



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DERECHO

TITULO:

“Necesidad de reformar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como causal para la pérdida de la tenencia de un menor, la incapacidad física y psicológica de alguno de sus progenitores, acogiendo el derecho constitucional establecido en el art. 45”.

AUTOR:

HENRY DARWIN CONDOY ZAMBRANO

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

DIRECTOR:

Dr. ANGEL MEDARDO HOYOS ESCALERAS Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACION

Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras Mg. Sc.

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICA:

Haber dirigido y revisado la presente tesis investigación jurídica: **“NECESIDAD DE REFORMAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, COMO CAUSAL PARA LA PÉRDIDA DE LA TENENCIA DE UN MENOR, LA INCAPACIDAD FÍSICA Y PSICOLÓGICA DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES, ACOGIENDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN EL ART. 45”**. Que ha sido elaborado por el señor estudiante **HENRY DARWIN CONDOY ZAMBRANO**, cumple con los requisitos reglamentarios pertinentes, autorizo su presentación y sustentación.

Loja, Julio del 2016



Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, HENRY DARWIN CONDOY ZAMBRANO, declaro ser el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

Autor: HENRY DARWIN CONDOY ZAMBRANO

Firma:



Cédula: 110478444-0

Fecha: Loja, Julio de 2016

AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y LA PUBLICACIÓN ELÉCTRICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Henry Darwin Condoy Zambrano**, declaro ser el autor de la tesis titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, COMO CAUSAL PARA LA PÉRDIDA DE LA TENENCIA DE UN MENOR, LA INCAPACIDAD FÍSICA Y PSICOLÓGICA DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES, ACOGIENDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN EL ART. 45”** como requisito para optar al grado de **ABOGADO**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con los cuales tenga convenio la Universidad. La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 23 días del mes de Agosto del año 2016, firma el Autor.

Firma: _____

Autor: Henry Darwin Condoy Zambrano

Cédula: 110478444-0

Dirección: Eplicachima y Colón

Correo Electrónico: hendarconza19@hotmail.com

Celular: 0999763957

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Ángel Hoyos Escaleras

Tribunal de Grado: Dr. Shandry Armijos Mg. Sc.

Dr. Guilber Hurtado Mg. Sc.

Dr. Mauricio Aguirre Mg. Sc.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento muy especial a la Universidad Nacional de Loja, por la cual alcance mis objetivos en calidad de estudiante los cuales me propuse desde el inicio mismo de mi carrera y que al final los alcance.

Le agradezco a las personas que me dieron su aporte desinteresado para la realización de este trabajo investigativo, a las autoridades y profesores universitarios y a los profesionales del derecho que participaron en la investigación de campo.

El Autor

DEDICATORIA

Al culminar el presente trabajo investigativo, lo dedico:

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

Henry Darwin

TABLA DE CONTENIDOS

I.- PORTADA

II.- CERTIFICACION

III.- AUTORIA

IV.- CARTA DE AUTORIZACION

1.- TITULO

2.- RESUMEN

2.1.- ABSTRACT

3.- INTRODUCCION

4.- REVISION DE LITERATURA

4.1.- MARCO CONCEPTUAL

4.1.1.- Menor

4.1.2.- Niño

4.1.3.- Sujetos y finalidad del derecho de la niñez y adolescencia

4.1.4.- Principios fundamentales y específicos de la niñez y adolescencia

4.1.4.1.- Principios fundamentales de igualdad y no discriminación

4.1.4.2.-Principio fundamental de corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia

4.1.4.3.- Principio fundamental de interés prevalente de la niñez y adolescencia

4.1.4.4.- Principio fundamental indubio Proinfante

4.1.4.- Naturaleza jurídica del derecho de la niñez y adolescencia

4.1.5.- Tenencia

4.1.6.- La Incapacidad Física

4.1.7.- La Incapacidad Psicológica

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- Reseña Histórica de la Patria Potestad

4.2.1.1.- Antecedentes de la Patria Potestad

4.2.1.2.- Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad

4.2.1.3.- Evolución Jurídica de la Patria Potestad

4.2.2.- Relaciones Jurídicas De La Patria Potestad

4.2.3.- La Convención Internacional de los Derechos del Niño

4.3.- MARCO JURIDICO

4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador respecto al menor

4.3.2.- Los Cuatro Principios Rectores de La Convención sobre Los Derechos Del Niño

4.3.3.- Análisis del Código Civil respecto al menor

4.3.4.- Análisis del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

5.- MATERIALES Y METODOS

5.1.- Métodos

5.2.- Procedimientos y técnicas

6.- RESULTADOS

6.1.- Resultado de la aplicación de las encuestas.

6.2.- Resultado de la aplicación de las entrevistas.

7.- DISCUSION

7.1.- Verificación de Objetivos.

7.2.- Contrastación de Hipótesis.

7.3.- Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1.- Propuesta de Reforma Jurídica

10.- BIBLIOGRAFÍA

11.- ANEXOS

1.- TITULO

“NECESIDAD DE REFORMAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, COMO CAUSAL PARA LA PÉRDIDA DE LA TENENCIA DE UN MENOR, LA INCAPACIDAD FÍSICA Y PSICOLÓGICA DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES, ACOGIENDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN EL ART. 45”.

2.- RESUMEN

El problema propuesto y ejecutado de acuerdo a mi proyecto de investigación, es de importancia social y de gran expectativa en el ámbito nacional, ya que en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en lo que respecta a la tenencia del menor no está establecido cuando un menor tiene a sus progenitores con incapacidad física y psicológica.

Como se puede ver este vacío jurídico, lesiona los derechos constitucionales, por cuanto se atenta con el derecho del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En el estudio doctrinario con el aporte de reconocidos juristas se desarrolla la fundamentación de sus análisis y criterios personales respecto a la investigación propuesta, además se amplía y se orienta su estudio jurídico a las disposiciones jurídicas en el ámbito nacional.

En la profundización de mi investigación gracias al aporte de abogados en libre ejercicio profesional a través de entrevistas y encuestas, es donde se pueden dar cuenta que si un menor es cuidado por sus progenitores que adolecen de incapacidad física y psicológica pueden sufrir perjuicios en cuanto a su normal desarrollo y correcta formación.

Además en la investigación de campo he podido determinar que la tenencia de los menores es necesario que se la dé a otros familiares que puedan ayudar en su formación y completo desarrollo, cuando los progenitores de los menores adolezcan de incapacidad física y psicológica, para que así no se violenten los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.1. - ABSTRACT

The proposed and implemented according to my curriculum, problem is of social importance and of great expectation at the national level, since the Organic Code of Children and Adolescents in regard to the possession of the child is not established when a child has parents with physical and psychological disability.

As you can see this loophole, injured constitutional rights, because it is attentive to the right of the interests of children and adolescents.

In the doctrinal study with input from lawyers recognized the merits of their personal approaches to analysis and research proposal is developed further expands and his law firm is oriented to the legal provisions at the national level.

In deepening my research with input from lawyers in free practice through interviews and surveys, it is where you can tell if a child is cared for by their parents suffering from physical and psychological disability may suffer damage as to normal development and proper training.

Also in the field research I was able to determine that the holding of minors needs to give it to other family members who can help with their training and comprehensive development when the parents of children suffer from physical and psychological disability, so that the rights of children and adolescents cannot violate.

3.- INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación jurídica denominado: **“NECESIDAD DE REFORMAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, COMO CAUSAL PARA LA PÉRDIDA DE LA TENENCIA DE UN MENOR, LA INCAPACIDAD FÍSICA Y PSICOLÓGICA DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES, ACOGIENDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN EL ART. 45”**, es de gran importancia puesto que se debe establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que cuando existas casos como este, el menor sea dado a otros familiares capaces de tener la tenencia y tengan la capacidad de cuidarlo de la mejor forma.

El presente trabajo de investigación tiene la siguiente estructura: en primer lugar efectúo un “Resumen” del trabajo de investigación amplio y suficiente, con el objeto de que el lector se oriente en mi problema y ejecución del mismo.

Posteriormente en segundo lugar efectúo la “Introducción”, la cual se enfoca en los principales aspectos de la problemática, el motivo que me permitió seleccionar el objeto del estudio, también varios parámetros de orientación teóricos, así como la estructura de ejecución que van desde aspectos conceptuales teóricos hasta terminar con la propuesta lógica y fundamentada.

Luego en tercer lugar efectúo la “Revisión de literatura” respecto del menor de edad, inicio con los conceptos de menor, conceptos de niño, conceptos de necesidad, conceptos de reformar, conceptos de causal, conceptos de pérdida, conceptos de tenencia, concepto de la incapacidad física, concepto de la incapacidad psicológica, inmediatamente paso al Marco Doctrinario donde enfoco aspectos sobre reseña histórica de la patria potestad, naturaleza jurídica polivalente de la patria potestad, evolución Jurídica de la patria potestad Romana, relaciones jurídicas de la patria potestad, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y por último el Marco Jurídico, en el cual me enfoco sobre algunos aspectos sobre Constitución de la República del Ecuador

respecto al menor, los cuatro principios rectores de La Convención sobre Los Derechos Del Niño, Código Civil respecto al menor, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En cuarto lugar titulado “Materiales y Métodos”, explico la metodología que fue utilizada con el fin de conseguir resultados que son satisfactorios, así como las técnicas que fueron utilizadas, como la encuesta y entrevista donde pude comprobar las inquietudes propuestas.

En el quinto lugar titulado “Resultados”, luego de la recolección de datos, su tabulación y su procesamiento tanto cuantitativo como cualitativo, procedo a presentar las 30 encuestas, y las cuatro entrevistas.

En el sexto lugar denominado “Discusión”, paso a verificar el cumplimiento o no los objetivos propuestos y por último la contrastación de hipótesis.

En el séptimo lugar titulado “Conclusiones”, luego de la recolección de datos bibliográficos y de campo, además de la utilización de algunos métodos y técnicas, profundice mi estudio hasta llegar amplia y plenamente al conocimiento de mi problemática, lo cual me llevo a varias conclusiones.

En el octavo lugar denominado “Recomendaciones”, presento las recomendaciones en otras palabras que se debe hacer frente al problema.

En el noveno lugar titulado “Propuesta”, después de un profundo y completo análisis jurídico, me permito presentar mi propuesta de reforma que a mi criterio debe introducirse en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a fin de que no se vulneren los derechos del menor.

Para terminar culmino con los datos bibliográficos, con el índice y anexos, que orientan mi investigación jurídica.

4.- REVISION DE LITERATURA

4.1.- MARCO CONCEPTUAL

4.1.1.- MENOR

“Menor de edad (v.). Más joven; de menos años. DE EDAD. Persona que no ha cumplido todavía la edad que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal, determinada por la mayoría de edad.”¹

“Menor.- El que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría (v.) De edad. Impone una serie de restricciones en el obrar, no en la titularidad jurídica, que suple la patria potestad o la tutela (v.), con la atenuación en ocasiones de la emancipación o habilitación de edad”².

El menor de edad es un ser que aún no ha cumplido la mayoría de edad que la ley dispone para que goce de la capacidad jurídica normal. Menor de edad es el que no ha cumplido la mayoría de edad para tener la capacidad jurídica que es reconocida en la mayoría o sea en una persona adulta, se le atribuye un poco de restricciones en su obrar, pero estas restricciones se acabarían si cumple la mayoría de edad.

4.1.2.- NIÑO

“El Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia no hace distinción entre niño o niña. Se limita a decir que niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Como se recordara el Código Civil define a la persona indicando que es todo individuo de la especie humana sin distinción de sexo. El legislador ha ampliado y superado en términos cuantitativos la definición que trae el Art. 21 del Código Civil, pues esta última dice que: Llámese infante o niño el que no

¹ CABANELLAS Guillermo de Torres Diccionario Jurídico Elemental EDITORIAL HELIESTA S.R.L. Primera edición. 1979 Undécima edición, 1993

² OSSORIO Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica Realizada por Datascan, S.A.

ha cumplido siete años. Pero, ¿Por qué existe este salto de los siete a los doce años? La explicación con seguridad en los estudios y explicaciones psicológicas y sociales que han contribuido a entender de mejor manera el comportamiento de niños, niñas y adolescentes. Ensayando una definición de niño sostengo que es la persona de sexo masculino que no ha cumplido los doce años de edad, mientras que niña es la persona de sexo femenino que no ha cumplido los doce años de edad. Con esta definición doctrinaria eliminamos la confusión que puede generarse entre niño y niña porque si bien es cierto los dos son personas, empero a los dos le diferencia el sexo. Esta sola diferencia física genera diferencias fisiológicas, psíquicas y de comportamiento familiar y social".³

El autor nos expone que el Código de la Niñez no hace una distinción entre niña o niño el Art. 4, pues se limita a decir que se considera niña o niño al que todavía no ha cumplido doce años de edad; pero el Código Civil define a la persona sin distinguir el sexo, manifestando que es todo individuo de la especie humana. Además el legislador supera o sobrepasa los términos cuantitativos sobre el Art. 21 del Código Civil, ya que este artículo manifiesta que se llaman niños a los que poseen una edad hasta los siete años, pero la pregunta sería que ¿porque existe un salto de los siete a los doce años?, la respuesta se daría con la explicación y estudios psicológicos que se darían para entender el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes. Por último el autor como conclusión nos expone que niño es el que no cumple siete años, mientras que la niña es la persona que no ha cumplido doce años, así con esta diferencia se eliminaría la confusión entre niño y niña, ya que los dos son personas, pero se diferencian por el sexo, la diferencia física se da en diferencias psíquicas, fisiológicas.

³ ALBÁN Escobar Fernando "Derecho de la Niñez y Adolescencia" Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

4.1.3.- SUJETOS Y FINALIDAD DEL DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“Los sujetos del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, son precisamente los niños, niñas y adolescentes; se los protege desde su concepción hasta cuando no han cumplido la mayoría de edad o dieciocho años. Sin embargo el legislador, conforme reza el Art. 2 del Código de la Niñez y Adolescencia protege inclusive a las personas que han cumplido los dieciocho años de edad. No se entiende de otra manera cuando dice que: 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. Sin embargo, frente al estudio realizado, en mi opinión prevalece el principio constitucional y Convencional prefijados, establecidos en el Art. 51 y Art. 1 respectivamente. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. Los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo su jurisdicción del Ecuador, gozaran de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes”⁴.

El autor nos expone que los niños, niñas y adolescentes son los sujetos del Derecho de la Niñez y Adolescencia, serán protegidos desde la concepción hasta cuando cumplirán la mayoría de edad, aunque el Art. 2 manifiesta que incluso se protegerán a las personas que cumplan dieciocho años de edad, aunque según la opinión del autor prevalecen aquí el principio constitucional y convencional determinados, dados en el Art. 51 y Art. 1 respectivamente, los niños, niñas y adolescentes gozaran de derechos específicos establecidos de su edad y todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas. En

⁴ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Ob. Cit. p. 363

Ecuador los niños, niñas y adolescentes que estén bajo su jurisdicción gozan de los derechos y garantías dados por las leyes ecuatorianas, con ciertas limitaciones dadas en la Constitución.

