, ya que cuentan con bases para realizar un aporte sobre mi trabajo de investigación.

Segunda pregunta: ¿Cree usted que el derecho a obtener la tenencia debe ser exclusivamente para los padres?

Tabla 8: Porcentaje de encuestados, que están de acuerdo y desacuerdo con que la tenencia debe ser exclusiva de los progenitores.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	10	25%
No	30	75%
Total:	40	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Abogados profesionales en el libre ejercicio.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 8, muestra el porcentaje negativo y positivo obtenido a través de la segunda pregunta, donde se determinó que la mayoría de los encuestados, considera que no debería ser exclusiva.

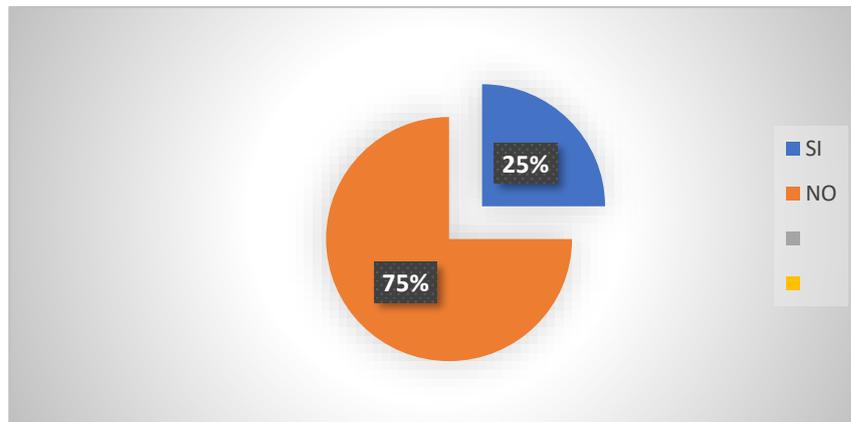


Figura 8: Porcentaje de encuestados, que están de acuerdo y desacuerdo con que la tenencia debe ser exclusiva de los progenitores.

Interpretación. –

Contemplando en los dos cuadros expuestos respecto a la pregunta número dos, el correspondiente al setenta y cinco por ciento de los abogados profesionales ha optado por la opción No, que queda contemplado en una muestra de treinta y tres abogados profesionales en el libre.

Principalmente la mayoría de respuestas fueron idénticas a lo que respondieron padres y madres de familia, dejando en claro que, si existe la posibilidad en la que los padres y se menciona ellos mismo, que a veces no son la mejor opción para sus hijos, sobre todo cuando nos encontramos atravesando diferentes problemas, como son sociales, económicas o inclusive psicológicas, que impiden desarrollar sus capacidades como padres. Así como también nos menciona que han vivido situaciones dentro de sus Consultorios Jurídicos, como familiares, tíos, abuelos o hermanos buscan una solución respecto a un menor que no cuenta con sus progenitores y con el fin de salvaguardar su desarrollo integral, ellos quieren hacerse cargo.

El restante que corresponde al veinte y cinco por ciento han optado por una respuesta contraria, es decir el Si, esto corresponde entonces a un numero de diez muestras, podemos observar que en nuestra tabla estadística nro.2, que de los encuestados el veinticinco por ciento ha dado una respuesta diferentes, haciendo mención que todos conocemos nuestro Código de la Niñez y Adolescencia y este código como tal establece eso mismo, que este derecho es único para progenitores, por ende, debería ser así, que más bien se debería tener en consideración respecto a medidas de protección ser otorgadas.

Análisis. -

Respecto a las preguntas obtenidas mediante el No, mi opinión es que se ha podido observar diferentes casos donde los mismos padres no son responsables de sus hijos y los dejan en orfandad o no les proporcionan lo necesario para su desarrollo y son otras personas como los abuelos u otros familiares, quienes se encargan de ellos con el fin de velar por su bienestar, al ser este un derecho exclusivo para los progenitores se evidencia que se está limitando la oportunidad y sobre todo este derecho, a que personas que tienen el interés de velar por un menor que se encuentra desprotegido, no lo puedan hacer de una forma idónea ya que la ley ecuatoriana no lo establece.

Respecto a las respuestas obtenidas por el Sí, considero que esto debe ser como la ley lo establece, en este caso solo se hace mención a cerca de los progenitores y debe ser a ellos sobre todo a quien se los da por el simple hecho de que ellos los procrearon con el fin de velar por el, pero si existen los casos donde los niños no son deseados por las madres o padres, crea que el menor crezca en un ambiente negativo para su desarrollo, por lo tanto puede que si se encuentre en la norma determinado como tal, pero para mi opinión debe verse sobre todo el bienestar del menor.

Tercera pregunta: ¿Cree usted que en los casos en el que un menor no cuenta con progenitores, ya sea por muerte o falta de interés respecto a sus hijos, y estos han sido cuidados por familiares desde temprana edad tomando el rol de padres, se les debe otorga el derecho a la tenencia?

Tabla 9: Porcentaje de los encuestados que considera que los familiares que se encuentran a cargo de menores, deben obtener la tenencia.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	39	97,5%
No	1	2,5%
Total:	40	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Abogados profesionales en el libre ejercicio.
Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 9, representa el porcentaje de las personas que se encuentran de acuerdo con que los familiares puedan obtener la tenencia respecto a los menores, que se encuentran desde temprana edad con familiares.

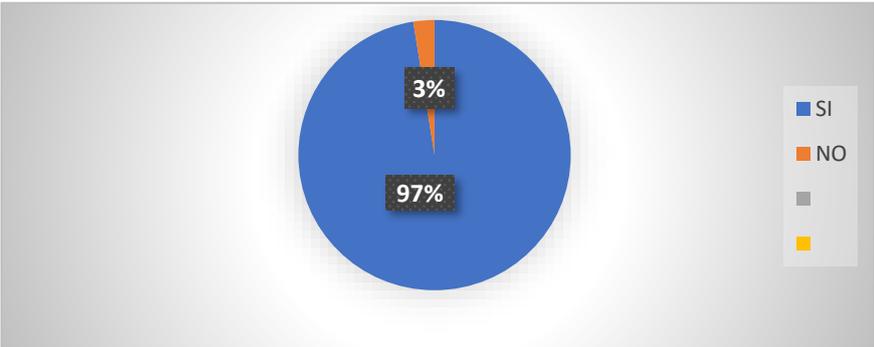


Figura 9: Porcentaje de los encuestados que considera que los familiares que se encuentran a cargo de menores, deben obtener la tenencia.

Interpretación. –

Respecto a la tercera pregunta fueron tomadas y contestadas las mismas cuarenta y tres muestras que las preguntas anteriores, quedando representada entonces que en esta tercera pregunta el noventa y siete coma siete por ciento de los abogados profesionales ha optado por la respuesta si, correspondiente a un número de cuarenta y dos muestras, el restante es decir el uno por ciento ha optado por la respuesta no, siendo entonces un abogado profesional que ha optado por esa respuesta. Se ha concluido que todos los abogados profesionales encuestados han optado por la respuesta si, dejando en claro que ellos si están de acuerdo en que los menores cuando no cuenten con sus padres, sean entregados a familiares. La mayoría de los profesionales se justifican sobre todo, en que si el menor ha sido cuidado desde temprana edad, ya sea por una tía, abuelos o primos e inclusive se incluye a los hermanos, y han sido ellos quien les ha proporcionado desde temprana edad todo lo necesario para su desarrollo integral, proveyéndole todo como es alimentación, educación y que sobre todo han creado lasos filiales de afecto y el menor se encuentra a conforme y a gusto sobre todo en este familia, creen que es de suma importancia entregársela , con el fin del velar que al menor no se lo afecte posteriormente por no darse la entrega de la tenencia, si no que más bien con la entrega de la tenencia a familiares se garanticen los diferentes derechos que tiene el menor.

Referente al único abogado profesional que ha optado por la respuesta no justifica en sí que no cree que debería ser conveniente, que más bien si existe esta desprotección por parte de los padres donde no se da un cuidado se debe estudiar ciertos casos y ver que es lo preferible para el menor, porque efectivamente a veces los propios familiares no son los idóneos para cuidar de ellos.

Análisis. –

Dentro de las respuestas obtenidas, he visto conveniente determinar tres términos fundamentales que se hace bastante mención, como “interés”, manifiestan que siempre debe haber por parte de los familiares, un interés de velar por el menor, que la existencia de este interés proporcionara que el familiar desarrolle de una forma sana, el familiar debe buscar proteger al menor de cualquier daño que le pueda suceder. El término “control” se plasma dentro de las encuestas, ya que determinan que debe haber un control por parte de las autoridades para ver si se va encontrar sano en esta nueva familia y ver si se va velar por el y ver si cumple con ciertas condiciones para que se les otorgue.

Respecto lo antes expuesto comparto dichas opiniones, siempre se debe velar por el menor, proporcionándole un ambiente sano y efectivo donde él se pueda desarrollar de manera adecuada, así también se debe tomar en cuenta que en nuestra constitución se establece que el Estado deberá aplicar sobre todas las cosas el interés superior del menor precautelando que no se vulneren los diferentes derechos sobre todo los de protección de los menores.

Concluyendo se puede evidenciar que la mayoría de los abogados profesionales comparten mi idea acerca de entregar la tenencia a familiar, en casos excepcionales donde los padres no se encuentren aptos para obtener la responsabilidad de la tenencia respecto a sus hijos.

Cuarta pregunta; ¿Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia no garantiza el desarrollo integral del menor y la aplicación del principio de interés superior del niño, al no establecer que los familiares hasta el 4to grado de consanguinidad puedan solicitar la tenencia, en situaciones vulnerables para el menor donde no son cuidados por sus progenitores?

Tabla 10: Porcentaje de los encuestados que consideran que sí y que no se garantiza el desarrollo integral del menor al limitar este derecho solo a los padres.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	28	70%
No	12	30%
Total:	40	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Abogados profesionales en el libre ejercicio.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 10, nos muestra el porcentaje de los encuestados, que consideran que sí y que no se garantiza de forma idónea el desarrollo integral del niño, al estar limitado este derecho, considerando la mayoría, que no se está garantizando de manera idónea.

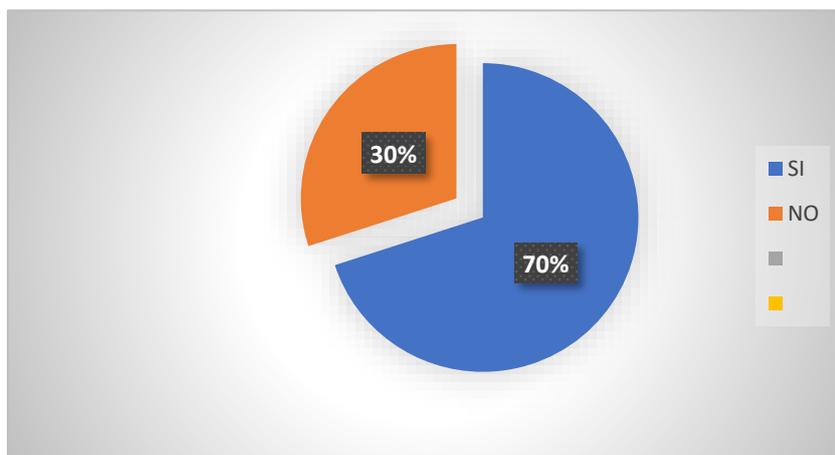


Figura 10: Porcentaje de los encuestados que consideran que sí y que no se garantiza el desarrollo integral del menor al limitar este derecho solo a los padres.

Interpretación. –

Del cuadro estadístico y representación gráfica, respecto a la pregunta número cuatro representa los siguientes datos estadísticos, en porcentaje se determina que el setenta por ciento de los abogados profesionales han optado por la respuesta si, correspondiente a un número de veinte y ocho abogados profesionales. Por lo tanto, la mayoría de los abogados profesionales encuestados se enmarcan que, no se aplica de forma debida el interés superior del niño, ya que no están ponderando sus derechos, como el de tener una familia y vivir y criarse en un ambiente sano, al no darle la seguridad al familiar creando una incertidumbre de que puede pasar con él en un futuro.

En cuanto a la opción no, se representa que treinta por ciento de los abogados profesionales encuestados se apegan a la opción no, quedando representando en un total de doce abogados profesionales. Desde el punto de vista de los doce abogados profesionales que establecieron la opción no, fundamentan en forma conjunta que no existe tal vulneración o la indebida aplicación del interés superior del menor, ya que el estado de todas formas busca garantizar y proteger al menor sobre cualquier tipo de vulneración que pueda existir.

