



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“REFORMAR AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TENENCIA EN EL
CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA HACIA OTROS
FAMILIARES EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES DE DESARROLLO INTEGRAL E INTERÉS
SUPERIOR”**

**TESIS PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL
GRADO DE ABOGADO**

AUTOR: EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

DIRECTORA DE TESIS: DRA. MARTHA JARAMILLO JUMBO.

Loja – Ecuador

2013

CERTIFICACIÓN

YO, DRA. MARTHA JARAMILLO JUMBO

**CATEDRÁTICA DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA. DE LA
CARRERA DE DERECHO.**

C E R T I F I C O:

Que he dirigido y corregido el trabajo de investigación de tesis realizada por el señor **EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA**, Sobre el tema intitulado **“REFORMAR AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA HACIA OTROS FAMILIARES EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DESARROLLO INTEGRAL E INTERÉS SUPERIOR”** el mismo que a mi criterio cumple con los requisitos de fondo y de forma exigidos para este tipo de trabajos académicos, por lo que autorizo su presentación.

Loja, 23 de Enero del 2013

Dr.....

DIRECTORA DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA**, declaro que los conceptos e ideas que se presentan en este trabajo como propios son de mi autoría y exclusiva responsabilidad.

.....

EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Carrera de Derecho, en las personas de sus directivos y profesores de aula por haber formado y permitido alcanzar mi propósito.

De manera especial a la Dra. **MARTHA JARAMILLO JUMBO**, Directora de Tesis, quien sin escatimar esfuerzo alguno supo dirigir este estudio.

EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis queridos padres por su apoyo constante e incondicional que hizo en mi transitable el camino de la vida.

Así mismo dedico este trabajo a mí y a Dios Todo Poderoso.

EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
 - 2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
 - 3.1. Análisis de la problemática planteada.
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.2. La Familia:
 - 4.1.3 La familia dentro del orden Constitucional.
 - 4.1.4 Los derechos de Los niños, niñas y adolescentes.
 - 4.1.5 Niño/ña.-
 - 4.1.6 Adolescente.-
 - 4.1.7 Interés Superior del Niño.
 - 4.1.8 El interés superior del niño:
 - 4.1.9 Tenencia.-
 - 4.1.10 La Tenencia compartida
 - 4.2 MARCO JURÍDICO.
 - 4.2.1. De las garantías Constitucionales a favor de la Tenencia.
 - 4.2.2 La Tenencia y los derechos de supervivencia del niño.
 - 4.2.3 De los principios Constitucionales para se apliquen el Interés Superior del niño.
 - 4.2.4 La Tenencia del Menor.
 - 4.2.5 La Tenencia frente a la solidaridad alimenticia.
 - 4.2.6 De la solidaridad para la prestación alimenticia frente a la Tenencia.
 - 4.2.7 El derecho de tenencia frente a la presunción de alimentos
 - 4.2.8 La Tenencia y la prestación alimenticia.
 - 4.2.9 La Tenencia frente al cálculo de prestación de alimentos
 - 4.3 MARCO DOCTRINARIO
 - 4.3.1 Tipos de Familia
 - 4.3.2 El Derecho de Familia.
 - 4.3.3 Historia de la Familia.
 - 4.3.4 Familia Nuclear.-

- 4.3.5 La Familia Nuclear.-
- 4.3.6 La Familia Mono-Parental.-
- 4.3.7 Concepto de Tenencia.-
- 4.3.8 Seguridad jurídica a favor de la tenencia del menor:
- 4.3.9 El derecho de tenencia dentro del principio de igualdad:
- 4.3.10 El Derecho de Tenencia.
- 4.3.11 Efectos Jurídicos de la Tenencia.
- 4.3.12 Tipos de Tenencia.
- 4.3.13 De la protección del Estado frente al Interés Superior del niño, niña o adolescente.
- 4.3.14 Deberes y obligaciones de las entidades de acogimiento familiar.
- 4.3.15 Derechos y Responsabilidades del Niño, Niña o Adolescente acogido.
- 4.3.16 El Acogimiento Institucional.
- 4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 4.4.1 Venezuela.
 - 4.4.2 Argentina
 - 4.4.3 Colombia.
 - 4.4.4 Perú.
 - 4.4.5 CAUSISTICA
- 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1 Materiales
 - 5.2 Métodos.
 - 5.3 Fases
- 6. RESULTADOS
 - 6.1 Resultados de las Encuesta.
 - 6.2 Análisis y Resultados de la Entrevista.
 - 6.3 Fundamentos de la propuesta jurídica
- 7. DISCUSIÓN
 - 7.1 Verificación Del Objetivo General
 - 7.2 Objetivo General.
 - 7.3 Objetivos específicos.
 - 7.4 Verificación de Hipótesis
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1 PROPUESTA DE REFORMA
- 10. BIBLIOGRAFÍA.
- 11. ANEXOS PROYECTO

1. TÍTULO

**“REFORMAR AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA
TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA HACIA OTROS FAMILIARES EN
ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
DE DESARROLLO INTEGRAL E INTERÉS SUPERIOR“**

2. RESUMEN

Dentro de la presente tesis titulada **“REFORMAR AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA HACIA OTROS FAMILIARES EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DESARROLLO INTEGRAL E INTERÉS SUPERIOR”** circunscrito dentro de los derechos de familia La tenencia de un niño, niña o adolescentes es parte fundamental para el desarrollo integral del mismos son actualmente garantizados dentro del interés superior del niño, niña y adolescente como interés superior del mismos en la Constitución de la República del Ecuador, no cuentan con un celeridad y eficacia, menoscabando los derechos superiores del niño, niña o adolescente.

De la misma manera es necesario que se cumplan con los derechos de los niños y niñas de nuestra sociedad ecuatoriana, la ley prevé a la familiar derechos o garantías para su desarrollo integral. Como bien sabemos existen factores jurídicos que se presentan como en la patria potestad, que la ejercen únicamente los padres, en tanto que se da la custodia del menor dentro del divorcio, cuando el menor es impúber y no cuenta con la facultad de discernir con cuál de los padres desea irse, en tanto que la tenencia se da cuando el juez en sentencia la da, demostrando que los padres son indignos de poseer la patria potestad.

Los niños y niñas ecuatorianos necesitan del apoyo de las instituciones del Estado las mismas que en la actualidad cumplen un

papel fundamental en la que se cumpla el interés superior de los niños, niñas, y adolescentes; Sobre todo dentro de sus desarrollo integral, al cual los mismos tienen derecho.

En la actualidad nuestro Estado ha adoptado, la solidaridad en cuanto a los alimentos en donde se busca que los consanguíneos presten los mismos, a los niños y niñas y adolescentes siempre cuando los obligados principales no puedan hacerlo, en consecuencia, el interés superior del niño

La presente tesis trata de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dentro de la tenencia, puesto que en muchos de los casos los padres no son responsables, no de su cuidado y peor de su desarrollo integral; en la actualidad el Estado garantiza los derechos de los menores como interés superior, por lo que es deber del Estado implementar mecanismos jurídicos a fin de cumplir con los derechos de los menores, los mismos que se anteponen a cualquier otro tipo de derechos que lesionen el desarrollo moral y material de los mismos.

2.1. ABSTRACT

Within the present thesis titled "**LEGAL REFORM TO TENURE IN THE CODE OF CHILDHOOD AND ADOLESCENCE ATTENTION TO OTHER FAMILY** constitutional principles for Integral and interests" circumscribed on the family of tenure rights of a child, child or adolescent is fundamental for the development of the same are now guaranteed in the best interests of the child or adolescent and interests of the same in the Constitution of the Republic of Ecuador, do not have a speed and efficiency, undermining rights of the child or adolescent.

Just as is necessary to fulfill the rights of children of Ecuadorian society, the law provides to family rights or guarantees for their development. As we know there are legal factors such as parental rights, the exercise only parents, as given custody of the child in the divorce, when the child is prepubescent and does not have the power to discern what of parents want to leave, while tenure is when the judge gives judgment, showing that parents are unfit to have custody.

The Ecuadorian children need the support of state institutions the same as currently play a key role in the fulfillment of the interests of children and adolescents-especially within their integral development, which have the same right.

Today our state has adopted, solidarity regarding food which seeks to give them blood relatives, children and adolescents always when principals cannot do so, therefore, the interests of the child

This thesis aims to ensure the rights of children and adolescents within the possession, since in many cases the parents are responsible, not for the care and worst of their overall development, at present the State guarantees the rights and interests of minors, so it is the duty of the State to implement legal mechanisms to fulfill the rights of children, the same that come before any other fees that violate the moral and material thereof.

3. INTRODUCCIÓN

El Estado debe velar por el cumplimiento de las leyes y garantizar la vigencia de los derechos garantizados en la Constitución y los derechos determinados en instrumentos internacionales. La tenencia de los niños debe ser garantizados mediante las leyes que deben buscar el bien común, y sobre todo de los niños y niñas de la sociedad ecuatoriano. Y crear una seguridad jurídica mediante el cumplimiento eficaz de los derechos superiores de los niños.

Por lo que dentro de la presente investigación intitulada **“REFORMAR AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA HACIA OTROS FAMILIARES EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DESARROLLO INTEGRAL E INTERÉS SUPERIOR”** Los derechos de tenencia se da cuando los padres no dan el cuidado adecuado, y protección debida al menor, lo que limita el interés superior del niño, niña, y adolescente, por lo que es deber del Estado garantizar el desarrollo integral de los menores.

El desarrollo integral de los hijos, no se los puede conculcar, actualmente el Estado garantiza el interés superior del menor, al mismo no se pueden anteponer derechos que menoscaben o lesionen los mismos. De la misma manera es necesario que se cumplan con los derechos de los niños y niñas de nuestra sociedad ecuatoriana puesto

que al no existir un mecanismo jurídico de la tenencia se desprotege al menor. Y se permite el abuso y el maltrato del menor.

Los niños y niñas ecuatorianos necesitan del apoyo de las instituciones del Estado las mismas que en la actualidad cumplen un papel fundamental en prevenir y controlar el desarrollo integral lo que es una parte fundamental pero limitada, puesto que la tenencia se dirime dentro de los procesos judiciales en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, los mismos que no reflejan la eficacia ni agilidad necesaria, a fin de garantizar el interés superior del niño.

La Constitución de la República del Ecuador. Art. 67.- “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”¹

¹*CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 68*

La tenencia de los niños debe ser garantizados mediante las leyes que deben buscar el bien común, y sobre todo el derecho de los niños y niñas de la sociedad ecuatoriano. Los derechos de tenencia no deben ser conculcados por consiguiente las reformas legales.

En muchos de los casos los familiares deben hacerse cargo de su cuidado, y hasta crianza de los menores, puesto que el derecho evoluciona dialécticamente, el Estado garantiza el cumplimiento de los derechos de los menores aún por encima de derechos inherentes a los padres, por lo que es necesario garantizar un desarrollo integral de los menores

Dentro del marco conceptual, trato los conceptos de los que es la familia, dentro de las acepciones Constitucionales, y los diferentes tratadistas a fin de diferenciar su evolución derechos y obligaciones.

En el marco jurídico, tratos las disposiciones Constitucionales en las que se da los derechos de familia, de los niños, niñas y adolescentes, así como de los principios fundamentales de la tenencia, en concordancia con la conexidad como lo es el Código de la Niñez y Adolescentes.

En el marco doctrinario, trato los aspectos fundamentales de la familia, los tipos e historia de los mismos la tenencia, fines y formas, dentro de nuestra legislación.

La presente investigación se desarrolla dentro de los parámetros establecidos por la Universidad Nacional de Loja, bajo los siguientes lineamientos como; parte preliminar; Revisión de literatura que parte de un marco conceptual y doctrinario; Marco jurídico, Legislación comparada, casuística, materiales y métodos; Resultados, en los que se especifica los resultados de la investigación de campo con sus respectivos análisis estadísticos; Discusión, en la que se da la verificación de objetivos generales y específicos, así como la contratación de hipótesis, para luego pasar conclusiones y recomendaciones y plantear la propuesta de reforma legal.

3.1. Análisis de la problemática planteada.

La evolución de la familia dentro de la sociedad ecuatoriana depende de muchos factores, tanto sociales como legales, la familia ha evolucionado de acuerdo a las condiciones jurídicas de cada Estado e institución jurídica como el matrimonio y la maternidad se convirtió en preocupaciones básicas por parte del Estado, considerando los derechos de los niños, niñas como prioritario.

En la actualidad los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria según el Art. 36.- “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de

enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”²

Los derechos superiores del niño, le dan una categoría primordial para garantizar su desarrollo integral, en muchos de los casos existe maltratos y abandono de los mismos lo que trae consigo secuelas para el niño, que es irreversible, la evolución del Estado por medio de su Constitucionalismo garantiza los siguientes preceptos fundamentales a favor de la familia y su desarrollo integral. El mismo que debe formar parte del Estado, puesto que la tenencia de un menor no solo conlleva a su colocación sino también a que el Estado vele por el cumplimiento de sus derechos fundamentales, como interés superior.

El derecho garantiza bienes jurídicos dentro de la sociedad en consecuencia ninguna persona puede ser detenido sin una orden judicial de un juez competente, dentro de los derechos y garantías, por la vigencia de los derechos constitucionales, en consecuencia no se puede menoscabar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Dentro de su desarrollo moral e integral. La ley, al prohibir

² *CONSTITUCIÓN de la República, Ediciones legales, 2009, Quito-Ecuador, Art. 36 Pág 25*

la realización de ciertos actos persigue proteger los derechos de las personas naturales que protege la ley, El Código de la Niñez y Adolescencia. Garantiza de forma integral los derechos de los niños, niñas y adolescentes, brindando acogitamiento del menor en riesgo abandono o maltrato, a fin de garantizar su seguridad integral.

Los niños, niñas y Adolescentes son sujetos de derechos y obligaciones, sus principales derechos se encuentran desde la Constitución de la República, y el Código de la Niñez y Adolescencia. La garantía constitucional de la persona natural a no ser violentado, atributo apreciado de la existencia humana bajo estos términos que la Constitución de la República del Ecuador ha adoptado la figura jurídica de garantía a favor de la familia y niño, niña y adolescente que sufre maltratos o abandonos. Por consiguiente dicha seguridad jurídica debe encaminarse a proteger y garantizar el desarrollo integral de los mismos, por medio de la tenencia cuando el menor se encuentre en condiciones de riesgo o abandono, mediante procedimientos ágiles, y eficaces.

Puesto que por ningún concepto se puede vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los mismos se encuentran abalizados por la Constitución, pactos y convenios de los cuales el Ecuador es signatario.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.2. La Familia: La familia según Guillermo Cabanellas “Se por el linaje o por la sangre, la constituyen el conjunto de ascendientes, descendiente y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados, con el predominio de lo afectivo o lo hogareño, la familia es la inmediata parentela de uno”³

4.1.3 La familia dentro del orden Constitucional.

Como célula fundamental de la sociedad La Constitución de la República garantiza “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”⁴

³ CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina 2003, página 166.

⁴CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 68 pág 35

Para el Dr. Juan Larrea Holguín, Nos dice que la familia” Es el núcleo o célula fundamental de la sociedad, institución del derecho natural, protegida por el derecho de múltiples maneras, por los tratados internacionales, el Derecho Constitucional, el penal etc. La familia se funda en la base del matrimonio, y comprende a los cónyuges, los hijos y otros parientes, que dependen social y económicamente del mismo hogar común, hay sin embargo familias irregulares e incompletas.”⁵

Para este tratadista define el carácter patento filial, el mismos que nace de las diferentes relaciones monogámicas, como lo es el matrimonio, la unión de hecho y la unión libre reconocidos por nuestro Estado para el cumplimiento de la función biológica, económica y social. Los derechos y obligaciones que nacen como es la educación y formación de los hijos así como cuidado empiezan desde el hogar. Y se constituye en los diferentes niveles educativos lo que en la actualidad es una de las preocupaciones del Estado el mismo que las incluye dentro de la seguridad social. Por lo tanto la protección de sus miembros depende directamente de la familia y sus nexos de consanguinidad y parentesco, como en el caso de la tenencia de un menor.

Las acepciones más comunes las encontramos dependiente de este concepto dela familia es “la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe. El conjunto de las personas

⁵ JUAN LARREA HOLGUÍN, Diccionario de Derecho Civil Ecuatoriano, Quito- Ecuador , 2006, página 179

que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco”⁶ se define la esencia de la familia y el parentesco dado por la consanguinidad. Según el Derecho Romano la palabra familia se emplea frecuentemente como sinónima de patrimonio o herencia, siendo de esta manera que la capacidad jurídica dependía de la posición que el hombre libre y ciudadano romano ocupase dentro de la familia.