4.1.4.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y ESPECIFICOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“Los principios fundamentales del niño, niña y adolescente o simplemente del niño (también denominado menor de edad) constituyen el conjunto de concepciones jurídicas, familiares, sociales y psicológicas que sustentan el Derecho de los Menores, cuyo objetivo es el bienestar integral de los mismos. Los principios fundamentales son consustanciales o intrínsecos de todo niño, niña y adolescente, tales como la igualdad y no discriminación, de corresponsabilidad, de interés superior del menor, prioridad absoluta, de prevalencia de ejercicio progresivo, in dubio pro infante. Precisamente de estos se derivan principios específicos en virtud de los cuales, el estado reconoce, tutela y aplica los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes”⁵.

El autor nos expone que los principios fundamentales del niño, niña y adolescente son el sustento esencial del derecho de estos, con el cual se busca el bienestar fundamental de estos, además los principios fundamentales como la igualdad y discriminación, in dubio pro infante entre otros, son de la misma naturaleza en cuanto a tener en cuenta lo más favorable del menor, en consecuencia de estos principios provienen otro principios específicos con los que el estado reconoce y aplica garantías y derechos que sean favorables a los niños, niñas y adolescentes.

⁵ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

4.1.4.1.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION

“El principio de igualdad y no discriminación tiene su sustento en los deberes primordiales del Estado ecuatoriano, uno de los cuales es asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social (Art. 3 de la Constitución). De este postulado se deriva el derecho de igualdad consagrado en el numeral 3 del Art. 23 ibídem por el cual todas las personas serán consideradas iguales y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”⁶.

Aquí el autor nos manifiesta que este principio se sustenta en los deberes esenciales del Estado Ecuatoriano, entre los que están asegurar que siempre estén vigentes los derechos humanos, la libertad que tienen los hombres y mujeres según el artículo 3 de la Constitución, de este principio nace el derecho de igualdad postulado en el numeral 3 del Art 23 ibídem en el cual las personas serán consideradas iguales en todos los aspectos ya sea raciales, de religión etc.

4.1.4.2.- PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA

“El postulado de responsabilidad tripartida se halla establecido en el Art. 48 de la Constitución de la Republica que dice: Sera de obligación del Estado, la sociedad, y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicara el principio de interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los demás. Por más que exista una

⁶ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

corresponsabilidad tripartida entre el Estado, sociedad y familia frente al menor de edad, considero al primero de los nombrados el que mayor responsabilidad posee, pues tiene los recursos económicos, financieros, humanos y toda una logística para ejecutar las políticas trazadas en el Convenio sobre Derechos del Niño y el Derecho de la Niñez y Adolescencia. No así la sociedad y familia que tienen limitados recursos para efectivizar y garantizar sus derechos. El Estado no podrá escudarse en el principio de corresponsabilidad para promover el bienestar y desarrollo de los menores de edad”⁷.

En este concepto el autor expone que el Art. 48 de la Constitución de la República del Ecuador nos menciona que es obligación del Estado, la familia y la sociedad el iniciar con la más alta primacía el desarrollo esencial de niños y adolescentes y asegurar el cumplimiento de los derechos de estos. Siempre se aplicara el principio de interés superior en todos los casos que lo ameriten y prevalecen sobre las demás personas.

El autor también se refiere que en cuanto a la responsabilidad mayoritaria que recae sobre el Estado, por cuanto este posee recursos económicos y financieros, en tanto este vela por el cumplimiento de las políticas de la Convención sobre Derechos del Niño y el Derecho de la Niñez y Adolescencia; la familia y la sociedad poseen recursos limitados para garantizar los derechos y obligaciones de los mismos. Además el Estado no puede ampararse en el principio de corresponsabilidad para fomentar el desarrollo de los menores de edad.

4.1.4.3.- PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE INTERES PREVALENTE DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“Es una de las motivaciones esenciales del Código de la Niñez y Adolescencia que no hace sino refrendar este principio establecido en el Art. 48 de la Constitución de la Republica que reza: Será obligación del Estado, la sociedad

⁷ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

y la familia, promover como máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio de interés superior de los niños, sus derechos prevalecerán sobre los demás. Sobre cualquier circunstancia que fuere, prevalece el interés superior del menor de edad. No podrá, en consecuencia, invocarse otro interés que no sea el bienestar y el desarrollo integral y armonioso de aquel”⁸.

En el concepto dado por el autor manifiesta que una de las motivaciones fundamentales del Código de Niñez y Adolescencia es ratificar el Art. 48 de la Constitución el cual nos dice que es obligación del Estado, la familia y la sociedad, fomentar como la más alta prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y defender el ejercicio de sus derechos. Igualmente en todos los casos se debe aplicar el interés superior del niño, ya que sus derechos prevalecen sobre los demás, en cualquier circunstancia que sea prevalecerá el interés superior del niño; por tanto no se puede alegar otro interés que sea el de bienestar, desarrollo integral y grato de aquel.

4.1.4.4.- PRINCIPIO FUNDAMENTAL INDUBIO PROINFANTE

“Las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas deben fundarse en este principio para garantizar el derecho de los menores de edad. Los juzgadores no podrán invocar duda, oscuridad o falta de norma sustantiva o adjetiva para resolver. Es más, las resoluciones que dicten siempre serán interpretadas en sentido favorable del menor de edad. Si existe el principio in dubio pro reo, in dubio pro operario, considero que el principio de in dubio pro infante es consustancial de los niños, niñas y adolescentes”⁹.

En este principio el autor nos expone que las autoridades administrativas siempre se fundamentaran conforme a este principio para que los derechos de

⁸ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

⁹ Ibídem p. 363

los menores se garanticen, de igual forma no podrán los operadores de justicia en cuanto en la resolución invocar oscuridad o duda, en cuanto a las resoluciones dictadas siempre serán favorables al menor de edad, este principio es fundamental y esencial para los niños, niñas y adolescentes, al igual que los principios de in dubio pro reo e in dubio pro operario en las personas mayores de edad.

4.1.5.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“Bajo los parámetros de la Constitución de la Republica, Convención sobre los derechos del Niño y Código de la Niñez y la Familia, no hay lugar a dudas que la naturaleza jurídica que regula los derechos, garantías y responsabilidades de los menores de edad y la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia es de orden público.

Al ser de naturaleza jurídica las normas del Derecho de la Niñez y Adolescencia tienen las siguientes características: son interdependientes, esto es que los derechos, garantías y responsabilidades las asume el Estado, la sociedad, la familia y los niños, niñas y adolescentes. La vigencia, y aplicación depende de todos ellos; dependen de los unos a los otros. Dicho de otra forma es una simbiosis natural y jurídica. Son indivisibles porque tanto los derechos, garantías como responsabilidades de la niñez y adolescencia no pueden ser divididos para su interpretación, observancia y ejercicio. Esta misma condición la deben asumir los corresponsables (Estado, sociedad y familia). No podrán fraccionar los principios fundamentales y específicos insertos en el Código de la Niñez y Adolescencia para efectos de garantizar los derechos y garantías de la niñez y adolescencia no pueden cederse a ningún título por mas buena atención que exista de parte de los corresponsables del bienestar y desarrollo infante juvenil; el interés prevalente del menor no puede ser negociado. Son intransigibles porque la declaración de reconocimiento ejercicio y vigencia de

*los derechos y garantías de la niñez y adolescencia no pueden extinguirse extrajudicialmente o precaven un litigio eventual”.*¹⁰

En este concepto el autor expone que bajo las medidas de la Constitución de la República, Convención de los Derechos del Niño y Código de la Niñez y Adolescencia lo que regula la naturaleza jurídica de sus garantías y deberes y la corresponsabilidad del estado, la sociedad es el orden público.

En cuanto a las normas del Derecho de Niñez y Adolescencia son de naturaleza jurídica cuando poseen las siguientes características son: interdependientes, porque los derechos y garantías las asume el Estado, la familia y los niños, su vigencia y aplicación depende de estos. Además son indivisibles ya que los derechos, garantías de los niños y adolescentes no pueden ser divididos para su interpretación, esta condición debe y será asumida por el Estado, sociedad, familia; no pueden dividirse los principios esenciales y específicos dados en el Código de la Niñez y Adolescencia los cuales garantizan los derechos y garantías de la niñez y adolescencia no podrán ser objeto de cesación a ningún título por más buena fe que exista por parte del Estado, sociedad y familia en el bienestar y en el desarrollo infante juvenil, y por ultimo son intransigibles ya que en la declaración sobre el ejercicio de los deberes y garantías de los niños y adolescentes no podrán extinguirse fuera de los juzgados.

4.1.6.- TENENCIA

“La acepción de tenencia dentro del Derecho Civil tiene varios significados. Existe otro relativo a la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre conforme dispone el Art. 734

¹⁰ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

del Código Civil. La tenencia de menores de edad, tiene otro significado. Aunque el legislador sobre esta última institución jurídica no la ha definido, de la procedencia podemos afirmar que se refiere al cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes por parte de los progenitores cuando no existe acuerdo entre ellos, siguiendo las normas prefijadas por el legislador en el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo tanto ensayando una definición de tenencia tenemos que es la decisión judicial en virtud de la cual el Juez competente encarga el cuidado y crianza del niño, niña y adolescente a uno de los padres sin menoscabar el ejercicio conjunto de la patria potestad. En definitiva la tenencia constituye un acto de confianza del juzgador para que sin perjuicio del ejercicio de la referida patria potestad la ejerzan los padres”¹¹

El autor nos manifiesta que la tenencia en el Código Civil tiene varios significados, entre los cuales está la tenencia de una cosa determinada como dueño y señor, en la que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona en su lugar y a su nombre conforme lo establece el Art. 734 del Código Civil; la tenencia de menores de edad, el legislador nos menciona que es la crianza y cuidado de los niños, niñas y adolescentes cuando no existe un acuerdo entre los padres, de acuerdo a las normas del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, como conclusión el autor expone que la tenencia es una decisión judicial que el Juez competente encarga la crianza y el cuidado del niño, niña y adolescentes a uno de los padres sin desacreditar el ejercicio conjunto de la patria potestad. Como conclusión tenemos que la tenencia es un acto de confianza que el juzgador da a los padres para que la ejerzan sin el perjuicio de la patria potestad.

¹¹ ALBÁN Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363

4.1.7.- LA INCAPACIDAD FÍSICA

“Incapacidad.- Defecto o falta total de capacidad, de aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. | Inhabilidad. | Ineptitud. | Incompetencia. | Falta de disposiciones o calidades necesarias para hacer, dar, recibir, transmitir o recoger alguna cosa. | Falta de entendimiento. | Torpeza. | Falta de dotes de gobierno o mando”¹².

La incapacidad es el daño o deterioro de una capacidad, de idoneidad para poder contraer obligaciones y derechos, es también la privación de algunas calidades que son necesarias para dar, o recoger algo, y es además la falta de facultades por parte de gobierno.

“Incapacidad Física.- Se entiende por incapacidad física la pérdida parcial o total de la capacidad innata de un individuo, ya sea por causas relacionadas con enfermedades congénitas o adquiridas, o por lesiones que determinan una merma en las capacidades de la persona, especialmente en lo referente a la anatomía y la función de un órgano, miembro o sentido”¹³.

Incapacidad física es la pérdida total o parcial de la capacidad natural que posee un individuo, ya sea por males congénitos o lesiones que disminuyen la capacidad de la persona, en especial en su anatomía, en cuanto a sus sentidos o miembros.

¹² CABANELLAS Guillermo de Torres Diccionario Jurídico Elemental EDITORIAL HELIASTA S.R.L. Primera edición. 1979 Undécima edición, 1993

¹³ www.wikipedia.com

4.1.8.- LA INCAPACIDAD PSICOLÓGICA

“Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en funcionamiento intelectual (razonamiento, planificación, solución de problemas, pensamiento abstracto, comprensión de ideas complejas, aprender con rapidez y aprender de la experiencia) como en conducta adaptativa (conceptuales, sociales y prácticas), que se han aprendido y se practican por las personas en su vida cotidiana”¹⁴.

La incapacidad psicológica es la que tiene limitaciones específicas en un individuo, en cuanto al funcionamiento intelectual, es decir en cuanto a la solución de problemas, aprender con experiencia y en su conducta que lleva en la vida diaria.

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- RESEÑA HISTORICA DE PATRIA POTESTAD

“La patria potestad es una figura jurídica que a lo largo de la historia del derecho a sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes”¹⁵.

En el derecho romano significaba un amplio poder que los padres o abuelos ostentaban sobre hijos o nietos a grado tal que esa potestad disciplinaria inclusive podría llegar hasta la disposición de la propia vida.

¹⁴ Glosario de términos sobre discapacidad Estados Unidos Mexicanos

¹⁵ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

4.2.1.1.- ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

“La patria potestad es una institución jurídica originaria del derecho quirritario civil de Roma. Desde los tiempos primigenios de la ciudad, aquélla fue configurada como un poder jurídico personal, propio y exclusivo de los ciudadanos romanos libres. Sólo los ciudadanos, quirites, tuvieron el poder de fundar las familias y, mediante su unión, la patria. En consecuencia, la familia romana es de uno: el paterfamilias. Y la patria potestad es un poder político de uno: el paterfamilias”¹⁶.

La patria potestad a lo largo del tiempo ha sufrido cambios que se van adecuando con el pasar de los años hasta nuestra era. En el derecho romano era un poder que poseían los padres y abuelos que tenían sobre sus hijos y nietos al punto que ordenaban hasta en la vida de estos.

En cuanto al origen de la patria potestad nos expone la cita dada que vino del derecho quirritano civil de Roma, desde sus inicios la ciudad fue conformado a los ciudadanos libres como un dominio propio del ciudadano libre, solo este podía tener familias.

La revista de Estudios Históricos Jurídicos dice:

“La patria potestad romana es originariamente el poder político de los hombres libres, que cierra el paso al gobierno de la cosa pública y de la familia a las mujeres ciudadanas. Estas raíces primigenias de la patria potestad son muy profundas, y perdurarán durante todo el tiempo de la vida de Roma. En este sentido, Gayo, quien nos reporta en sus Instituciones un edicto de Adriano, sostiene que los otros pueblos de la antigüedad no conocieron, o al menos, no practicaron el ejercicio del derecho de la patria potestad. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, pues apenas hay hombres que tengan una tal potestad absoluta sobre sus hijos como la que tenemos nosotros. El jurista

¹⁶ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

reporta además, en otro apartado que por razón jurídica natural los otros pueblos y naciones (en ausencia de patria potestad) tienen y ejercen un derecho de tutela que se concede a un tercero sobre los hijos impúberes. Y, precisamente, en este fragmento Gayo vuelve a confirmar que sólo los ciudadanos romanos tienen a sus hijos bajo la patria potestad”¹⁷.

De tal forma que la patria potestad romana fue en un comienzo poder de los hombres libres ya que cerraba el paso de la familia a las ciudadanas, además Gayo nos expone que un edicto de Adriano que otros pueblos no reconocían a la patria potestad en la antigüedad.

También el derecho de la patria potestad era solo de los ciudadanos romanos, ya que Gayo nos expone que en otras naciones de esa época solo tenían un derecho de tutela que era concedido a un tercero sobre los hijos impúberes.

Otro concepto de la Revista de Estudios Históricos Jurídicos:

“Por su parte, la tutela es un medio de vigilancia y protección del sui iuris, que se ejerce, precisamente, en ausencia de patria potestad, parece muy acertada la opinión de Volterra, quien manifiesta que la patria potestad romana nunca pudo ser ejercida por los extranjeros, ni por los esclavos. Ambas categorías de hombres no gozaron de la ciudadanía romana.