Análisis. –

De la interpretación obtenida anteriormente, es necesario realizar un análisis a las respuestas obtenidas por la opción si y el porqué de su opción, analizando todas las respuestas obtenidas se determina que al haber este vacío en nuestra legislación si existe una vulneración tanto para el desarrollo integral del menor y a que no se aplica de forma idónea el principio de interés superior del menor.

Al impedir que no se otorgue la tenencia a un familiar, se puede evidenciar primeramente que no se aplica debidamente el principio de interés superior del menor, que busca la protección del menor, sino más bien que se los deja en una indefensión al solo nombrar tutores, a los familiares quienes se encuentran cuidándolos y proveyendo todo lo necesario, solamente porque la ley no lo norma y solo específica a sus progenitores.

Por ende, el código de la Niñez y Adolescencia crea un limitante de derechos, al no poder acceder los familiares, problema que creo que debe ser corregido oportunamente con el fin de proteger a los menores y adolescentes ecuatorianos tal como lo establece nuestra constitución ecuatoriana y no crear que el menor se desarrolle con un temor pensando que puede suceder con él.

Respecto a la respuesta No, hacen referencia a las diferentes normas que han sido creadas y que de alguna forma no protegen en sí al menor sobre posibles escenarios que pueden suceder a si como los problemas respecto a la tenencia, por lo tanto, no son cien por cien garantizadoras de derecho. Se menciona al igual sobre los diferentes vacíos que contempla esta norma lo cual con

lleva a que no se aplique de formar idónea el principio de interés superior del menor ya que los Jueces para mi opinión se apegan más a lo que determina la norma específicamente a lo que puede ser beneficioso para el menor.

Quinta pregunta; ¿Usted estaría de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en su Art.118 proponiendo como excepción el otorgar la Tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando sus progenitores no desempeñen su responsabilidad de crianza y cuidado?

Tabla 11: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo con realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	38	95%
No	2	5%
Total:	40	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Abogados profesionales en el libre ejercicio.

Autora: France Geovanna Rodríguez Muñoz.

La figura 11, nos muestra el porcentaje de las personas que se encuentran de acuerdo y en desacuerdo, con realizar una reforma al código de la Niñez y Adolescencia, obteniendo un porcentaje mayor en la respuesta sí.

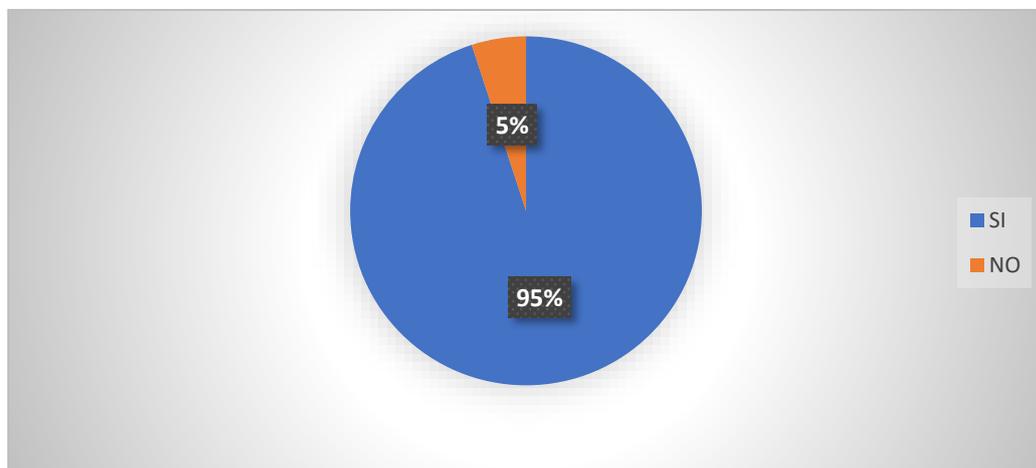


Figura 11: Porcentaje de los encuestados que se encuentran de acuerdo con realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

Interpretación. –

En la última pregunta se ha representado mediante el cuadro estadístico y la representación gráfica, los resultados obtenidos mediante las encuestas aplicadas a cuarenta y tres abogados por ciento han optado por la respuesta si, que en números corresponde al cuarenta y uno de los abogados profesionales encuestados. Todos los abogados profesionales se encuentran de acuerdo en realizar esta reforma con el fin de garantizar y priorizar al menor dentro del sistema

legal, por lo tanto, las respuestas que más se obtuvieron dentro de esta pregunta, es que se debe pensar en el beneficio de los menores y dejar atrás lo legalistas, priorizando primordialmente el interés superior del niño.

El restante para completar las cuarenta y tres muestras tomadas, corresponde a dos abogados profesionales que optaron por la respuesta no, quedando representando en porcentaje de cinco por ciento, dando un total del cien por ciento. Los dos abogados profesionales restantes que optaron por la respuesta no, se justifican en que deberían ser familiares más cercanos y que a lo mejor la entrega a familiares hará que el menor se encuentre en un ambiente nuevo que le cuesta adaptarse.

De estas dos respuestas primeramente creo que el grado de consanguinidad que he establecido es el adecuado por los diferentes casos en los que hasta ese grado han optado por pedir la tenencia y ha sido negada por no establecerse en la ley. Respecto a la segunda es claro que esta nueva reforma tendrá el mismo procedimiento que la tenencia que se da entre progenitores para lo cual habrá una investigación previa y un seguimiento después de haber sido obtenida, donde claramente el Juez escuchara al menor a ver si es adecuado que el familiar lo obtenga, pero lo normal estos casos se dan sobre todo en ambientes donde el menor ya convive desde temprana edad.

Análisis. –

Como se puede evidenciar se ha aceptado casi en la totalidad este planteamiento a un posible proyecto de reforma, si bien antes se expuso los cuarenta y uno de los abogados cree que sería beneficiosa y necesaria este proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118. Se justifican sobre todo en que este proyecto de reforma, contribuiría a garantizar los derechos del menor, sobre todo cuando estos se encuentran en situaciones especiales donde los padres no son los más idóneos para garantizar este desarrollo, por ende, es necesario un proyecto de reformar con el fin de crear una garantía al familiar y al menor que no se encuentra viviendo con sus progenitores. Sobre todo, este proyecto va encaminado a los diferentes casos especiales que el menor se encuentre, como es la orfandad, la falta de interés por parte de uno o ambos progenitores y se justifique que para el menor no es idóneo vivir con sus padres.

Al estar la mayoría en acuerdo de que sería bueno o efectivo realizar esta reformar, contribuye a que se puede llegar a dar esta reformar al Código de la Niñez y Adolescencia garantizando siempre que a quien se otorga la tenencia esta apto para poder realizarla con el fin de contribuir al mejoramiento de desarrollo integral de menores, que se encuentran en ciertas circunstancias vulnerables y por lo tanto contribuye a seguir realizando mi trabajo de investigación.

6.3 Resultados de las entrevistas.

En el presente trabajo de investigación, ha sido necesario aplicar entrevistas para lo cual que ha aplicado a profesionales en el derecho, quienes ejercen dentro del ámbito de Familia y llevan conocimiento acerca del tema y que ocupan diferentes cargos; con las respuestas obtenidas en las entrevistas servirá como aporte a mi trabajo de investigación con el fin de verificar si es necesaria esta reforma al código de la Niñez y Adolescencia.

En la entrevista se estableció con conversatorio entre mi persona y el jurista que fue entrevistado, realizándole cinco preguntas enmarcadas a mi problemática, con el fin de verificar los objetivos específicos establecidos dentro de mi tesis. Así también plasmaré mi análisis respecto a las opiniones expuestas por los profesionales.

Primera pregunta: ¿Cree usted que la figura jurídica tenencia debe ser un derecho exclusivo para los padres?

Respuestas:

Secretaria de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; En caso que haya una inhabilidad de alguna de las partes se debería dar la tenencia considerando el art. 106 a una persona que este óptima para el cuidado del menor.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; A veces los padres no tienen esa misma carisma e ideología, se han presentado casos en la práctica que los que están al cuidado y protección de los menores son los familiares, como usted propone hasta el 4to grado de consanguinidad.

Docente de la carrera de Derecho: A veces son los padres quienes no desean hacerse cargo de los menores de edad, entonces es sugerible que exista un familiar que pueda tener el interés sobre los menores de edad y de poseer la tenencia pues sea factible de que el juez conceda esta tenencia.

Abogada de la Junta Cantonal de Derechos Zamora: Existen casos en los que ni el padre ni la madre están en condiciones se podría decir económicas, a veces sociales, culturales o incluso de salud por lo tanto se da la necesidad de dar la tenencia a otros familiares como sería a abuelos, tíos sobrinos, no se debería establecer que la tenencia este solamente para los padres.

Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: la tenencia conforme lo establece la ley es exclusiva para padres y así debe de ser, pero como orden de cuidado porque de pronto los padres presentan condiciones como para no hacerse cargo de los hijos o hijas si debe de existir la orden de cuidado ampliada para que esta sea dirigida a otros familiares.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: la tenencia surge de las obligaciones que confiere el ejercicio de la patria potestad, la patria potestad que es el conjunto de derechos y obligaciones que tiene los padres con los hijos, a falta de uno o de los padres la tenencia dice el Código de la Niñez se confiara al padre, y cierto es que no existe la figura en el Código de la Niñez y Adolescencia para que esta tenencia sea extensiva a los otros parientes, el código de la niñez y adolescencia habla de tutoría a falta de los padres.

Comentario de la autora: De las seis entrevistas entabladas con juristas del derecho, se han obtenido diferentes criterios de los cuales cinco de ellos se asemejan y tienen relación respecto a su criterio, pero uno de ellos si establece o nos da conocer un criterio diferente respecto a los demás.

La primera pregunta que se ha realizado a todos los entrevistados, es si consideran que este derecho es exclusivo para los progenitores, de los cuales se han obtenido respuestas similares, primeramente que no creen idóneo que este derecho sea solo para los progenitores, puesto que esta figura se establece dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia como solamente un derecho a los progenitores y así tal se menciona en su artículo 118, consideran entonces que no debe ser un derecho solamente de ellos, puesto que existen padres que actúan de forma errónea frente al menor, causándole irreparables daños y más que todo no contribuyen al que el menor se desarrolle y que pueda alcanzar una madurez, por lo tanto no sería factible considerar al progenitor como único merecedor de este derecho, ya que si existen diferentes casos donde los padres no son la mejor opción para los menores y deben ser otras personas que se encuentren capacitadas y tengan es interés el velar por este menor.

Comparto dicha opinión, la figura jurídica es un tema de bastante discusión donde se encontraran diferentes puntos de vista, en este caso encontramos y comparto que la tenencia debe ser extensiva con el fin de precautelar sobre todo el desarrollo y protección del menor, dándoles la oportunidad a familiares que muestren el interés de proteger y sobre todo de proveerles todo lo necesario para su desarrollo, por lo tanto, creo que si debe existir esa excepcionalidad de entrega de tenencia, con el fin de que cuando un familiar solicite la sea otorgada previo claro está de los diferentes informes que verifiquen que es lo más conveniente para el menor.

Dentro de las entrevistas realizadas se encontró con una opinión diferente respecto a mi tema propuesto, considerando que tal como lo establece la norma es y deber exclusivo para progenitores, que se debe diferenciar las figuras jurídicas, más bien hace las ordenes de cuidado son un punto a tratar que se debería especificar dentro del capítulo de tenencia las ordenes de

cuidado y dejar tal como está la figura jurídica tenencia como un derecho exclusivo de los progenitores, idea que desde su punto de vista sería más factible porque tampoco se encuentran normadas como tal.

Segunda pregunta: ¿Cree usted que se debería considerar a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, el otorgar la tenencia para precautelar el desarrollo integral del menor cuando sus padres no cumplen con su cuidado y crianza?

Respuesta:

Secretaria de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; Si no tiene familiares cercanos hablese de un tío cercano, un abuelo cercano debería ser alguien de este grado.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; La corte constitucional en sentencia menciona que no debe priorizarse tanto al padre o la madre si no ha personas en este caso a familiares hasta el 4to grado de consanguinidad.