Según Ramón García Pelayo, la familia “La conforman el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo, todas las personas de la misma sangre, como tíos, primos, sobrinos etc.”⁷

4.1.4 Los derechos de Los niños, niñas y adolescentes.

Los niños, niñas y adolescentes poseen derechos y obligaciones dentro del ámbito familiar, en consecuencia por los nexos de filiación y parentesco, dichos derechos y obligaciones son de corresponsabilidad, por lo que es necesario que se proteja de forma integral a los mismos, a fin de garantizar su desarrollo moral y material puesto que como grupo prioritario poseen la igualdad de género inclusión social etc. uno de los puntos importantes es la evolución del derecho de familia, dentro de sus aspectos fundamentales se encuentra el avance de la técnica jurídica en

⁶ RUY, Díaz, Diccionario Elemental, Concepto de familia, ELIASTA, Quito- Ecuador 2009

⁷ Dr. Ramón García Pelayo y Cross, Diccionario Larousse. Ediciones Arouse; Montparnasse-Paris, Página 458

cuanto a la ayuda solidaria en la prestación alimenticia, e indexación automática, es decir el interés superior del niño, niña y adolescente, ha limitado el ritualismo de procedimientos jurídicos, por el accionar de la justicia mediante el principio de oficialidad

4.1.5 Niño/ña.- “Es la persona que no ha cumplido los siete años; Se llama también infante, la palabra niño; nos manifiesta que ha llegado la pubertad, y seguirán cuidando del sus padres”⁸

Para este tratadista nos manifiesta un atributo esencial como lo es del niño, niña o adolescente que, que como interés superior tiene el derecho a desarrollarse física y moralmente dentro del ámbito familiar.

4.1.6 Adolescente.- “El Código de la Niñez y Adolescencia, que entro en vigencia el 3 de junio del 2003, empleo el término adolescente, que antes no figuraba en nuestra legislación ni en el Código Civil, dice el Código; Cuando el niño, o niña, no ha cumplido los doce años, adolescente es la persona de ambos sexos entre doce a dieciocho años de edad”

La tenencia se da a niños, niñas y adolescentes que no han cumplido los dieciochos años de edad, lo que en consecuencia nuestra

⁸ Juan Larrea Holguín, Diccionario de Derecho Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2006, página 315.

legislación trata de garantizar el desarrollo moral y material de los mismos, dentro de un núcleo familiar

4.1.7 Interés Superior del Niño. La Doctrina de la Protección Integral está recogida ampliamente en la Convención de los Derechos de los Niños, de 1989, suscrita y ratificada por el Ecuador en 1990. Los principios que recoge la Convención de los Derechos de los Niños son:

4.1.8 El interés superior del niño: que se entiende como la prioridad que se deben dar a estos derechos por parte del Estado, pero además, la obligación de interpretar de manera conjunta e integral todos los derechos, con el fin de que ninguno de ellos interpretado o aplicado de manera aislada pueda desconocer otro

✓ **La no discriminación:** se expresa a través de la inclusión de todos los sectores en el tutelaje de la ley; ya sea en el tratamiento o en los resultados de su aplicación que deben ser equivalentes. En ese sentido, no caben diferenciaciones en razón de edad, sexo, raza, etnia, opinión política, etc.

✓ **El respeto a la opinión del niño/a:** Los niños/as y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión y a que esta se tome en cuenta.

✓ **El respeto a los derechos del niño/a:**

Considerándolos de manera integral: derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

La Convención de los Derechos del Niño está estructura en torno a cuatro ejes:

- ✓ Derechos de supervivencia
- ✓ Derechos al desarrollo
- ✓ Derechos de participación
- ✓ Derechos a la protección

Considerada consecuencia del principio de igualdad ante la ley, o en su versión actual, el principio de la equidad que supone no solo un tratamiento igual, sino unos resultados equivalentes aunque para ello se deba hacer un tratamiento diferenciado. Mediante la prevención de la ley

4.1.9 Tenencia.- Según el Dr. Fernando Albán Escobar “ La tenencia es diferente al derecho Civil, puesto que tiene otro significado, puesto que la misma significa cuidado y crianza, el legislador en el art 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, nos da una definición doctrinaria de tenencia, por lo que es una decisión judicial en virtud de la cual el juez competente encarga el cuidado y crianza de un 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 de la patria potestad la ejerzan los padres”⁹

La tenencia prodiga el menor el cuidado y desarrollo moral y material, por consiguiente solo se la consigue mediante la vía judicial, limitada solo a los padres; Por lo que es necesario que se dé la evolución del derecho frente al interés superior del niño, a fin de garantizar el desarrollo moral y material del mismo. O sea que sigue conviviendo con él o ellos.

El uso de este término no es una cuestión menor ya que aun cuando sea en forma inconsciente, se está cosificando al niño/a o adolescente en una cosa que se retiene; tan es así, que se encuentra incorporado al lenguaje de todos los días, que el común de las personas lo usa poniendo el énfasis en ese “tener” como una mal entendida “posesión”. “De quién son los chicos, “No me molestes, yo los tengo y hago lo que quiero”; “yo tengo la tenencia de los chicos, los verás cuando se me antoje”, etc. etc.

El hijo es una persona y hay que subrayar los beneficios que trae el comprender que ambos, padre y madre, son importantes en su vida, por

⁹ Fernando Albán Escobar, *Derecho de la Niñez y Adolescencia Tercera Edición Actualizada*, GEMAGRAFIC, Quito- Ecuador 2010, página 157.

ello hay que hacer hincapié en la sustitución de la palabra “tenencia”, al referirse a personas menores de edad, por otro término más adecuado como convivencia, guarda, custodia o cuidado del niño/a o adolescente.

Hay dos consecuencias indeseables en la mayoría absoluta de los casos de separación o divorcio, que el niño también “se divorcia” del padre no conviviente y que el desenlace más usual es que las visitas acotadas de una o dos veces por semana, producen a lo largo del tiempo, una erosión en la relación, es decir además del sufrimiento de ambos, (padre/hijo), se llega a un cierto desapego o distanciamiento, como un desprendimiento.

Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en términos generales derechos son aquellos que corresponden en forma esencial o que son indispensables para asegurar a todo individuo una vida digna con libertad y justicia dentro de una sociedad jurídicamente organizada. Tradicionalmente a los niños, niñas y adolescentes se les ha inculcado una cultura de responder a las obligaciones.

Según el Dr. Fernando Andrade Barrera, “La tenencia es la permanencia del menor junto a sus padres, sobre la tenencia el tribunal considera la convivencia de que el menor continúe con su progenitor, con el que hubiere vivido largo tiempo, Se preferirá a la madre divorciada o separada del padre, para el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción

del sexo, y de las hijas de toda edad, los hijos púberes estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan, la tenencia se hará de manera que no cause daños psicológicos al menor".¹⁰

“La tenencia busca el desarrollo moral y psicológico dentro del desarrollo psicológico y moral por ende pretende como interés superior garantizar este derecho fundamental a favor del menor de acuerdo a las reglas establecidas de acuerdo a la edad del menor”¹¹.

Dentro del proceso de tenencia se debe tener en cuenta las decisiones, en las cuales el Juez de la Niñez y adolescencia debe observar, "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia"¹² de la misma manera es elemental buscar el derecho o interés superior del niño, niña o adolescente "la consulta a la voluntad y deseo de la niña, dada su edad, serán ponderadas de manera que sus legítimos afectos... se vean fortalecidos y armonizados"¹³

Tampoco existe confusión en la aplicación de las figuras de la patria potestad y de la tenencia. En efecto, la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las

¹⁰ DR. Fernando Andrade Barrera, Diccionario jurídico educativo de los derechos de la Niñez y Adolescencia. Anbar Fondo de la Cultura Ecuatoriana 2008 página 358.

¹¹ En Suplemento L.L. de Derecho Constitucional del 15/7/99

¹² (Zannoni, Eduardo, "Tratado de Derecho de Familia", Tº 2, p.695, Nº 1220

¹³ La Corte Nacional. en Doctrina Judicial, 1989-A, Pag. 973 y apostilla de Gustavo Ferrari y en L.L., suplemento diario del 15/12/89, p.5).

personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral mientras sean menores y no se hayan emancipado.

La ley vigente establece que en caso de divorcio el ejercicio de la patria potestad lo ejerce quién tiene otorgada su tenencia. Tiene decidido esta Sala, en el fallo citado por la sentencia de grado, que "la tenencia es el "elemento material de la guarda que consiste en la conservación del menor por parte de quien la ejerce comprensivo del deber de educación"¹⁴

Eduardo Busso "la tenencia de los menores traduce el elemento material de la guarda, consistente en la facultad de conservar consigo al menor bajo patria potestad" En ese precedente se agregó que "al disgregarse el hogar común y residir padre y madre separadamente, es inevitable atribuir los deberes de guarda a uno u otro, agregando que se produce un verdadero desmembramiento del ejercicio de la patria potestad, puesto que -según María J. Méndez Costa- "es la convivencia paterno-filial la que hace posible la educación, del hijo y supone su vigilancia y corrección"¹⁵

4.1.10 La Tenencia compartida

La tenencia compartida, sino que el cuestionamiento recaen en su aplicabilidad al acaso. El ejercicio de la guarda -utilizada como sinónimo de tenencia- compartida o alternada, implica el ejercicio conjunto de la

¹⁴ (Laquis, Manuel, "Tenencia de los hijos y educación obligatoria", L.L., 113-519),

¹⁵ Zannoni, Eduardo, "Derecho de Familia", 2ª edición, t.2, pág.180; Méndez Costa, María, "Algunos aspectos de la guarda de menores", J.A., 27-1975-711.

patria potestad, régimen que entre nosotros no goza de marcado consenso en la doctrina y jurisprudencia y sobre cuyas ventajas se ha exployado el Sr. Juez de Primera Instancia. Consiste, esencialmente, en "reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes

El interés superior del niño (arts.3, 9 inc.1, 18 inc.1, Convención sobre los Derechos del Niño"). "En concepto de "interés superior del niño" consagrado en los arts.3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores que, además, ha sido agudamente ponderado para determinar la idoneidad del padre divorciado

La necesidad del niño, según sus propias manifestaciones, de ver más al padre, consolidando el vínculo parental y el diagnóstico desfavorable sobre su estado de salud psíquica actual denotan la necesidad y conveniencia de intentar agotar otra solución, ante el fracaso prealudido. El ejercicio por padre y madre que compartirán en paridad de condiciones todas las cuestiones inherentes a la educación, crianza y cuidado. Elección de la escuela a la que concurra, control sobre sus amigos, continuidad en los tratamientos médicos etc.

4.2 MARCO JURÌDICO.

4.2.1. De las garantías Constitucionales a favor de la Tenencia.

El Art. 70.- “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través de mecanismos especializados de conformidad con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”¹⁶.

Dentro de nuestro Estado existe una desigualdad, no solo en el enfoque de género sino también en las relaciones monogámicas, en lo que tiene que ver con la seguridad social, por lo que es necesario que se apliquen mecanismos previstos en las leyes de carácter social, puesto que el trabajo es un derecho social.

El Art. 36.- “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de

¹⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito-Ecuador 2010 Art. 70 Pág 34

violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”¹⁷

El Estado pone mucho énfasis dentro de la protección de los sectores prioritarios los mismos que en la actualidad se considera sectores vulnerables y que necesitan de un desarrollo armónico en base a un derecho de igualdad sin discriminaciones.

El Art. 40.- “El Estado garantizará sus derechos a las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público. El Estado los reconocerá como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación.

El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.”¹⁸

¹⁷ *Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 36 pág 25*

¹⁸ *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 40 pág 35*

El Estado debe velar por el desarrollo material y moral de las personas través de los servicios públicos, que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas y elementales.,

El Art. 44.-“El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en período de

Lactancia los derechos a;

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad en los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia. “¹⁹

La ley es de carácter protectora dentro de los que es la gestación. Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.

El Juez podrá ampliar este plazo en el caso de madres de hijos con discapacidad grave y calificada por el organismo pertinente, por todo el tiempo que sea menester, según las necesidades del niño o niña. El

¹⁹ *Ibidem Art. 44*

responsable de la aplicación de esta norma que viole esta prohibición o permita que otro la contravenga, será sancionado en la forma prevista en este Código.

Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo. Es obligación de los establecimientos de salud públicos y privados desarrollar programas de estimulación de la lactancia materna.

El poder público y las instituciones de salud y asistencia a niños, niñas y adolescentes crearán las condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo y el parto, a favor de la madre y del niño o niña, especialmente tratándose de madres adolescentes y de niños o niñas con peso inferior a dos mil quinientos gramos.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe

proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se aplicará el principio de su interés superior, y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, los niños y adolescentes tienen 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, emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y

adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. **El Art. 46.-** “Las niñas, los 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, los niños y los 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.”²⁰

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás

²⁰ *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art.46*

parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.
3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su

incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

4.2.2 La Tenencia y los derechos de supervivencia del niño.

En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos.

El. Art. 67.- “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”²¹

La familia siempre ha sido una parte fundamental dentro del desarrollo de la sociedad por lo que el Estado le da una prioridad para su desarrollo, lo cual es fundamental dentro de la coexistencias misma de la sociedad, el Estado asume una función activa y precuatelatoria para que se desarrolle una sociedad equitativa en la que los uniones monogámicas.

²¹ *Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 68*

El Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

El derecho de familia regula las relaciones monogámicas, así como la institución de la adopción que es una parte fundamental dentro del desarrollo de las sociedades a las que se la puede caracterizar dentro de un protección integral de las niñas y niños mediante la adopción la misma que debe reunir los requisitos de fondo y forma, como la capacidad de los adoptantes para la satisfacciones del menor.

El Art. 70.- “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar o heredar
3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.
6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

El Estado garantiza la reproducción biológica siempre que la misma sea elocuente con los hijos que se pueden mantener y educar, de la misma forma que precautela los derechos del menor a la identidad, al ejercicio exclusivo de la patria potestad, es decir se protege al niño en

todos los aspectos fundamentales para su desarrollo material y psicológico.”²²

El Art. 71.–“El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través de mecanismos especializados de conformidad con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”²³.

Para Geigel Polanco, manifiesta que el Derecho Social,” Es el conjunto de leyes, instituciones y programas del gobierno y principios destinados a establecer un régimen de justicia social, a través de la intervención del Estado de la economía nacional, del mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y las medidas que sean necesarias para garantizar el disfrute de la libertad y el progreso general de un pueblo”²⁴

4.2.3 De los principios Constitucionales para se apliquen el Interés Superior del niño.

El Art. 426.–“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del

²² *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 70*

²³ *Ibidem Art. 71*

²⁴ *CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental de Derecho Usual Heliasta, Pág. 151. 2008*

poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”²⁵

La supremacía constitucional garantiza que los derechos de los menores no sean conculcados como en el caso de los alimentos los cuales solo pueden ser retenidos por mandato legal dentro de los ámbitos y competencias de los juez sin que lo mismo no constituya un atentado a los derechos de los padres o de los derechos personalísimos de los niños.

EL Art. 427.-“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y, los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

²⁵ *Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 426*

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”²⁶

El Art. 428.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

²⁶ *Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 428*

La constitución como máximo instrumento ecuménico, debe resguardar los principios de los derechos de los niños y niñas así como los derechos en general por consiguiente ninguna ley especial puede vulnerar dichos principios

El Art. 429.- “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”²⁷

El Art. 430.- “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”²⁸

²⁷ *Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 429*

²⁸ *Ibidem. Art. 430*

La ilegalidad o inconstitucionalidad de los actos es un principio en el que se fundamenta la regulación constitucional por consiguiente son aceptables se admite los mecanismos que garanticen la plena vigencia de los derechos enunciados, así como lo es dentro de la protección y eficacia de los derechos de alimentos.

4.2.4 La Tenencia del Menor.

El Código de la Niñez y Adolescencia garantizan los derechos de los niños en forma jerárquica lo que determina su eficacia y tutela efectiva, de la misma manera se garantizan los siguientes derechos. **El Art. 118.** Procedencia.- “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior”²⁹.

La tenencia es garantizada dentro de los diferentes procesos de divorcio, o legales en donde el juzgador, acepta el acuerdo de los conyugues, a falta del mismos aplicará de oficio cuando el menor no ha

²⁹ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 118, página 28

cumplido los 12 años se le otorgara a la madre, salvo que la misma no represente un perjuicio para el menor.

Tratándose de un mayor de 12 años se le otorgara a quien tenga mayor estabilidad económica, y emocional, y brinde a los menores un ambiente familiar integral

Cuando tengan iguales condiciones se preferirá a la madre, en caso de inhabilidad el juez nombrara a un tutor, en caso de adolescentes se podrá actuar de oficio para nombrar el mismo **El 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”³⁰

Las resoluciones de tenencia son modificables las mismas se definen dentro de un proceso con pruebas; el juez puede ordenar una valoración psicológica en la que se dé al menor y progenitor. **El Art. 120.-**“Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento

³⁰ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 119, página 28

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”³¹. La resolución de tenencia es de cumplimiento inmediato, para el cumplimiento puede intervenir la fuerza pública para que se realice la misma

El Art. 121.-“Recuperación del hijo o hija.- Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente”³². En el caso de haber salido el menor del país se puede realizar convenios con los estados a fin de que se garantice el derecho superior del niño, niña o adolescente.

4.2.5 La Tenencia frente a la solidaridad alimenticia.

La solidaridad de la tenencia debe darse dentro de un proceso rápido a las personas obligadas solidariamente de preferencia cuando las misma se encuentren en condición de riesgo como abandono, maltrato

³¹ Ibidem página 28

³² Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 121, página 28

que ponga en peligro los derechos de los niños, niñas y adolescentes; **El Art. 126.**-“Ámbito y relación con las normas de otros cuerpos legales.- El presente Código regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos que se señalan en el artículo”³³

El Código de la Niñez y Adolescencia, garantiza el interés superior los niños, niñas y adolescentes los mismos que actualmente se dan dentro de la tabla alimenticia en la cantidad de 72 dólares americanos.