En esta dirección se debe Antonio Fernández de Buján cree que "el poder del paterfamilias tenía carácter unitario". En consecuencia, se puede afirmar que desde los primeros siglos de la vida de Roma, y en relación a la patria potestad, ésta fue concebida como un poder (potestas) jurídico civil que el pater-familias ejerció sobre los hijos. El paterfamilias crea su familia (grupo de sometidos) mediante un matrimonio exogámico de pareja. Según Gelio la mujer adquiere el

¹⁷ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

título de mater familias e ingresa en la familia bajo el poder del marido, o del paterfamilias bajo el que se encuentre sometido su marido”¹⁸.

Por lo tanto la tutela es la que se ejerce cuando no existe la patria potestad, además Volterra nos menciona además que la patria potestad nunca fue ejercida por los extranjeros ni por los esclavos, tampoco podían tener la ciudadanía romana. Además Antonio Fernández de Jujan nos explica que el carácter de la patria potestad es unitario, por lo que en conclusión se puede decir que la patria potestad es un poder que se dio en Roma desde sus primeros siglos, el paterfamilias forma su familia desde que tiene un matrimonio exogámico que quiere decir tener matrimonio con personas de otras tribus, con lo cual Gelio nos manifiesta que la mujer ingresara a la familia bajo el poder que tiene sobre ella el marido, en otras palabras la mujer tendrá el goce de un plano jurídico diferente al de los hijos.

“En este contexto histórico y jurídico, se debe situar la tesis de Volterra, quien advirtió que desde los primeros tiempos de Roma, la institución de la patria potestad se ligó, sin duda, a la ciudadanía nacional romana y al matrimonio, pues este siempre estuvo destinado a la fundación del grupo familiar. El clan familiar romano es una unidad jurídica autónoma que es gobernada única y exclusivamente por el paterfamilias. Los hijos y las hijas, que nacen de justas nupcias, adquieren el título jurídico civil bien de filius familias, bien de filia familias y quedan vinculados y unidos, en un régimen de filiación civil (adgnatio) al poder soberano del paterfamilias.”¹⁹

Volterra nos expone que la patria potestad siempre fue de la mano con la ciudadanía nacional romana y con el matrimonio ya que esto fundo el grupo familiar, el cual era gobernado solo únicamente por el pater familias, los hijos

¹⁸ Revista de Estudios Histórico-jurídicos *Versión impresa* ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

¹⁹ *Ibidem*, pág.

que nacían de la justas nupcias se llamaban filius familias y también eran regidos por el pater familias.

“Ésta, a su vez, se conforma por tres nervios jurídicos civiles:

- a) El adjetivo "patriarcal" significa que sólo los padres (sui iuris) sin ascendientes masculinos pueden ser los jefes civiles y religiosos de la familia. La familia es una institución de y para los varones, padres, quirites. El derecho de Roma nunca admitió la familia matriarcal. La patria potestad romana es un poder jurídico viril. El paterfamilias es el titular del gobierno de todos los nexos que someten a los miembros del grupo familiar.*
- b) El jurista Gayo sostiene que la mujer y toda su línea descendente femenina legítima son principio y fin de su familia. En consecuencia, la mujer no tiene competencia para ser titular del poderío civil de la patria potestad, ni puede fundar su propio grupo familiar.*
- c) El vínculo es patrilineal porque a la muerte del padre, la patria potestad se transmite en línea descendente de ciudadano romano a ciudadano romano, de varón a varón, nacido de justas nupcias, o adoptado. El padre de familia gobierna y une el clan mediante la patria potestad. La patria potestad, como poder descendente masculino de cohesión del grupo, es perceptible en las diferentes atribuciones de las que goza el paterfamilias.”²⁰.*

Puedo decir que existieron tres nervios jurídicos civiles:

En el literal A encontramos que el adjetivo patriarcal nos expone que solo los padres que no tengan ascendencia masculina podrán ser los jefes tan civil como religiosamente de la familia, que era exclusivamente solo para varones además

²⁰ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

nunca en Roma existió la familia matriarcal, y también el pater familias era como el representante del gobierno al cual todos se sometían.

En el literal B encontramos que el jurista Gayo que la mujer y su descendencia femenina legítima es el comienzo y el final de la familia, además la mujer no tendría competencia para ser la titular de la patria potestad.

En el literal C no expone que cuando el padre muere la patria potestad será dada en línea descendente de ciudadano romano a ciudadano romano que nazca de justa nupcias, además la patria potestad como poder de conexión del grupo, es apreciable en varias facultades que tenga el pater familias.

4.2.1.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD

“Desde los tiempos iniciales, la patria potestas del paterfamilias fue un poder jurídico y polivalente, que cumplía diversas finalidades: 1) Personal, de naturaleza jurídica privada, pues se ejerce, sobre los hijos, en el estricto ámbito de la familia y de la domus; 2) Personal, de naturaleza jurídica pública, porque produce efectos jurídicos relacionados con la adquisición de la ciudadanía romana (vale decir nacionalidad) que repercuten en la vida y en la ordenación de colectividad; 3) Personal, de naturaleza jurisdiccional, porque el paterfamilias puede enjuiciar actos ilícitos penales y crímenes cometidos por los hijos; 4) Personal, de naturaleza coercitiva, porque el paterfamilias puede imponer penas a todos los sometidos; 5) Personal, de naturaleza jurídica religiosa, porque habilita a la dirección de los cultos religiosos y de los dioses domésticos;

El paterfamilias dirige y gobierna la domus de la misma forma que los magistrados y el emperador gobiernan la República. El concepto de poder político es subrayado y puesto en valor por Paulo, pues si aceptamos los significados de potestas que este jurista nos ha reportado, a partir de la República, el equivalente de la potestas como imperium, o poder que ejercen

los magistrados sobre los ciudadanos, es la patria potestad, o poder de gobierno que ejerce el paterfamilias sobre los hijos. "21.

La patria potestas cumple las siguientes finalidades: es personal porque es ejercida sobre los hijos, produce efectos jurídicos sobre con la adquisición de la ciudadanía romana, puede también enjuiciar actos ilícitos cometidos por los hijos, habilita la dirección de cultos religiosos y además el pater familias dirige el domus, en la misma forma que dirige el emperador a la Republica, y Paulo nos menciona que el poder político, es igual al poder que ejercen los magistrados sobre los ciudadanos.

4.2.1.3.- EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA

“La familia romana arcaica es aglutinada por la potestad del paterfamilias. En origen, esta es irrenunciable (sólo finaliza con la muerte) y cumple una misión de sometimiento corporal permanente de los hijos e hijas. Esta naturaleza perpetua de la patria potestad evoluciona en el plano jurídico civil con la promulgación de la Ley de las XII Tablas (450 a d. C.) norma que permite al paterfamilias renunciar a su derecho, disolver, voluntariamente y jurídicamente la patria potestad y, de este modo, liberar, a los alieni iuris que hubiesen sido legitimados previamente por nacimiento, adopción o adrogación. En esta dirección, es posible que la emancipación naciese como un derecho del paterfamilias.

En consecuencia, si la patria potestad arcaica fue un poder que se ejerció sobre los hijos, en interés de la unión personal y patrimonial de la familia (en esta circunstancia es donde se concentra su fuerza y razón de ser), sin embargo, en los tiempos republicanos tardíos e imperiales, la institución se perfiló como un

²¹ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

poder jurídico que se debía ejercer conforme a unos deberes (officium) de protección y cuidado de los liberi”²².

La familia romana arcaica es reunida por el pater familias, la patria potestad es irrenunciable finalizaría solo con la muerte y tiene la misión de someterse corporalmente a los hijos, además la patria potestad evoluciona con la Ley de las XII Tablas, en la cual el pater familias si puede renunciar a la patria potestad tanto voluntaria como jurídicamente, esto también les permite liberarse a los hijos que fueron legitimados en nacimiento, adopción. Para terminar la patria potestad era un poder que se ejercía sobre los hijos en interés de la unión de la familia, pero en tiempos republicanos, esta institución era ejercida conforme a unos deberes de protección de los hijos, también la fase arcaica la patria potestad era un derecho completo del pater familias y no había relaciones bilaterales entre padre e hijo.

“Si se acepta este tránsito histórico – jurídico de la patria potestad, se debe admitir que esta nueva concepción debió influir tanto en el modo como en la intensidad de la aplicación de la potestas sobre los sometidos, es decir, en la forma de ejercer las facultades jurídicas que brotan del ejercicio de este poder. Sin embargo, se debe advertir que las nuevas circunstancias e influencias jurídicas, económicas y éticas no van a suprimir ni alterar rápidamente el número de facultades, ni la naturaleza jurídica de la patria potestad como un poder absoluto, jurídico y político, supremo de gobierno del paterfamilias sobre sus descendientes. El cambio de mentalidad y el cambio del gobierno en su ejercicio se produjeron de modo gradual y progresivo. Las facultades jurídicas que brotaban de la patria potestad romana arcaica, no pasaron desapercibidas a los historiadores antiguos y clásicos.”²³.

²² Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

²³ Ibídem, pág.

La nueva concepción de la patria potestad influyo en la aplicación del potestas sobre los sometidos o sea como eran las facultades que nacían de este poder, además las nuevas circunstancias jurídicas , económicas no podrían ni suprimir ni alterar las facultades y naturaleza jurídica de la patria potestad como poder absoluto del pater familias sobre los descendientes, también las facultades que nacían de la patria potestad romana, no fueron objeto de desapercibimiento por parte de los historiadores antiguos como clásicos.

“Dionisio de Halicarnaso nos reporta también que el pater familias tuvo derecho de vida y muerte (ius vitae et necis) sobre los hijos. En relación a este derecho jurídico arcaico, el paterfamilias se presentaría, bajo el poder que le es conferido por la patria potestas, como una especie de iudex que estaba facultado para enjuiciar la vida privada y pública de sus hijos, en situaciones que pudiesen atentar contra la integridad, o reputación del grupo familiar, o por actuaciones realizadas frente a otros clanes familiares, gentilicios, o, en último término, contra la Ciudad estado. El derecho de enjuiciar a los hijos en un consejo doméstico y condenarlos a la pena capital podía evitar la cólera de otros grupos familiares, tal vez, víctimas de crímenes o actos injuriosos gravísimos cometidos por aquéllos. Hechos presuntamente criminales que podían conducir a la venganza privada y al talión. La persistencia del derecho durante siglos demuestra que la intervención del consejo doméstico se realizaba en interés de la familia, no tenía por objeto la protección del hijo”²⁴.

Halicarnaso tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos, por lo que el pater familias sería como un juez que podía enjuiciar la vida privada y pública de sus hijos, en situaciones que pongan el peligro al grupo o cuando tengan actuaciones contra otros clanes familiares o contra la Ciudad, este derecho de enjuiciar a los hijos evitaba la ira de otros clanes familiares, cuando estos han sido víctimas de crímenes por estos, esto da en consecuencia que se

²⁴ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

desproteja al hijo y solo se ve por el interés de la familia, y cuando el pater familias intervenía jurisdiccionalmente no limitaba su patria potestad.

“Sin embargo, poco tiempo después, Séneca aboga por el no maltrato de los hijos. Esta línea de pensamiento es seguida por Adriano, quien estableció que no se podía castigar inmoderadamente a los hijos. Evidentemente, son voces autorizadas, pero tal vez se trataron de recomendaciones filosóficas y de directivas jurídicas morales sobre el modo de ejercer el gobierno de la patria potestad. Séneca no cuestiona la licitud del poder del padre de familia para juzgar a sus hijos ni su potestad para condenarlos a una muerte segura.

Papiniano nos reporta que Trajano impuso a un padre de familia, por autor de malos tratos y no cumplir sus deberes de piedad, la obligación de emancipar a un hijo emancipare. El emperador ordenó, además, que el hijo expósito, que es reducido a la esclavitud por un tercero, no pierda su condición de libre”²⁵

Seneca decía que no debía maltratar a los hijos, Adriano continuo con su pensamiento quien como emperador estableció que no se deben castigar a los hijos abusivamente, con esto se puede ver que las recomendaciones filosóficas cambiaron en cuanto al modo de ejercer la patria potestad, además Seneca cuestiona la legalidad que posee el padre para que juzgue a sus hijos, ni para que los condene a muerte, y también Papiniano nos manifiesta que Trajano le impuso a un padre de familia que su hijo se emancipare, ya que este sufría de malos tratos, el emperador ordeno que el hijo abandonado no pierda su condición de libre. Por último la humanitas y pietas eran valores morales y éticos que fueron adentrándose en el derecho de familia y que en los primeros siglos después de Cristo, penetran en el gobierno de la patria potestad.

²⁵ Revista de Estudios Histórico-jurídicos Versión impresa ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.-Juríd. No.36 Valparaíso 2014

4.2.2.- RELACIONES JURIDICAS DE LA PATRIA POTESTAD

“En las legislaciones y autores especialistas están de acuerdo en incluir una serie de funciones, prerrogativas y relaciones que informan sobre el ejercicio de la autoridad de los padres, en consecuencia de los efectos expositivos, se los ha dividido en fines personales y fines patrimoniales, abarcativos de derechos y deberes, siempre en relación de la persona del hijo menor de edad no emancipado entre estos están:

La tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto, o porque los menores son de filiación desconocida o porque aquellos han sido privados de la patria potestad.

La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.”²⁶

Puedo concluir diciendo que la tutela se encarga del cuidado de los menores que no poseen patria potestad, cuando ambos padres están muertos o porque los menores no tienen una filiación conocida o estos padres han sido privados de ejercer la patria potestad.

“La educación en este término comprende extensivamente el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del hijo menor de edad, el deber de inculcarle el respeto por los derechos humanos, su identidad cultural, los valores de su comunidad, el respeto al medio ambiente, y prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos

²⁶ <http://www.monografias.com>

*los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena, la familia importa el ámbito primordial de socialización de las nuevas generaciones que internalizan las pautas básicas de conducta y modo de expresión. A su vez, los padres están obligados a procurar la instrucción elemental de sus hijos. A este fin su obligación comprende la educación primaria que prevé la ley*²⁷.

La educación es el medio de desarrollo por el cual deben pasar todos los menores y lo que les inculca valores, respeto por el medio ambiente, respeto por las pueblos, nacionalidades indígenas y a su vez prepararlo para que viva una vida responsable en la sociedad, los padres están obligados a que sus hijos tengan una instrucción primordial en su vida.

*“Considerando esta opinión, cabría preguntarse si este deber-derecho de los padres cesa una vez concluida la educación primaria.- Se ha señalado en este sentido que el mismo persiste como exigencia hacia el hijo de proseguir con los estudios y de elegir una carrera o profesión, sin que estas decisiones sean revisables judicialmente mientras se mantengan dentro de límites razonables”*²⁸

Según lo que dice el tratadista se hace la pregunta que si este deber-derecho cesa cuando el menor concluye la educación primaria pero esto debe ser primordial los padres deben exigir a sus hijos que sigan con sus estudios y que estos elijan la carrera que quieran seguir pero estas decisiones se deben ver dentro de un límite comprensible.