Docente de la carrera de Derecho; estaríamos constituyendo el derecho de familia, la familia no solamente se compone por madre y padre si no que una familia se puede constituir por hermanos, por tíos, por primos, entonces hasta el cuarto grado de consanguinidad estaríamos dándole el derecho al menor a estar integrado dentro de un grupo familiar.

Abogada de la Junta cantonal de protección de derechos Zamora: Se debería ampliar o hacer una reforma a la ley donde se estipule que en caso de que los padres no pudieran hacerse cargo de sus hijos se busque a la familia ampliada, en estos casos hasta el 4to grado de consanguinidad.

Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: La figura de la tenencia es exclusiva para papa o para mama como es la patria potestad, entonces como tenencia debe mantenerse como tal, como una situación de orden de cuidado.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: Ahí creo que deberíamos remitirnos al artículo 3.1 del art.12 de la convención sobre los derechos del niño, si el menor se siente mejor con un familiar entonces se consulta el interés superior del niño, no debería haber restricción inclusive para quien se deba confiar la tenencia, si se abre el abanico legal la posibilidad de que esta tenencia sea extensiva a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive esa tenencia podría establecerse extensiva hacia la afinidad.

Comentario de la autora:

Dentro de esta pregunta nos adentramos más en el problema que radica mi proyecto de investigación, se menciona entonces si ellos se encuentran de acuerdo con que los familiares específicamente hasta el cuarto grado de consanguinidad, de los cuales se sigue evidenciado

que todos comparten la misma opinión, considerando entonces que el cuarto grado de consanguinidad son familiares más cercanos al menor con los que mayor tienen apego por lo tanto ven conveniente que sean ellos quien puedan obtener la tenencia, aunque de una entrevista mantiene su postura que más bien debería ser las ordenes de cuidado las que deben especificar esta situación, punto de vista que es aceptado, pero a mi criterio basándonos en diferentes doctrinas como es el derecho español o el uruguayo vemos que sobre todo priorizan el interés superior del menor, garantizando que el menor cuando sus padres no puedan ejercer este derecho y responsabilidad como tal se pueda garantizar una seguridad jurídica al familiar de poder mantener al menor junto el, para poder seguir proporcionándole todo lo necesario para desarrollarse. Ampliando este derecho a la familia ampliada no estaremos limitando este derecho a un cierto grupo, como bien lo hace la presente norma en su código de la niñez y adolescencia.

Tercera pregunta: ¿considera que, al no obtener la tenencia del menor por no ser su progenitor, se está creando una vulneración al derecho de tener una familia y a la convivencia familiar?

Respuestas:

Secretaria de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; se dan muchos casos en la que los menores se encuentran con un familiar, al no obtener la tenencia existe la posibilidad de ser separados de este núcleo donde ya se formó los lazos de efectividad. Por lo tanto, luego se puede causar que estos tengan problemas psicológicos.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; haber claro lo ideal dice el doctor Ramiro Dávila Santa María ex juez de la Corte Constitucional que los hijos deben estar con su padre o su madre, pero cuando no se cumple esa regla lamentablemente pueden ser parte otros familiares de grados más cercanos.

Docente de la carrera de Derecho; No estaríamos rompiendo los lazos consanguíneos, entregando al menor incluso por este tipo de situaciones que vaya a un centro de acogimiento y que se siga un proceso para que se prive del derecho de patria potestad y sea entregado a un proceso de adopción que son muy extensos así que es mucho más preferible otorgar la tenencia a uno de los familiares y seguir con este proceso de bueno de consanguinidad, precautelar los intereses de familia más que nada

Abogada de la Junta Cantonal de Protección de Derechos Zamora: La familia en si no constituye solamente los padres si no también sus demás familiares como sería abuelos,

sobrinos, no se estaría vulnerando ningún derecho del menor porque se trataría de que el menor siga dentro de su vínculo familiar.

Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; El vínculo prioritario y primero que existe entre el hijo y su papa y el hijo con su mama, entonces de ahí a que haya la necesidad de regular mejor esta situación esa si la creo, pero no creo que no se vulnere ningún derecho del niño, niña y adolescente por el hecho que esté dispuesto en la ley que la tenencia corresponde a los padres.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: Se va contra el principio de evolución de las facultades del niño, si no tiene papa o mama o padres que asuman su cuidado sus obligaciones para cuidar su desarrollo integral holístico, lo mejor es sacarlo de ese entorno que podría generar factores de riesgo y buscar factores de protección.

Comentario de la autora:

Respecto al pregunta tercera realizada se puede ver conformidad y desconformidad, se acepta en sí que si se puede vulnerar un derecho a la familia y a la convivencia familiar, puesto que no se sabe que tiempo se le va a garantizar al menor permanecer en ese hogar, ya que existe la posibilidad que posteriormente por no estar normado y no obtener la tenencia, ellos puedan acabar en casas hogares que será perjudicial para el menor, ya que no se le permitirá desarrollarse en un ambiente sano y efectivo y estaremos creando un retroceso en su desarrollo. Cabe recalcar que siempre se ha creído que la familia es la que se encuentra conformada por el papa o la mama, la Constitución de la República del Ecuador reconoce los diversos tipos de familia, en este caso la familia ampliada, el menor cuenta con esos familiares como un elemento de apoyo, al existir estos familiares se les debe otorgar la posibilidad de poder contar para el beneficio del menor y no limitarlos de este derecho.

Se hace mención así también dos puntos muy diferentes el primero que menciona un entrevistado, es que no se está vulnerado este derecho en si a tener una familia, más bien estamos tentando contra el desarrollo del menor, claro está que, aunque no se obtenga la tenencia mediante un Juez, el menor va a seguir a cargo de él, pero existe ese riesgo que en cualquier momento el menor sea desvinculado de este nuevo hogar donde ya ha formado lasos afectivos.

Dicho criterio es aceptable, ya que más que todo se puede ver que el menor no llega a desarrollar todas sus capacidades, por no brindarles un ambiente sano, lejos de conflictos donde son perjudicial para él.

Respecto a lo opinión del cuarto entrevistado se mantienen en la posición que tal como se establece en nuestro código debe quedarse, quedando así como derecho único para los padres

tanto la tenencia y la patria potestad, figuras jurídicas muy distintas entre ellas, lo que menciona el entrevistado y como lo viene especificado en las preguntas anteriores para su criterio debería considerarse más bien en las ordenes de cuidado que se entregan sobre todo como medidas de protección y no otorgarse las tenencias en sí, quedando únicamente como un derecho exclusivo para padres.

Si bien antes mencionaba su criterio es aceptable, pero no comparto siempre se debe velar los intereses del menor de edad, contemplando esencialmente el interés superior del menor que es un principio sustancial que se sobrepone de los demás, en este caso estamos garantizando que el menor encuentre un hogar sano y protegido, alejado de sus padres que en este caso no es adecuado para su desarrollo, por lo tanto, es necesario alejarlo de este núcleo.

Cuarta pregunta: ¿Usted estaría de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en su art.118 proponiendo como excepción el otorgar la Tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando sus progenitores no desempeñen su responsabilidad de crianza y cuidado?

Respuestas:

Secretaria de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; Si no está capacitado para cuidar de un menor e incluso tenemos el artículo 107 y 108 que se lo puede escuchar al menor y él puede decidir con quien quedarse, ya que hay padres que no han tomado la paternidad o la maternidad responsable.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; En los actuales momentos debido a la sociedad, debido a esta situación de los padres en conflictos como juicios de alimentos, que a veces se disputa los hijos por no pagar alimentos o visitas por estar con la madre cuando ya se pierde ese cariño o amor, frente a ese escenario de padres.

Docente de la carrera de Derecho; A veces existen la usencia de alguno de los padres por motivo que no se encuentran trabajando aquí o alguno de ellos ha fallecido entonces siempre hay alguien que está unido al menor que puede ser el tío, primo o la tía, la hermana que desea convivir con el menor es factible que se le entregue la tenencia más por situaciones de convivencia.

Abogada de la Junta Cantonal de Derechos Zamora: Con la reforma sobre todo se precautela el bienestar y velar por los derechos de los menores para que se encuentren dentro de su vínculo familiar y no se den casos por ejemplo de institucionales en centro de acogimiento en donde prácticamente están desvinculados de su familia.

Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja:

estrictamente una orden de cuidado y que al igual que la tenencia es una situación que puede ser parte de una decisión judicial en resolución, la misma que pueda ser modificada en razón del tiempo, siempre que se advierta que hayan variado las circunstancias que motivaron se dé la orden de cuidado para una persona diferente al papa y a la mama, y claro que evidentemente que esta esté debidamente comprobada, en ese sentido sí.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: Se ajusta al principio de doctrina de protección integral y se ajusta también a los postulados del sistema universal de sistema de protección de derechos.

Comentario de la autora:

Respecto al última pregunta, si consideran necesario una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118, se encuentra una aprobación a dicha reforma, pues consideran fundamental proteger al menor y respetar sobre todo los derechos de protección que la Constitución de la Republica establece con el fin de garantizar el desarrollo integral del menor. Por lo tanto, al encontrarse dentro de la norma, y establecerse esta excepcionalidad para que se otorgue a familiares, sobre todo en las situaciones en la que el menor esta vulnerable, como es la orfandad, la falta de interés respecto al niño, garantizaremos diferentes derechos que tanto los tratos internacionales, como la constitución y nuestro código establecen para proteger a nuestros niños, niñas y adolescentes.

Se debe así también tener en consideración que nuestra constitución determina principalmente en su artículo 1 que somos “Un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, al igual dentro de este mismo cuerpo dentro de su artículo 8, se menciona que tanto la sociedad familia y el estado primordialmente les corresponde el ejercicio afectivo, garantía, protección y exigibilidad total de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, con esta reforma se está garantizando en si la protección del menor y sobre todo el respecto a los derechos que poseen ellos únicamente la ser un grupo de atención prioritaria, al igual tenemos que tener en consideración los diferentes tratados como el Convenio de los Derechos del niño, en el que establece garantizar la protección del menor cuando los progenitores no son los idóneos para tener el cuidado de ellos y se debe desvincular al menor de ellos.

Por último, se debe ver que dentro de la misma Constitución en su Art.13 se habla de la progresividad de los derechos de los menores, quiere decir entonces que estos se pueden crear o modificar siempre y cuando sea beneficioso para el menor, en este caso es conveniente modificar el artículo 118, en base a las opiniones expuestas por conocedores del derecho en

tema de familia y sobre todo guardando en relación con lo que determina la norma, en beneficio del menor.

Quinta pregunta: ¿Qué sugerencias daría usted para solucionar el problema planteado?

Respuestas:

Secretaria de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; Se debería reformar el artículo y dar a la persona que este con un lazo afectivo y que sea y que tenga la parte del cariño y que este capacitada tanto en valores para que pueda apoyar al menor.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja; Escucharlos a los niños, fundamentalmente es un derecho del código de la niñez y adolescencia y de la convención de los derechos del niño, tenemos que ver a los niños y niñas como sujetos de derecho y en tal sentido escucharlos, tenemos que a esos niños, niñas y adolescente ponerlo en el sitio fundamental donde se sienta mejor y se desarrolle mejor.

Docente de la Carrera de Derecho; La reforma al Código de la Niñez y adolescencia incluyéndole lo que es la tenencia para los menor a los familiares hasta el 4to grado de consanguinidad.

Abogada de la Junta Cantonal de Derechos Zamora: Para establecer la tenencia debería hacer un seguimiento con personal técnico especializado para que estos a su vez puedan determinar si es necesario que la tenencia pase a otros familiares independientemente que no sean el padre o la madre, creo que eso es lo principal para otorgarse la tenencia siempre debe hacerse un seguimiento y una valoración psicológica y social previo a disponer la tenencia a cualquiera de los familiares.

Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: El problema en cuanto que la tenencia sea exclusiva para papa o mama no hay, la ley lo establece así, insisto eso viene por derecho natural, ahí no hay problema, que se presenten dificultades y la ley si lo establece en otros capítulos inclusive se relaciona con medidas de protección, y que sería necesario introducir o ampliar el titulo tercero para que trata de la tenencia de los hijos.

Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja: Que se respete los derechos de los niños a ser explicado y hacer escuchado, no por la tierna edad no puede ser escuchados existen técnicas, el hogar no siempre es el sitio adecuado en el cual el adolescente no encuentra la paz o la tranquilidad, muchas veces esos hogares se convierten en verdaderas cárceles y verdaderos problemas para los chicos. Como sugerencia para tomar cualquier decisión en que los niños o adolescentes sean explicados y escuchados, sobre sus deseos anhelos y emociones los juzgadores y más operadores de justicia tomen las decisiones.