El Art. 128.-“En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil”³⁴.

Los alimentos se deben unos con otros dentro de otros procesos, no dentro de los juzgados de la Niñez y Adolescencia dentro del trámite especial.

El Art. 127.-“Naturaleza y caracteres.- Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado; ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificara el pago. Lo anterior no se aplica a las pensiones de alimentos que han

¹Ibidem, art 126.

³⁴ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 127.

sido fijadas y se encuentran adeudadas, las que podrán compensarse, se transmiten activa y pasivamente a los herederos”³⁵. Los derechos de alimentos nacen por la relación directa de consanguineidad y filiación en donde nace la familia y sus derechos y obligaciones.

4.2.6 De la solidaridad para la prestación alimenticia frente a la Tenencia.

El Art. 128.-“Titulares de este derecho.- Tienen derecho a reclamar alimentos:

1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados;
2. Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y,
3. Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos”³⁶.

El Art.129.-“Obligados a la prestación de alimentos.- Están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en el artículo anterior, en su orden:

³⁵ Ibidem, art 121.

³⁶ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 129.

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;
2. Los hermanos que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;
3. Los abuelos; y,
4. Los tíos.

Si hay más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el Juez regulará la contribución de cada una en proporción a sus recursos. Solamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso³⁷. En la actualidad se admite la solidaridad dentro de la prestación alimenticia, en la que se extiende este derecho dentro de los procesos especiales de alimentos, siempre que los alimentante no puedan pasar los mismos, se exceptúan de pasar los alimentos los discapacitados, y personas de la tercera edad. **El Art. 130.**-“Procedencia del derecho aun en el caso de que el derechohabiente y el obligado no estén separados.- La prestación de alimentos procede aun en los casos en que el derechohabiente y el obligado convivan bajo el mismo techo³⁸. En caso

³⁷ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 121.

³⁸ Ibidem, art 130.

de fallecer el alimentante se puede pedir alimentos a los herederos siempre y cuando convivan en unidad doméstica.

4.2.7 El derecho de tenencia frente a la presunción de alimentos

El Art. 131.-“Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada;
2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma

resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil;

3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen;
4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el Juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado,
5. El Juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya, de inmediato en un

programa del Sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior;

6. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales; incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad, o maternidad; y,
7. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco³⁹.

Cuando el ADN, sea negativo, se extingue la obligación alimenticia, debiendo si es positivo el juez ordenar inmediatamente la inscripción en el registro civil correspondiente. **El Art. 132.**-“Condiciones para la práctica

³⁹ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 121.

de las pruebas biológicas.- El reglamento contemplas medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas”⁴⁰. Las pruebas de ADN, son confiables dentro de un 99%, las mismas definen los nexos de consanguinidad, y por ende la prestación de alimentos y derechos de familia.

4.2.8 La Tenencia y la prestación alimenticia.

El Art. 133.-“Momento desde el que se debe la prestación de alimentos.- La prestación de alimentos se debe desde la citación con la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara”⁴¹.

Los alimentos no poseen un efecto retroactivo sino se dan desde que se presenta la demanda. Los alimentos que exigen por ley, dentro de los proceso espaciales de alimentos, los mismos que empiezan a recurrir desde que se entabla la demanda, en la misma el juez en la actualidad posee la tabla alimenticia con un salario mínimo de que es de 318 dólares americanos, fijándose los alimentos de forma provisional, y que deben ser

⁴⁰ Ibidem. art 132.

⁴¹ Ibidem. art 133.

liquidados, hasta la fecha de la resolución, puesto que los juicios especiales de alimentos no causan ejecutoria, es decir el efecto de cosa juzgada, por lo que sobre los mimos solo se puede plantear incidentes de aumento, o rebaja de pensión de acuerdo a la calidad o necesidad, del alimentante, o alimentado.

El Art. 134.-“Formas de prestar los alimentos.- Tomando en cuenta los antecedentes del proceso, el Juez podrá decretar los alimentos en una o más de las siguientes formas:

- a) Una pensión consistente en una suma de dinero mensual que deberá pagarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes;
- b) El depósito de una suma de dinero, la constitución de un usufructo, uso o habitación, la percepción de una pensión de arrendamiento u otro mecanismo similar, que aseguren rentas u otros frutos suficientes para la debida prestación de alimentos del beneficiario; y,
- c) El pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez.

Para el pago de la pensión a que se refiere el literal a), el Juez ordenará al recaudador la apertura de la tarjeta de pagos del obligado en la que consignará la pensión de alimentos respectiva a favor de la beneficiaria, beneficiario o quien legalmente lo represente.

Cuando se trate del usufructo, uso, habitación o la percepción de la renta de arrendamiento de bienes inmuebles, el Juez comprobará que no se encuentren limitados por otros derechos reales ni afectados por embargo, prohibición de enajenar y gravar, anticresis o cualquier otro gravamen o contrato que afecten o puedan impedir o dificultar dicho disfrute o percepción. La resolución que los decreta se inscribirá en el Registro de la Propiedad del cantón en que se encuentre ubicado el inmueble.

El hijo o la hija beneficiario no estarán obligados a confeccionar inventario ni rendir la caución que la ley exige al usufructuario. En ningún caso se obligará al niño, niña o adolescente que ha sido confiado a la patria potestad del otro progenitor o a la guarda de un tercero, a convivir con quien está obligado a prestar los alimentos, con el pretexto de que éstos sean una forma de prestación en especie⁴².

En la actualidad los alimentos o cualquier pensión debe ser depositada en la cuanta de la madre, o judicatura para que la misma

⁴² Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 134.

retire. Los alimentos en la actualidad se extinguen de acuerdo a las formas, que establece el Código Civil, en las que no se admite compensación o el efecto devolutivo, aun cuando se compruebe que el ADN, es negativo. Puesto que, el Interés Prioritario de los niños, niñas y adolescentes se antepone a los derechos creados o existentes de las personas para proteger su vida.

4.2.9 La Tenencia frente al cálculo de prestación de alimentos

El Art. 135.-“Criterios para determinar el monto de la prestación.- Para establecer la cuantía y forma de prestación de los alimentos, el Juez deberá tomar en cuenta:

1. Las necesidades del beneficiario; y,
2. Las facultades del obligado, apreciadas en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios y a los recursos presuntivos que se puedan colegir de su forma de vida”⁴³.

Los alimentos se fijan de acuerdo a la cuantía del alimentante a fin de satisfacer las necesidades del menor ya sean básicas o congruas.

⁴³ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 135.

EL Art.136.-“Subsidios y otros beneficios legales.- Además de la prestación de alimentos, el hijo o la hija tiene derecho a percibir:

1. Los subsidios legales o convencionales por carga familiar que por su causa, correspondan al demandado;
2. Una pensión de asistencia adicional por cada una de las remuneraciones adicionales que establezca la ley y que en ningún caso excederán del monto efectivo que perciba el obligado por cada una de ellas. Habrá derecho a pensiones adicionales aunque el demandado no trabaje bajo relación de dependencia. Cuando las remuneraciones adicionales tengan un monto variable según los ingresos del trabajador, o el obligado no trabaje bajo relación de dependencia, la pensión de asistencia adicional será igual al monto de la pensión fijada por el Juez;
3. Percibir la parte de las utilidades legales del prestador de alimentos, por causa del hijo o hija beneficiarios; y,
4. El 5% del fondo de cesantía a que tiene derecho el prestador por cada hijo o hija”⁴⁴.

⁴⁴ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 136.

En la actualidad se dan los subsidios del pago del doble de la pensión alimenticia del décimo tercero y cuarto sueldo, y el aumento de pensión alimenticia es indexado, de conformidad a la homologación salarial.

El Art. 137.-“Fijación provisional de la prestación de alimentos.- En la audiencia de contestación y conciliación del juicio correspondiente, el Juez deberá fijar una pensión provisional de alimentos, teniendo en cuenta el acuerdo de las partes y, si no lo hubiere, en mérito del proceso. De la resolución que la fije podrá apelarse sólo en el efecto devolutivo, salvo que se limite a aprobar el acuerdo de las partes, en cuyo caso será inapelable”⁴⁵.

Los alimentos son aplicados provisionalmente desde que se propone la demanda, los mismos pueden ser liquidados.

EL Art. 138.-“Inejecutoriedad de la resolución que fija la prestación de alimentos.- La resolución que fija el monto y forma de la prestación de alimentos no causa ejecutoria. Por consiguiente, podrá revisarse en cualquier tiempo, a petición de parte, para aumentarse o reducirse, si han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla”⁴⁶. Los juicios de alimentos no causan ejecutoria se puede plantear sobre los mismos cualquier incidente.

⁴⁵ Ibidem art 137.

⁴⁶ Ibidem, art 138

El Art. 139.-“Ajuste y revisión de la pensión de prestación de alimentos.- Sin perjuicio del derecho de las partes para solicitar aumento y reducción de los alimentos, su monto se ajustará de manera automática, en el mismo porcentaje en que se aumente el salario básico unificado”⁴⁷. Se puede pedir la rebaja de alimentos siempre que se demuestre, la incapacidad para los mismos

EL Art. 140.-“Obligación de los pagadores.- Si el obligado al pago de la prestación de alimentos goza de remuneración u honorarios periódicos como empleado, obrero, jubilado, retirado o cualquiera otra causa, la resolución que fije la pensión de alimentos se notificará al pagador o a quien haga sus veces, quien remitirá inmediatamente al pagador del respectivo juzgado la pensión decretada o la entregará a la persona autorizada por aquél. El incumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior hará solidariamente responsable al pagador o persona que hiciere sus veces del pago de la pensión o pensiones que correspondan, sin perjuicio de las demás sanciones que este Código establece”⁴⁸. Los alimentos son los únicos que admite la retención de sueldos.

El Art. 141.-“Apremio personal.- En caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordenará, previa razón sentada por el actuario en base a la información constante en la tarjeta de pago respectiva, el apremio personal del obligado hasta por diez días. En los

⁴⁷ Ibidem art 139.

⁴⁸ Ibidem, art 139

casos de reiteración este plazo se extenderá hasta por treinta días. En la misma resolución que ordene el arresto, el Juez podrá ordenar el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado por parte de quien solicita dicha medida. Pagada la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento, en su caso, el Juez dispondrá la libertad inmediata del obligado.

Lo dispuesto en los incisos anteriores también tendrá lugar cuando el obligado haya dejado de solucionar dos o más obligaciones cuyo pago directo asumió como prestación de alimentos y cuando por culpa de aquél el beneficiario haya dejado de percibir dos o más rentas, frutos u otra modalidad de pago en las que consista la prestación de alimentos fijada por el Juez.

Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso”⁴⁹

Por lo alimentos se puede solicitar por medio de apremio real y personal en caso de mora.

⁴⁹ Ibidem, art 141

El Art. 142.-“Prohibición de salida del país.- A petición de parte o cuando el caso lo amerite en la primera providencia de la demanda de alimentos el Juez decretará sin notificación previa al demandado, la prohibición de que el demandado se ausente del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a los funcionarios encargados de hacerla efectiva. Igual prohibición se extiende a aquellos que se encuentren en mora de la resolución judicial”⁵⁰. Por lo alimentos se puede pedir medidas cautelares como al salida del país.

El Art. 143.-“Medidas cautelares reales.- Para asegurar el pago de la prestación de alimentos, el Juez podrá decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código de Procedimiento Civil”⁵¹. Las medidas cautelares se puede solicitar dentro del formulario de demanda.

El Art. 144.-“Cesación de los apremios.- Los apremios y prohibición a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por el Juez. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que el deudor principal”⁵². Para la prestación de alimentos puede rendirse caución.

⁵⁰Ibidem, art 142.

⁵¹ Ibidem, art 143.

⁵² Ibidem, art 144.

El Art. 145.-"Inhabilidad por la mora.- El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos no podrá solicitar que se le entregue la patria potestad del hijo o hija beneficiario."⁵³

La tenencia no se da a personas que no posean bienes o la capacidad psicológica para brindarle la protección integral al niño.

El Art. 146.-"Crédito privilegiado.- El crédito del hijo o hija por concepto de prestación económica de alimentos, tiene privilegio de primera clase y preferirá a cualquier otro crédito"⁵⁴. Los alimentos poseen crédito privilegiado sobre cualquier crédito. **El Art. 147.**-"Extinción del derecho.- El derecho para reclamar y percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por la muerte del titular del derecho;
2. Por la muerte de todos los obligados al pago;
3. Por haber cumplido dieciocho o veintiún años de edad el titular del derecho, según lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 128, con la salvedad expuesta en el numeral 3 del mismo artículo;
4. Por haber desaparecido las condiciones físicas y mentales que justificaban los alimentos a favor del adulto; y,

⁵³ Ibidem, art 145

⁵⁴ Ibidem, art 146.

5. Por haberse comprobado conforme a derecho la falta de obligación del prestador, en razón de no existir la relación de parentesco que causo la fijación de la prestación”⁵⁵

Los derechos de tenencia están garantizados desde la Constitución de la República y los diferentes procedimientos en las leyes especiales como lo es el Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que todas las instituciones del Estado y sus funcionarios deben procurar por que tales derechos no sean conculcados.

⁵⁵ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones legales 2011, art 139.

4.3 MARCO DOCTRINARIO

4.3.1 Tipos de Familia

Los factores que influyen en la familia. Se puede determinar factores directos que consolidan el origen de la familia como dentro del derecho civil y canónico, es así como;

De la enseñanza religiosa. Después de la Reforma protestante en el siglo XVI, el carácter religioso de los lazos familiares fue sustituido en parte por el carácter civil. Lo que dio origen al matrimonio, así como las diferentes uniones monogámicas modernas.

La mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia fundamentalmente en el ámbito del derecho civil, en lo que conocemos como el cimiento de la sociedad como lo es el matrimonio que da origen a la familia.

En la actualidad los derechos de familia han evolucionado a favor de los grupos de sector prioritario grupos de atención prioritaria según el Art. 36.- “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en

situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”⁵⁶ por lo que podemos distinguir los siguientes tipos de familia.

a) Familia Consanguínea.- La familia consanguínea se trata de una forma de familia primitiva, que se organizó a partir de la comunidad de sangre. Los integrantes de esta forma de familia desciende de una pareja; sus miembros son hermanos y hermanas, primos y primas en todos los grados, esposos y esposas entre sí. Se puede decir que este tipo de familia nace por consanguineidad, es decir se forman de un tronco común, como derecho natural la familia ya genera derechos entre sus miembros, y la sociedad. La familia consanguínea ha desaparecido por completo, pero se admite que existió en un período social de colectivismo primitivo en el que las relaciones sexuales se encontraban en un estado desorden y promiscuidad.

b) Familia Punalúa.- Esta forma de familia se organizó sobre la base de la comunidad recíproca de hombres y mujeres en el seno de un determinado círculo familiar, pero del cual se excluían al principio a los hermanos carnales, y más tarde a los hermanos más lejanos de las mujeres o inversamente, también

⁵⁶ *CONSTITUCIÓN de la República, Ediciones legales, 2009, Quito-Ecuador, Art. 36*

los hermanos de los hombres. Esta forma de familia fue el origen de la gens. Las comunidades primitivas se mantenían como hordas, las misma que debían defenderse de los demás clanes, a fin de mantener su existencia y fijar su identidad. En la antigüedad, ya existía un objetivo común como derecho natural a la supervivencia.

c) Familia Sindiásmica. En esta forma de familia un hombre vive con una mujer, pero la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, mientras que el adulterio de la mujer es estigmatizado y sancionado duramente. El vínculo conyugal se disuelve con cierta facilidad, por una u otra parte, y después como antes los hijos pertenecían únicamente a la madre. La evolución de la familia y sociedad ha evolucionado puesto que actualmente se prohíbe algunas acciones que no son bien vistas por la moral, las buenas costumbres y el derecho puesto que como antiguamente se admitía el adulterio este es penado y causal de divorcio o de disgregación familiar. Esta forma de familia, según Engels, aparece en el límite que separa el salvajismo de la barbarie. El matrimonio sindiásmico introduce en la familia un elemento nuevo: Junto a la verdadera madre coloca al verdadero padre.

d) Familia Patriarcal. Esta clase de familia se caracterizaba por ser una agrupación lo suficientemente amplia, bajo la autoridad del mayor de los hombres del grupo constituido por sus mujeres, sus hijos solteros, sus hijos casados y sus mujeres e hijos. Se puede decir que la evolución patriarcal ha evolucionado dentro del Estado mismo, puesto que se observan rezagos del patriarcalismo, pero que actualmente con la igualdad de géneros e inclusión social, han quedado en decadencia las acciones machistas. El jefe de familia, generalmente el tronco de la familia, por lo que es la única autoridad de esta agrupación de personas que viven bajo un mismo techo, con una economía común y bajo su indiscutible y única autoridad patriarcal. Se trata de una familia amplia y extensa, propia de las sociedades preindustriales.

e) Familia Monogámica. Se levanta sobre la base del poder masculino con el fin de procrear hijos de una paternidad cierta y esta paternidad se exige, porque esos hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de la fortuna paterna. Desde entonces, “El propósito de la familia pasa a ser la acumulación de riquezas y su transmisión a los herederos legítimos”⁵⁷

⁵⁷WWW Google Tipos de familia. Com.(ROSENTAL M. M.1954)

Nuestro Estado reconoce las diferentes uniones monogámicas, como el matrimonio, que se divide en matrimonio civil y eclesiástico, unión de hecho y unión libre; así como se han generado leyes para mantener esta unión como la ley contra la violencia a la mujer y la familia, el régimen jurídico de patrimonio familiar, la adopción, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y de bienes etc. La familia está caracterizada por procesos materiales (biológicos y económicos) y por procesos substancialmente culturales (morales, jurídicos y psicológicos).