“El derecho de corrección de los padres sobre los hijos ha evolucionado considerablemente en los últimos años, han existido diversas reformas

²⁷ ZANNONI Albert. Derechos de los Menores de Edad. Edición Primera. Pág. 120

²⁸ BELLUSCIO Carlos, Manual Teórico Practico del Código de la Niñez y Adolescencia, Primera Edición 2007. Cuenca-Ecuador

legislativas. En el ámbito civil se ha eliminado dicha potestad formalmente, aunque no en su totalidad respecto a su aplicación práctica, y en el ámbito penal se han establecido determinados límites, elevando a delito las agresiones dentro del ámbito familiar. Debemos entender el contenido del derecho de corrección de manera amplia, para permitir que los padres cumplan con sus deberes de formar y educar adecuadamente a sus hijos, buscando siempre su bienestar y el respeto a su personalidad”²⁹.

El poder de corrección ha estado evolucionando en estos tiempos ya que existen diversas reformas legislativas, nos dice también que en o civil se ha eliminado este poder y en el ámbito penal se han puesto determinados límites, y ha sido elevado a delito esto, los padres deben entender los deberes que tienen hacia sus hijos como educarlos adecuadamente, siempre viendo el bienestar de ellos y el respeto de su personalidad.

“Dentro de los fines patrimoniales los padres son los responsables de administrar , en sentido amplio, los bienes que los hijos obtienen durante su menor edad, siempre en su nombre y beneficio.- La doctrina especializada coincide en señalar que esta función participa de la naturaleza jurídica del mandato, con las excepciones que las diversas legislaciones establecen respecto de este contrato, como ser su fuente legal pues les corresponde asumir la administración de pleno derecho, o la obligación de rendir cuentas, por ejemplo”³⁰.

Los padres son los que deben administrar los bienes que posean sus hijos cuando estos son menores de edad y además los padres deben asumir la administración de pleno derecho en representación de sus hijos, aunque hay algunas legislaciones que poseen algunas excepciones.

²⁹ <http://www.plvabogados.com>

³⁰ www.iin.oea.org/PatriaPotestad/marco_conceptual9.htm

4.2.3.- LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

“La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, es la exposición más amplia de los derechos del niño en el derecho internacional. Fue el primer instrumento de la legislación en materia de derechos humanos que consolidó en un solo cuerpo las normas jurídicas relativas a los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. La Convención sobre los Derechos del Niño se completa con tres protocolos facultativos:

- ✓ *Relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*
- ✓ *Relativo a la participación de niños en los conflictos armados*
- ✓ *Relativo a un procedimiento de comunicaciones*

Aquellos Estados que han ratificado la Convención y sus protocolos facultativos han asumido el compromiso jurídico de poner en práctica sus disposiciones. Si bien la Convención insta a las sociedades, particulares, donantes y demás actores no estatales a cumplir con sus disposiciones, los Estados son los principales obligados a respetar, proteger y hacer realidad los derechos del niño. Es, por lo tanto, responsabilidad de la cooperación para el desarrollo ayudar a los países a cumplir eficazmente con los compromisos asumidos en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”³¹.

La Convención de los Derechos del niño es un ente que ve por el cumplimiento de los derechos del menor y tiene en si tres protocolos facultativos referente a: venta de niños, participación de estos en conflictos armados y al procedimiento de comunicaciones, además muchos países cada año ratifican la Convención y

³¹ Manual de los Derechos del Niño: Integración de los derechos del niño en la cooperación para el desarrollo Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) División de Programas, 2014

ponen en práctica sus disposiciones, y además los Estados tienen el compromiso de respetar las obligaciones y derechos del menor.

4.3.- MARCO JURIDICO

4.3.1.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR RESPECTO AL MENOR

“Art. 44.- Derechos de los niños y adolescentes.- 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”³².

El Estado promueve de forma fundamental que los niños, niñas y adolescentes posean un desarrollo óptimo, además que se cumplan los derechos de estos y también prevalecerá sobre todas las personas el principio del interés superior, tendrán derecho a su desarrollo integral los niños, niñas y adolescentes el cual se entenderá como un proceso de maduración, crecimiento, despliegue de su intelecto, siempre en un entorno familiar de afectividad y seguridad, además este entorno satisface las necesidades sociales y culturales que tengan estos, con el apoyo fundamental de las políticas nacionales y locales.

³² Constitución De la República del Ecuador Art. 44 sobre los Derechos de los Niños y Adolescentes

“Art. 45.- Derecho a la integridad física y psíquica.-Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

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”³³

Los niños, niñas y adolescentes son los que siempre disfrutaran de sus derechos en sus distintas edades, el Estado protege al menor desde la concepción, además los niños gozaran del derecho a la integridad física y psíquica, de un nombre, de su identidad, a tener una familia entre otros y además es el Estado que cumplirá con la protección de estos derechos, garantizará la libertad de expresión y asociación de estos.

4.3.2.- LOS CUATRO PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

“Los principios rectores de la Convención representan los requisitos básicos para hacer realidad cualquiera de esos derechos, por ejemplo:

³³ Constitución De la República del Ecuador Art. 45

- ☞ **No discriminación:** en el artículo 2 se afirma que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

- ☞ **Observancia del interés superior del niño:** en el artículo 3 se afirma que en todas las medidas (concernientes a los niños) que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

- ☞ **Vida, supervivencia y desarrollo:** en el artículo 6 se afirma que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

- ☞ **Participación:** Si bien no está establecido en un artículo específico de la Convención, el derecho del niño a que se oigan y respeten sus opiniones en los asuntos que le conciernen, según su edad y madurez, está garantizado por numerosas disposiciones³⁴.

Los cuatro principios básicos de la Convención son: primero tenemos en el artículo 2 que los Estados Partes mediante medidas apropiadas para el niño no permitirán la discriminación ya sea por su color, raza, opinión de sus padres entre otras; segundo tenemos el artículo 3 que cuando se tomen medidas acerca del bienestar social de los niños las instituciones públicas o privadas,

³⁴ Manual de los Derechos del Niño: Integración de los derechos del niño en la cooperación para el desarrollo Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) División de Programas, 2014

entre otros organismos tienen que siempre tomar en consideración como objetivo primordial el interés superior del niño; tercero tenemos en el artículo 6 que todo niño tiene derecho primordial a la vida y que los Estados que forman parte adoptaran todas las medidas para que esto se cumpla; cuarto tenemos la participación aunque no está establecido en un artículo específico, se debe siempre escuchar la opinión del niño según la edad y madurez que este posea, ya que esto está garantizado por numerosas disposiciones.

4.3.3.- ANALISIS DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO AL MENOR

“Art. 108.- Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- *A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;*

2a.- *Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;*

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla.

Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda”³⁵.

Manifiesto que si se cumplen dos meses a la petición de los cónyuges el juez de lo civil convoca a una audiencia de conciliación en la que darán por terminado su relación conyugal , además en la misma audiencia los cónyuges acordaran la situación económica de sus hijos menores de edad, los hijos estarán representados por curadores ad-litem, si no llegan a un acuerdo los cónyuges el juez concede un término de seis días para que tomen una decisión, fenecido este término el juez dictara sentencia de acuerdo a los siguientes puntos: entre los que están que a la madre divorciada o separada del marido le tocara el cuidado de los hijos impúberes, los hijos púberes están bajo el cuidado de quien ellos elijan, no se dará el cuidado de los hijos a los padres que posean incapacidad física o moral para cuidarlos, siempre que esta esté comprobada, no se dará el cuidado tampoco al cónyuge que hubiera dado causa para el divorcio según el artículo 110, si ambos padres se hallen en inhabilidad el juez

³⁵ CÓDIGO CIVIL ART. 108 CODIFICACION: 2005 - 2010

dará el cuidado del menor a quien le corresponda la guarda, según el artículo 393, cuando faltan estas personas, a convicción del juez, si el menor se halla en estado de abandono, le dará el cuidado a un establecimiento de Asistencia Social o será ubicado en un hogar de reconocida honorabilidad, en el cual se fijara la pensión de quien le deban alimentos al menor de acuerdo al ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, si estas personas no poseen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deben declararlo así en su providencia., además el juez podrá en cualquier momento modificar la providencia en lo que se refiere al cuidado, alimentos de los hijos siempre que encontrara motivos para reformarla.

4.3.4.- ANALISIS DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos

e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral”³⁶.

El Juez debe cumplir reglas entre las que están que si los padres no están de acuerdo con quien se quedara el menor, el Juez confiara la patria potestad a la madre, otra regla es que cuando los menores tienen doce años la patria potestad se confiara al padre que sea capaz tanto en lo emocional y madurez psicológica, otra regla es que si ambos padres están inhabilitados para ejercer la patria potestad se confiara está a un tutor.

“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*

³⁶ CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Art. 106

*comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior*³⁷.

El Juez cuando considere más conveniente en cuanto al desarrollo primordial del niño, puede dar su cuidado y crianza a alguno de los progenitores, sin que esto altere el ejercicio conjunto de la patria potestad, y puede encargar la tenencia de acuerdo a las reglas del artículo 106.

“Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores”³⁸.

Si las resoluciones no son ejecutoriadas, el Juez puede alterarlas en cualquier rato si estas convienen el adecuado disfrute y ejercicio de los derechos del hijo o hija de la familia, además si es por el cambio de tenencia la resolución se lo hará de una forma que no produzca daños psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez dispone de medidas de apoyo tanto para los hijos como para los progenitores.

“Art. 120.- Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto”³⁹

³⁷ CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Art. 118

³⁸ IBIDEM

³⁹ CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Art. 120

Las resoluciones sobre los menores se harán de forma inmediata, en los cuales se debe solicitar el apremio personal y también allanar el domicilio donde posiblemente este el niño, niña o adolescente si esto es necesario, aquí no se reconoce jurisdicción alguna que no permita o dificulte lo que esté resuelto.

5.- MATERIALES Y METODOS

5.1.- METODOS

MÉTODO CIENTÍFICO.- Este método me permitió ejecutar el tema y estructurarlo y a través de pasos a seguir, cuando estos se ordenaron me dieron la pauta para descubrir nuevos conocimientos, en los cuales pude identificar los problemas de actualidad, con el uso del internet, pude delimitar a estos, comprobando la hipótesis para establecer la forma de cuáles serían las conclusiones y recomendaciones.

METODO INDUCTIVO.- Este método me permitió analizar los problemas que causa si los progenitores con incapacidad física y psicológica si cuidan a un menor de edad a través de encuestas y entrevistas.

MÉTODO DEDUCTIVO.- Este método me faculto demostrar a través de conceptos, principios y definiciones que son objeto en el interés superior del niño, niña o adolescente, normas de carácter general que se utilizan y tienen relación con el tema planteado, por el cual, desde un punto específico, llegar a obtener resultados detallados en la aplicación de la noción general para con esto ubicar los conocimientos concretos del problema que está planteado.

METODO ESTADISTICO.- Este método fue de vital importancia cuando se trata de demostrar de manera gráfica los criterios que son relevantes de las encuestas planteadas, en el que utilice para la representación gráfica del trabajo de campo, con el objetivo de adquirir el conocimiento general de los profesionales que se encuentran inmersos en este campo.

METODO HISTORICO.- Este método me permitió demostrar que el derecho no ha cambiado a través del tiempo, las legislaciones han sido más conscientes y se han fortalecido y los menores han hecho que sus derechos se respeten y que estos estén por encima de los demás derechos, y si los progenitores sufren de incapacidad física o psicológica les podrían causar daños que serían irreversibles en los menores que están bajo su cuidado, la protección primordial de los niños, niñas y adolescentes, es lo primordial que tienen en común las naciones de las cuales se debe servir de referente en medida de su eficiencia en la solución del problema.

METODO ANALITICO.- Con este método he analizado las causas que se deben tomar en esto si un menor queda bajo el cuidado de sus progenitores que adolecen de incapacidad física y psicológica, los que pude observar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, luego de un estudio analítico pude observar que existe un vacío legal existente en la norma en el cual se violenta el precepto constitucional que dice que el menor se debe desarrollar en un ambiente sano, concluyendo que se debe reformar cuando un menor queda bajo el cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica en dicho Código.

5.2.- PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS

TÉCNICA BIBLIOGRÁFICA.- En cuanto a la información necesaria para la realización de este trabajo de investigación recopile información de: libros, revistas, diccionarios, gacetas judiciales, los cuales me sirvieron como material de apoyo para el desarrollo del tema en cuestión investigado.

ENCUESTAS.- En esta técnica realice interrogantes a 30 personas como son los profesionales del derecho, que se basan en el tema propuesto, lo que me sirvió para realizar un estudio y conocer el porcentaje sobre el conocimiento que poseen los profesionales del derecho, frente a la Necesidad de reformar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como causal para la pérdida de

la tenencia de un menor, la incapacidad física y psicológica de alguno de sus progenitores, acogiendo el derecho constitucional establecido en el art. 45

ENTREVISTA.- Esta la realice a cinco funcionarios judiciales como jueces, en estas entrevistas me supieron mencionar que no se debería dar la tenencia a estos progenitores con incapacidad psicológica y física ya que estos les causarían que no se desarrollen en un ambiente sano y por ello se estarían violentando el interés superior del niño, con esto puedo determinar que mi objetivo general como los objetivos específicos además de la hipótesis planteada tienen el sustento jurídico necesario para realizar la reforma.

6.- RESULTADOS

6.1.- RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

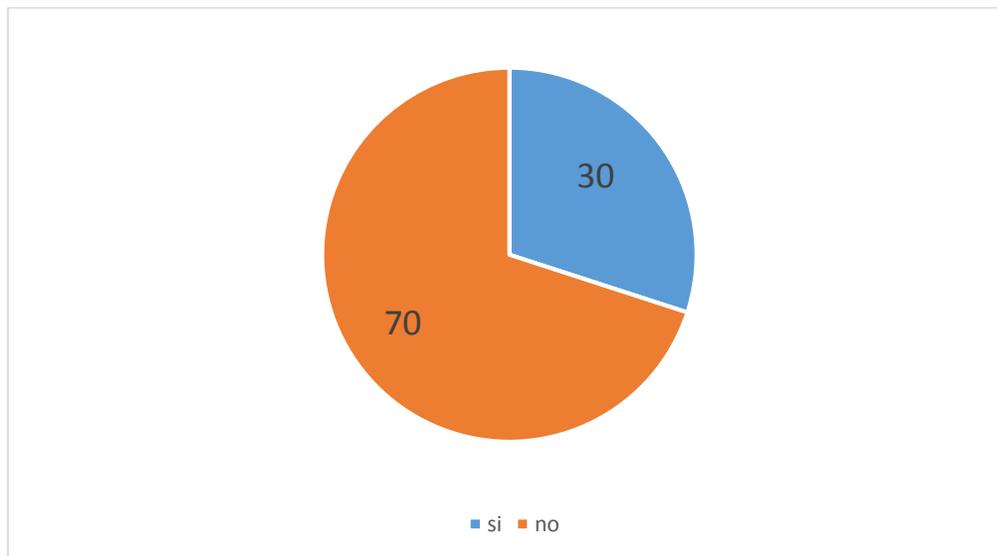
PRIMERA PREGUNTA

¿Cree Usted, que la incapacidad física y psicológica que sufren los progenitores, les permiten dar atención y protección a los menores de edad conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

CUADRO N° 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	30%
NO	21	70%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N°1



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION: De las treinta personas encuestadas, nueve personas que corresponden al 30% respondieron que si pueden darle la atención y protección los progenitores que sufren de incapacidad física y psicológica a los menores que están bajo su cuidado conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, mientras que de las 21 personas encuestadas que corresponden al 70 % respondieron que no deben cuidar a los menores estos progenitores que adolecen de incapacidad física y psicológica además no podrían brindarle el cuidado conforme lo establece el Código de la Niñez y Adolescencia.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con las 21 personas encuestadas ya que estos progenitores no les brindarían un cuidado apropiado conforme lo fundamenta el Código Orgánico de la Niñez y adolescencia en el cual dice que siempre se debe ver por el interés superior del niño esto nos quiere decir que se debe satisfacer los derechos de los niños.