Comentarios de la autora:

Por último, se ha planteado, una pregunta con el fin de obtener diferentes soluciones, de los seis encuestados, hacen sobre todo mención de que el menor debe ser escuchado en todo momento y explicarle lo que está sucediendo, manifestando que muchas veces el menor no se considera dentro de estos procesos su opinión, ya que en son los adultos quienes acuden a la audiencia sin el menor.

La edad no debe ser un impedimento en si para no escuchar al menor, ya que existen diferentes métodos que poco a poco se han ido creando que nos permiten poder escuchar al menor y ver cuáles son sus deseos, para así en el caso de los Órganos de Justicia puedan aplicar debidamente ley creando un beneficio al menor tanto en el presente como en un futuro. Por lo cual considero esencial escuchar el deseo del menor, expresándose contribuirá a que el Juez tome su decisión en benéfico de lo mejor para él, siempre al igual se debe comprobar si él está expresándose libre y voluntariamente y no por amenazas.

Esto a la vez se respalda en la diferente doctrina que encontramos tanto en la Convención de los derechos del niño, en los elementos para aplicar el interés superior del niño es fundamental escuchar al menor y sobre todo escuchándolos estamos garantizando su optimo desarrollo.

En una dirección diferente un encuestado menciona que la tenencia debería quedarse como tal como derecho exclusivo de los progenitores, que respecto a las órdenes de cuidado se debería especificar este problema.

6.4 Estudio de Casos

Realizare un análisis sobre tres sentencias realizas por jueces de primera instancia de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja y Cuenca, para verificar lo que sucede por no estar normado en nuestra ley el otorgar la tenencia a familia y como los jueces justifican y en que se basan para negar y solo nombrarlos tutores.

Caso Nro. 1.

1.Datos de referencia:

No. Proceso: 11203-2020-00740

Acción: Cesión de Tenencia

Actor: Padre (X)- tía materna (B)

Demandado:

Juzgado: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Loja, Provincia de Loja.

2.Antecedentes:

El 8 de octubre del 2020 se lleva a cabo la audiencia de cesión voluntaria de tenencia presentada por el padre X y la tía materna B, el padre X indica que es padre de dos menores de edad con la señora hoy occisa B, quien falleció el 15 de diciembre del 2019, que se separó de ella hace unos cuatro años y sus hijos con su madre se fueron a vivir con su tía materna B, y desde que falleció la madre los menores siguen viviendo con su tía, el padre es quien sufraga todo lo necesario pero que aun así él quiere ceder voluntariamente la tenencia a la tía, y es lo que se ha acordado entre las partes, amparados en el artículo 334, numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos presentan un procedimiento voluntario de cesión de tenencia. El Juez en audiencia niega la demanda de tenencia, y determina como medidas de protección designar a la tía materna como tutora de los menores, así también se establece un régimen de visitas para el padre.

3.Prueba documental:

Se presenta como prueba documental la partida de nacimiento de los menores, donde se justifica que los menores son hijos del actor y de la occisa, se adjunta el certificado de defunción de la madre de los menores, donde se establece la fecha en la que falleció, encontrándose los menores en un estado de orfandad. Se adjunta también el informe de la oficina técnica sobre la situación en la que se encuentran los menores que resulta favorable para la tía materna.

4.Motivación del Juez:

Como fundamentos de hecho y derecho, el Juez habla primeramente al artículo 76.7.I., de la Constitución de la República, donde menciona que las resoluciones de los poderes públicos deben ser debidamente motivadas, por lo tanto, es necesario anunciar normas y principios jurídicos en las que se funda. Se menciona al igual al art 75 de la norma antes nombrada, “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, en ningún caso quedará en indefensión...”.

Se verifica que los menores por el cual se demanda la tenencia, son menores de edad por ende son sujetos de protección especial de derechos esto conforme lo establece la Constitución de la República en sus artículos 44 y 45. De los hechos probados con anterioridad el Juez mención al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia que establece “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...”, por ende se verifica que la tenencia es como institución jurídica corresponde ejercerla y otorgarla únicamente a los progenitores, la cual respalda a través de doctrina “la permanencia habitual

del niño, otorgándole al padre más idóneo su cuidado y reservándole al otro un régimen de visitas" que le permita seguir en el cumplimiento de los derechos que tiene como progenitor.” En situaciones normales ante el fallecimiento de uno de los cónyuges, le corresponde al sobreviviente encargarse del cuidado de sus hijos; sin embargo, el presentado es un caso especial, en que los hijos no han convivido con el padre a tal punto que éste no ha estado enterado del fallecimiento de su expareja, sino en los últimos días. Es especial, además, porque los niños desde tierna edad han crecido en el hogar de su tía materna Vilma Calderón y ella al momento representa su figura materna. Entonces en este escenario no es conveniente al desarrollo de los niños, que el padre ejerza la tenencia; porque no existe el lazo afectivo necesario para una convivencia sin traumas psicológicos y este por situaciones de trabajo no puede hacerse cargo de su protección.

La Convención de los Derechos del Niño respecto a la separación de éstos con sus padres establece y menciona el artículo 9, con sus numerales 1,2,3,4. En este caso la voluntad de los niños es vivir con su tía, para ellos es su madre; y el padre no ofrece las condiciones necesarias para encargarse del cuidado de sus hijos, por lo tanto de forma excepcional se determina que el interés superior de los niños aconseja sigan viviendo con su tía materna.- Como ya hemos mencionado, la figura de la tenencia corresponde únicamente ejercerla a los padres de los niños; y en este caso quien pretende esa tenencia es su tía, no procede otorgarle la tenencia de sus sobrinos. Sin embargo, de aquello, los niños no pueden continuar en una situación de cuidado irregular, es decir sin legalizarse; se debe proteger su integridad física y psicológica para garantizar su desarrollo.

Por lo que este juzgador es del criterio que debe en este caso hacer uso de las medidas de protección que contempla el Código de la Niñez y Adolescencia para garantizar su derecho a tener una familia; conforme lo dispone el “Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. - En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.” En este orden de ideas el Art. 118 establece que para resolver sobre la tenencia se deberá observar las reglas del Art. 106. En el numeral 6 establece: “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”; justamente es lo que ocurre en este caso, el padre se

encuentra por las circunstancias que ya hemos expuesto, por el momento inhabilitado para encargarse de la tenencia de sus hijos. Bajo esas consideraciones, corresponde nombrarle tutora de los niños mencionados a su tía materna. De otra parte, es necesario garantizar el fortalecimiento de la relación de los niños con su padre y para ello es necesario fijar un régimen de visitas entre el padre y sus hijos conforme al Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia.

5.Resolución:

Por las consideraciones expuestas se niega la demanda de tenencia. 2.Como medidas de protección se designa a la señora “N” Tutora de los niños BSC y JMS. Por tanto, continuará a cargo de su cuidado y protección, siendo su representante legal para el ejercicio de los derechos que corresponda a sus pupilos. 3.- Se establece un régimen de visitas abierto entre los mencionados niños y su padre X.

6.Comentarios de la autora:

La presente demanda, es una cesión de tenencia, es decir un proceso voluntario donde la legitimación activa es el padre de los menores, el cual quiere ceder la tenencia de sus hijos a su tía materna quién es que la que se ha hecho cargo de los menores desde que la madre falleció, como fundamento mencionan el artículo 118 sobre la procedencia de la tenencia, y el artículo 334 de Código Orgánico General de Procesos.

Se menciona el vínculo afectivo que tiene los niños con su tía materna, ya que desde temprana edad antes de que muriera su madre, ellos ya vivían con su tía, respecto al padre se alejaron y no mantenían comunicación alguna por lo tanto no existe esta relación Parento-filial. Existe la voluntad por ambas de las partes ceder dicha tenencia, y sobre todo existe el interés y deseo por parte de la tía en seguir cuidando de los menores de edad y sobre todo el deseo de los niños de seguir con su tía.

Si bien se demuestra con la negación de la demanda, el Juez procede a resolver en concordancia al artículo, 106 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, en la que se menciona que a falta de uno o ambos progenitores se procederá a nombrar un tutor, por ende se observa que el vacío que existe en nuestra legislación ecuatoriana, por lo tanto hace que los Jueces acudan a otros artículos en este caso a las reglas para confiar la patria potestad, que están muy alejadas a lo que los actores están pidiendo.

Dentro de este trabajo de investigación se establecido como derecho comparado las legislaciones españolas y uruguaya, donde si ese establece la tenencia o guarda y custodia conocida en España a familiares y en Uruguay en su caso a terceros, es decir a cualquier persona que tenga interés de cuidar y proteger. Si bien en el ejemplo de España se ha podido observar situaciones donde se prioriza al familiar que, a la madre o el padre, sobre todo en situaciones

donde el menor se encuentra en orfandad, o falta de interés por parte de los padres, su legislación prioriza el Interés Superior del Niño y acepta otorgarle la tenencia a familiares priorizando el desarrollo integral del menor y protegerlo sobre todo, caso que en nuestra legislación no sucede, pese que existe este principio de Interés Superior del Niño los Jueces no lo aplican de forma idónea en beneficio de los menores, sobre todo porque no se encuentra normado.

Caso Nro.2

1.Datos de referencia:

No. Proceso: 01204-2017-04206

Acción: Tenencia

Actor: Prima “N”

Demandado: Padre “S”

Juzgado: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Cuenca.

2.Antecedentes:

Comparece la Señorita N como actora del proceso, en calidad de prima de la menor, manifiesta que en el año 2006 muere la madre de la menor a causa de un infarto y su padre se desapareció durante un tiempo de diez años, que regresa a los dos años, pero no muestra ningún interés por la menor de edad. La mama de la actora de este proceso es quien se encarga de la menor pero que por causa de un accidente cerebral, es a ella quien le toco trabajar y hacerse cargo de la menor proveyéndole todo lo necesario y representándola legalmente. Fundamenta su petición en el Art. 22 y 98 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 44 y 45 de la Constitución de la República y Art. 269 del Código Civil.

3.Prueba documental:

Con la prueba documental actuada se presentó la inscripción de nacimiento de la menor “N”, donde se suscribe quien es su madre y su padre es el demandado, se presenta el certificado defunción de la madre del menor donde se verifica que fallece el 6 de agosto del 2006. Se realizan informes biopsicosociales por peritos acreditados dentro del Consejo de la Judicatura: Del informe de la trabajadora social se recoge que: La menor al fallecer su madre se queda al cuidado de su tía materna quien sufre un derrame cerebral quedando delicada de salud haciéndose cargo de su cuidado su prima “x” quien cubre todos los gastos de alimentación, vestuario, salud y educación de la niña. Que su padre se despreocupó de la niña durante mucho tiempo hasta cuando la niña cumplió 10 años, fecha en la cual Ana conoce a su padre a quien no demostró apego a pesar de haberle dicho y preparado respecto de que era su padre.

De la entrevista realizada al padre se obtiene que; dejó a su hija desde días de nacida al cuidado de su cuñada que sin embargo quien ha estado al cuidado de la niña es su sobrina a quien su hija considera como su madre, que durante casi 9 o 10 años no ha visto a su hija a pesar de conocer el lugar donde vive “debió haber sido por el alcohol que consumía, yo tomamos bastante y eso hizo que me olvidara de mis hijos”; que no tiene objeción a lo solicitado por su sobrina “en verdad ella le crio a mi hija ella es todo para ella, mi sobrina necesita tener algo legal y estoy de acuerdo”, “ella si llegó a la casa a hablar de ésta situación yo ya conversé con mi abogado y me dijo lo mismo que ella solo espero que no me demande pensiones alimenticias a pesar de que la N me dijo que si en tantos años no lo he hecho no voy a hacer ahora solo quiero tener la custodia legal de la X, y yo estoy de acuerdo”.

4.Motivacion del Juez;

En cuanto a los fundamentos de hecho, se establece la relación parental entre la actora y la niña, la ausencia de la madre, la falta e inhabilidad del padre.