4.3.2 El Derecho de Familia. “Es el conjunto de reglas, normas para que exista un orden personal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia, regulando relaciones entre cónyuges, padres e hijos, lo cual le atribuimos tendencias del derecho moderno”.⁵⁸ Se puede decir que el derecho de familia regula todas las relaciones que nacen de la misma, definidas dentro de un derecho moderno, que precautela el cumplimiento eficaz de los derechos Constitucionales, y busca el desarrollo integral de la familia, y de cada uno de sus miembros como los niños, niñas y adolescentes, los mismos que no pueden quedar desamparados o sufrir maltratos, y peor aún menoscabar sus derechos.

⁵⁸ OMEBA: *Enciclopedia Jurídica, Editorial Bibliográfica Argentina Lavallo, 1954, tomo 1, pág. 144.*

El derecho de familia protege a la familia en todos sus órdenes por consiguiente es necesario que se regule de una mejor manera la tenencia solidaria en caso de abusos o maltratos del menor, a fin de garantizar eficazmente el derecho del menor a un desarrollo moral e integral “El derecho de familia se rigió en Francia durante largos siglos por el derecho canónico y si bien la revolución lo regularizó, no ha perdido este su carácter, en la medida que las leyes revolucionarias y las leyes modernas se han apartado de los principios tradicionales en que había sido establecida la familia”⁵⁹

Las sociedades evolucionan de acuerdo al tipo de derecho que poseen, podemos definir que del tipo de derecho que cuente el Estado dependerá la evolución social y familiar, en consecuencia debe protegerse a los niños, y niñas y adolescentes, de una forma rápida, mediante los principios de oficialidad o a petición de parte, en los casos cuando el menor se encuentre en condición de riesgo, o sufra maltratos, que lesionen el interés superior del niño.

El derecho de familia siempre será un derecho social que evoluciona dentro de las necesidades sociales para precautelar los derechos fundamentales de la familia y sobre todo de los niños, niñas y adolescentes que en muchos de los casos, son abandonados o desprotegidos por sus progenitores, de ahí la necesidad de crear una

⁵⁹ *PLANIOL Marcel: Tratado del Derecho Civil, tomo II, La Habana, Editorial Herder S.A., 1946, pág. 12.*

seguridad jurídica frente a la tenencia por parte de la familia consanguínea o parental. Del Estado depende directamente crear una seguridad jurídica a favor del menor frente al derecho de tenencia.

4.3.3 Historia de la Familia.

La familia monogámicas se constituye por el matrimonio, la filiación o la adopción. Sociológicamente el factor fundamental y constitutivo de la familia es la reproducción de la especie y la crianza de la prole, aunque su papel es contradictorio, pues en tanto que funciona como reproductora de la especie humana, transmite a las nuevas generaciones la ideología de las clases dominantes. Al reproducir a los seres humanos, reproduce la organización social que destruye inhumanamente a las nuevas generaciones. Pero por efectos sociológicos, económicos y políticos se han dado nuevas formas de familia en nuestro medio como:

4.3.4 Familia Nuclear.- Frente al indetenible desarrollo social: las corrientes migratorias internacionales, las conquistas de los movimientos feministas, la ampliación y la incorporación de la mujer a las profesiones liberales y universitarias y al mercado de trabajo, etc.

Las relaciones humanas, propias de la segunda modernidad, son superficiales, los hijos cada vez más tempranamente adquieren su

independencia y libertad respecto de los padres y se encuentra abierto un profundo debate en torno a la autoridad paterna y materna.

El Derecho de Familia y la ineludible necesidad de protección y seguridad familiar. La familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio de la misma forma que se reconoce las formas monogámicas principios como la reciprocidad para la protección, de los nexos familiares nacen las relaciones de género especificadas en los Códigos y leyes que se han sido creadas dentro de una naturaleza, las cuales se encuentran garantizadas actualmente desde la constitución La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad.

4.3.5 La Familia Nuclear.- Se conforma (dos adultos con sus hijos) es la unidad principal de las sociedades más avanzadas se presenta las diferentes familias en las que es muy común la aplicación de la planificación familiar. En otras este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares.

4.3.6 La Familia Mono-Parental.- En la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudedad o divorcio. Este principio evoluciona en muchas de las sociedades la procreación se regula mediante el hijo único de su género lo cual es muy común en las sociedades orientales.

La familia, puede definirse como un grupo social primario unido por vínculos de parentesco dentro del mismo existe lazos genéticos biológicos

lo cual es un principio dentro de los fines de la familia como lo es la procreación de la especie . Afinidades los mismos que pueden traducirse en consanguíneos mediante la herencia genética, de filiación (biológica o adoptiva) así como nexos políticos dados por el matrimonio, incluyendo las alianzas y relaciones de hecho cuando son estables.

Podemos distinguir tipos de familias:

- a. Conyugal (esposo y esposa), nuclear (esposos e hijos),
- b. Mono-parental (un solo progenitor con uno o varios hijos),
- c. Extendida (padres e hijos, abuelos y tíos)
- d. Ensamblada (esposos, hijos comunes e hijos de anteriores uniones de uno o ambos esposos) los sociólogos han partido de esta disyuntivas que en muchos de los casos puede ser aleatoria es decir admitir la diversidad de generó en una misma como por ejemplo por el factor migratorio se crean lasos mixtos de parentesco afinidad, u de otro género por los nexos de familia de distinto lugar.

4.3.7 Concepto de Tenencia.- Según el Dr. Fernando Albán Escobar “ La tenencia es diferente al derecho Civil, puesto que tiene otro significado, puesto que la misma significa cuidado y crianza, el legislador en el art 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, nos da una definición doctrinaria de tenencia, por lo que es una decisión judicial en

virtud de la cual el juez competente encarga el cuidado y crianza de un 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 de la patria potestad la ejerzan los padres”⁶⁰

La tenencia prodiga el menor el cuidado y desarrollo moral y material, por consiguiente solo se la consigue mediante la vía judicial, limitada solo a los padres; Por lo que es necesario que se dé la evolución del derecho frente al interés superior del niño, a fin de garantizar el desarrollo moral y material del mismo. El Dr. Jorge Zabala Egas, sostiene que el Estado racional "Es el Estado que realiza los principios de la razón y para la vida común de los hombres, tal como estaba formulado en la tradición del Derecho racional"⁶¹.

Según el Dr. Fernando Andrade Barrera, “La tenencia es la permanencia del menor junto a sus padres, sobre la tenencia el tribunal considera la convivencia de que el menor continúe con su progenitor, con el que hubiere vivido largo tiempo, Se preferirá a la madre divorciada o separada del padre, para el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción del sexo, y de las hijas de toda edad, los hijos púberes estarna al cuidado del progenitor que ellos elijan, la tenencia se hará de manera que no

⁶⁰ Fernando Albán Escobar, *Derecho de la Niñez y Adolescencia Tercera Edición Actualizada*, GEMAGRAFIC, Quito- Ecuador 2010, página 157.

⁶¹ *Zavala Egas, Jorge, concepto sobre Estado y Derecho, editorial Eliasta 1999, Pág. 234*

cause daños psicológicos al menor”.⁶² La tenencia busca el desarrollo moral y psicológico dentro del desarrollo psicológico y moral por ende pretende como interés superior garantizar este derecho fundamental a favor del menor de acuerdo a las reglas establecidas de acuerdo a la edad del menor.

4.3.8 Seguridad jurídica a favor de la tenencia del menor:

Dice el Dr. César Muñoz Llerena, al referirse a la seguridad jurídica: “La seguridad tiene varios alcances: seguridad interna, externa y ciudadana. Nos interesa, en esta oportunidad, la seguridad jurídica, entendida esta como la oposición al abuso del poder, como la tutela a la libertad. La seguridad jurídica, como lo expresa el tratadista español Ángel Latorre, significa que “el Derecho sea cierto, es decir que sus normas sean conocidas y comprendidas y fijen su razonable precisión que ordenan, que prohíben, que autorizan o las consecuencias legales de nuestra conducta”. Por eso el caos y la ineficiencia legislativa afectan seriamente a la seguridad jurídica”.

Del tipo de leyes especiales que se genere dentro de aspectos fundamentales como la tenencia del menor de forma solidaria, dependerá

⁶²FERNANDO Andrade Barrera, *Diccionario jurídico educativo de los derechos de la Niñez y Adolescencia*. Anbar Fondo de la Cultura Ecuatoriana 2008 página 358.

el desarrollo y cumplimiento de sus derechos prioritarios y superiores, por lo tanto garantizar la eficacia del cumplimiento de los derechos de los niños, los mismos que tienen el derecho a desarrollarse moral y materialmente, no pueden ser limitados o discriminados por la falta de leyes, o por procedimientos que en muchos de los casos son costosos, y que pese a la gratuidad de la justicia no es asequible a los principales estratos sociales.

4.3.9 El derecho de tenencia dentro del principio de igualdad:

Todas las somos iguales ante la ley por ende tenemos los mismos derechos y condiciones, los derechos de los niños, niñas y adolescentes son de carácter prioritario en cuanto a la atención de los servicios públicos, entre los mismos se encuentra la justicia, que debe velar por el derecho integral de los niños, la Constitución garantiza además como derecho superior, es decir que no se puede anteponer ningún derecho por encima de los mismos para menoscabarlos.

Los niños, niñas y adolescencia son sujetos de derechos, es decir que para ser titulares de un derecho deben reunir la condición de personas. Persona es todo ente físico moral real, jurídico, y legal que está sujeto a derecho y obligaciones; así mismo según el diccionario jurídico Guillermo Cabanellas persona es sustancial individual de

naturaleza racional. Naturaleza humana encarnada en un individuo. Ser humano capaz de derechos y obligaciones; sujeto de derecho. Cualquier hombre o mujer. Y Según el Código Civil en el Art'41 "persona son todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad sexo o condición"⁶³.

Según el diccionario del Dr. Juan Larrea Holguín, Persona desde el punto de vista jurídico es el sujeto de derechos y obligaciones las persona de la especie humana, es todo individuo cualquiera que sea su edad sexo o condición, la defensa y desarrollo de la dignidad se aplica a la persona humana que Esla base de toda moral cristiana, la defensa de los derechos humanos se aplica por esta misma superioridad eminente de la persona"⁶⁴Se puede decir que persona es todo individuo sujeto de derecho y obligaciones y pueden ser estos naturales y legales

4.3.10 El Derecho de Tenencia.

La tenencia es un aspecto fundamental que solo se da judicialmente es decir mediante resolución judicial. La misma se puede presentar dentro de los procesos de divorcio, por mutuo acuerdo de las partes. Sobre el cuidado de sus hijos.

⁶³ Código Civil, Ediciones legales Quito- Ecuador. 2011 art 41.

⁶⁴ JUAN Larrea Holguín, Diccionario del Derecho Civil Ecuatoriano, Corporación de estudios y Publicaciones Quito- Ecuador página 362, 363

Dentro de un juicio de divorcio consensual o controvertido hay un incidente de tenencia. Incidente se le llama a un desprendimiento del juicio principal (que en este caso, sería el de divorcio) en el cual los padres acuerdan la tenencia. También puede haber un incidente por el régimen de visitas.

La forma de la "tenencia compartida" surgió en nuestro país hace pocos años, a partir de una demanda cada vez mayor de hombres que reclaman tener a su cargo el cuidado de sus hijos.

La Tenencia como Interés superior del niño. Cuando ninguno de los padres acepta dar la potestad al otro y, en interés del menor, el juez considere que ésta es la mejor opción. Pasadas las audiencias, psicólogos e informes de la asistente social, el Juez de Familia deberá determinar a cuál de los padres darle la tenencia o disponer responsabilidades mutuas en el cuidado de los hijos. Por lo general, se resuelve que el chico, aún mayor de cinco años, permanezca con su madre. La tenencia comienza siendo provisoria; luego puede convertirse en definitiva.

Si bien no está previsto en el Código Civil, lo ideal es que sean los padres los que hagan las rotaciones, para evitar el desarraigo de los niños, niño y adolescente de su propio hogar. Pero esta posibilidad no se da en la mayoría de los casos, porque para que se produzca la mudanza de los adultos. Lo general se aplica reglas.

Los menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien se considere más idóneo. Los progenitores quedarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos. La excepción a la tenencia materna, se da en los casos de grave conducta de la madre. El juez determinará, entonces, el cambio de tenencia.

4.3.11 Efectos Jurídicos de la Tenencia.

La tenencia trae consigo ciertos efectos jurídicos. Como la prestación alimenticia por parte del otro conyugue Habitualmente lo hace, aunque el monto es fijado por la tabla alimenticia. Lo justo es que si los dos se hacen cargo por igual de la manutención de los chicos, no tiene que existir la obligación de pasarse dinero entre adultos en concepto de cuota de alimentos.

- ✓ Se analiza la posesión económica de la persona que ejerce la tenencia.

- ✓ Se realiza la revisión psicológica del menor.

- ✓ En caso del menor haber pasado su pubertad puede decidir con cuál de los padres.

4.3.12 Tipos de Tenencia.

Dentro de los diferentes tipos de tenencia tenemos los siguientes:

- a) **La custodia compartida.**- Es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad.
- b) **En el caso de custodia no compartida,** y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos. Este tipo de custodia la establece, en su caso, el juez, en la sentencia que dicte las medidas aplicables a la separación o divorcio.

Se contrapone a la figura de la custodia monoparental, que es la usual en países de raigambre latina. En caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos.

En algunos casos esta solución del conflicto pos conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Pero

hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental en el menor y el dolor de éste por no contar con uno de sus progenitores.

Es por ello que surge la opción supuestamente la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas (jointcustody), aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando.

La Tenencia dentro de la relación de solidaridad. Como he manifestado en un inicio la tenencia debe darse dentro de la solidaridad, puesto que uno de los requisitos sustanciales para reclamar la misma es estar al día en la prestación alimenticia, en la actualidad la prestación alimenticia se da por la solidaridad cuando los obligados principales no pueden pasar alimentos o a su vez sean de la tercera edad, o estén con discapacidad.

La solidaridad familiar y social. Para el Dr. Juan Larrea Holguín “La finalidad de obtener un beneficio económico para sus propios socios, es el elemento indispensable para la sociedad, Si falta este, no hay sociedad, podrá haber una asociación o una corporación, con fines no lucrativos, por ejemplo beneficios científicos, corporativos, etc. No se desvirtúa, en cambio, la sociedad por el hecho de no obtenerse en la práctica ningún

beneficio, y tampoco, si los socios después de obtener una ganancia deciden cederla en beneficio de otros, haciendo donaciones de sus utilidades incluso habitualmente.”⁶⁵

4.3.13 De la protección del Estado frente al Interés Superior del niño, niña o adolescente.

El acogimiento familiar. Concepto y finalidad. El acogimiento familiar es una medida temporal de protección dispuesta por la autoridad judicial, que tiene como finalidad brindar a un niño, niña o adolescente privado de su medio familiar, una familia idónea y adecuada a sus necesidades, características y condiciones.

Durante la ejecución de esta medida, se buscará preservar, mejorar o fortalecer los vínculos familiares, prevenir el abandono y procurar la inserción del niño, niña o adolescente a su familia biológica, involucrando a progenitores y parientes.

Limitación del acogimiento familiar La situación de pobreza de los progenitores y de los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad en línea recta o colateral no es por sí misma razón suficiente para resolver el acogimiento familiar.

⁶⁵ *JUAN LARREA HOLGUÍN, Manual Elemental de Derecho en el Ecuador, Volumen 3, Corporación de Estudios y Publicaciones, página 371.*

Condiciones del acogimiento familiar. El acogimiento familiar deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Ejecutarse en un hogar previamente calificado para el efecto, por la autoridad competente;
2. Ejecutarse en una vivienda que, por su ubicación, permita que los niños, niñas y adolescentes sujetos a la medida, participen normalmente de la vida comunitaria y puedan utilizar todos los servicios que ésta ofrece;
3. Asegurar a los niños, niñas y adolescentes un adecuado proceso de socialización y garantizarles seguridad y estabilidad emocional y afectiva; y,
4. Garantizar que las relaciones del niño, niña o adolescente acogido se desarrollen en un contexto familiar y sean personalizadas, de forma que se posibilite la construcción de su identidad y el desarrollo de la personalidad.

El reglamento establecerá los requisitos que deben reunir los escogientes y más condiciones que deben reunirse para la declaratoria de idoneidad.