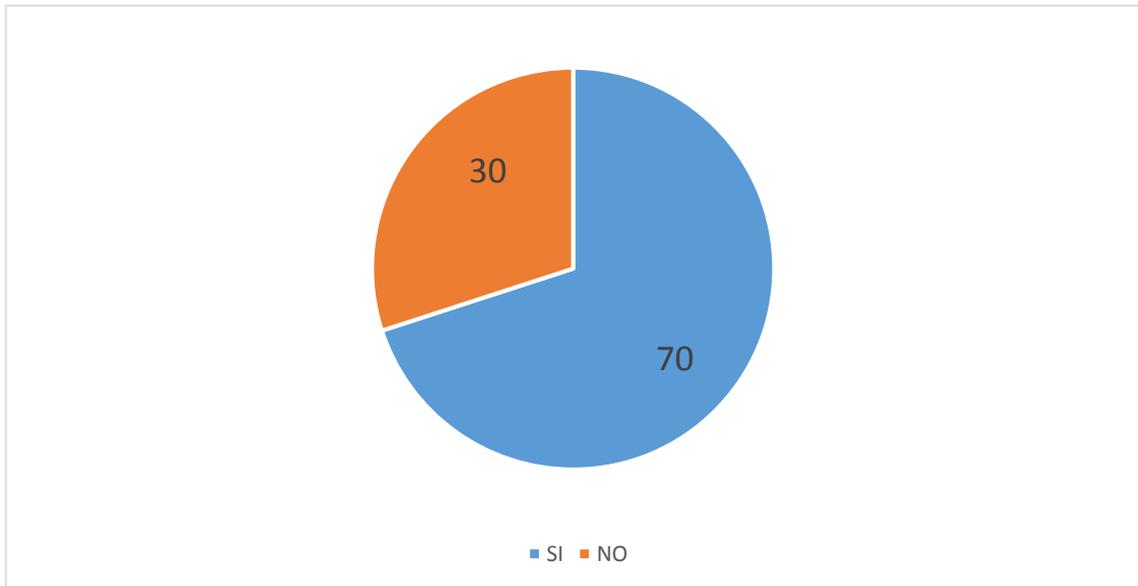
SEGUNDA PREGUNTA

¿Considera Usted, que la incapacidad física y psicológica del progenitor que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido a los menores debe ser causal para perder la tenencia de los menores?

CUADRO N°2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	70%
NO	9	30%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N°2



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION.- De las 30 personas encuestadas, 21 personas que corresponden al 70% respondieron que si debe ser causal para la perdida de la

tenencia del menor cuando el progenitor sufre de incapacidad física y psicológica y que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido el cuidado de este, mientras que de 9 personas encuestadas que corresponde al 30% manifiestan que no debe ser causal para la pérdida de la tenencia del menor el hecho de que los progenitores adolezcan de incapacidad física y psicológica.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con los 21 encuestados ya si el progenitor no cuenta con los recursos necesarios y abandona al menor debe ser causal de pérdida de la tenencia ya que esta se podría dar a otros familiares que se preocupen por el menor y lo eduquen de la mejor manera posible porque si los menores son desprotegidos no crecerían en un ambiente adecuado para estos y serían vulnerados sus derechos.

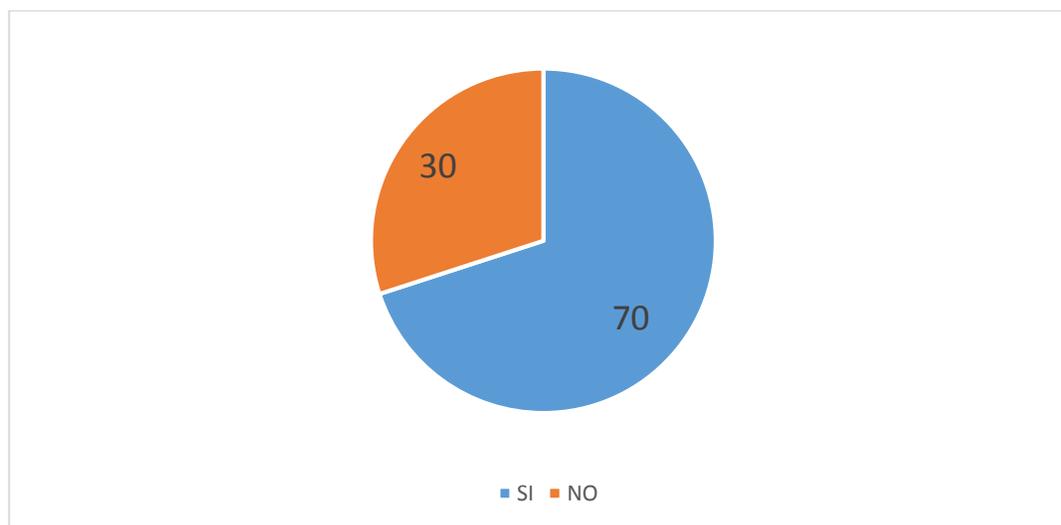
TERCERA PREGUNTA

¿Conoce Usted, cuales son las causas y consecuencias que sufren los menores cuando los progenitores adolecen de incapacidad física o psicológica y no cuentan con los recursos necesarios y han abandonado a sus hijos menores?

CUADRO N°3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	70%
NO	9	30%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N°3



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION.- De las 30 personas encuestadas, 21 personas que corresponden al 70% manifiestan que conocen las causas y consecuencias que sufren los menores cuando los progenitores adolecen de incapacidad física o psicológica y no cuentan con los recursos necesarios y han abandonado a sus hijos menores, mientras que 9 personas que corresponden al 30% desconocen las causas y consecuencias que puede llegar a tener el menor.

ANALISIS.- En mi opinión concuerdo con las 21 personas que respondieron que si ya que si estos progenitores abandonan a sus hijos estos quedarían en total indefensión, se dedicarían a vicios como alcohol, drogas se dedicarían a mendigar y podrían sufrir maltratos o abusos por parte de otras personas ajenas al núcleo familiar.

CUARTA PREGUNTA

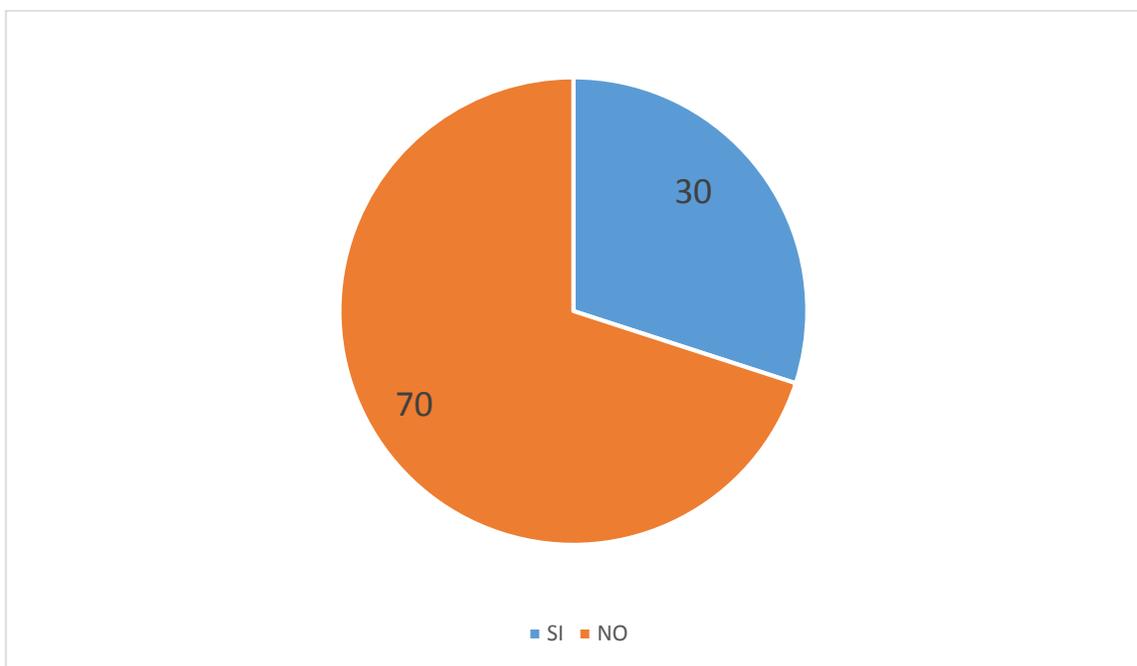
¿Considera Usted, que los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica y no cuenta con los recursos económicos necesarios le

brindan la protección integral de derechos al menor conforme dispone la Constitución de la República del Ecuador?

CUADRO N°4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	30%
NO	21	70%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N° 4



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION.- De las 30 personas encuestadas, nueve personas encuestadas que corresponden al 30% supieron manifestar que si les brindan la protección integral de derechos del menor según lo dispuesto en la

Constitución los padres que adolecen de incapacidad física y psicológica, mientras 21 personas que corresponde al 70% manifiestan que no les brindarían el cuidado según la Constitución de la Republica.

ANALISIS.- En mi opinión concuerdo con la mayoría de encuestados ya que los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica a el menor no podrían cuidarlo como lo dice la constitución ya que el menor se desarrollaría en un ambiente lleno de peligros y siempre por parte de los progenitores no habría la educación que estos merecen y la enseñanza de buenos valores que les permitan en un futuro ser unas mejores personas para la sociedad.

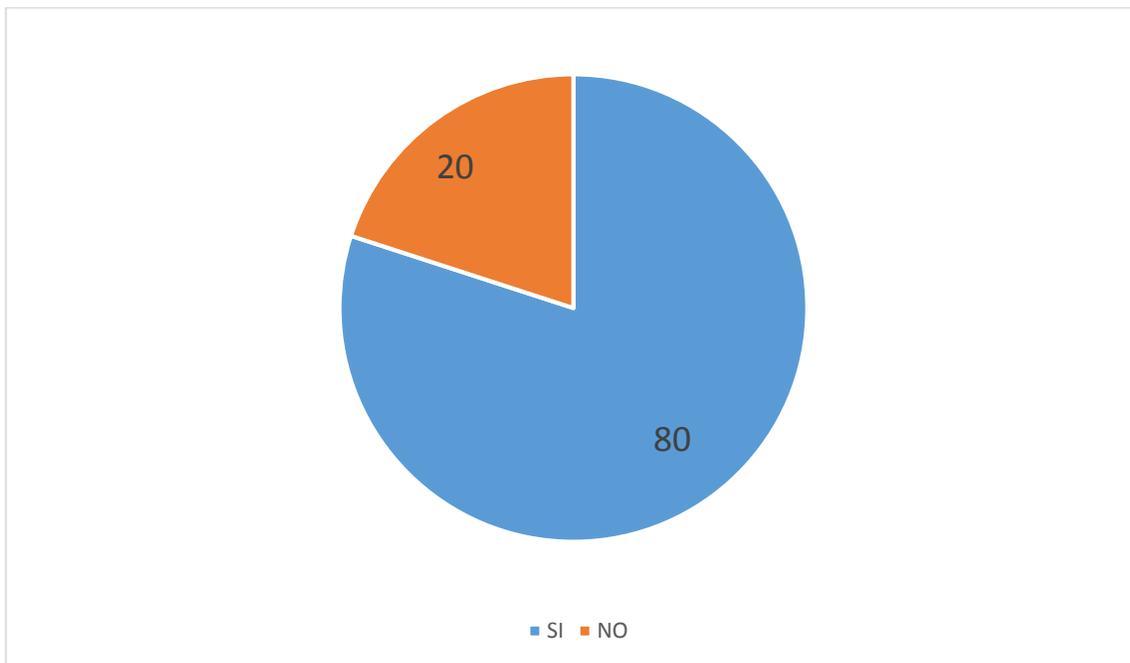
QUINTA PREGUNTA

¿Considera Usted, que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado?

CUADRO N° 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N°5



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION.- De las treinta personas encuestadas, 24 personas que corresponden al 80% supieron manifestar que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado, mientras que 6 personas que corresponden al 20% dijeron que no causaría el progenitor con incapacidad psicológica daños al menor siempre y cuando se haga una evaluación de su incapacidad.

ANALISIS.- En mi opinión estos progenitores que sufren de incapacidad no están en todos sus sentidos y podría causar daños al menor tanto físico y sexuales, se debe realizar exámenes para conocer en qué estado se encuentra su incapacidad y si crecen así con el tiempo pueden ser personas reprimidas o de bajo perfil.

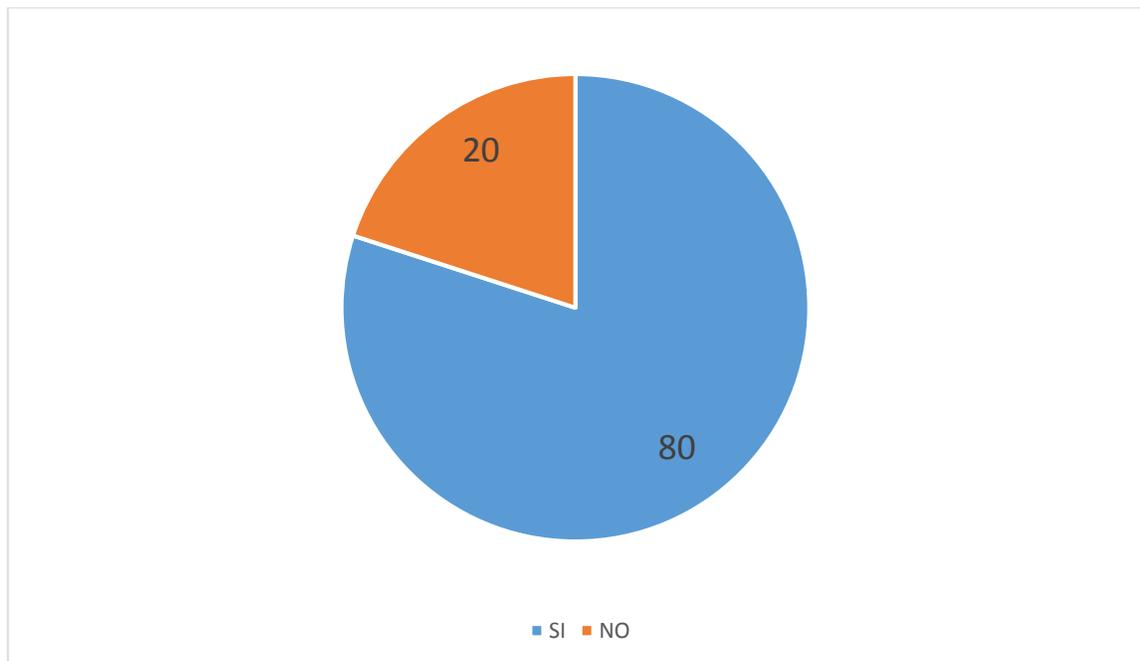
SEXTA PREGUNTA

¿Cree Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?