La motivación del Juez se basa principalmente en la “Convención Internacional sobre los derechos del niño”, determinando que todas las medidas que se relacionan con los niños que deban dar las instituciones públicas o privadas, deben considerar primordialmente el interés superior del niño, asegurando al niño la protección y el cuidado para su bienestar, que guardan relación con el Art. 44 y 45 de la constitución de la República, ya que es una obligación del estado, la sociedad y la familia, promover en forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y el ejercicio pleno de sus derecho, atendiendo al principio de su interés superior comprendido dentro del mismo el llamado derecho al desarrollo integral, siendo parte de éste desarrollo integral el derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar. Así como también lo relaciona con el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 22 determina que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y a desarrollarse en su familia biológica y cuando aquello sea imposible o contrario al interés superior del niño, niña o adolescente tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley, familia que debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. Y por último agregándole el Art. 106 del mismo cuerpo de ley en el numeral sexto establece que en caso de falta o inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad el juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. De las disposiciones legales antes indicadas se observa que se faculta dentro de nuestra legislación el dotar de un tutor a un niño, niña o adolescente que no se encuentre bajo el cuidado y protección de sus progenitores.

5.Resolución

RESUELVE: Declarar con lugar la demanda y se nombra como TUTOR a n respecto de la niña X, para que lo represente en todos los actos públicos y privados; y, la custodia familiar, eximiéndole de la obligación de rendir fianza de conformidad con el numeral 4 del Art. 400 del Código Civil. El equipo técnico de esta Unidad Judicial hará un seguimiento por el lapso de 2 meses debiendo remitir los informes correspondientes de forma mensual. Se dispone que Ana Guadalupe Espinoza Ramón reciba terapia y apoyo psicológico para superar el duelo de su abuela en el centro de criminología de la Universidad de Cuenca por un período de 3 meses. Por secretaría remítase el oficio correspondiente. La o el profesional que brinde la terapia deberá remitir los informes correspondientes en forma mensual.

6.Análisis de la Autora:

La presente demanda es presentada por un procedimiento Sumario consagrado en el Art. 332 en relación al 333 del Código Orgánico General de Procesos, este es presentando por la prima de la menor quien se está haciendo cargo de todo lo relacionado sobre la menor, desde que la madre falleció y la tía no puede hacerse cargo de ella.

Estamos ante otro caso donde un familiar, es quien quiere obtener la tenencia de un menor que se encuentra en un estado de orfandad, al encontrarse su madre fallecida y no mantener ningún lazo de afecto o comunicación con el padre, la prima es quien ha estado proporcionándole todo lo necesario para su desarrollo integral. En base al artículo 118 presenta esta demanda para obtener la tenencia de la niña, el cual el padre se encuentra de acuerdo en dársela con el fin de que no se le cobre pensiones alimenticias, por lo tanto, la actora en este caso quiere garantizar la permanecía de la menor con ella.

Si bien vimos anteriormente la motivación del Juez, es en base a los diferentes tratados internacionales, es decir la Convención de los Derechos del Niño y nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, ahora bien si antes lo mencione todos los Jueces acuden al artículo 106 esto es la reglas para confiar la patria potestad específicamente en el numeral 6, en que se sustenta que en situaciones como este casos se nombran como tutores para ser su representante legal, claro está por que el 118 es un derecho que está determinado como únicamente para los padres, por lo tanto los jueces deben acudir a otros articulo para no desproteger al menor aunque no lo hacen de manera efectiva.

Esta al igual es justificada a través de mi derecho comparado que si bien antes mencione, el otorgarles la tenencia garantizara al menor estar de manera estable dentro de un hogar donde se le esta brindado todo lo necesario para su desarrollo, solo siendo nombrado como tutores puede ocasionar que el menor pueda llegar a una casa hogar, lo cual es perjudicial ya que se lo están

separando de un hogar donde se les está brindando amor, afecto y cariño. Por lo tanto, este vacío está creando un retroceso dentro de los derechos de los menores y no se está protegiendo de forma debida.

Caso Nro.3

1.Datos de referencia:

No. Proceso: 11203-2018-00018

Acción: Tenencia

Actor: Padre “V”

Demandado: Madre “D”

Juzgado: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Cuenca.

2.Antecedentes:

Con fecha 15 de octubre del 2019, se presenta en la Unidad de familia, mujer, Niñez y Adolescencia, una demanda por tenencia presentada por el señor “N” en contra de la señora “B”, pidiendo que se le otorgue la tenencia de sus dos hijos de 13 y 5 años de edad. El actor “N” manifiesta que mantenía unión libre con la demandada y que esta termina el 28 de enero del 2015, tras la separación la señora “B” y sus hijos regresan a vivir a Loja y es ella quien se del cuidado y protección de los menores, alejándose el de este vínculo y no mostrando afecto hacia los menores. El actor “N” manifiesta que la demanda se encuentra se encuentra privada de la libertad por un delito de estafa, por lo que se encuentra inhabilita para ejercer la tenencia de sus hijos, manifiesta que los menores están conviviendo con sus abuelos maternos desde que su madre entro a prisión y son ellos quien los están cuidando y conviven con ellos. Se fundamenta en los artículos 118 al 121 del Código de la Niñez y Adolescencia, siendo este un procedimiento sumario tal como se establece en el artículo 323.3. del Código Orgánico General de Procesos.

3.Prueba documental:

Se presenta como prueba la partida de nacimiento de los menores de edad y de la demandada, informe del departamento técnica de la Unidad Judicial del cantón Huaquillas, en el que se señala como conclusión “que el medio donde vive el actor es adecuado para que puedan ser acogidos los menores” y “recomienda” que sería favorable que se mantenga el vínculo entre el actor N y sus hijos. Se presenta también el informe técnico de la Unidad Judicial de Loja, quienes determinan diferentes conclusiones; Los menores de edad, provienen de un hogar desestructurada por los conflictos que vivía los progenitores cuando convivían. Que la

demandada B se encuentra privada de la libertad desde el año 2018 y los menores permanecen bajo el cuidado y protección de los abuelos maternos con quien existe lazos afectivos. La relación paterno-filial tras la separación ha sido distante.

4.Motivación del Juez

Como fundamentos de hecho se ha determinado que producto de la unión de hecho el actor y la demandada ha procreado dos hijos los menores de edad de quienes se solicita su tenencia, que su convivencia por desacuerdo entre el actor y la demandada, ha concluido en enero del 2015, fecha desde la cual la demandada, ha procedido a vivir en la ciudad de Loja, con sus padres; abuelos maternos de los menores de edad, queda en claro que desde fecha, se ha perdido el afecto entre el padre y sus hijos, debido a la separación y distanciamiento que su padre ha generado, por otra parte se advierte que los menores desde enero del 2015, han vivido con su madre y sus abuelos maternos, con quienes están además desde la fecha de detención de madre, por quienes muestran un gran afecto, advirtiéndose que se encuentran adaptados, en su convivencia, hecho corroborado a través de los informes y de lo manifestado por la adolescente, quien refirió de su deseo de seguir viviendo con sus abuelos.

Como fundamentos de derecho se menciona el art 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se menciona que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria” su “desarrollo integral y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos”, el artículo 45 concede el derecho a “tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar”, lo que se traduce en que deben estar prioritariamente bajo el cuidado de su madre y padre en virtud del mandato de corresponsabilidad que se les impone a estos últimos en el numeral 16 del Art. 83 de la Constitución de la República del Ecuador, así también se menciona el artículo 13 del Código de la Niñez y Adolescencia sobre el ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de sus deberes y responsabilidad de manera progresiva, así como también se menciona el artículo 11 del mismo código que habla acerca del principio de Interés Superior del Niño, así como también se enmarca principal en los artículos 118,106,199, 120 y 112 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia.

5.Resolución;

Negar la demanda de tenencia, solicitada por el actor por la falta de efectividad actual existe con sus hijos; y. nombrar como tutora de la adolescente NFRM y del menor ESRM, de 13 y 5 años respectivamente, a sus abuelos maternos, por la ausencia temporal de su madre; 2) Con finalidad que los lazos de afectividad entre el padre y los menores se restablezcan, se dispone terapias psicológicas a cargo del Ministerio de Judicial por el lapso que lo consideren pertinente, de lo cual y su cumplimiento deberá informar a este juzgador.-

6. Comentario de la Autora:

La resolución expuesta es presentada por un progenitor con el fin de obtener la tenencia respecto a sus hijos, este proceso es peculiar entre progenitores querer obtener la convivencia respecto a sus hijos. Dentro de esta sentencia se verifican diferentes factores que justifican la resolución de la Jueza y el cual se relaciona con mi problema. Primeramente, se verifica que sí, que es el padre de los menores y que la madre por encontrarse privada de la libertad no puede cuidar y proteger a sus hijos, la cual incurre dentro de uno de los ítems de artículo 106 específicamente en su artículo 6, por ende sería factible entregarle la tenencia a dicho progenitor, ¿pero qué sucede en este caso?, se verifica con la lectura de la sentencia que los menores de edad provienen de un hogar disfuncional donde los progenitores discutían frente a los niños, por lo tanto no se les proporcionaba un ambiente sano, de la separación de ambos se crea un distanciamiento entre el papa y los menores , por lo tanto hasta la fecha de hoy el apego que tienen sus hijos con él es muy mínimo, por lo tanto quererle entregar la tenencia a un padre que no es aceptado por sus hijos se está tentando a su desarrollo integral al intentar obligarlos a vivir con la persona que conocen como padre pero que no muestran ese amor como tal.

Así también aparecen dentro de esta sentencia los abuelos, si bien se verifica los abuelos al no encontrarse los padres, una por la distancia y el otro por encontrarse privado de la libertad, se ocupan de sus nietos, proporcionándoles un hogar para vivir, y todo lo necesario para su desarrollo integral, en este caso al estarse demandado a ellos, el Juez con el fin de garantizar y proteger a los menores los nombra como tutores, que desde mi punto de vista guiándose del principio de interés superior debería a ver sido conveniente otórgaselo a los abuelos ya que son ellos quien está a cargo de los menores, verificándose al igual que de los informes presentados por los técnicos y de a ver escuchada la adolescente que es el deseo y se encuentran a gusto con la convivencia de los abuelos. En este caso al solo ser tutores se verifican que le están otorgándole solamente la representación legal respecto a los menores y no esa garantía de convivencia, recordemos que una designación puede ser modificada claro está justificándola.

7. Discusión

Respecto a esta sección se verificarán los cuatro objetivos establecidos en mi proyecto de investigación, con toda la información recabada durante la elaboración de mi proyecto, así también se verificará la contratación de mi hipótesis.

7.1. Verificación de objetivos

Los objetivos a tratar son los que han sido aceptado con anterioridad en nuestro ante proyecto de tesis, el cual fue aceptado oportunamente, encontramos tres específicos y un general.

7.2. Objetivo General

El primer objetivo consiste en el general, el cual me permitiré copiar textualmente;

“Realizar un estudio jurídico y comparado de la Figura Jurídica Tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de familia.”

El objetivo mencionado en líneas anteriores, fue establecida como mi objetivo general, el cual lo justifico a través de mi marco teórico, primeramente, lo justifico con conceptos y a través de doctrina como también se incluyó antecedentes de los derechos de los niños, doctrina sobre la protección integral del menor. Se incluyó también comentarios de países donde si se otorga la tenencia o también conocida como Guardia y Custodia, donde explican beneficios, importancia y consecuencias. Donde estableció sobre todo principios fundamentales como el Interés Superior del Niño.

El estudio jurídico se lo llevo a cabo también a través de las normas plasmadas anteriormente, que se encuentran relacionadas al problema, primordialmente utilizando la Constitución de la República del Ecuador 2008, donde se mencionaron artículos como el 44 y 45, respecto a los niños, niñas y adolescentes, mencionado que es prioridad del Estado, la familia y la sociedad garantizar el desarrollo holístico del menor. También se tomó en consideración convenios internacionales en este caso el Convenio de los Derechos del Niño, donde se tomaron al igual diferentes artículos ensamblados a la investigación, por último, se hace mención al Código de la Niñez y Adolescencia, resaltando diferentes normas que hacen mención a la permanencia familiar y sobre todo al vacío que se encuentra en esta norma, es decir en nuestro artículo 118. Respecto al estudio Comparado, se basó en una búsqueda de otras legislaciones a través del mundo, donde se pudo obtener cinco legislaciones donde justificamos lo que se pretende reformar dentro de nuestra legislación ecuatoriana, legislaciones que ya cuentan con esta norma, garantizando así que los familiares, puedan obtener por medio de la Justicia, la tenencia respecto al menor que se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

7.3 Objetivos específicos

Dentro del proyecto determino como primer objetivo el siguiente:

“Demostrar la necesidad de implementar una excepción en la figura jurídica de la Tenencia, respecto a ser otorgarla hasta el 4to grado de consanguinidad.”