Derecho a contribución económica. El niño, niña o adolescente que se encuentre en acogimiento familiar tiene derecho a percibir por parte de sus familiares hasta el tercer grado de consanguinidad, y en ausencia o imposibilidad de éstos, por parte del Estado y los gobiernos seccionales, un aporte económico mensual suficiente para cubrir sus necesidades durante el tiempo que dure el acogimiento. La cuantía de este aporte económico será fijada semestralmente por el Juez de la Niñez y Adolescencia.

Ejecutores del acogimiento familiar. El acogimiento familiar se ejecutará a través de familias registradas en una entidad de atención autorizada para realizar estos programas. Para ejecutar un programa de acogimiento familiar, la entidad de atención, además de cumplir los estándares generales, deberá presentar un programa de formación para las personas y familias escogientes.

Prelación para el acogimiento familiar. Para el acogimiento familiar se seguirá el siguiente orden de prelación:

1. La familia a la cual ambos progenitores o el padre o la madre según quien ejerza la patria potestad, haya entregado al niño, niña o adolescente para su cuidado y crianza; y,

2. Una familia que garantice la protección y desarrollo integral del niño, niña o adolescente, preferentemente de su etnia, pueblo o cultura.

Todas las personas a quienes se encomiende el cuidado y protección de un niño, niña o adolescente en acogimiento familiar deben estar inscritas en un programa de acogimiento que les proporcionará la formación y capacitación necesarias y supervisará el desempeño de su cometido. Las personas señaladas en el numeral 1 se inscribirán en uno de los programas a los que se refiere el artículo anterior, desde que se formalice el acogimiento.

4.3.14 Deberes y obligaciones de las entidades de acogimiento familiar.

Además de las obligaciones generales a toda entidad de atención, aquella que ejecute programas de acogimiento familiar, deberá cumplir las siguientes obligaciones específicas:

1. Asumir la representación legal del niño, niña o adolescente acogido, cuando la resolución así lo determine;
2. Presentar oportunamente a la autoridad competente el proyecto global de la familia y el proyecto integral de

atención al niño, niña o adolescente acogido y velar por su cumplimiento;

3. Procurar el fortalecimiento de los lazos familiares y la superación de las causas que motivaron la medida;
4. Informar periódicamente a la autoridad competente la situación general del acogido o, en cualquier momento si cambian las circunstancias que motivaron la medida, para que ésta la ratifique, modifique o termine;
5. Participar en el esclarecimiento de la situación jurídica del niño, niña o adolescente privado de su medio familiar; y,
6. Agotar todas las acciones necesarias para reinsertar al niño, niña o adolescente en su familia.

Los progenitores o miembros de la familia del niño, niña y adolescente dentro del tercer grado de consanguinidad en línea recta o colateral tienen los siguientes derechos y deberes en el acogimiento familiar:

1. Cooperar en las decisiones que afecten al niño, niña o adolescente acogido;
2. Participar en la determinación de los aspectos generales en los que la familia del niño, niña o

adolescente se propone cambiar para mejorar las relaciones al interior de la familia, y contribuir para su cumplimiento;

3. Participar en la determinación y ejecución de los aspectos educativos, emocionales, físicos, psicológicos y afectivos que deben impulsarse para el crecimiento y desarrollo integral del niño, niña o adolescente y apoyar su cumplimiento;
4. Contribuir económicamente, según sus posibilidades, a la manutención del niño, niña. O adolescente sujeto de acogimiento; y,
5. Mantener las referencias, vínculos, visitas y atenciones con relación a su hijo, hija o familiar acogido. A falta o ausencia de las personas referidas en este artículo, se procurará la colaboración de las personas o familia con las que estuvo el niño, niña o adolescente antes del acogimiento.

4.3.15 Derechos y Responsabilidades del Niño, Niña o Adolescente acogido.

El niño, nula o adolescente acogido tiene los siguientes derechos y responsabilidades específicas:

1. Ser informado de la naturaleza de la medida y expresar su opinión para el acogimiento, según su desarrollo evolutivo;
2. Recibir de las personas que lo acogen cuidado y atención adecuados;
3. Participar en la ejecución del proyecto de vida que comprenda todas las áreas para su desarrollo integral; y,
4. Guardar respeto y colaborar con la familia acogientes y la entidad autorizada para el cumplimiento de los objetivos del acogimiento familiar.

Terminación del acogimiento familiar. El acogimiento familiar termina por:

1. La reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica
2. La adopción del niño, niña o adolescente;
3. La emancipación legal del acogido, por las causas previstas en los ordinales 20 y 40 del artículo 328 del Código Civil; y,
4. Resolución de la autoridad que dispuso la medida.

Prohibición de lucro. Se prohíbe la obtención de lucro como consecuencia del acogimiento familiar.

Opción para adoptar a niños acogidos. Las personas que hayan tenido a un niño, niña o adolescente en acogimiento familiar, tendrán opción prioritaria para su adopción, siempre que cumplan con los requisitos legales.

4.3.16 El Acogimiento Institucional.

Concepto y finalidad. El acogimiento institucional es una medida transitoria de protección dispuesta por la autoridad judicial, en los casos en que no sea posible el acogimiento familiar, para aquellos niños, niñas o adolescentes que se encuentren privados de su medio familiar. Esta medida es el último recurso y se cumplirá únicamente en aquellas entidades de atención debidamente autorizadas.

Durante la ejecución de esta medida, la entidad responsable tiene la obligación de preservar, mejorar, fortalecer o restituir los vínculos familiares, prevenir el abandono, procurar la reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica o procurar su adopción.

Terminación del acogimiento institucional. El acogimiento institucional termina por:

1. Reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica,

2. Acogimiento familiar;
3. Adopción del niño, niña o adolescente;
4. Emancipación legal del acogido; y,
5. Resolución de la autoridad competente que lo dispuso.

Son aplicables al acogimiento institucional las disposiciones de acogimiento familiar pertinentes, especialmente las referidas a la limitación de acogimiento por pobreza, contribución económica, deberes y obligaciones del acogiente, deberes y derechos de los niños, niñas y adolescentes y su familia, así como la prohibición de lucro.

Sin perjuicio de la facultad de los órganos competentes para actuar de oficio y de los casos en que se concede acción pública, pueden proponer la acción administrativa de protección:

1. El niño, niña o adolescente afectado;
2. Cualquier miembro de su familia, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
3. La Defensoría del Pueblo;
4. Las Defensorías Comunitarias; y,
5. Cualquier otra persona o entidad que tenga interés en ello.

Los derechos consagrados en la Constitución y en el presente Código, y en las demás disposiciones vigentes, serán reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna, por razones de condición familiar, social, económica, política, étnica, religiosa, o cualquier otra condición suya, de sus padres, familiares, o sus representantes. Es deber de la familia, la comunidad, la sociedad en general y el poder público asegurar, con absoluta prioridad.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 Venezuela.

“El Estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción, independientemente del origen étnico, nacional o social, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos psíquicos o físicos, dentro de la patria potestad y tenencia del menor, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus representantes legales.

El Estado pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del, principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo.

El Estado asegurará la aplicación de toda norma que dé efectividad a esos derechos.”⁶⁶

La legislación ecuatoriana. Dentro de lo que se refiere al interés superior del niño y latencia nuestro Estado garantiza el interés superior del menor puesto que el mismos garantice la pleno ejercicio de sus derechos a su como de su desarrollo moral e integral.

⁶⁶GOOGLE CODIGO DE LA NIÑEZ YLA ADOLESCENCIA. LEY N° 17.823. VENEZUELA 09/ 29/ 2009
10H00

4.4.2 Argentina

Durante el matrimonio la custodia de los hijos es compartida. Ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos. Cuando la pareja se divorcia el peor problema que resolver suele ser la custodia de los hijos.

La custodia es física mientras que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad. La ley y la jurisprudencia establecen que para hijos menores de cinco años la custodia es de la madre. El artículo 206 de la ley 23.515 de reforma al régimen de familia que rige en Argentina desde 1987, establece entre los efectos de la separación personal, con quien quedarán los hijos. Los menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, exceptuándose los casos en que esto pueda afectar el interés del menor, al comprobarse causas graves.

Luego de los 5 años se tendrá en cuenta lo acordado por los padres, y si no llegan a un acuerdo lo decidirá el Juez, recayendo la tenencia en aquel de los padres que el magistrado considere más idóneo. Esto no quita que el padre o madre que no ejerza la tenencia no deba cumplir sus obligaciones paternas.

El artículo 271 de la misma ley dispone que en caso de separación personal o divorcio vincular, nulidad de matrimonio o separación de

hecho, los dos padres, a pesar de tener uno solo la tenencia, tienen el deber de prestar alimentos a sus hijos y educarlos.

Quien ejerce legalmente la tenencia, posee el ejercicio de la patria potestad, pero el otro padre debe poder continuar la comunicación con su hijo y además posee el derecho de supervisar su educación (Art. 3 inciso 2 de la ley 23.264 de 1985 sobre patria potestad).

En general se resuelve la tenencia a favor de la madre, aún en el caso de mayores de 5 años. Actualmente siguiendo el modelo de Francia e Inglaterra se pretende introducir en la Argentina la tenencia compartida, donde ambos padres rotan los días de la semana en que los niños viven con uno o con otro. Esto trae el inconveniente que los niños no poseen un lugar que puedan sentir como propio, y sus cosas están distribuidas en dos casas, que a veces están alejadas una de la otra, lo que también los aleja de sus obligaciones escolares y sus compañeros.

Se discute si la mediación obligatoria es aplicable a estos juicios de tenencia de hijos, pues la ley 24.573 no los nombra específicamente. Esto divide a la doctrina y la jurisprudencia, entendiéndose en general que no corresponde en estos casos la mediación obligatoria. En general la tenencia se tramita como un incidente dentro del juicio de divorcio o separación personal.

En la Legislación Ecuatoriana. Dentro de la legislación ecuatoriana, el Estado garantiza el derecho de tenencia de los padres, de la misma forma que es mancomunada dentro de los que es el régimen de visitas, es similar la tenencia del menor de forma voluntaria o como incidentes dentro de los procesos especiales de menores.

4.4.3 Colombia.

Proyecto de Ley No.2007. Por medio de la Cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores. El Congreso de Colombia

Art 1. La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres.

Art 2º. “En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en el artículo 31 de la ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el

Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores”⁶⁷.

Art 3º. “Al padre o madre que le corresponda la custodia, estará obligado a la crianza, educación, salud y cuidado personal de los hijos. Sin perjuicio de la responsabilidad de aquél que no tiene la custodia para el período determinado, en lo concerniente a la obligación alimentaria, pero conservando el derecho a mantener relaciones personales y directas con los hijos menores, de modo regular. Este derecho es irrenunciable, y es deber del Juez de Familia salvaguardar su cumplimiento a petición de parte”⁶⁸.

Art 4º. “Al momento de entrar a regir ésta ley, en los casos en que hubiera sentencia en firme y ejecutoriada, a petición de parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Custodia Alternada. A falta de acuerdo se fijará según lo que estime el Juez de Familia”⁶⁹.

Art 5º. “Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres.”⁷⁰

⁶⁷ GOOGLE CODIGO REGIMEN DE CUSTODIA DE MENORES DE COLOMBIA Art 2. 10H00

⁶⁸ Ibidem art 3

⁶⁹ Ibidem art 4

⁷⁰ Ibidem art 5

Art 6º. “La Custodia y el Cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.
3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
5. Incumplimiento de la ley de custodia compartida, cualquiera sea la forma de entorpecer el derecho que le corresponde al otro progenitor.
 6. Fallecimiento del progenitor Tutor.
 7. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor.
 8. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
 9. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
- 10 Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
- 11 Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre no tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
- 12 Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será

previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor. Artículo El progenitor que provoque maltrato cualquiera que éste sea, legalmente comprobado, obligue o induzca a la prostitución o incite a la delincuencia perderá por dos (2) años la custodia de sus hijos, sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes. No obstante el Juez de Familia atendiendo al interés superior del menor podrá otorgar condiciones especiales para que éste, periódicamente se relacione con el progenitor en aras de no perder el lazo filial y afectivo”⁷¹.

Art. 9º. “El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de “Ejercicio Arbitrario de la Custodia”⁷².

Art 10º. “Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.”⁷³

La Legislación Ecuatoriana. La suspensión de la tenencia del menor al igual que en nuestra legislación busca el desarrollo moral, y material del menor, en nuestro Estado también se ha implementado

⁷¹ GOOGLE CODIGO REGIMEN DE CUSTODIA DE MENORES DE COLOMBIA .Art 8

⁷² Ibidem. Art 9

⁷³ Ibidem Art. 10

mecanismos jurídicos para garantizar el derecho no solo prioritario sino también superior del menor.

4.4.4 Perú.

El artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, estableciendo que la tenencia de los hijos será compartida entre los padres, salvaguardándose en todo momento el interés superior de los menores. La norma que fue sancionada favorablemente por unanimidad -la misma también fue exonerada del trámite de segunda votación- alcanza específicamente a los padres separados de hecho (que no viven juntos). Para el efecto se garantiza que la tenencia de los niños y adolescentes sea determinada- en primer término- de común acuerdo de los padres tomando en cuenta el parecer del menor. Sin embargo se precisa que de no existir acuerdo o si éste resultara perjudicial para los hijos, la tenencia será resuelta por el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, "pudiendo disponer la tenencia compartida salvaguardando el interés superior del niño y el adolescente". En ese sentido se precisa que en el caso específico que haya un desacuerdo entre los padres, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia de los hijos, al que garantice el derecho del menor a mantener el contacto con el otro progenitor. En la parte considerativa del dictamen se precisa que uno de los problemas más graves de un proceso de separación y divorcio de los padres, es el que concierne a la tenencia de los hijos así como al régimen de visitas.

La Legislación Ecuatoriana El derecho de alimentos es igual en los principios y la protección de los derechos y garantías por parte del Estado en la actualidad los derechos de alimentos se extienden en cuanto a la edad, de la misma manera es diferente en cuanto a la exigibilidad de cuentas en los gastos en beneficio del menores en tanto que en nuestra legislación este derecho no se encuentra contemplado o regulado.

Dentro de nuestra legislación se dan los mismos parámetros y no se establece un control eficaz frente al conocimiento de los derechos de los niños y niñas en la satisfacción de sus necesidades básicas y fundamentales, de igual forma se dan principios universales dentro del cumplimiento de los mismos con excepción del establecimiento de las defensorías del niño y comisarías distritales.

4.4.5 CAUSISTICA

PROCESO: 1172 -2009

JUZGADO: Primero de la Niñez y Adolescencia de Tungurahua

TIPO DE CASO: Tenencia

Resumen:

En el juzgado primero de la Niñez y Adolescencia, se da inicio al proceso por parte de la Actora Narcisa de Jesús Bano Guizado, quien por encontrarse fuera del país envió un poder especial de procuración judicial a favor de su abogado defensor Dr. Hugo Daniel Camino Mayorga quien dará inicio a todo trámite, en donde deduce la acción de Tenencia Legal del hijo menor de edad de su demandante en contra del padre del mismo Sr. Isaac Enrique Freire Andrade , con quien la demandante está casada , la demanda se fundamenta en que la actora viajó a Bélgica y a los seis meses le llevó a su cónyuge al igual que a su hijo menor de edad a fijar su residencia definitiva, mas resulta que el cónyuge de la actora regresó al Ecuador en enero del 2008 conjuntamente con el menor de edad, sin la autorización respectiva de la madre dejando a la misma abandonada en la ciudad, por lo que pide que se le conceda la tenencia legal del menor de edad a la mandante que como madre le corresponde.

En sentencia se considera que el menor permanezca con su padre, ya que le brindara seguridad, estabilidad de acuerdo al estudio realizado por la oficina

Conclusiones

En el primer caso considero, que es indispensable que exista una mejor evaluación para los menores por parte de la oficina técnica, tomando en cuenta el daño psicológico que les causó la separación tan

repentina del hogar por parte de la madre, para que ellos puedan asimilar con mayor claridad los cambios que se dieron.

En el segundo caso considero, que el padre del menor no actuó de buena fe al traerse al menor sin autorización de la madre, pero si le está brindando una educación y el trato al menor es el adecuado de acuerdo al informe emitido por la oficina técnica está bien que se encuentre con su padre pero se debe realizar un seguimiento sobre si en verdad se está comunicando con su madre que de igual manera el menor necesita tener comunicación con su madre.

Comentario

Desde mi punto de vista, creo que este tipo de casos se da por el desacuerdo entre los padres de los niños niñas y adolescentes que por una parte uno de los progenitores no es responsable en su totalidad de su hijo puede ser el padre o la madre, y siempre el que solicita la tenencia es el progenitor con mayor responsabilidad.

La tenencia ha sido regulada en algunas legislaciones en beneficio de los derechos superiores del niño. Niña y adolescente, los mismos que equiparan procedimientos para lograr su desarrollo moral y material, dentro de la presente resolución se trata de recopilar la mayor parte de doctrina en la se ha fundamentado gran parte de los litigios de tenencia compartida en pro de los benéficos de los derechos del niño.

5 MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Materiales

Dentro de la presente investigación e utilizado los materiales como computadores que me permitieron la elaboración de textos, recuadros y recopilación de la información. De la misma manera he utilizado materiales de escritorio como papelería, anillados, empastados.