CUADRO N° 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N°6



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION.- De las 30 personas encuestadas, 24 personas que corresponden al 80% manifestaron que si se debería dar la tenencia del menor a otros familiares cuando este tiene por progenitor que adolece de incapacidad física y psicológica, mientras que de 6 personas encuestadas que corresponden al 20% responden que no se debería dar la tenencia del menor a otros familiares.

ANALISIS.- En mi opinión se debe dar la tenencia del menor a familiares capaces que tengan recursos suficientes para que el menor tenga un desarrollo óptimo y sin complicaciones, además que estos familiares posean un comportamiento correcto, los niños tendrán un mejor ambiente para desenvolverse de manera correcta.

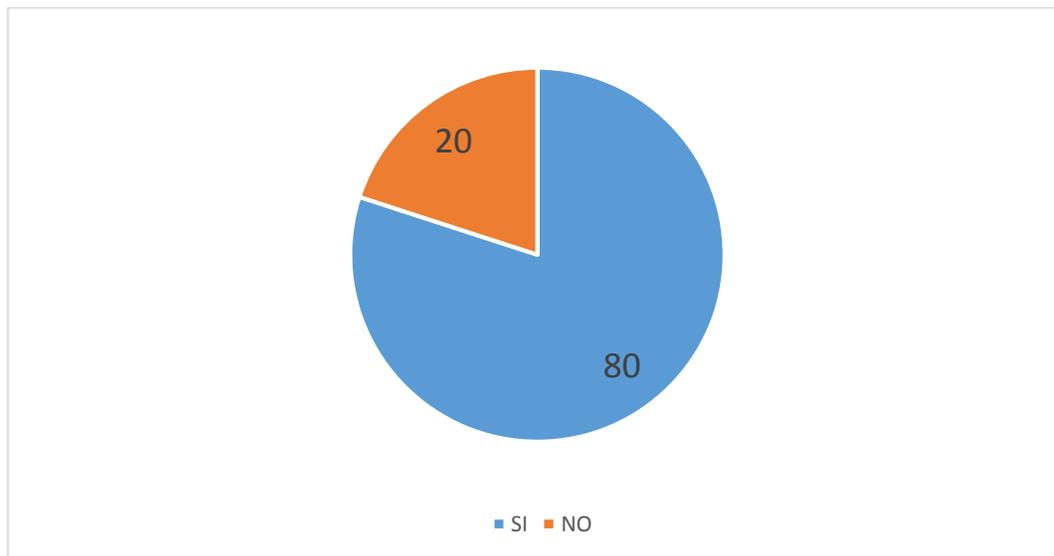
SEPTIMA PREGUNTA

¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la pérdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de los progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

CUADRO N°7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N°7



- **FUENTE:** Profesionales Del Derecho
- **AUTOR:** Henry Darwin Condoy Zambrano

INTERPRETACION.- De las treinta personas encuestadas, 24 personas que corresponden al 80% manifestaron que si se debe presentar una propuesta de reforma, mientras que 6 personas que corresponden al 20% dicen que no se debe presentar una propuesta de reforma ya que se debe primero hacer un examen minucioso para establecer el grado de incapacidad.

ANALISIS.- En mi opinión si se debería presentar una reforma ya que con este se garantizaría una vida digna para el menor y esto le permitiría desarrollar sus capacidades con normalidad, se protege también con esto la integridad del menor.

6.2.- RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS

ENTREVISTA N°1

1.- ¿Cree Usted, que la incapacidad física y psicológica que sufren los progenitores, les permiten dar atención y protección a los menores de edad conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

Si solo es una incapacidad física los progenitores muy bien pueden darle los cuidados necesarios, pero si es psicológico se tendría que ver el grado de gravedad del progenitor.

ANALISIS.- No, estoy de acuerdo con el entrevistado ya que estos progenitores no pueden en si cuidar de sus hijos porque poseen la incapacidad física y psicológica.

2.- ¿Considera Usted, que la incapacidad física y psicológica del progenitor que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido a los menores debe ser causal para perder la tenencia de los menores?

Sí, siempre y cuando se compruebe que el progenitor ha descuidado al menor al punto de poner en peligro al menor.

ANALISIS.- Concuero con el entrevistado ya si estos progenitores han desprotegido a los menores bajo su cuidado es objeto de que pierdan la tenencia porque ponen en peligro al menor.

3.- ¿Considera Usted, que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado?

Sí, su estado psicológico no es normal y en ese caso una persona no actúa debidamente.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con el entrevistado porque el estado de este progenitor con incapacidad psicológica no es igual al de una persona normal y que está consciente de sus actos.

4.- ¿Considera Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?

Sí, siempre y cuando exista una investigación socioeconómica de los familiares.

ANALISIS.- Concuero con lo manifestado por el entrevistado ya que se debe investigar si poseen dinero estos familiares del menor para que le den todo lo necesario para su cuidado y formación.

5.- ¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la perdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de los progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

Sí, una reforma que regule casos de incapacidad del progenitor para que el menor se le brinde el debido cuidado.

ANALISIS.- Estoy de acuerdo con el entrevistado ya que si no se realiza la reforma se seguirán violentando los derechos del menor, porque este necesita que se le cuide de la mejor manera.

ENTREVISTA N°2

1.- ¿Cree Usted, que la incapacidad física y psicológica que sufren los progenitores, les permiten dar atención y protección a los menores de

edad conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

No pueden coadyuvar a su formación integral, por lo que en un futuro el menor no podrá desarrollar sus capacidades.

ANALISIS.- Estoy de acuerdo con lo expresado por el entrevistado ya que estos progenitores no ayudarían en su formación integral, y serían más bien un perjuicio en cuanto al desarrollo del menor.

2.- ¿Considera Usted, que la incapacidad física y psicológica del progenitor que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido a los menores debe ser causal para perder la tenencia de los menores?

Sí, porque los menores deben estar en un entorno adecuado que les permita desarrollarse saludablemente.

ANALISIS.- Concuero con lo manifestado por el entrevistado ya que el menor debe tener un ambiente adecuado para su desarrollo y con estos progenitores que sufren de incapacidad física y psicológica no tendrían ese entorno para su crecimiento y formación.

3.- ¿Considera Usted, que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado?

Si, al menos si sufren de trastornos psicológicos como por ejemplo bipolaridad, cambios drásticos de conducta en este caso podrían causar daño físico al niño.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con lo expresado por el entrevistado ya que la incapacidad psicológica del progenitor conduciría a daños al menor de edad bajo su cuidado.

4.- ¿Considera Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?

Si, los familiares podrían ayudarlos a los menores y darles lo necesario para su crecimiento y atención económica.

ANALISIS.- Concuero con lo manifestado por el entrevistado ya que otros familiares se deben ser cargo de la tenencia del menor cuando sus padres tengan incapacidad física y psicológica.

5.- ¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la perdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de las progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

Si, ya que la Constitución de la República en su artículo 44 habla sobre el interés superior del menor y el goce de sus derechos.

ANALISIS.- Concuero con la opinión manifestada por el entrevistado ya que se debe implementar una reforma ya que el artículo 44 dice que siempre debe prevalecer el interés del niño y que además este debe gozar de sus derechos.

ENTREVISTA N°3

1.- ¿Cree Usted, que la incapacidad física y psicológica que sufren los progenitores, les permiten dar atención y protección a los menores de edad conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

No está el progenitor en capacidad de garantizar la educación y cuidado integral que merece el menor basado en los derechos de familia que tiene, sin embargo habría que medir el grado de discapacidad ya que el menor también tiene derecho al entorno familiar.

ANALISIS.- Concuero con la opinión del entrevistado ya que no podrían estos progenitores darles una educación y cuidado integral, aunque nos expone también que habría que medir el grado de discapacidad, pero así no sea mucho este no podría cuidar como una persona normal a su hijo.

2.- ¿Considera Usted, que la incapacidad física y psicológica del progenitor que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido a los menores debe ser causal para perder la tenencia de los menores?

Si, además de no contar con recursos, no ha protegido al niño es decir existe descuido total.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con el entrevistado ya que el progenitor al no contar con recursos, y no proteger a su hijo debería ser causal de pérdida de tenencia.

3.- ¿Considera Usted, que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado?

Si, el hecho de vivir juntos está en constante peligro de sufrir daños físicos y sexuales.

ANALISIS.- Concuero con el entrevistado ya que siempre será un peligro constante para el menor vivir con un progenitor que adolezca de incapacidad psicológica.

4.- ¿Considera Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?

Sí, es razonable pasar al cuidado de familiares de los progenitores haciendo previamente una evaluación para su adaptación.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con el entrevistado ya que esto haría que el menor tenga un mejor y normal desarrollo.

5.- ¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la perdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de las progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

Si, sería lo mejor ya que no considero que estén en buenas manos con esos tipos de progenitores que adolecen de incapacidades tanto física como psicológica.

ANALISIS.- Concuero con el entrevistado en su opinión dada ya que estos progenitores que adolecen de incapacidades no podrían ejercer la tenencia de forma correcta.

ENTREVISTA N°4

1.- ¿Cree Usted, que la incapacidad física y psicológica que sufren los progenitores, les permiten dar atención y protección a los menores de edad conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

Depende del tipo de incapacidad psicológica, si no es alto el grado de agresividad y en el caso incapacidad física, creo que si pueden mantener a sus hijos.

ANALISIS.- Conuerdo con la opinión del entrevistado ya que mi opinión es que aunque se compruebe el grado de agresividad tal vez pueda no ser de mucha peligrosidad para el menor ese progenitor que adolezca de incapacidad psicológica y en cuanto a la incapacidad psicológica del progenitor el menor también tendría daños en su cuidado.

2.- ¿Considera Usted, que la incapacidad física y psicológica del progenitor que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido a los menores debe ser causal para perder la tenencia de los menores?

Si, únicamente la incapacidad física se ha comprobado y si es evidente la incapacidad psicológica.

ANALISIS.- Estoy de acuerdo con el entrevistado en gran parte de lo que nos expone ya que debe ser causal de pérdida de la tenencia por la no posesión de medios económicos.

3.- ¿Considera Usted, que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado?

Si, son inestables y en su estado podrían causar daños, debería realizarse exámenes para conocer en qué estado se encuentra su incapacidad.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con el entrevistado ya que estos progenitores serían muy peligrosos para el menor causándoles daños que habrían de ser irreparables en su crecimiento.

4.- ¿Considera Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?

Si, al comprobarse la incapacidad de los padres se debe velar por el bienestar del menor, y mucho mejor si se los deja al cuidado de un familiar.

ANALISIS.- Concuero con lo expuesto por el entrevistado ya que se debe dar a otros familiares la tenencia del menor para que estos velen por el bienestar de este.

5.- ¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la perdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de las progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

Si, solo en casos comprobados y con seguimiento del menor, ya que la incapacidad física y psicológica limitan el desarrollo de este.

ANALISIS.- En mi opinión estoy de acuerdo con el entrevistado ya que se debe hacer una reforma para que los derechos del menor no se limitados.

7.- DISCUSION

7.1.- VERIFICACION DE OBJETIVOS

En cuanto a la verificación de objetivos luego de que se realizó un estudio completo, los objetivos se clasificaron en general y tres específicos los que fueron:

OBJETIVO GENERAL

“Realizar un estudio jurídico analítico, doctrinario respecto a la tenencia de un menor por parte de las personas con incapacidad física y psicológica”.

En la presente tesis pude comprobar el objetivo general, por medio del marco conceptual pude desarrollar tanto los conceptos como las generalidades de los menores de edad y los principios que rigen a estos.

Por lo que la tesis está fundamentada de manera teórica y doctrinaria entrando a corrientes del pensamiento que le dieron sustento al trabajo de investigación.

Con la ayuda de abogados que fueron encuestados y entrevistados que seleccione para el objeto de la investigación de campo pude cumplir con el objeto de estudiar empíricamente la problemática.

Estableciendo que se debe reformar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la perdida de la tenencia del menor por la incapacidad física y psicológica de los progenitores por lo que si se los deja que ellos lo cuiden al menor podría tener problemas y daños en su salud y su desarrollo normal; por eso es necesario presentar una propuesta de reforma para que se solucione esta problemática.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar las causas y consecuencias que puedan sufrir los menores cuando los progenitores tienen incapacidad física y psicológica.

En cuanto al primer objetivo se cumplió a cabalidad ya que los abogados en libre ejercicio dicen que los menores de edad pueden sufrir maltratos que en consecuencia harían a los menores que siempre tengan miedo de realizar algo propuesto, hablar en público entre otros y por otro lado, los resultados de la encuesta, específicamente en la pregunta cuatro, se ve de igual manera esta verificación del objetivo propuesto.

- Conocer los Derechos de protección integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto a este objetivo luego del análisis de las encuestas y entrevistas se puede ver que los abogados que me ayudaron en mi investigación de campo supieron decir que uno de los derechos para que se dé la protección integral es el interés superior del niño es decir lo más favorable que sea siempre para el menor, el derecho de protección conforme lo dice la constitución que el menor debe desarrollarse en un ambiente sano, llegando a establecer que los progenitores que adolecen de incapacidad física y psicológica no podrían brindarles los cuidados adecuados a los menores.

- Presentar propuesta de reforma

Luego de haber realizado un estudio teórico, conceptual, doctrinario, jurídico, normativo y tomando en cuenta la séptima pregunta de la encuesta, así como las disposiciones del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el que se vulneran los derechos del menor, evidenciando la discriminación existente por la propia ley, que es la encargada de velar para que los derechos no sean vulnerados, es necesario establecer un numeral en estas disposiciones para cubrir los requerimientos que necesita el menor acorde al cuidado que este tenga, tomando como base las disposiciones de la Constitución, en las que se estipula que el menor para su desarrollo debe estar en un ambiente sano y adecuado para su crecimiento y formación.

7.2.- CONTRASTACION DE HIPOTESIS

“La incapacidad física y psicológica del progenitor que tiene el cuidado del menor, no le permite desarrollarse normalmente, por esta razón la tenencia debe ser dada a familiares que sean capaces de cuidar al menor y posean los recursos necesarios”.

En cuanto a la contrastación de hipótesis con la investigación de campo pude evidenciar que tanto la población entrevistada como encuestada por cuanto

cuantitativamente y cualitativamente se demostró la veracidad de mi deducción hipotética, pues a lo largo de la presente investigación en efecto pude comprobar que la tenencia del menor cuando tienen progenitores con incapacidad física y psicológica, ya que con esto se vulnera lo establecido en la Constitución en el artículo 45 que nos manifiesta que el menor se desarrolla mejor en un ambiente sano y con la formación que le den sus padres, y con estos progenitores que sufren de incapacidad el menor sufriría maltratos y no podría crecer en un ambiente adecuado para su educación, por lo que es necesario que se le dé la tenencia a familiares que si les den la educación y el cuidado necesario que requieren los menores de edad conforme a la Constitución.

7.3.- FUNDAMENTACION JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE LA REFORMA LEGAL

Para la fundamentación he tomado en cuenta lo que manifiesta el artículo 44 de la Constitución en la cual se puede encontrar que el menor debe tener derecho a una familia, a 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.

E igualmente tomo en cuenta el artículo 45 que nos manifiesta que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

Ya que en el Código de la Niñez y Adolescencia se debe reformar el artículo 113 en cuanto a la pérdida de la tenencia del menor ya que se debería agregar otro inciso en el que no se dé la tenencia a progenitores que adolezcan de incapacidad física y psicológica.