A través de los puntos 4.19 y 4.20, redactados dentro de este trabajo de titulación, pudimos exponer diferentes puntos, haciendo mención también como el Ministerio de Inclusión Social y Economía, ha establecido diferentes políticas públicas, con el fin de garantizar el desarrollo integral del menor, haciendo mención que el Estado deberá crear normas que contribuyan a la realización de estas políticas y cumplir con los propósitos de esta institución, Se justifica así

mismo con las preguntas que realizas tanto a las familias como los abogados profesionales, de la primera encuesta realizadas a familias, se justifica con la pregunta número dos **“¿Usted como madre o padre de familia, confiaría el cuidado y crianza de su hijo a un familiar hasta el 4to grado de consanguinidad, esto es abuelos, tíos/as, hermanos/as, primos/as?”** pregunta de las cuales pondero la respuesta si, afirman que ellos como padres de familias confiarían en un familiar cercano a sus hijos, que sobre todo se los confiarían a sus abuelitos u hermanos. De la encuesta realizada a abogados profesionales en libre ejercicio se justifica a través de la pregunta **“¿Cree usted que en los casos en el que un menor no cuenta con progenitores, ya sea por muerte o falta de interés respecto a sus hijos, y estos han sido cuidados por familiares desde temprana edad tomando el rol de padres, se les debe otorga el derecho a la tenencia?”**, de los cuales de forma unánime manifestaron que si se le debería otorgar la tenencia a familiares como modo de garantizar y proteger a los menores de posibles vulneraciones o afectaciones. Así como también se llega a justificar con las entrevistas realizadas a conocedores del derecho en familia, que al realizar la pregunta Nro.2 **“Cree usted que se debería considerar a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, el otorgar la tenencia para precautelar el desarrollo integral del menor cuando sus padres no cumplen con su cuidado y crianza?”**, del cual se recopiló que fuera efectivo ampliar ese abanico familiar y permitirles a los menores poder seguir conviviendo de manera efectiva a los menores con sus familiares, claro que siempre teniendo en cuenta el principio de interés superior del niño y saber lo que desea y es mejor para el menor. Si bien antes mencionaba estas respuestas fueron obtenidas tras entablar una entrevista con conocedores del derecho, esto fue a Jueces, abogados y docentes, el cual su criterio sirvió de aporte a mi trabajo.

Se tomo en cuenta también en cuenta para la justificación, la sección de estudios de casos donde se pudo evidenciar a través de tres casos, como los jueces no aceptan demandas de tenencia presentadas por familiares, si no que más bien son nombradas como tutores en relación del artículo 106, numeral 6, situación que es muy distinta obtener la tenencia que hacer designado como tutor.

El segundo objetivo aprobado dentro de mi proyecto de tesis, quedo determinado de la siguiente manera:

“Establecer causas y consecuencias que produce la falta de otorgamiento hasta el 4to grado de consanguinidad, lo cual afecta el desarrollo integral del hijo o hija de familia.”

El presente objetivo se lo verifica a través de nuestra tabla de contenidos, donde se estableció que consecuencias acarrea que no se entregue la tenencia a un familiar, para lo cual se tomó en consideración un trabajo de investigación en Perú relacionado a nuestro tema, donde expone la

profesional que consecuencias o que supone que esto no sea otorgado a un familiar y solo se considera a progenitores. Además, queda justificado a través de diferentes puntos de psicólogos que hablan acerca del síndrome de alienación parental, encontrados dentro de nuestro marco teórico, donde se define que supone este síndrome sobre todo cuando el menor se encuentra en una disputa entre el padre y la madre. Se justifica también a través de las encuestas realizadas a abogados en libre ejercicio, específicamente en la pregunta **“¿Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia no garantiza el desarrollo integral del menor y la aplicación del principio de interés superior del niño, al no establecer que los familiares hasta el 4to grado de consanguinidad puedan solicitar la tenencia, en situaciones vulnerables para el menor donde no son cuidados por sus progenitores?”**, de la cual se obtuvo mayor respuesta el sí, consideran que no se garantiza de manera adecuada el desarrollo integral del menor y que además no se aplica de forma idónea el interés superior del niño por parte de los órganos de administras justicia, así mismo se justifica con la respuesta obtenidas a través de la entrevista, el cual se realizó la siguiente pregunta **“¿considera que, al no obtener la tenencia del menor por no ser su progenitor, se está creando una vulneración al derecho de tener una familia y a la convivencia familiar?”**, de la cual se obtuvo de manera unánime que si existe tal vulneración por no darles un ambiente sano y afectivo, ya que no se considera a los miembros de la familia ampliado como merecedores de este derecho, así también se estableció que se vulneran el principio de evolución de las facultades del niño.

Queda plasmado entonces que a atreves de la entrevista y la encuesta se justifica mi respectivo objetivo, así también se verifica que con las tres sentencias emitidas en primera instancia en las Unidades de Familia, mujer, niñez y adolescencia, donde los familiares que se están haciendo cargo de los menores u adolescentes son nombrados solamente como tutores de ellos en relación al artículo 106, numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, donde solamente se los reconoce como una representación legal y se les emite una orden de cuidado, como sucede en la primera sentencia donde se justifica que no se contempla en la norma la tenencia por parte de familiares, en la segunda sentencia se justician a través de artículo 106, numeral 6 y en el último caso se aprecia que se cambian en relación a la materia que era tenencia y se la realiza como una designación de tutor.

Por último, quedo establecido como el objetivo final, el siguiente;

“Presentar una Propuesta de Reforma.”

Al igual que la verificación de los objetivos anteriores plasmados, se ha podido comprobar a través de la realización de las encuestas, específicamente en la última pregunta que se encuentra

de la siguiente manera “ *¿Usted estaría de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 118 proponiendo como excepción el otorgar la Tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando sus progenitores no desempeñen su responsabilidad de crianza y cuidado?*”, obteniendo como resultado que casi la totalidad de abogados están de acuerdo que se realice dicha reforma con el fin de garantizar el desarrollo del hijo o hija de familia, acotando que se debe llevar un seguimiento minucioso y sobre todo garantizar la debida aplicación del interés superior del menor.

Esto también se justificó con la cuarta pregunta realizada a los entrevistado, que fue la misma de la encuesta, la cual de manera unánime se obtuvo que la mayoría se encuentran de acuerdo con realizar esta propuesta de reforma, ya que si bien se puede comprobar se rigen más a o que esta normado que a aplicar de forma idónea el interés superior del niño, en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

Así mismo se pudo comprobar la viabilidad de mi propuesta de reforma a través del derecho comparado obtenido de las legislaciones española y uruguayaya donde ahí si se aplica la tenencia a familiares en el caso de la española y a terceros en el caso de la legislación uruguayaya, con esto se puede verificar que en otros países si se concede la tenencia a terceros o a familiares, con el fin de garantizar el desarrollo integral del niño, niña y adolescente de forma idónea y la debida aplicación del interés superior del niño.

Por último, a través del estudio de casos se verifica el planteamiento de esta reforma, verificando que es necesario realizar dicha de forma, para garantizar así que el menor se encuentre en un hogar idóneo y factible para su desarrollo integral del menor, garantizando así que ellos no sean apartados de ellos de manera imprudente y causándole diferentes daños psicológicos.

7.4 Contrastación de hipótesis.

La hipótesis la cual me permití establecer con anterioridad fue el siguiente: **“Se debe implementar en la figura jurídica de la tenencia la excepción de otorgamiento hasta el 4 grado de consanguinidad, esto es abuelos, hermanos, tíos y primos, en la legislación ecuatoriana, para garantizar el desarrollo integral del hijo e hija de familia y el uso adecuado de la aplicación del interés superior del niño”.**

De las variables obtenidas a través del planteamiento de mi hipótesis, la primera la cual se hace mención al establecer una excepción para el otorgamiento hasta el 4to grado de consanguinidad, esta se justifica a través del marco doctrinario donde se ha podido verificar a través de opiniones de juristas como si es necesario otorgar la tenencia a familiares, así como también de las tesis

de otros países donde se encuentran con el mismo vacío legal y de alguna forma buscan implementar esta misma medida para salvaguardar el desarrollo integral del menor.

Así mismo, de elaboración de entrevistas realizadas a Jueces especializados en la materia de Niñez y Adolescencia, se pudo obtener respuestas positivas a este pedido, manifestando que como órganos de justicia y por falta de norma ellos se encuentran limitados a poder garantizar un derecho, por ende, se ve necesario que exista como tal una norma específica en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en la que ellos se puedan respaldar y lleguen a garantizar de manera efectiva el desarrollo integral del Niño, niña o adolescente.

De la segunda variable expuesta sobre el uso adecuado de la aplicación del interés superior del niño, esto queda justificado a través de nuestro marco teórico, donde a través de la Guía de aplicación de Interés Superior del Niño, se establecieron elementos para evaluar y determinar la aplicación de este principio, obteniendo como respuesta que no se aplica a veces de manera idónea por los jueces, existen los respectivos casos donde por falta de norma se ha vulnerado derechos y se ha llegado a otras instancias con el fin de salvaguardar al menor. Como mencione anteriormente esto también se pudo justificar a través de las entrevistas realizadas a los órganos de justicia, quienes se limitan con estos diferentes vacíos que existen.

7.5 Fundamentación Jurídica.

Dentro del presente proyecto de titulación denominado “Análisis Jurídico y Comparado de la Figura Jurídica Tenencia respecto al desarrollo integral del hijo, hija de familia” se ha tomado el Principio del Interés Superior del Niño como un tema que resalta a la hora de tomar decisiones que se encuentre relacionadas a niños, niñas y adolescentes. Dicho principio entonces debe satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los menores y adolescentes, que actúa como una garantía que busca el desarrollo efectivo del niño, niña y adolescente. Las diferentes autoridades administrativas, judiciales, e instituciones públicas y privadas, deben hacer honor a este principio y priorizarlo sobre los demás, teniendo en consideración que las decisiones tomadas garantizaran los derechos del menor y sobre todo priorizaran el desarrollo integral de los mismos. La Función Judicial estableció una Guía donde se describe todo acerca de este principio antes mencionado, estableciendo sobre todo garantías y elementos para su debida aplicación, dejando en claro que en es un tema de discusión donde se encuentre involucrado un menor o adolescente siempre ponderaran sus derechos sobre los demás.

Nuestra Constitución de la República del Ecuador, establece un catálogo de niños, niñas y Adolescentes, donde se hace alusión al Art. 44, donde se determina que deben trabajar en forma continua tanto el Estado, la sociedad y la familia, para garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes del Ecuador, garantizaron sus derechos y que sobre todo se priorice

al Principio de Interés Superior del Niño, por lo tanto por parte del Estado se deberán crear normas adecuadas a la protección de la misma, versando sobre todo que se cumpla el desarrollo integral afectivo, al igual que la familia y la sociedad deberán contribuir para la protección de los mismos y ejercicio efectivo de sus derechos y deberes. En la misma norma en su Art. 45 se garantiza que las niñas, niños y adolescente poseen todos los derechos comunes del ser humano más lo que se encuentran normados por su edad, por lo tanto, el Estado garantizará de manera idónea el derecho a la vida incluyendo el cuidado y protección desde su concepción, velando por la integridad física y psíquica, a tener una familia y convivencia familiar y comunitaria. Así mismo en su artículo 46 numeral 1, se determina que el Estado brinda atención a menores de seis años, proveyendo que se garantice su nutrición, salud y cuidado. La Convención de los Derechos del niño, en su artículo 9, habla que los Estados velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que esta separación sea necesaria en el Principio de Interés Superior del Niño, sobre todo en casos en la que se evidencie maltrato o descuido por parte de sus padres. El Código de la Niñez y Adolescente establece diferentes normas para la protección de los niños, niñas y adolescentes, como es la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia de velar por las niñas, niños y adolescentes y sobre todo de garantizar y crear nuevas políticas en beneficio y protección de este grupo vulnerable, así mismo se establece como debe el Principio de Interés Superior del Niño versar sobre los demás y como se debe tomar en cuenta a la hora de tomar decisiones por los órganos de Justicia, siempre en beneficio del menor. La misma norma también establece que los derechos de las niñas, niños y adolescentes deben ser de manera progresiva conforme vaya su crecimiento y en beneficio de ellos, así como también se establece que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a una familia y a la convivencia familiar, recordemos que ya la Constitución de la República del Ecuador, reconoce diferentes tipos de familia y no solamente la que se encuentra formada por los progenitores e hijos.