5.2 Métodos.

En la presente investigación socio-jurídica en las que aplique los siguientes métodos;

El método científico, dentro del cual la observación, el análisis y síntesis son procesos lógicos para alcanzar su propósito. Asimismo emplearé

El método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, me permitirá conocer el problema socio jurídico, así como la selección y revisión bibliográfica del tema, con la finalidad de recopilar la información del marco referencial, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar, en el presente caso me propongo realizar una investigación “socio-jurídica”, que se concreta en una investigación del Código de la Niñez y Adolescencia dentro de la institución jurídica de la tenencia, tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, para garantizar el interés superior del niño...

5.3 Fases

Procedimiento y Técnicas

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis me sirvieron para el desarrollo de la presente investigación jurídica propuesta, apoyados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. **La investigación de campo** se concretará a recopilar la opinión de las personas conocedoras de esta problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en tablas, barras o centro-gramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y consecuentemente para establecer las conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS

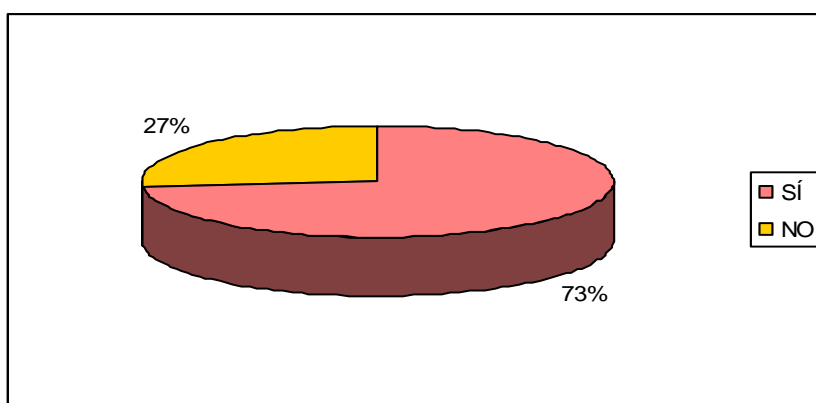
6.1 Resultados de las Encuesta.

1.- ¿considera usted necesario que se garantice los derechos prioritarios del niño, niña o adolescente frente a la tenencia por parte de familiares?

SI () NO (). ¿Por qué?

CUADRO 1.- La tenencia de menores.

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	22	73%
NO	8	27%
TOTAL	30	100%



AUTOR: EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

ENCUESTA REALIZADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE LOJA

INTERPRETACIÓN

De los 30 profesionales encuestados los 22 que corresponde al 73%, respondieron afirmativamente sobre garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de sus familiares, y sostienen que si debe garantizar los derechos prioritarios de los niños, y 8 que corresponden al 27% manifiestan que constituye una medida de garantía para los menores pero en el caso de que los padres sean indignos. Puesto que maltratan menor, no conviven con él, entre otros factores frecuentes en los hogares.

Análisis

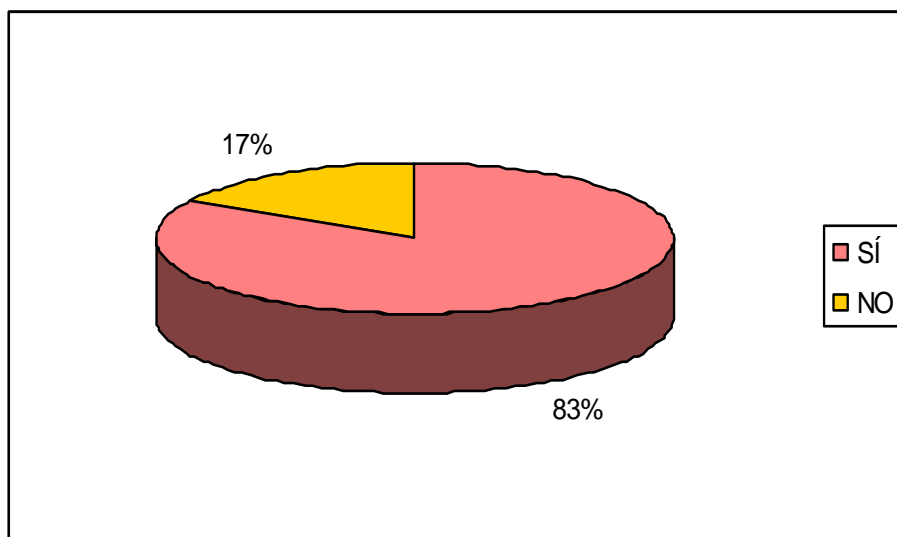
En esta pregunta la mayoría de encuestados están de acuerdo que de ser implementada sería una garantía para el menor frente a la tenencia de sus familiares, y se daría una seguridad jurídica a la sociedad por medio del control de la eficacia de los derechos prioritarios de los niños

2.- ¿Cree que es necesario que los familiares que ayudan y cuidan al menor e incluso los que pasan alimentos deben poseer la tenencia del mismo, por ser los padres irresponsables, por maltrato, abandono, o no convivir con los mismos?

SI () NO (). ¿Por qué?

CUADRO 2.- La tenencia del menor por los familiares.

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%



AUTOR: EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

ENCUESTA REALIZADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE LOJA

INTERPRETACIÓN

De 30 profesionales encuestados, contestaron afirmativamente que cuando los familiares contribuyan directamente al cuidado, de los menores abandonados, maltratados; Que equivale a 25 que responden que sí, que equivale al 83%, nos indican que es conveniente para que se pueda garantizar la vigilancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y 5 que no que equivale al 17% supieron contestar que no sería recomendable puesto que los padres ejercen la patria potestad.

Análisis

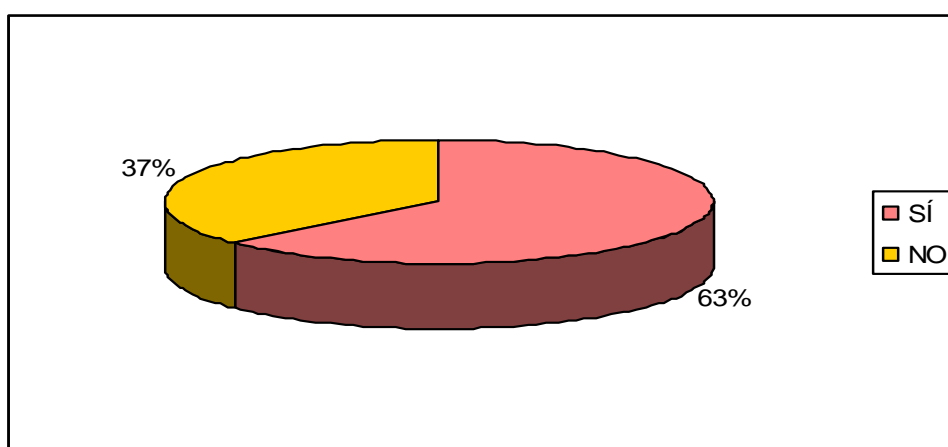
Los encuestados nos manifiestan que deben a tenencia a los familiares cuando los padres sean indignos. Puede manifestar que existen procedimientos especiales en los que se da de oficio en otras legislaciones decide sobre la tenencia como interés superior, en nuestra legislación aún no se considera.

3.- ¿Cree que los derechos de los niños son vulnerados por la falta de ley frente a la tenencia, de familiares?

SI () NO (). ¿Por qué?

CUADRO 3. Falta de ley frente a la tenencia del menor.

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	19	63%
NO	11	37%
TOTAL	30	100%



AUTOR: EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

ENCUESTA REALIZADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE LOJA

INTERPRETACIÓN

De 30 profesionales que da un personaje del 100% de los encuestados los 19 profesionales que equivale el 63% sobre la vulnerabilidad de los derechos del menor de edad, nos manifiestan que es necesario que los derechos del menor no sean vulnerados, puesto que actualmente representan un interés superior, y 11 profesionales que equivale el 37% me manifestaron que aunque haya ley se vulneran los derechos del niño.

Análisis

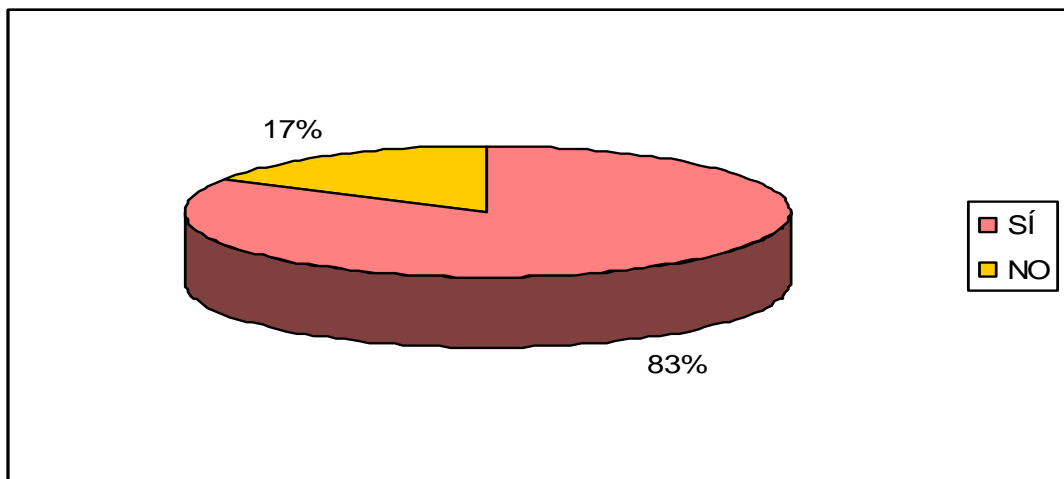
Los derechos del menor deben ser garantizados por las leyes, las mismas que deben proteger los derechos e interés superior de los niños.

4.- ¿En qué casos considera que debe darse la tenencia de menores a familiares; Cuando sean declarados indignos por un juez, cuando se compruebe abuso o riesgo de los menores, cuando exista abandono frecuente del menor?

SI () NO (). ¿Por qué?

CUADRO 4.- La tenencia de menores a familiares.

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%



AUTOR: EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

ENCUESTA REALIZADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE LOJA

INTERPRETACIÓN

De un total de 30 encuestados, 25 profesionales que representan el 83 % contestan afirmativamente sobre las diferentes causales en las cuales puede darse la tenencia de menores a los familiares, debe darse cuando el menor sea maltratado o abandonado, o cuando el padre o madre fallezcan, mientras que los 5 profesionales que equivale el 17 % nos indican que no debe darse la tenencia cuando los padres existan.

Análisis

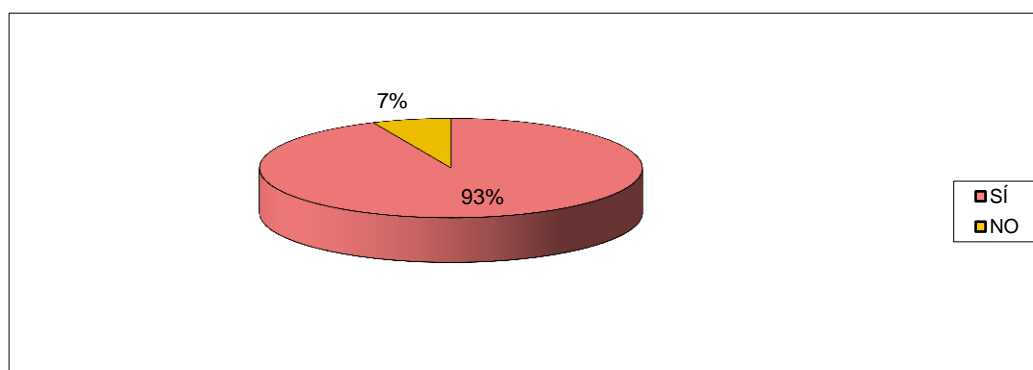
De la mayoría de los encuestados nos manifiestan que la cuando exista una indignidad contemplada en la ley, por lo que los padres sean declarados incapaz de mantener la patria potestad.

5.- ¿Considera que la tenencia de menores de edad dada a familiares contribuye al desarrollo moral y material del mismo?

SI () NO () ¿Por qué?

CUADRO 5.- La tenencia y el interés superior del niño.

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%



AUTOR: EFREN ADRIANO MALDONADO LUDEÑA

ENCUESTA REALIZADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE LOJA

INTERPRETACIÓN

De los 30 profesionales encuestados responden afirmativamente sobre precautelar los derechos del menor; 28 profesionales contestan que sí que equivale al 93 consideran que si es necesario garantizar su formación y desarrollo moral y material, y 2 últimos encuestados, que equivale el 7% consideran que no puesto que la familia no debe disgregarse.

Análisis

El interés superior del niño, debe ser precautelado por parte del Estado por medio de leyes que garantice el pleno ejercicio de sus derechos y por ende su desarrollo moral y material.

6.2 Análisis y Resultados de la Entrevista.

Dentro de la presente problemática me he planteado la siguiente entrevista a las autoridades de la ciudad de Loja como son Los Juzgados de la Niñez y Adolescencia al tenor del siguiente cuestionario.

1.- ¿Cree que en la actualidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes son garantizados como interés prioritario frente a la tenencia por familiares que les prestan ayuda en ausencia de los padres? SI () NO (). ¿Por qué?

✓ Muchos de los niños y niñas tienen son cuidados por sus familiares algunos de sus padres los abandonan o maltratan, o emigran y ni siquiera se preocupan de ellos.

✓ El derecho al desarrollo del niño, en consecuencia es un derecho exigido por los padres y quienes ejercen la patria potestad. En muchos de los casos los mismos no les brindan un cuidado adecuado.

✓ Hay muchos familiares que cuidan a los niños, niñas y adolescentes mejor que los padres. El Estado no garantiza de forma eficaz los derechos de los niños.

2.- ¿Es necesario que se introduzca reformas sustanciales dentro de la tenencia de los niños, niñas, y adolescentes, a fin de garantizar su interés superior? SI () NO (). ¿Por qué?

✓ Debe establecerse parámetros dentro de la tenencia de los niños, niñas, y adolescentes, para que se establezca un hogar a favor de los familiares que los han ayudado, cuando los padres son indignos del cuidado de los mismos.

✓ Es necesario que se garantice el interés superior del niño, niña o adolescente, puesto que los mismos poseen todo el derecho a un desarrollo integral, en muchos de los casos este derecho es violentado por sus propios progenitores.

✓ El derecho superior del niño debe anteponerse a los maltratos y abandono que sufren por parte de sus padres, en conciencia debe establecerse parámetros para garantizar el cumplimiento de los derechos del menor.

3.- ¿Considera necesario que se realice reformas al Código de la Niñez y Adolescencia para dar la tenencia definitiva a familiares que le dar cuidado al menor? SI () NO (). ¿Por qué?

✓ Si los mismos no atentan en contra de la constitución y los derechos del menor son necesarios, que se especifique en qué condiciones debe darse la tenencia definitiva en pro de los derechos de interés prioritario del menor

✓ Es importante sería una garantía que el Estado garantiza a favor del menor. Para que no se violenten sus derechos y puedan crecer de forma integral.

✓ Es imprescindible que no se vulnere los derechos de los niños, por lo que se necesita de una reforma dentro de los procedimientos. Más sencillos y rápidos buscando el bienestar y cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

4.- ¿Considera necesario que la tenencia definitiva de los familiares contribuye al desarrollo moral o material del niño? SI ()
NO (). ¿Por qué?

✓ Si en los casos de ausencia definitiva de los padres o cuando los mismos sean indignos de prodigarles una crianza justa.

✓ Es importante que se defina en qué casos se debe dar la tenencia definitiva de los niños, niñas y adolescentes; a fin de que se garantice el desarrollo como interés prioritario del menor.

✓ Es importante garantizar los derechos de los niños, niñas, y adolescentes, por lo que se hace necesario mecanismos jurídicos para brindarles la protección adecuada al menor.

COMENTARIO PERSONAL

La mayor parte de los encuestados nos manifiestan que se debe garantizar el interés superior del niño, en consecuencia se debe garantizar su desarrollo moral y material, dentro de su protección dentro del núcleo familiar

6.3 Fundamentos de la propuesta jurídica

El interés prioritario del niño es de carácter universal, por consiguiente responde a los principios de solidaridad el mismo que nace dentro de la relación de consanguinidad o parentesco, regulados directamente por el Estado dentro de uno de los principios como lo es el de autoridad y justicia por consiguiente deben precautelar el bien común y el interés prioritario de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La convención de los derechos del niño plantea

1- Derecho del Hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación (art.18 de la Convención)

2- Derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de forma regular (art.9 punto 3 Convención).

3- El niño debe ser oído.Laopinión del hijo y su gravitación en la decisión judicial.

4- Tratamiento interdisciplinario e intervención socio-terapéutica frente a los conflictos de los padres por cuestiones de tenencia o de comunicación con sus hijos.

5- Derecho del niño al sustento y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. (arts.18 y 27 de la Convención).

6- Medidas frente al incumplimiento alimentario al hijo no reconocido. Alimentos a la Mujer Embarazada.