8.- CONCLUSIONES

Concluida la investigación teórica y de resultados de la presente tesis socio-jurídica, me permito concluir:

- ☞ El cuidado de los menores es deficiente cuando están a cargo de los padres que sufre de discapacidades físicas y mentales con lo que se vulneran sus derechos.

- ☞ El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no dispone de una disposición que determine sobre los menores que se encuentran bajo el cuidado de los padres con discapacidades.

- ☞ Los cuidados al menor según lo establecido en la Constitución, deben estar en manos de personas con plena capacidad física y mental.

- ☞ Los menores que se encuentran bajo el cuidado de los padres con discapacidades físicas o mentales permanentes, ocasionan daños psicológicos a los menores.

9.- RECOMENDACIONES

- ☞ Que los menores de edad sean protegidos de una forma más eficaz por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de conformidad con los principios establecidos en la Convención sobre los derechos del Niño y en la Carta Magna, para que sus derechos no sean vulnerados cuando sus padres adolezcan de incapacidades físicas y psicológicas.

- ☞ Al Estado cuando haya casos de padres con incapacidades tanto psicológicas como físicas que tengan un menor bajo su cuidado, haga prevalecer lo más favorable al menor de edad en cuanto a sus derechos, es decir que busque alternativas como dejarlo con familiares que puedan cuidarlo de una manera responsable, para que el menor crezca en un ambiente sano.

- ☞ A la Asamblea Nacional, insista a la propuesta de reforma planteada del Código de la Niñez y Adolescencia, sobre lo concerniente al menor de edad bajo el cuidado de progenitores con incapacidad física y psicológica, considerando que no se vulneren los derechos del menor.

- ☞ A la Universidad Nacional de Loja a fin de que se realice seminarios talleres, para que se oriente a la ciudadanía sobre la importancia de que los menores estén bien protegidos.

- ☞ Al Consejo de la Judicatura para que se dicten cursos de especialidad a los jueces, para la correcta aplicación de la ley, e beneficio de los menores.

9.1.- PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA

LA ASAMBLEA GENERAL

CONSIDERANDO:

Que, es un grupo de atención prioritaria el sector de los menores, conforme a la Constitución y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que sus derechos deben ser cumplidos de acuerdo al interés superior de estos.

Que, la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que en el artículo 44 El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y 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; igualmente tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Que, en la Carta Magna en el artículo 45, Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, igualmente 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.

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

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Artículo 1.- Después del inciso Siete del artículo 113, agréguese otro inciso que diga lo siguiente: “Se concederá la tenencia a otros familiares cercanos cuando los progenitores del menor adolezcan de incapacidad psicológica, física y carezcan de recursos económicos según lo establecido en la presente ley”.

Artículo 2.- Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente reforma.

DISPOSICIÓN

La presente ley reformativa entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional, a los.....días de.....

PRESIDENTA

SECRETARIA

10.- BIBLIOGRAFIA

- ✓ Albán Escobar Fernando “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Graficas Ortega. Quito Ec. Tomo 1 p. 363
- ✓ BELLUSCIO Carlos, Manual Teórico Practico del Código de la Niñez y Adolescencia, Primera Edición 2007. Cuenca-Ecuador
- ✓ CÓDIGO CIVIL ART. 108 CODIFICACION: 2005 – 2010
- ✓ CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Art. 106, Art. 118, 119, Art. 120 ww.lexis.com.ec
- ✓ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Art. 44, Art.45 edición 2008
- ✓ CABANELLAS Guillermo de Torres Diccionario Jurídico Elemental EDITORIAL HELIASTA S.R.L. Primera edición. 1979 Undécima edición, 1993
- ✓ Glosario de términos sobre discapacidad Estados Unidos Mexicanos
- ✓ La niñez y adolescencia en el Ecuador contemporáneo: avances y brechas en el ejercicio de derechos Imprenta Septiembre, 2014.
- ✓ Manual de los Derechos del Niño: Integración de los derechos del niño en la cooperación para el desarrollo Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) División de Programas, 2014
- ✓ Manual de los Derechos del Niño: Integración de los derechos del niño en la cooperación para el desarrollo Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) División de Programas, 2014
- ✓ OSSORIO Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica Realizada por Datascan, S.A.
- ✓ Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos
- ✓ Revista de Estudios Histórico-jurídicos *Versión impresa* ISSN 0716-5455 Rev. Estud. Hist.- Juríd. No.36 Valparaíso 2014
- ✓ www.diccionariojuridico.mx

- ✓ www.wikipedia.com
- ✓ www.monografias.com
- ✓ www.plvabogados.com/images/logo-patricia-loras.png
- ✓ www.iin.oea.org/PatriaPotestad/marco_conceptual9.htm
- ✓ www.ecuadorinmediato.com
- ✓ ZANNONI Albert. Derechos de los Menores de Edad. Edición Primera.
Pág. 120



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DERECHO

TITULO:

“Necesidad de reformar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como causal para la pérdida de la tenencia de un menor, la incapacidad física y psicológica de alguno de sus progenitores, acogiendo el derecho constitucional establecido en el art. 45”.

AUTOR:

HENRY DARWIN CONDOY ZAMBRANO

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

DOCENTE:

Dr. ANGEL MEDARDO HOYOS ESCALERAS

LOJA-ECUADOR

2016

11.- ANEXOS

PROYECTO DE TESIS

1.- TEMA

“Necesidad de reformar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como causal para la pérdida de la tenencia de un menor, la incapacidad física y psicológica de alguno de sus progenitores, acogiendo el derecho constitucional establecido en el art. 45”.

2.- PROBLEMÁTICA

De acuerdo a la Constitución de la República el Art. 45 inciso dice: las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integración 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.

De acuerdo al Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia de un menor dice que se pierde por distintos factores entre los que no está la incapacidad psicológica o física.

Ya que una persona con incapacidad física y psicológica, en el caso de una incapacidad física como un parapléjico o un invalido no puede cuidar a un menor, esto da una serie de problemas puede sufrir maltrato físico, no puede crecer en un ambiente sano, sufre de abuso sexual en el caso de una incapacidad psicológica, esto lleva a ciertos factores en el menor entre los que se da déficit de concentración en los estudios, trastorno de sueño, entre otros.

La incapacidad física y psicológica de los padres son factores que afectan el normal desarrollo de los niños, niñas y adolescentes por cuanto no pueden cuidarlos, mantenerlos por ello es necesario que la ley tome en cuenta como causales para la pérdida de tenencia de un menor.

Estas personas que tienen incapacidad física como es el caso de las personas parapléjicas o inválidas no poseen recursos económicos suficientes ya que no tienen acceso a fuentes de trabajo para llevarles el sustento a sus hijos, la ayuda por parte del gobierno es insuficiente y solo les alcanzaría para sus tratamientos y medicinas. Y en el caso de las personas con incapacidad psicológicas tampoco pueden encontrar fuentes de trabajo por ser personas inhabilitadas. Entonces obligadamente la tenencia de los menores se les debería dar a otros familiares que así lo soliciten y que dispongan de recursos suficientes y que pueden hacerse cargo del menor y lo ayuden a vivir en un ambiente sano y que le brinden los beneficios necesarios para su educación y cuidado.

3.- JUSTIFICACION

EN LO ACADÉMICO

En este ámbito el justificativo trascendental es que la realización del trabajo se constituye en un requisito indispensable para la obtención del grado de licenciado previo a obtener el título de abogado, meta profesional que permitirá culminar con éxito mi formación universitaria. Es conveniente señalar que la calidad académica de la investigación propuesta está garantizada por el aval que en este sentido darán los profesionales, Docentes de la Carrera de Derecho, a quienes se confíe la revisión del proyecto y la Dirección de la Tesis de Grado. Se debe mencionar dentro de la justificación, el hecho de que la temática propuesta es actual y original, pues se puede ver que la tenencia dada a personas con incapacidades físicas y psicológicas hace que se vulneren los

derechos del niño y en consecuencia no puede crecer en un ambiente adecuado.

EN LO SOCIAL

Es importante el desarrollo de esta investigación desde la perspectiva social, por cuanto está orientado a garantizar que las niñas, niños y adolescentes, puedan tener un ambiente sano y que puedan ser cuidados por personas capaces de hacerlo.

EN LO JURÍDICO

Es importante el desarrollo de la investigación propuesta, porque existe un vacío jurídico, por ser relevante trascendente y de actualidad.

4.- OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio jurídico analítico, doctrinario respecto a la tenencia de un menor por parte de las personas con incapacidad física y psicológica.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Determinar las causas y consecuencias que puedan sufrir los menores cuando los progenitores tienen incapacidad física y psicológica.
- Conocer los Derechos de protección integral de los de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Presentar propuesta de reforma

5.- HIPOTESIS

La incapacidad física y psicológica del progenitor que tiene el cuidado del menor, no le permite desarrollarse normalmente, por esta razón la tenencia debe ser dada a familiares que sean capaces de cuidar al menor y posean los recursos necesarios.

6.- MARCO TEORICO

DEFINICION DE MENOR

“**MENOR.-** Como adjetivo, más pequeño. De cantidad más escasa. De dimensiones más reducidas. Inferior. Más joven de menos años.

MENOR DE EDAD.- Quien no ha cumplido todavía los años que la Ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres o tutores. Il Por analogía el que no ha alcanzado el límite de edad determinado para realizar algún acto por su iniciativa; como los dieciocho años para trabajar con total independencia y percibir su salario”⁴⁰

Dando una definición de menor podemos ver que es el que no está todavía desarrollado en todo es decir es un ser indefenso que necesita del cuidado esencial de sus padres, por su corta edad es denominado como persona incapaz de contraer deberes y obligaciones con otras personas, esto se da porque a esa edad los niños, niñas y adolescentes se encuentran una etapa de su vida que es muy vulnerable y son sujetos de fácil engaño por otras personas, además su estado emocional está en constante cambio, así como su aspecto biológico; es por esta razón que han sido creadas normas legales universales y nacionales que protegen el interés superior del menor de edad que debe ser respetado principalmente por los miembros del núcleo familiar y con mayor razón por el Estado a través de sus organismos de protección y control.

En nuestra legislación Ecuatoriana se le da las mismas definiciones a todos los menores, de tal forma se los identifica según lo especifica el Código Civil en el Art. 21 dice: “llamase infante o niño que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor,

⁴⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 2002. Pág. 384

el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”⁴¹

El Código Orgánico de La Niñez y Adolescencia nos dice en el Art 4: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”. ⁴²

Es esencial la diferencia entre niño y adolescente ya que se encuentran denominados en términos generales, menores de edad actualmente y desde hace algunas décadas atrás a todos los menores se los reconoce como infantes, niños, adolescentes, púberes e impúberes, a los menores de dieciocho años, esto esta codificado en el artículo 21 del Código Civil menciona como infante o niño al que no ha cumplido siete años; el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce, adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor el que ha cumplido dieciocho años; menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos; existe la necesidad de seguir cambiando no solo en la cuestión de sistemas de protección del menor, sino de hacer más efectiva la aplicabilidad y exigencia del cumplimiento de las normas y a la vez tomar en cuenta la responsabilidad de familiares en tratar de asegurarles un porvenir favorable, para un digno y feliz desarrollo, está en manos de las autoridades el fiel cumplimiento de asegurarles un porvenir favorable, para que estos menores sean personas útiles en la sociedad.

A lo largo de la historia los niños han sido considerados como un objeto de absoluto sometimiento; la máxima autoridad y el poder absoluto de los padres se ha extendido hasta la edad contemporánea. Héctor Orbe en su obra “Derecho de Menores” en la rama del derecho público, comenta: “hay hogares dañosos para la formación de la conducta del menor. Hogares nocivos que afecta su salud, moral y bienestar; carentes de amor los menores miran

⁴¹ CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 21

⁴² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 4

impasibles el pantano en que yacen y se acostumbran a él; son parte de él porque viven con él y, toman su lacra inmunda para lacerar su espíritu”⁴³

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

Aun así la dureza de las condiciones de vida, la brutalidad en las costumbres el considerar al niño como un adulto en pequeño, marcaron el largo camino que ha debido recorrer la humanidad para reconocer al niño como un ser dotado de personalidad psicológica propia, sujeto de derecho y por el cual es responsable toda la sociedad.

La etapa de menores de edad que se inicia con la llegada al mundo de los hijos en calidad de infantes significa el inicio de una vida llena de inocencia, con mucha curiosidad, travesuras e inconscientes de la situación del medio en el que viven como también son muy vulnerables a los diferentes factores que tengan que vivir ya sean factores geográficos, económicos, culturales, de salud, afectivos, psicológicos, entre otros que se pudieran presentar.

⁴³ ORBE Héctor F. “Derecho de Menores”. (EDIPUCE). Quito – Ecuador 1995.- Pág. 22. 23

LOS PRINCIPIOS PROTECTORES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El deber inmediato del Estado es proteger a los niños, niñas y adolescentes, por lo que está obligado a buscar el mejor ambiente para su desarrollo físico, psicológico, emocional, afectivo y moral a través de la protección a la familia, y a falta de esta debe procurar colocarlo en un ambiente que favorezca su desarrollo integral.

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

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que basa sus enunciados en los siguientes principios fundamentales:

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

El principio del interés superior del niño es una herramienta fundamental que permite interpretar los derechos desde el punto de vista intelectual garantizando la protección total de los derechos; a más de resolver conflictos puede llenar vacíos legales y estos, a su vez sirven para formular políticas públicas a favor de la infancia y adolescencia.

“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.”⁴⁴

Esto nos permite interpretarlo de la siguiente forma en la que el juez al tomar sus decisiones debe tener en cuenta su sana crítica y poner en vigencia la mayoría de los derechos del niño; evitando interpretaciones excesivas que violenten sus derechos.

EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD FAMILIAR.- Consagra el rol de la familia como medio indispensable para garantizar el desarrollo integral del niño; pues ello permite la satisfacción de sus necesidades emocionales, psicológicas, económicas y sociales.

Este principio manifiesta la importancia de la familia como núcleo de bienestar del niño, sin injerencias extrañas dentro de la familia, salvo en los casos de maltrato, donde la autoridad interviene en auxilio del niño y como último recurso de protección retira del seno familiar para colocarlo en un lugar que no corra peligro.

⁴⁴ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art.11

Establece por su parte el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que: “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”.⁴⁵

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

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.- “Es la consideración de que todos los niños son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares”⁴⁶

“La ley reconoce y garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, a desarrollarse de acuerdo a su cultura y en un marco de interculturalidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, siempre que las prácticas culturales no conculquen sus derechos.”⁴⁷

El principio de igualdad y no discriminación tiene relación con el principio universal de igualdad ante la ley en este caso se refiere en que todos los niños no tienen que ser discriminados desde que nacen por razones de color, origen social, idioma etnia, sexo, situación económica, discapacidad, etc. Esto

⁴⁵ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 9

⁴⁶ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 6

⁴⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 7

garantiza la correcta aplicación del derecho de todos los niños en igualdad de condiciones descartando contundentemente alguna razón para poder ser discriminados injustamente, sino más bien ser parte de la premisa universal que todos somos iguales ante los órganos jurisdiccionales, tanto públicos como privados.

EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD ABSOLUTA.- Garantizan el cumplimiento efectivo de los derechos del niño, con prioridad absoluta del Estado, sociedad y la familia; este principio obliga a cambiar el pensamiento de que los niños son el futuro de la patria, al contrario son el presente y por ello su protección debe ser rígidamente observada, en la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, y en el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran priorizando a los menores de seis años.

La ley nos menciona que “En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás”.⁴⁸

En este principio garantiza el cumplimiento efectivo y propio de los Derechos de los menores como política primordial del Estado, luego de la sociedad y por último de la familia; además en este principio debemos de visualizar en el pensamiento de los menores como futuro de la patria a través de formulación y ejecución de políticas públicas de carácter obligatorio a efecto de garantizar la plena vigencia de este principio de prioridad absoluta, que debe sobre ponerse

⁴⁸ Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 12

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

EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD, LA FAMILIA, Y EL ESTADO.- Obliga al respeto y garantía absoluta de los derechos del niño por parte de la sociedad, el Estado y la familia, quienes son corresponsables de la efectivización de los derechos y por lo tanto están obligados a adoptar mecanismos y herramientas para su defensa tanto en el plano legislativo a través de las leyes, ejecutivo a través de políticas estatales, y judicial mediante resoluciones justas y oportunas, dentro de sus respectivos ámbitos, están obligados a adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes;

De acuerdo a lo establecido a la ley menciona que: “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”⁴⁹

Cuando se menciona corresponsabilidad para el fiel cumplimiento de los Derechos de los menores se hace referencia a los entes que tiene que coadyuvar al pleno cumplimiento de las políticas estatales y de los cuerpos legales que están vigencia, siendo esta obligación exclusiva y de absoluta responsabilidad del Estado, pero sin embargo la sociedad, y la familia juegan un importantísimo rol al momento de la realización y efecto de las garantías

⁴⁹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 8

Constitucionales de los niños, pues estos entes tienen que aportar mecanismos y herramientas en pro de los derechos de este grupo vulnerable de la sociedad mediante medidas de carácter política, administrativa, económica, etc.

EL PRINCIPIO DEL EJERCICIO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- Recalca la titularidad del derecho del niño desde que nace hasta cuando alcanza su madurez: lo que permite el ejercicio progresivo de sus derechos de acuerdo a su edad, al principio guiado por sus padres, luego por sus maestros y luego por la sociedad.

La ley nos menciona: “El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez.

Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez.

Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código”⁵⁰

Este artículo cabe recalcar que el niño siempre gozará de la titularidad de sus derechos desde su nacimiento hasta que ha alcanzado la madurez, en los que intervendrán para su cumplimiento sus padres, luego están sus maestros tanto de primaria como secundaria y por último esta la sociedad, según la edad que el menor vaya teniendo.

EL PRINCIPIO DE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE AL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.- “Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento

⁵⁰ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 13

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”.⁵¹

Se aplicaran los derechos humanos a todos los grados de edad, tanto niños y adultos gozan de los mismos derechos, pero los primeros sus derechos son violentados es necesario que tengan derechos concretos ya que ellos necesitan recibir protección especial

Basados en este principio la Convención sobre los Derechos del niño, establece los derechos que es necesario por el bien de ellos que se conviertan en realidad para que los Niños desarrollen su pleno potencial y no sufran a causa del hambre, abandono y malos tratos.

Las familias deben tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes no son de su propiedad, ni tampoco serán objetos indefensos de la caridad. Son seres humanos y también son los titulares de sus propios derechos.

A pesar de que existen muchos derechos para los niños y las niñas, estos sufren a causa de la pobreza, la falta de hogar, los malos tratos, el abandono, las enfermedades que se pueden prevenir, la desigualdad en el acceso a la educación y la existencia de sistemas de justicia que no reconocen sus necesidades especiales.

La Convención de los Derechos del Niño tiene presente el compromiso del mundo con los principios que sustentan los derechos de la infancia, los gobiernos al ratificar la Convención, indican su intención de convertir en realidad este compromiso.

⁵¹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 14

LA INCAPACIDAD FÍSICA

CLASIFICACIÓN

No hay un criterio único para clasificar las incapacidades físicas, de hecho rigen varios diversos para establecer una sistemática, a saber:

SEGÚN SU DURACIÓN

De acuerdo a la duración en el tiempo que muestren se consideran dos categorías, la de las incapacidades permanentes y las incapacidades temporales, siendo las primeras las que persistirán a lo largo de toda la vida del sujeto, y las segundas, aquellas que incidirán durante un período variable de tiempo.

SEGÚN SU MAGNITUD

Según este criterio, hay incapacidades parciales, cuando afectan sólo una parte de la función de un sentido, órgano o miembro, y totales, cuando afectan la totalidad de la persona humana. Evidentemente, como no siempre se da el caso de que la afectación se produzca sobre el 100% de la capacidad física de la persona, muchas veces se considera, según un criterio un tanto arbitrario, que se da una incapacidad total si el sujeto reúne un determinado porcentaje, a partir del cual se lo considera como incapacitado totalmente.

SEGÚN SU RELACIÓN CON EL TRABAJO

De acuerdo con este criterio, las incapacidades pueden ser relativas o absolutas, siendo las primeras, aquellas que se estiman o calculan en relación a una tarea laboral determinada, en tanto que las segundas son independientes de la profesión, oficio, tarea o empleo que realice la persona que la padece.

SEGÚN SU CUALIDAD

Según este modo de clasificación se separan las incapacidades en dos grandes órdenes, el de las incapacidades físicas y el de las incapacidades psíquicas. De

acuerdo con esta manera de sistematizarlas, se produce una división artificial, pero necesaria a los fines jurídicos e indemnizatorios, entre los dos aspectos de la persona humana, su psique y su soma.

Sin embargo, en la práctica cotidiana, es dable observar una superposición e hibridación de las diferentes categorías, produciéndose así clasificaciones sobre determinadas por más de un criterio.

No resulta infrecuente entonces, oír hablar de una incapacidad física, parcial, temporal y absoluta, por ejemplo.

Se puede ver que la causa de esta incapacidad es de diferentes formas tanto al en su duración el que podría ser temporal y absoluta, de magnitud también es otra clase de incapacidad en las que pueden ser parciales cuando afectan a un grado al sentido, miembro y totales cuando afectan a todo el cuerpo humano, este tipo de personas no pueden encontrar muchas fuentes de trabajo ya que a alguno de estos incapaces se le haría imposible salir de sus casas como por ejemplo a los parapléjicos.

LA INCAPACIDAD PSICOLÓGICA

Se considera que la incapacidad psíquica son aquellas personas con trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanente. Estas puede ser provocada por diversos trastornos mentales, como la depresión mayor, la esquizofrenia, el trastorno bipolar; los trastornos de pánico, el trastorno esquizomorfo y el síndrome orgánico. También se produce por autismo o síndrome de Asperger.

CAUSAS

Los doctores han encontrado muchas causas que pueden provocar discapacidad mental. Las más comunes son:

PROBLEMAS DURANTE EL EMBARAZO

Puede resultar cuando el bebé no se desarrolla apropiadamente dentro de su madre. Por ejemplo, puede haber un problema en la manera en la cual se dividen sus células durante su crecimiento. Una mujer que bebe alcohol, fuma o que contrae una infección como rubéola durante su embarazo puede también tener un bebé con discapacidad mental.

PROBLEMAS AL NACER

Si el bebé tiene problemas durante el parto, por ejemplo, si no recibe suficiente oxígeno, podría derivar en discapacidad mental. Uso inadecuado de fórceps.

PROBLEMAS DE LA SALUD

Algunas enfermedades tales como tos convulsiva, varicela, o meningitis pueden causar discapacidad mental. La discapacidad mental puede también ser causada por malnutrición extrema o crónica, no recibir suficientes cuidados médicos o por ser expuesto a venenos como plomo o mercurio. La contaminación ambiental es una de las causas con mayor crecimiento que pueden provocar discapacidad mental. Fiebres causadas por infecciones como la meningitis, encefalitis, deshidratación.

En cuanto a la incapacidad psicológica se puede ver que este tipo de trastorno es provocado en las personas por distintos factores como trastornos mentales, como la depresión mayor, entre las causas que se dan al origen de este tipo de incapacidad están las condiciones genéticas, problemas al nacer entre otros al igual que las personas con incapacidad física no pueden encontrar fuentes de trabajo por ser personas inhabilitadas.

7.- METODOLOGIA

En la presente investigación se empleará principalmente los siguientes métodos:

MÉTODO CIENTÍFICO

La palabra Método viene del griego (metá, al lado; odós, camino) y significa: al lado del camino. Es el camino o procedimiento adecuado para conseguir una finalidad. El método científico es el procedimiento intelectual o material que se emplea para penetrar, comprender, analizar, transformar o construir un objeto de conocimiento.

MÉTODOS INDUCTIVO

El método inductivo o inductivismo es aquel método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales: la observación de los hechos para su registro; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación.

MÉTODO DEDUCTIVO

El método deductivo es un método científico que considera que la conclusión se halla implícita dentro las premisas. Esto quiere decir que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas: cuando las premisas resultan verdaderas y el razonamiento deductivo tiene validez, no hay forma de que la conclusión no sea verdadera.

METODO ESTADISTICO

Proceso de obtención, representación, simplificación, análisis, interpretación y proyección de las características, variables o valores numéricos de un estudio o de un proyecto de investigación para una mejor comprensión de la realidad y

una optimización en la toma de decisiones. El Método Estadístico en las Ciencias sociales se convierte en una herramienta poderosa de precisión científica en la medida en la que se combine con los métodos cualitativos y se emplee de acuerdo a las necesidades y al sano criterio. Adolph Quetelet fue de los primeros en aplicar métodos estadísticos al estudio de un conjunto de datos. El Método estadístico ofrece además las siguientes bondades para la Investigación educativa y pedagógica

METODO HISTORICO

El método histórico o la metodología de la historia comprende el conjunto de técnicas, métodos y procedimientos usados por los historiadores para manejar las fuentes primarias y otras evidencias (arqueología, archivística, disciplinas auxiliares de la historia, etc.) para investigar sucesos pasados relevantes para las sociedades humanas. Esa metodología tiene por objeto la elaboración de la historiografía (o producción historiográfica).

METODO ANALITICO

Este proceso cognoscitivo consiste en descomponer un objeto de estudio, separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual.

8.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES TIEMPO	AÑO 2015							
	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPT	OCTU
	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio	XX	X						
Elaboración del Proyecto de Investigación y aprobación		XX						
Investigación bibliografía			XX	X				
Investigación de campo				XX	X			
Confrontación de los resultados de la investigación con los Objetivos e Hipótesis					XX			
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica						XX		
Redacción del informe Final, revisión y corrección							XX	
Presentación y Socialización de los Informes Finales (tesis)								XX

9.- PRESUPUESTO

Para el desarrollo del trabajo investigativo será indispensable el contingente de los siguientes recursos materiales y humanos:

9.1.- RECURSOS MATERIALES

RECURSOS	COSTOS EN DOLARES
Material bibliográfico	100.00
Útiles de escritorio	100.00
Fotocopias	200.00
Impresión de texto	300.00
Movilización	200.00
Derechos de tramitación	50.00
Imprevistos	50.00
Total	1000.00

9.2.- FINANCIAMIENTO.

Los gastos que se presenten en la investigación propuesta serán financiados con recursos propios del investigador.

10.- BIBLIOGRAFIA

- ✓ ORBE Héctor F. "Derecho de Menores". (EDIPUCE). Quito – Ecuador
1995
- ✓ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN) Asamblea
General de las Naciones Unidas firmado Enero 1990

- ✓ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014
- ✓ <http://www.derechoecuador.com/inicio>
- ✓ <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada>
- ✓ <https://www.buenastareas.com/dashboard>

6.- ¿Considera Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?

Si () No ()

Porque.....
.....
.....

7.- ¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la perdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de las progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

Si () No ()

Porque.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACION

FORMULARIO DE ENTREVISTA

- 1.- ¿Cree Usted, que la incapacidad física y psicológica que sufren los progenitores, les permiten dar atención y protección a los menores de edad conforme lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?
- 2.- ¿Considera Usted, que la incapacidad física y psicológica del progenitor que no cuenta con los recursos económicos necesarios y ha desprotegido a los menores debe ser causal para perder la tenencia de los menores?
- 3.- ¿Considera Usted, que los progenitores con incapacidad psicológica podrían causar daños físicos y sexuales a los menores que están bajo su cuidado?
- 4.- ¿Considera Usted, que los menores que están bajo cuidado de los progenitores que tienen incapacidad física y psicológica deberían ser dados a otros familiares que posean los recursos necesarios?
- 5.- ¿Cree Usted, que se debería presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a determinar como causal de la perdida de la tenencia del menor, a la incapacidad física y psicológica de las progenitores que no cuenten con los medios económicos necesarios para la protección integral de los derechos del menor?

INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACION DEL DIRECTOR.....	II
DECLARACION DE AUTORIA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
DEDICATORIA.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TITULO.....	1
2.-RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT.....	3
3. INTRODUCCION.....	4
4. REVISION DE LITERATURA.....	6
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	6
4.1.1.- Menor.....	6
4.1.2.- Niño.....	6
4.1.3.- Sujetos y Finalidad del Derecho de la Niñez y Adolescencia.....	8
4.1.4.- Principios fundamentales y específicos de la Niñez y Adolescencia.....	9
4.1.4.1.- Principios fundamentales de Igualdad y no discriminación.....	10
4.1.4.2.- Principio fundamental de corresponsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia.....	10

4.1.4.3.- Principio Fundamental de interés prevalente de la Niñez y Adolescencia.....	11
4.1.4.4.- Principio Fundamental Indubio Proinfante.....	12
4.1.5.- Naturaleza Jurídica del Derecho de la Niñez y Adolescencia.....	13
4.1.6.- Tenencia.....	14
4.1.7.- La Incapacidad Física.....	16
4.1.8.- La Incapacidad Psicológica.....	17
4.2.- MARCO DOCTRINARIO.....	17
4.2.1.- Reseña histórica de la Patria Potestad.....	17
4.2.1.1.- Antecedentes de la Patria Potestad	18
4.2.1.2.- Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad.....	22
4.2.1.3.- Evolución Jurídica de la Patria Potestad Romana.....	23
4.2.2.- Relaciones Jurídicas de la Patria Potestad.....	27
4.2.3.- La Convención Internacional de los derechos del Niño.....	30
4.3.- MARCO JURIDICO.....	31
4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador respecto al menor.....	31
4.3.2.- Los cuatro principios rectores de la Convención sobre los derechos del Niño.....	32
4.3.3.- Análisis del Código Civil respecto al menor.....	34
4.3.4.- Análisis del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	37
5.- MATERIALES Y MÉTODOS.....	40
5.1.- Métodos.....	40
5.2.- Procedimientos y Técnicas.....	41
6.- RESULTADOS.....	42

6.1.- Resultado de la aplicación de las Encuestas.....	42
6.2.- Resultado de la aplicación de las Entrevistas.....	53
7.- DISCUSION.....	60
7.1.- Verificación de Objetivos.....	60
7.2.- Contrastación de Hipótesis.....	62
7.3.- Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.....	63
8. CONCLUSIONES.....	64
9. RECOMENDACIONES.....	65
9.1.- PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	66
10.- BIBLIOGRAFÍA.....	68
11.- ANEXOS.....	70