Del derecho comparado establecido dentro del presente proyecto de investigación, se ha tomado en consideración dos legislaciones en este caso la española y la uruguaya, de las cuales se consideró a la española como la oportuna, dentro de esta legislación se establece que excepcionalmente se podrá confiar la guarda y custodia de un menor a familiares confiriéndoles atribuciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad de un Juez. Muy diferente a lo que sucede dentro de nuestro Estado Ecuatoriano, ya que el Código de la Niñez y Adolescencia establece que la procedencia de la tenencia es de uso exclusivo de los progenitores, por lo tanto, personas lejanas a estas no podrán obtener la tenencia de un menor.

Como resultados obtenidos de las encuestas, se verifica que 39 encuestados representado como el 97,7%, señalan que el derecho a la tenencia no debería ser exclusivo de los progenitores que se deberían ampliar; 39 encuestados que corresponden al 97,5% de las muestras, creen que si debería dar la tenencia a familiar sobre todo cuando estos ya han cuidado y velado de ellos desde temprana edad, proporcionándoles todo lo necesario para su desarrollo integral, esto es salud, educación, alimentación, etc.; de las 28 muestras tomadas correspondientes al 72,1% consideran que el Código de la Niñez y Adolescencia no garantiza de manera idónea el desarrollo integral y no se aplica de manera idónea el Interés Superior del Niño, ya que no se puede entregar la tenencia a familiares hasta el 4to grado de consanguinidad, familiares que se encuentran a cargo de menores en situaciones orfandad o descuido. De los encuestados un número total de 39 que corresponde al 95,3% se encuentran de acuerdo en realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia con el fin de garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situaciones de desprotección, descuido, orfandad por parte de sus progenitores.

Del estudio de casos que realice, se pudo determinan que existen demandas presentadas por familiares con el fin de obtener la tenencia respecto de los adolescente o menores que se encuentran en su cuidado, ya sea por la falta de interés de sus padres, el descuido o la orfandad, demandas que son negadas por los Jueces por la falta de norma que existe dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, la no existir norma estos solo son nombrados tutores en relación a lo que establece las reglas del 106 numeral 6 de la norma mención, creando así una vulneración al principio de interés superior del Niño y al desarrollo integral.

Con todo lo expuesto, se evidencia que dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia existe un vacío jurídico respecto a la tenencia, ya que, al ser un derecho de uso exclusivo de los progenitores, estamos creando una limitante a que se pueda acceder por parte de familiares a la tenencia, cuando son ellos quienes se encuentran al cuidado y protección del menor y no sus progenitores. Como también se está creando que exista una limitante para que los Jueces no puedan aplicar de forma idónea el Interés Superior del Niño atentando sobre este y sobre todo al Desarrollo del menor, que se encuentra en una situación inestable. Se buscará entonces que se pueda llegar a conceder la tenencia a familiares sobre todo cuando los menores o adolescentes se encuentren en una situación de vulnerabilidad o no exista ese factor afecto entre los progenitores y sus hijos. Se refleja entonces la necesidad de reformar el Código de la Niñez y Adolescencia con el fin de garantizar el debido desarrollo integral del menor cuando sus padres no son los que lo proporcionan si no un familiar.

8. Conclusiones

1. Se ha podido evidenciar que Jueces en materia de Niñez y Adolescencia se encuentra limitados y se les imposibilita aplicar de manera idónea el Interés Superior del Niño a la hora de emitir sus resoluciones o sentencias referente a la tenencia a familiares.
2. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia contempla un vacío en su título III de la tenencia, al determinar únicamente a los progenitores el derecho de obtener la tenencia.
3. Que en otras legislaciones como la española y la uruguaya si se aplica la entrega de la tenencia a familiares e incluso a terceros, priorizando la protección del menor y el principio de Interés Superior del Niño en situaciones como la orfandad o falta de cuidado de los progenitores.
4. Que existe la necesidad de implementar dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, esta excepcionalidad de otorgación de tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.
5. Que a pesar de que los señores Jueces en Materia de Niñez y Adolescencia escuchan a los menores de edad en audiencia reservada no se toma en consideración su opinión y se sigue nombrado a los familiares como tutores por falta de norma expresa.
6. Se ha podido evidenciar que al no otorgarse la tenencia y ser nombrado como tutores, se estaría vulnerando el interés superior del niño.

9. Recomendaciones

1. Exhortar a los Jueces en materia de Niñez y Adolescencia apliquen de manera idónea el Principio de Interés Superior del Niño a la hora de resolver, basándose en la Guía Interés Superior del Niño emitida por la función judicial, así como también en las observaciones emitidas por el comité de los Derechos del Niño.
2. Incorporar dentro de nuestra legislación ecuatoriana, la misma mi figura jurídica que la legislación española para otorgar la tenencia a familiares en situaciones excepcionales como es la orfandad, falta de cuidado, muerte de uno o ambos progenitores u ausencia de uno o ambos.
3. Exhortar a la función Judicial inicie mesas de dialogo por los Señores Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el país y se pueda determinar en qué casos seria procedente otorgar la tenencia a familiares a 4to grado de consanguinidad del menor.
4. Disponer que las oficinas técnicas del Consejo de la Judicatura a nivel nacional, realicen una investigación exhaustiva donde se pueda determinar que un familiar hasta el 4to grado de consanguinidad está en las condiciones de requerir la tenencia de un menor.

5. Exhorta a los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que dentro de las resoluciones que emitan referente a la tenencia de un menor a un familiar hasta el 4to grado de consanguinidad, a que la oficina técnica por lo menos cada dos meses verifique las condiciones de convivencia en la que se está desarrollando el menor.
6. Realizar la reforma en lo que respecta al capítulo de la tenencia en la cual permita a los familiares acceder o beneficiarse de la tenencia de los menores.

9.1 Lineamientos Propositivos.

Dentro de este Trabajo de Titulación, se investigó a través de diferentes casos, políticas públicas, derecho comparado y doctrina, como nuestro estado ecuatoriano contempla diferentes vacíos dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente en su artículo 118, que norma acerca del cuidado del niño, niña u adolescente. Los vacíos que existen no solo dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia e inclusive en otras normas, han limitado en ciertas circunstancias a los órganos de justicia, es decir los Jueces, en mi trabajo de titulación específicamente se encuentra limitado dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en el capítulo de tenencia, se dará una posible solución planteado una reforma respecto al vacío. En los diferentes países a nivel mundial y dentro del Ecuador también, se ha podido ver un cierto porcentaje de menor en estado de orfandad, por falta de progenitores o por sufrir algún tipo de violencia que afecta a desarrollo integral del menor, al no contar con todos los elementos necesarios para el mismo, es decir educación, salud, alimentación, etc.

El Ministerio de Inclusión Social y económico, como institución pública de estado, cuenta dentro de nuestro territorio ecuatoriano con diferentes casas de hogares alrededor de todo el territorio nacional, casas hogares que brindan un hogar temporal o definitivo en ciertas ocasiones a menores que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, ejemplo sufren de maltrato. La constitución de la República del Ecuador hace mención a lo siguiente, El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, es decir el Estado Ecuatoriano a través de sus normas, debe garantizar el acceso a los derechos y sobre todo acceso a la justicia sin ser discriminados, sin importar etnia, color o religión, se debe garantizar los derechos.

Ecuador a raíz de diferentes factores como los económicos, han provocado que diferentes menores hayan quedado en la orfandad, al igual la falta de corresponsabilidad parental, un porcentaje de menor no conviven con sus padres. Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia respecto al cuidado es decir Tenencia, no establece que cualquiera de los progenitores puede obtener la el cuidado respecto a su hijo, el Juez deberá garantizar el desarrollo integral del

menor y velar por el interés superior del niño, por lo tanto, deberá otorgar a lo que más le convenga al menor. Sucede los casos en el que los menores, no cuentan con ninguna de las dos figuras paternas o a lo mejor si cuenta, pero no es lo responsable para velar por menor, es ahí donde llega un tercero que puede ser los abuelos, tíos o primos, que buscan velar por el menor y ser esas figuras paternas, este derecho se encuentra limitado y no es considerado como un derecho a un familiar a diferencia de otras legislaciones.

Finalmente se busca implementar dentro de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia una excepción donde se pueda considerar a familiares como merecedores de este derecho y no solamente sean nombrados como tutores por falta de norma, implementando los mismo que otras legislaciones, con el fin de evitar que más menores acudan a casa hogares, donde crean un retroceso al desarrollo integral del menor, creando así diferentes capacitaciones a familiares para mantener las familias unidad y crear una convivencia armoniosa, así como también capacitar a los diferentes Jueces en materia de Niñez y Adolescencia, como también a los profesionales que realizan las diferentes pericias.

10. Bibliografía

- Aburto, E. M. (2014). *Patria Potestad, tenencia y Alimentos*. Peru: Gaceta jurídica.
- Aguirre, R. (s.f). *La Tenencia de Menores*. Gráficas Cárdenas Quito.
- Alegre, H. &. (2014). *El interés superior del niño, interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Cuaderno No. 5.
- Ángel, A. P. (2013). *Derecho de familia*. Madrid, España: Dykinson.
- Apolo, B. (2017). *Belén Polo Lawyers*. Obtenido de Belén Polo Lawyers: <http://www.belenpolo.com/index.php/en/news/874-2017-01-65>
- Báez, E. B. (2010). *Derecho de Familia*. Mexico: OXFORD.
- Benítez, J. P. (1995). *Principios generales del derecho de familia*. bogota: DITORIAL TEMIS S. A.
- Benítez, J. P. (1995). *Principios Generales del Derecho de Familia*. Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Bolaños. (2000). *estudio descriptivo del Síndrome de Alienación*.
- Bonnecase. (1990). *derecho de familia*. Bogota: temis.
- Borda, G. (1994). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bruñol, M. C. (1999). Justicia y Derechos del Niño. En M. C. Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la convención*. (pág. 45). Santiago de Chile: Mary Beloff / Miguel Cillero / Julio Cortés / Jaime Couso.
- Buenaño, J. J. (2018). *El régimen de visitas tras la separación de los Padres. Casos Ambato. (Ecuador)*. ambato: Revista Verba Iuris.
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Argentina : Heliasta.
- Cabrera, v. (2009). *Visitas; Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: jurídica cevallo.
- Campaña, F. S. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia. De la convencion sobre los derecho del niño a las legislaciones integrales. Tomo I*. Quito: Cevallos.
- Campaña, F. S. (2021). *Manual de Derecho de Familia*. Quito.