7- El derecho a que los Estados Partes tomen todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Los derechos fundamentales de los niños son dados por la Constitución la misma que establece principios, los derechos de alimentos, así como todos y cada uno de los derechos como son patria potestad, tenencia, ayuda prenatal, régimen de visitas, suspensión de la patria potestad, incidentes de alza de pensión, por consiguiente el Estado busca la inclusión social y de género dentro de los derechos como seguridad alimentaria, contemplado dentro de los derechos del buen vivir.

Los derechos de los niños son derechos igualitarios por consiguiente se prohíbe toda discriminación en todo orden, siendo judicial y administrativamente una obligación del Estado velar por el bien común, procurando el efectivo goce de los derechos contemplados en la Constitución así como en el Código de la Niñez y Adolescencia los mismos que no pueden ser vulnerados, ni exigirse requisitos no establecidos en la Constitución y las leyes.

Art. 45.- “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se aplicará el principio de

su interés superior, y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, los niños y adolescentes tienen 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.⁷⁴

Por lo que es necesario que tanto los procedimientos para asegurar la eficacia de los alimentos se encuentren especificados en la ley para que los mismos no sean inconstitucionales y vulneren derechos y garantías establecidos en la constitución e instrumentos internacionales

Cuando ninguno de los padres acepta dar la potestad al otro y, en interés del menor, el juez considere que ésta es la mejor opción. Pasadas las audiencias, psicólogos e informes de la asistente social, el Juez de Familia deberá determinar a cuál de los padres darle la tenencia o disponer responsabilidades mutuas en el cuidado de los hijos. Por lo general, se resuelve que el menor, aún mayor de cinco años, permanezca

⁷⁴ *CONSTITUCIÓN de la República, Ediciones legales, 2009, Quito-Ecuador, Art. 45*

con su madre. La tenencia comienza siendo provisoria; luego puede convertirse en definitiva.

Si bien no está previsto en el Código Civil, lo ideal es que sean los padres los que hagan las rotaciones, para evitar el desarraigo de los niños, niño y adolescente de su propio hogar. Pero esta posibilidad no se da en la mayoría de los casos, porque para que se produzca la mudanza de los adultos. Lo general se aplica reglas;

Los menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien se considere más idóneo. Los progenitores quedarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

La excepción a la tenencia materna, se da en los casos de grave inconducta de la madre. El juez determinará, entonces, el cambio de tenencia.

La tenencia trae consigo ciertos efectos jurídicos. Como la prestación alimenticia por parte del otro conyugue Habitualmente lo hace, aunque el monto es fijado por la tabla alimenticia. Lo justo es que si los dos se hacen cargo por igual de la manutención de los chicos, no tiene

que existir la obligación de pasarse dinero entre adultos en concepto de cuota de alimentos.

Se analiza la posesión económica de la persona que ejerce la tenencia.

Se realiza la revisión psicológica del menor.

En caso del menor haber pasado su pubertad puede decidir con cuál de los padres.

“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”⁷⁵

Los derechos humanos para su cumplimiento poseen un orden doméstico como internacional para garantizar la eficacia de los derechos pero dentro de la materia de los alimentos considera a los niños como un

⁷⁵ *Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales Quito Ecuador 2009. Art. 36*

sector prioritario. 9. “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”⁷⁶

Los derechos prioritarios en cuanto a tenencia de menores a familiares que les brindan protección y cuidado deben ser implementada dentro del Código de la niñez y adolescencia a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a sus derechos y buen desarrollo moral y material. Y garantizar una seguridad jurídica frente al cumplimiento cabal del interés superior del niño

⁷⁶ CONSTITUCIÓN de la República, Ediciones legales, 2009, Quito-Ecuador, Art. 11 Lit. 9

7 DISCUSIÓN

7.1 Verificación Del Objetivo General

Dentro de la presente investigación me he propuesto los siguientes objetivos;

7.2 Objetivo General.

❖ Determinar los factores, causales, explicados que permitan determinar la tenencia definitiva a favor de los familiares que brinden cuidado y protección en ausencia de los padres.

Este objetivo lo he alcanzado a través de un análisis jurídico redactado en el marco conceptual sobre la familia, los tipos de familia; de la misma forma que dentro del marco en el que parto de los derechos constitucionales a favor de la familia, y de los niños, niñas y adolescentes; Y doctrinario que lo he planteado dentro de los puntos del interés superior del niño, así como y los elementos jurídicos constitucionales favor de la familia y el niño, la legislación comparada en la cual he determinado el carácter de universal de los principios de los derechos como interés superior del niño. De la misma manea he realizado un análisis prolijo de los derechos y principios constitucionales, legales del código de la Niñez y Adolescencia el mismo que consta dentro de la base legal de la presente tesis.

7.3 Objetivos específicos.

- ❖ **Determinar los efectos que se provoca en los menores que son obligados a retomar el núcleo familiar inicial por el regreso de sus progenitores.**

Lo he alcanzado puesto que dentro del marco doctrinario he demostrado que el juzgador siempre debe dar la tenencia para proteger los daños físicos o psicológicos del menor. He determinado los diferentes vacíos legales así como los Principales derechos de los niños frente a la tenencia, en los cuales se encuentran conculcados sus principales derechos, lo que se compagina también dentro de la investigación de campo, de la misma forma que lo establezco con los diferentes análisis dentro del desarrollo de la presente tesis.

- ❖ **Realizar un estudio comparativo del marco jurídico, relacionado con la tenencia de menores. Con otras legislaciones especialmente en latino América.**

Este objetivo lo he alcanzado con el análisis de la legislación comparada en la que se demuestra la evolución de los derechos de familia y de la tenencia de menores. En la misma se establece sobre esta institución jurídica.

❖ **Plantear una propuesta encaminada a posibilitar la tenencia definitiva de los menores a favor de los familiares que le brindaron cuidado y protección en ausencia de sus padres.**

Este objetivo lo he logrado a través de un análisis jurídico doctrinario en el que me ha permitido proponer una reforma legal para precautelar la eficacia de los derechos del menor y sobre todo de los niños como interés superior.

7.4 Verificación de Hipótesis

❖ **“El Código de la Niñez y Adolescencia adolece de insuficiencia normativa para permitir la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, hacia otros familiares que no sean padre o madre, y les brindaron protección y ayuda en ausencia”.**

Me permito señalar que la hipótesis planteada se ha cumplido positivamente, ratificando el hecho de que se favorece el derecho del menor como interés superior dentro de la sociedad mediante el cumplimiento efectivo de sus derechos, de la misma forma los he cumplido al comprobar las limitaciones del Código de la Niñez y Adolescencia frente a la institución jurídica de tenencia de menores.

8. CONCLUSIONES

Luego de haber concluido con mi investigación que he realizado sobre el tema propuesto, he llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La tenencia es un derecho que poseen. Las niñas, los niños y adolescentes tienen 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.

SEGUNDA.- la tenencia. Es uno de los derechos prioritarios de los niños, niñas y adolescentes. El interés prioritario del niño es de carácter universal, por consiguiente debe darse en beneficio de los menores. A fin de garantizar los derechos de los mismos como interés superior y prioritario.

TERECERA.- El Juez de la niñez y adolescencia confiara el cuidado y crianza a los familiares cuando el menor se encuentre en vulnerabilidad o riesgo, o cuando los padres sean declarados indignos de su cuidado, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia de forma definitiva cuando lesionen el interés superior del niño.

CUARTA.-Los derechos del menor son prioritarios y de interés superior, El juez también podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia del menor con el familiar que le brinda cuidado y protección, observando su situación psicológica y capacidad económica las mismas que serán definitivas siempre y cuando el juzgador no las modifique por incidentes que se comprueben conforme a derecho.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA.- A los asambleísta para garanticen el interés superior de los derechos del menor. Mediante las leyes dentro de la institución de la tenencia en beneficio del menor.

SEGUNDA.- Al Presidente de la República para que genere programas en beneficio del menor. Y asegurar la eficacia de la tenencia se encuentren especificados en la ley para que los mismos cumplan con el interés superior del niño, y no vulneren derechos y garantías establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales.

TERCERA.- A los padres de familia a fin de que se garantice el efectivo goce de los derechos contemplados en la Constitución así como en el Código de la Niñez y Adolescencia, los mismos que debe generar una seguridad jurídica dentro de la tenencia que se les dé a los familiares del menor.

CUARTA.- Que los legisladores deben plantear reformas sustanciales dentro del Código de la Niñez y Adolescencia para crear la tenencia a familiares, para cumplir con los preceptos y garantías puesto que el Estado garantiza a la sociedad y la familia derechos prioritarios para el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que la Constitución prevalece sobre cualquier norma, como lo señala la Supremacía Constitucional señalada en el Art 424 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en los cuales se los debe proteger cuando los mismos sufran de descuido por parte de sus progenitores, o quienes ejercen la tenencia o patria potestad.

QUE, Que es necesario que los derechos prioritarios para el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se aplicará el principio de su interés superior e interés superior. Por lo que es necesario que se garanticen mediante mecanismo jurídicos la tenencia legal de los niños, niña y adolescente

QUE, Los principios del derecho de carácter personalísimo solo nacen de la ley y es necesaria una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para garantizar la eficacia de los derechos de los niños en lo referente a la tenencia de los niños por parte de sus familiares que les brinden protección y cuidado.

EXPIDE

La siguiente ley reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia.

Agréguese.

A continuación del art 121

Art 121 A.- Dentro de los procesos especiales de alimentos, puede el juez a petición de parte o de oficio, tratar sobre la tenencia legal de un niño, niña o adolescente cuando el mismo sufre de un daño grave y inminente que lesione sus derechos fundamentales, previo a informe de las unidades especializadas de protección de los derechos del menor.

Para el efecto el juez basado en los informes técnicos, concederá la tenencia del niño, niña o adolescente, de acuerdo a la solidaridad de prestación alimenticia, de carácter provincial o definitivo.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los.....días del Mes de.....del 2011

F.....

El Presidente

F.....

El Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS Guillermo, Diccionario de derecho Usual, Tomo II, ediciones heleaste S.R.C 1998.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA: Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Loja. 2002
- CODIGO CIVIL, Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito y Ecuador, año 2005.
- COELLO GARCIA, Enrique, Derecho Civil Ecuatoriano, Derecho de familia, Tomo V Departamento y Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central de Quito, año 1984.
- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Ecuador, 2008.
- HOLGUIN LARREA, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo II, Derecho Matrimonial, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito, 1985.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luís, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano Volumen II, Personas Familia, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, año 1998.
- PEREZ GERREO Alfredo: Manual de Derecho Civil, Tomo 1, Editorial Universitaria Quito, 2004.
- OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Editorial Bibliográfica Argentina Lavalle, Buenos Aires, 1954.
- PLANIOL Marcel, Tratado del Derecho Civil, tomo 2, Editorial Herder S.A, La Habana, 1946.
- SUARES FRANCO, Roberto Derecho de Familia, Tomo II. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1998.

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

UNIDAD DE EDUCACIÓN CONTINUA

**“DÉCIMO SEXTO PROGRAMA MODULAR DE ASESORIA PARA LA
GRADUACIÓN EN JURISPRUDENCIA, EN LOJA”.**

TEMA: Proyecto de Tesis.

Alumno:

Efrén Adriano Maldonado Ludeña

Coordinador:

Dra. Martha Jaramillo Jumbo.

LOJA - ECUADOR

2009

1. TITULO

Reformas al Régimen Jurídico de la Tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia hacia otros familiares en atención a los principios constitucionales de desarrollo integral e interés superior del menor

2. PROBLEMATICA

La Constitución de la República, haciéndose eco de lo manifestado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual es signataria nuestro país, y que define a la familia como la célula natural y fundamental de la sociedad, a la que se le reconoce el derecho a la protección, estimó conveniente en su Art. 67 estipular: “se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”. Esta se constituirá por vínculos jurídicos de hecho y se basaran en igualdad de derechos de sus integrantes.

Esto quiere decir, que si es factible que exista una norma jurídica en el código de la niñez y adolescencia en donde facilita la tenencia definitiva del menor a un familiar que no sea padre o madre como lo indica el código de la niñez y adolescencia con la finalidad de precautelar los principios fundamentales del menor que son los derechos necesarios de una alta autoestima y una fuerte convicción de valores y principios, se traducen en ciudadanos de bien y posibles agentes de cambio positivo en la comunidad, garantizando lo que dicta nuestra Carta Magna.

La crisis económica que envuelve el país ha hecho que a finales de la década del 80 se produzca en el Ecuador el fenómeno migratorio, que

llevo a muchos padres de familia a viajar al exterior en búsqueda de los medios económicos para el sustento de las familias.

El Fenómeno migratorio desintegra la familia que es el núcleo fundamental de la sociedad provocando que los menores de edad. Hijos de familia de los migrantes queden bajo el cuidado de otros miembros de la familia como abuelos, tíos, hermanos mayores, etc.

Los hijos menores que quedaron bajo el cuidado de sus familiares como es lógico adaptaron sus comportamientos y aceptaron su formación de quien los tienen bajo su cuidado, desarrollando lazos afectivos fuertes que crecen con el pasar del tiempo.

Estos menores son víctimas de problemas o conflictos psicológicos, económicos, afectivos al ser obligados a retomar su núcleo familiar inicial. Para evitar estos problemas se hace necesario extender la figura jurídica de la tenencia temporal a definitiva, cuando se cumplan determinadas condiciones que atendiendo al desarrollo integral e interés superior del menor, reflejen claramente que es más saludable para el menor permanecer en el hogar en que sus padres lo ubicaron a través de la tenencia.

Es conveniente revisar la problemática propuesta a fin de tratar de introducir nuevas normas jurídicas las que permitan proteger el buen desarrollo del menor y del núcleo familiar.

3. JUSTIFICACION

La investigación jurídica de la problemática se inscribe dentro del Código de la niñez y adolescencia y de la figura de la tenencia principalmente por lo que se justifica académicamente, además cumple con el requerimiento del reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de

Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico como para optar por el grado de Licenciado y /o Doctor en Jurisprudencia.

A si mismo este proyecto investigativo propone demostrar la necesidad de regular la protección a las garantías constitucionales respecto a los derechos del niño y adolescente en donde prima el buen vivir, el desarrollo integral de los niños y niñas asegurándoles el ejercicio pleno de sus derechos y atendiendo al principio de su interés superior derechos que prevalecerán sobre los de las demás personas.

Es por tanto que la problemática tiene importancia y trascendencia de manera social y jurídica para ser investigada ya que es un problema actual y de mucha importancia, factible de investigar con variadas fuentes de investigación bibliográfica documental y de campo, además cuento con el apoyo logístico indispensable para su estudio.

4. OBJETIVOS

4.1 GENERAL

Determinar los factores, causales, explicativos que permitan fundamentar la tenencia definitiva de los menores a favor de los familiares que les brindaron cuidado y protección en ausencia de los padres.

4.2 ESPECIFICOS

Determinar los efectos que se provocan en los menores que son obligados a retomar su núcleo familiar inicial por el regreso de sus progenitores.

Realizar un estudio comparativo del marco jurídico relacionado con la tenencia de los menores con otras legislaciones especialmente con Latinoamérica.

- 1.1.1. Plantear una propuesta encaminada a posibilitar la tenencia definitiva de los menores a favor de los familiares que les brindaron cuidado y protección en ausencia de los padres.

5. HIPOTESIS

El código de la niñez y adolescencia adolece de insuficiencia normativa para permitir la tenencia de los niños, niña y adolescente hacia otros familiares que no sean padre y madre, y que les brindaron protección y ayuda en su ausencia.

6. MARCO TEORICO

La Constitución de la República del Ecuador Capítulo III Sección Quinta art. 44 expresa “El estado, la sociedad y la familia promoverá de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurara el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de sus interese superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendiendo como un proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potenciales y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de la afectividad”⁷⁷

Reiteradamente se ha dicho que la familia es la base de la sociedad, así también podemos afirmar que la sociedad, desde todos sus ámbitos,

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo III Sección Quinta Art.44

influye en gran manera en los asuntos internos de las familias que la conforman. Cuando hablamos de la situación de la familia estamos refiriéndonos, indirectamente, a la situación social. Son, por así decirlo, dos extremos de un mismo asunto.

Analizando este tópico desde el ámbito familiar, reconocemos que la situación social incide de gran manera en la dinámica del hogar. Así, por ejemplo, una crisis económica afectará el normal desenvolvimiento de la vida familiar; el desempleo, un balance negativo entre ingresos y gastos y una desenfrenada competitividad, se traducen en tensión dentro del seno familiar.

La preocupación de padres y madres por suplir las necesidades básicas de los miembros de la familia, la frustración y descontento de hijos e hijas al no poder ver cumplidas las expectativas en cuanto al nivel de vida que desean, las posibles desavenencias en cuanto a la forma que se utilizarán los escasos ingresos, son algunos de los problemas que enfrentan las familias en este posible escenario de crisis económica.

La familia es “la cuna” irremplazable en la que nacen y se forman los hijos que constituyen la próxima generación. Si se reconoce la importancia de la crianza de los niños y niñas, se entiende que para el bien de la sociedad, los gobiernos tienen la obligación de protegerlos.