- Campaña, F. S. (2021). *Manual de Derecho de Familia* . Quito: Cevallos.
- Canales, T. C. (2014). *Patria potestad, tenencia y alimentos*. gaceta juridica.
- Carrillo Bascary, M. (2002). *Implicancia del concepto niño*.
- CisneroTatiana, E. M. (Ecuador). *Familia y Politicas Sociales*. 1195: ILDIS.
- Contreras. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Mexico: Nostra Ediciones.
- Contreras. (2010). Derecho de familia y sucesiones. En M. d. Contreras, *Derecho de familia y sucesiones* (págs. 113-116). México: Austrus.
- Contreras. (2010). Derecho de familia y sucesiones. En M. d. Contreras, *Derecho de familia y sucesiones* (págs. 161-172). Mexico: Austrus.
- Contreras. (2010). *Derechos de las Familias*. Mexico: lij.
- Contreras, M. D. (2010). Derecho de familia y sucesiones. En M. D. Contreras, *DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES* (pág. 24). MEXICO: UNAM.
- Diez, o. A. (1999). *El interés superior del niño necesidad de su regulación*. Buenos Aires: Diez Ojeda, Augusto.
- Domingo Monforte, J. (30 de octubre de 2018). *Legal today*. Obtenido de Legal today: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/guarda-y-custodia-preferencia-de-la-tia-sobre-el-padre-2018-10-30/>
- Duarte, A. E. (1990). *Derecho de Familia*. Mexico .
- Falquez, D. M.-A. (2020). *La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Guayaquil: Biblioteca Juridica.
- Ferrando, M. R. (1994). Derecho de Familia, Tomo II. En M. R. Ferrando, *Derecho de Familia, Tomo II* (págs. 9-30). Argentina: Rubinzal y culzoni S.C.C.
- Floresgomez, g. f. (1985). *Introducción al estudio del Derecho*. Mexico: Porrúa.
- García, J. F. (2000). *Derechos de los niños*. Mexico : UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

- Gardner, r. (1985). *Recent trends en divorce and custody litigation*. Academy Forum.
<https://doi.org/3-7>
- General, A. (2011). Ley Nro. 17.893 Código de la Niñez y Adolescencia Uruguay.
- Gerardo, T. (1999). Derecho de Familia Costarricense. En T. Gerardo, *Derecho de Familia Costarricense* (pág. Pág. 225). San José: Juricentro .
- González, a. J. (29 de Mayo de 2018). La niñez necesita un sistema de protección integral especializado, afirma UNICEF. *UNICEF*.
- Heredia, r. m. (2010). Escala de evaluación de las Relaciones Intrafamiliares (E.R.I). *Uaricha Revista de Psicología*, 12-29.
- Insulza, J. ., (2012). *Manual operativo para la protección*. Mexico: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes – IIN.
- Jervis, T. M. (8 de diciembre de 2020). *LIFEDER* . Obtenido de <https://www.lifeder.com/convivencia-familiar>
- Lehmann, H. (1953). Tratado de Derecho Civil. *Ediciones Revista de Derecho Privado* , 403.
- León, Á. T., Ordoñez, X., & Pozo, A. L. (2013). *Desarollo Infantil integral*. Quito.
- López, C. R. (2015). Interés Superior de los niños y niñas; Definición y contenido. *Revista Latinoamerica de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
- Maldonado, M. d. (2021). *Guía evaluación y determinación del interés superior de la niñez*. quito´: consejo de la judicatura.
- Morales, R. V. (2020). Interés superior del niño: revisión de su origen, evolución y tendencias interpretativas actuales en Chile. *Opinión Jurídica*.
- Noemi, c. d. (2010). *Derecho de familia tomo II*.
- Nora, L. N. (2006). *Discurso jurídico sobre El interés superior del niño*. Mar de plata: Ediciones Suarez.

- Ossorio, M. (1974). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan S.A.
- Ovejero, A. (2009). *fundamentos de psicología jurídica e investigación criminal*. <https://doi.org/españa>
- Palafox, S. O. (2011). Cien años de Derecho Civil en Mexico 1910-2010 . *Conferencias en homenaje a la Universidad Autónoma de México por su Centenario*, (pág. 135). Mexico.
- Pérez. (2010). Derecho de familia y sucesiones Capitulo I. En C. M. Pérez, *Derecho de familia y sucesiones Capitulo I* (págs. 21-26). México.
- Pérez. (2010). Derecho de familia y sucesiones. En C. M. Pérez, *Derecho de familia y sucesiones*. (págs. 65-66). Mexico: NOSTRA.
- Perez, c. (2008). *Análisis de la convención de los derechos del niño, de la doctrina de la protección integral y de la constitución de 2008*. QUITO.
- Pilotti, F. (2000). *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: El Contexto del*.
- Pizarro, M. C. (2017). *Derecho Familiar*. Mexico D.F.: IURE.
- Reguera, E. G. (2010). *Guardia y Custodia*. ecuador.
- Rosenblatt. (2004). *Sistematización de la informacion sobre el derecho del niño*. Paraguay: Instituto Interamericano del Niño.
- Ruales, H., Djoubi, & Díaz, J. A. (2018). *Mejorando nuestra convivencia familiar*. Obtenido de WWW.FLACSOANDES.EDU.EC
- Sánchez, A. J. (2013). *Derecho Civil para el grado IV: Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- Santi-Leon, F. (2019). La importancia del desarrollo infantil y la educación inicial en un país en el cual no son obligatorios. . *revista ciencia Unemi (linea)*.
- Torres, V. H. (2008). *Políticas Públicas, territorios y localidades*. Quito: Abya-Yala.
- Unicef. (2006). *Convencion de los derechos del niño*.

- V, R. (2010). *Manual de Relaciones de Familia*. MEXICO.
- Valdivia. (2008). *La familia: concepto, cambios y nuevos modelos*. Redif.
- Valenzuela. (2020). *Derechos Humanos De Niñas, Niños Y Adolescentes*. Porrua.
- Valera, Y. E. (2013). *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia* . El salvador : Talleres Gráficos UCA.
- Vargas, C. J. (2018). *otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas de los padres, en salvaguarda el principio de interés superior del niño*. Peru.
- Vide. (2010). *Derecho de Familia*. MADRID: REUS S.A.
- Vide, C. R. (2010). *Derecho de la Familia*. Madrid: Reus S.A.
- Villena, P. (2011). *Derecho de Familia*. caracas venezuela : la ley.
- Virginia, S. (1991). *Las Nuevas Relaciones Humanas en el Nucleo Familiar*. México: Pax.
- Zonnon, G. A. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.

Leyes

- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia
- Convención de los Derechos del Niño.
- Código Civil Chileno 2013
- Ley 1098 del 2006, expide al Código de la Niñez y Adolescencia
- Ley Nro. 17.893 Código de la Niñez y Adolescencia Uruguay

Linkografía.

- Belen, A. (2017). *Belén Polo Lawyers*. Obtenido de Belén Polo Lawyers: <http://www.belenpolo.com/index.php/en/news/874-2017-01-65>
- Domingo Monforte, J. (30 de octubre de 2018). *Legal today*. Obtenido de Legal today: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/guarda-y-custodia-preferencia-de-la-tia-sobre-el-padre-2018-10-30/>
- Domingo Monforte, J. (30 de octubre de 2018). *Legal today*. Obtenido de Legal today: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/guarda-y-custodia-preferencia-de-la-tia-sobre-el-padre-2018-10-30/>
- Jervis, T. M. (8 de diciembre de 2020). *LIFEDER* . Obtenido de <https://www.lifeder.com/convivencia-familiar>

economía, M. d. (2018). *Mejorando nuestra convivencia familiar* . Obtenido de WWW.FLACSOANDES.EDU.EC

11. Anexos

Anexo. 1 Formato encuesta Abogados Profesionales.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA PARA ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

Estimado Abogado/a:

Me encuentro desarrollando mi investigación jurídica en la modalidad de tesis titulado: **“ANÁLISIS JURIDICO Y COMPARADO DE LA FIGURA JURIDICA TENENCIA RESPECTO AL DESARROLLO INTEGRAL DE LA HIJA O HIJO DE FAMILIA”**. Por lo tanto, requiero de su criterio jurídico respecto a mi investigación. Le ruego se sirva contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Conoce usted sobre la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Si No

¿Por qué?

2. ¿Cree usted que el derecho a obtener la tenencia debe ser exclusivamente para los padres?

Si No

¿Por qué?

3. ¿Cree usted que en los casos en el que un menor no cuenta con progenitores, ya sea por muerte o falta de interés respecto a sus hijos, y estos han sido cuidados por familiares desde pequeños tomando el rol de padres, se les debe otorga el derecho a la tenencia?

Si No

¿Por qué?

4. ¿Considera que el Código de la niñez y Adolescencia no garantiza el desarrollo integral del menor, al no establecer que los familiares hasta el 4to grado de consanguinidad puedan solicitar la tenencia con el fin de precautelar el desarrollo integral del menor y la debida aplicación del interés superior del niño, en situaciones vulnerables para el menor?

Si No

¿Por qué?

5. ¿Usted estaría de acuerdo que en el Código de la Niñez y Adolescencia en su art.118 se incluya como reforma excepción el otorgamiento de la Tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando sus progenitores no desempeñen su responsabilidad de crianza y cuidado?

Si No

¿Por qué?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo. 2 Formato de encuesta a Familias



Universidad
Nacional
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA PARA FAMILIAS ZAMORANAS-LOJANAS.

Estimado:

Me encuentro desarrollando mi investigación jurídica en la modalidad de tesis titulado: **“ANÁLISIS JURIDICO Y COMPARADO DE LA FIGURA JURIDICA TENENCIA RESPECTO AL DESARROLLO INTEGRAL DE LA HIJA O HIJO DE FAMILIA”**. Por lo tanto, requiero de su criterio respecto a mi investigación. Le ruego se sirva contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Conoce usted sobre la figura jurídica Tenencia contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Si No

¿Por qué?

2. ¿Usted como madre de familia o padre de familia, confiaría el cuidado y crianza de su hijo a un familiar hasta el 4to grado de consanguinidad, esto es abuelos, tíos/as, hermanos/as, primos/as?

Si No

¿Por qué?

3. ¿Cree usted que es necesario que la tenencia no sea exclusiva para los padres y que se deben considerar a familiares con el fin de garantizar el desarrollo integral del menor?

Si No

¿Por qué?

4. ¿Considera usted que en circunstancias en las que usted como padre o madre de su hijo no puedan ejercer esta responsabilidad de cuidado y crianza, la deba ejercer un familiar con el que el menor mantenga lasos de afecto y usted este de acuerdo?

Si No

¿Por qué?

5. ¿Usted estaría de acuerdo que dentro del Código de la Niñez y Adolescencia en su art.118 se incluya como excepción el otorgamiento de la Tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando sus progenitores no desempeñen su responsabilidad de crianza y cuidado?

Si No

¿Por qué?

6. ¿Qué sugerencias daría usted para solucionar el problema planteado?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo. 3 Formato de entrevista



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENTREVISTA

Estimado Entrevistado/a:

Me encuentro desarrollando mi investigación jurídica en la modalidad de tesis titulado: **“ANÁLISIS JURIDICO Y COMPARADO DE LA FIGURA JURIDICA TENENCIA RESPECTO AL DESARROLLO INTEGRAL DE LA HIJA O HIJO DE FAMILIA”**. Por lo tanto, requiero de su criterio respecto a mi investigación. Le ruego se sirva contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Cree usted que la figura jurídica tenencia debe ser un derecho exclusivo para los padres?

2. ¿Cree usted que se debería considerar a los familiares hasta el 4to grado de consanguinidad, el otorgar la tenencia para precautelar el desarrollo integral del menor cuando sus padres no cumplen su cuidado y crianza?

3. ¿Considera usted que, al no obtener la tenencia del menor por no ser su progenitora, se está creando una vulneración al derecho de tener una familia y a la convivencia familiar?

4. ¿Cree necesario integrar una excepción al Código de la Niñez y adolescencia en su art. 118, para otorgar la tenencia a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad?

5. ¿Qué sugerencias daría usted para solucionar el problema planteado?

Anexo. 4 certificado de traducción Abstract.

Certificación de Traducción

Yo Raymond Dpol Toledo Saetama, licenciado en Ciencias de la Educación Mención Inglés, registro Nro. 1031-2021-2284613 certifico:

Que el resumen de; trabajo de titulación titulada: “ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARADO DE LA FIGURA JURÍDICA TENENCIA RESPECTO AL DESARROLLO INTEGRAL DE LA HIJA O HIJO DE FAMILIA” de autoría France Geovanna Rodríguez Muñoz, con cédula de ciudadanía 1900456631, es fiel traducción al idioma inglés a mi saber y entender.

Lo certifico en honor a la verdad pudiendo el interesado hacer uso de este documento como estime conveniente.



Lcdo. Raymond Toledo Saetama

Cdla: 1900772847

Anexo. 5: Certificación del tribunal.

CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Loja, 27 de enero de 2023

En calidad de Tribunal del Trabajo de Titulación con el título: **“Análisis jurídico y comparado de la figura jurídica tenencia respecto al desarrollo integral de la hija o hijo de familia”**, de la autoría de la Srta. France Geovanna Rodríguez Muñoz, portadora de la cédula de identidad Nro. 1900456631, previo a la obtención del Título de Abogada, certificamos que se han incorporado las observaciones realizadas por los integrantes del tribunal, por tal motivo se procede a la aprobación del Trabajo de Titulación, facultando a la postulante la continuación de los trámites pertinentes para su publicación y sustentación pública.

APROBADO



**Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. PhD.
PRESIDENTE**

Digitally signed by

JANETH VERONICA CASTRO SOLORZANO

EC

**Abg. Janeth Verónica Castro Solórzano Mg. Sc.
VOCAL PRINCIPAL**



**Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras Mg. Sc.
VOCAL PRINCIPAL**