En nuestra Constitución de la República, haciéndose eco de lo manifestado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual es signataria nuestro país, y que define a la familia como la célula natural y fundamental de la sociedad, a la que se le reconoce el derecho a la protección, estimó conveniente en su Art. 67 estipular: “se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo

fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”.⁷⁸

Es decir, que dentro de la concepción de nuestro Estado se encuentra establecida la posibilidad de estos hogares, derivados de la problemática social y económica, por lo que determina para los mismos los derechos necesarios; ya que, sin lugar a duda, quien ha crecido en un ambiente adecuado se encuentra más predispuesto para transmitirlo. Hijos e hijas con una alta autoestima y una fuerte convicción de valores y principios, se traducen en ciudadanos de bien y posibles agentes de cambio positivo en la comunidad.

“En el Art. 118 del código de la niñez y adolescencia con respecto a la tenencia indica claramente que “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia confiará su cuidado o crianza a uno de los progenitores”, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad”.⁷⁹

Quiere decir ello que, la tenencia, como uno de los derechos que integran la patria potestad, se encuentra limitada a padre y madre; restringiendo dicha posibilidad a otros familiares parientes que quedan a cargo de su protección y cuidado quienes, en causas como las migratorias, que previamente señalé, deberían poder optar por la tenencia de los menores.

En la actualidad, la crisis económica ha producido emigración; en muchos de los casos de los dos progenitores, padre y madre, y por ende son los niños quienes se ven ubicados a formar otro núcleo familiar.

Muchas veces, hoy, para que un familiar, diferente de los progenitores, y que se encuentra a cargo de un niño, niña o adolescente, pueda legalizar dicha situación, debe recurrir al planteamiento del acogimiento familiar, el mismo que, además de corresponder como institución jurídica a otras

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Sexto, Art. 67

⁷⁹ Código De la Niñez y la Adolescencia, Art. 118

circunstancias, por ser estrictamente una medida de protección urgente y temporal, para tener valor debe cumplir con algunas formalidades, las mismas que son muy largas y engorrosas y causa demoras e intranquilidad, tanto al menor como a su nuevo núcleo familiar, ocasionando daños psicológicos para su buen desarrollo, cabe indicar que unos de los aspectos a tomar es que la mayoría de los niños, niñas y adolescentes que quedan bajo la protección de otros familiares armonizan su comportamiento conforme a la formación que reciben del familiar que queda a su cuidado. Y en varios casos los padres desean recobrar la tenencia de los niños y estos ya no lo desean porque su núcleo familiar es en el que ellos han crecido. Como se lo indica en el Art. 121 cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación a las disposiciones del presente Código el estado arbitrara de inmediato todas las medidas necesarias para que retorne al país, es así como se debería tratar de que el menor conserve su núcleo familiar capaz que este crezca en un ambiente de tranquilidad y no de cambios bruscos.

Por tal razón es que La necesidad de la existencia de Leyes que protejan al menor en nuestro país se torna cada día más imperiosa por las evidencias que patentizan el problema, representadas en el maltrato y violación a sus derechos en todas y cada una de las partes de la estructura social ecuatoriana.

La tan sonada frase **“Los niños son el futuro de la Patria”**, que a través del tiempo se ha tornado cada vez más como una expresión lírica y muy cuestionada, sin un presente organizado que propenda a lograr la defensa y reclamo de los derechos del niño.

El INFA, consciente del problema que implica que la protección del menor sea ejecutada por organismos dependientes directamente de la administración del Estado, se ha venido preocupando por el bienestar del niño, es por esto que en varias ocasiones ha presentado reformas a la legislación nacional sobre los menores, ha propuesto la creación de

nuevos instrumentos legales y reglamentarios, ha formulado recomendaciones sobre política, administración institucional y orientación del que hacer del INFA, en el campo de la defensa legal del menor, que es uno de los factores determinantes para concretar una organización social del Estado frente al problema del maltrato, abandono al menor.

En nuestro país, entre las leyes que protegen a los niños tenemos: El Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador, y, la Convención de los Derechos del Niño, principalmente.

Claro está que la familia es considerada como el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco, como la unidad básica de organización social, cuyas funciones y roles son proporcionar a sus miembros protección, compañía, seguridad, socialización y principalmente ser fuente de afecto y apoyo emocional especialmente para los hijos, quienes se encuentran en pleno proceso de desarrollo. La familia es el principal agente a partir del cual el niño desarrollará su personalidad, sus conductas, aprendizajes y valores.

El ambiente ideal para el desarrollo adecuado de estos elementos es aquel que brinde armonía y afecto entre los integrantes de la familia. Hoy en día se sabe que el tipo relación que exista entre los padres y el niño va influenciar en el comportamiento y en la personalidad del menor. Por ejemplo, si los padres demuestran actitudes y conductas rígidas, autoritarias y violentas es casi seguro que los hijos se muestren tímidos, retraídos, inseguros o rebeldes y agresivos; un ambiente donde se perciba violencia y discusiones entre los integrantes se convertirán en factores que desencadenen problemas tanto en la conducta, el rendimiento académico como en el desarrollo emocional y social de los niños. Por el contrario, las personas seguras, espontáneas son aquellas que se les ha brindado la oportunidad de expresarse, de decidir y desarrollarse en un clima de afecto, confianza y armonía.

Los valores son otros patrones de conducta y actitudes que se forman en el niño desde edades muy tempranas. La solidaridad, el respeto, la tolerancia son valores que surgen en el seno familiar, el niño observa de sus padres y aprende de sus conductas, si percibe que son solidarios, ayudan a los demás o que cumplen con sus responsabilidades, ellos asimilarán estos patrones y hará que formen parte de su actuar diario . En la escuela esto sólo se reforzará puesto que la familia es y siempre ha sido el principal agente educativo en la vida del niño.

En síntesis, la familia cumple diversas funciones:

- Brinda la seguridad y los recursos necesarios que el niño necesita para desarrollarse biológicamente, el cuidado y apoyo que le brinden sus padres, como la alimentación y el vestido le permitirán gozar de salud, desarrollarse y aprender habilidades básicas necesarias para su supervivencia.
- Brinda la educación, los patrones de conducta y normas que le permitirán desarrollar su inteligencia, autoestima y valores haciéndolo un ser competitivo y capaz de desenvolverse en sociedad.
- Proporciona un ambiente que le permitirá al niño formar aspectos de su personalidad y desarrollarse a nivel socioemocional.

“Teniendo en consideración la influencia que tiene la familia en el desarrollo integral del niño, es fundamental propiciar un ambiente libre de tensión y violencia, donde exista un equilibrio y se logre brindar las pautas y modelos adecuados que permitan a los hijos actuar adecuadamente, desarrollar las habilidades personales y sociales que perdurarán a lo largo de su vida y que serán reflejados más claramente en ellos cuando formen sus propios hogares.”⁸⁰

⁸⁰ GRUPO KIDDY'S Cosas de la infancia

La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro

Ahora bien, debemos saber que el Juez al momento de resolver sobre la tenencia escuchará la opinión del menor y tomará en cuenta la opinión del adolescente, ya que una de las manifestaciones del interés superior del niño implica el derecho que tiene el menor a ser oído, no significando esto que el Juez tenga que resolver necesariamente según lo considere el menor o adolescente, sino que también tendrá que tener en cuenta el interés superior del niño o adolescente

Existen otras legislaciones como la de Perú y que para realizar una comparación con la nuestra es necesario anotar textualmente como están los códigos y es así que en el Libro Tercero – Instituciones Familiares / Título I – LA Familia y Los Adultos Responsables de los Niños y Adolescentes en el Capítulo II sobre la Tenencia del Niño y Adolescente indica.-

“Artículo 81º.- Tenencia.- Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Artículo 82º.- Variación de la Tenencia.- Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Artículo 83º.- Petición.- El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Artículo 84º.- Facultad del Juez.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.

Artículo 85º.- Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Artículo 86º.- Modificación de resoluciones.- La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Artículo 87º.- Tenencia provisional.- Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas.

En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.

No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso”⁸¹

Se puede decir que las dos legislaciones están enmarcadas dentro de las mismas políticas en donde la diferencia es la preferencia por la madre de los menores de 3 años mientras que en la nuestra es hasta los 12 años es muy claro notar que en las dos legislaciones dan mucha prioridad al criterio del menor para ver con cual desea quedarse siempre y cuando a criterio del juez este sea una persona en donde el menor se va a desarrollar bien. Cabe recalcar que en ninguna legislación se habla de la tenencia de terceros.

Al tratar de comparar con otra legislación vemos Código De La Niñez Y Adolescencia Uruguay en el Capítulo VII, título **II) De la tenencia del niño y adolescente** en donde los artículos indican que:

“**Artículo 34** . (Tenencia por los padres).-

1) Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo cómo se ejercerá la tenencia (artículo 177 del Código Civil).

2) De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Artículo 35 . (Facultades del Juez de Familia).- En caso de no existir acuerdo de los padres, el Juez resolverá, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

⁸¹ CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PERU.

A) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.

B) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él.

C) Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente.

Artículo 36. (Tenencia por terceros).-

1) Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado.

2) La persona que ejerce la tenencia de un niño o adolescente está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral.

3) La persona que no se sienta capacitada para proseguir con la tenencia, deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Familia, quien resolverá la situación del niño o adolescente.

Artículo 37. (Procedimiento).- Todas las pretensiones relativas a la tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños o adolescentes, se regularán por el procedimiento extraordinario consagrado en los artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso . La ratificación de tenencia se tramitará por el procedimiento voluntario (artículos 402 y siguientes del Código General del Proceso). Es Juez competente para conocer en dichas pretensiones, el del domicilio del niño o adolescente.”⁸²

⁸² CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE URUGUAY.

Al comprar estas dos legislaciones encontramos que van encaminadas hacia los mismos puntos de vista, pero existe uno muy bueno en donde también hablan de que puede existir una tercera persona la cual puede pedir la tenencia del menor la misma que se la podría utilizar mucho en nuestra legislación con el tema de la migración el mismo al que se lo está tratando ya que mucha de las ocasiones son los dos padres que se van y es ahí donde existe la tercera persona quien quiere solicitar la tenencia definitiva y hasta la fecha no es posible.

Adicional a esto podemos mencionar lo que se refiere a la Constitución en donde claramente el art. 44,45 y 46 indica que el estado la sociedad y la familia promoverá de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y se asegurara del ejercicio pleno de sus derechos y atenderá su principio superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas, todo esto como medidas de protección al niño y adolescente para que este se desarrolló en un entorno bueno, cabe indicar que no solo en el Ecuador vemos esto sino que la protección internacional de los derechos de la niñez y adolescencia se evidencia en el hecho de que éstos son beneficiarios de los convenios y tratados internacionales, los mismos que han sido celebrados con la finalidad de proteger los derechos de las personas. Específicamente en lo que se refiere a los instrumentos internacionales aplicables a favor de todas las personas tenemos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya finalidad principal es la de garantizar la vigencia plena de los derechos del hombre; La Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1989, que exige que los Estados partes adopten medidas que permitan la protección de los derechos de los niños, teniendo como consideración fundamental favorecer los intereses del menor.

La Convención no es ejecutoria, sin embargo los países que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el

cumplimiento de tales objetivos a un Comité de las Naciones Unidas, dedicado a velar por los derechos de los menores.

En nuestro país, los niños sufren altísimos niveles de maltrato, por lo que fue el primer país latinoamericano que suscribió y ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el año 1990, es así que este instrumento legal, forma parte del ordenamiento jurídico del Estado; siendo este documento mandatorio para las instituciones públicas y privadas, y para todas aquellas que trabajan por el bienestar de los niños, puesto que la base del maltrato radica en la desigualdad de la relación de poder entre los adultos y los niños.

La Convención en su articulado establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres de un representante legal o de cualquier otra persona que la tenga a su cargo”.⁸³

Por lo tanto, reconoce a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exigiendo la protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide a éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión.

⁸³ **Convención Sobre los Derechos del Niño**, Documento Publicado por el INFA, Quito 2006, Art. 19.

7. METODOLOGIA

7.1 METODOS

En el proceso de investigación se aplicara el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es cualidad la concentración del método científico hipotético deductivo que se utilizara para señalar el camino a seguir en la investigación propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante argumentación, la reflexión y en realidad con el análisis de situación actual en la cual se desarrolla principalmente nuestro país.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio jurídica que se concreta en una investigación del Derecho, de modo concreto procuraré establecer las falencias que existen en el Código de la niñez y adolescencia en lo que se refiere que solo existe la tenencia para los progenitores

7.2 PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS

Para el desarrollo de la presente investigación jurídica, aplicare los siguientes procedimientos y técnicas:

Para la recopilación de información procederé a la adquisición de la bibliografía, que me permita ir concretando el marco teórico sobre el

problema a desarrollarse, procediendo a la lectura comprensiva y al resumen teórico fundamental acerca de los contenidos planteados.

Indagaré los problemas planteados en la hipótesis, tanto en la bibliografía seleccionada como en la aplicación de por lo menos diez entrevistas y treinta encuestas a catedráticos y jueces que tengan su especialización en el área civil, y personas involucradas con la migración.

Mediante un proceso de discusión y análisis de los datos obtenidos, serán debidamente procesados y tabulados; construyendo el nuevo marco teórico y cubriré íntegramente el esquema de redacción de tesis.

7.3 ESQUEMA PROVINCIAL DEL INFORME FINAL.

El informe final de la investigación socio – jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 de Reglamento Académico, que establece: Resumen en castellano y Traducción al inglés, Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía y Anexos.

De esta manera se establece el informe final de la investigación propuesta con la siguiente lógica en el acopio teórico:

- Marco Conceptual.- Conceptos de la Familia, Desarrollo Integral, Interés superior de Niño.
- Marco Jurídico y Doctrinario.- Partiré de un análisis de la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Tipos de Familia, Análisis de la declaratoria de los Derechos Humanos y Criterios de Autores y Legislación comparada.

En segundo lugar se sistematizara la indagación de campo siguiendo el siguiente orden: Presentación, análisis y discusión de resultados con la concreción de: indicadores de verificación de los objetivos y de contratación de la hipótesis.

En tercer orden vendrá la sistematización con la deducción de conclusiones y el planteamiento de recomendaciones, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de Tesis.

8. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	OCT 09				NOV 09				DIC 09				ENE 10				FEB 10				MAR 10			
	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			x	x																				
Indagación científica, problemática, marco referencial, justificación, hipótesis					x	x																		
Elaboración del proyecto de investigación jurídica							x	x																
Trámite para la aprobación del proyecto									x															
Acopio Científico de la información o bibliografía.									X	x														
Acopio empírico de la investigación de campo											X	x												
Presentación, análisis y confrontación de resultados de la investigación													X	x										
Verificación de objetivos e hipótesis y concepto de las conclusiones, recomendaciones y propuestas jurídicas															x	x								
Redacción final																	x	x	<u>x</u>					
Socialización presentación y evaluación de los informes finales de la tesis																				x	x	x		

9. PRESUPUESTO

9.1 RECURSOS HUMANOS

- Directora de tesis: **POR DESIGNARSE**
- Entrevistados: Diez Catedráticos y Jueces del Área Civil.
- Encuestados: Diez Profesionales del Derecho.
- Encuestados: Treinta personas Involucradas con la migración
- Postulante: Efrén Adriano Maldonado Ludeña

9.2 RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

	USD
• Curso de apoyo	660,00
• Bibliografía (Internet, Copias, Libros)	120,00
• Material de escritorio y papelería	25,00
• Aplicación de encuestas	30,00
• Levantamiento de texto de tesis	50,00
• Impresión y encuadernación	150,00
• Imprevistos.	80,00
Total:	USD. 1115,00

FINANCIAMIENTO

La realización de la presente investigación jurídica, se financiará con recursos propios.

10. BIBLIOGRAFIA.

- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Programa de desarrollo Infantil. Impreso en Ecuador Agosto del 2004.
- CONSTITUCION POLITICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2008.
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, documento publicado por el INFA, Quito 2006, art. 19.
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA – PERU
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - URUGUAY

ANEXOS



Señor encuestado lea detenidamente el siguiente cuestionario de preguntas sobre la tenencia de menores a familiares, su contestación contribuirá para la solución de la presente problemática.

1.- ¿Cree que en la actualidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes son garantizados como interés prioritario frente a la tenencia por familiares que les prestan ayuda en ausencia de los padres?

SI () NO (). ¿Por qué?

2.- ¿Es necesario que se introduzca reformas sustanciales dentro de la tenencia de los niños, niñas, y adolescentes, a fin de garantizar su interés superior?

SI () NO (). ¿Por qué?

3.- ¿Considera necesario que se realice reformas al Código de la Niñez y Adolescencia para dar la tenencia definitiva a familiares que le dar cuidado al menor?

SI () NO (). ¿Por qué?

4.- ¿Considera necesario que la tenencia definitiva de los familiares contribuye al desarrollo moral o material del niño?

SI () NO (). ¿Por qué?

Gracias



Señor entrevistado lea detenidamente el siguiente cuestionario de preguntas sobre la tenencia de menores a familiares, su contestación contribuirá para la solución de la presente problemática.

1.- ¿considera usted necesario que se garantice los derechos prioritarios del niño, niña o adolescente frente a la tenencia por parte de familiares?

SI () NO (). ¿Por qué?

2.- ¿Cree que es necesario que los familiares que ayudan y cuidan al menor e incluso pasan alimentos deben poseer la tenencia del mismo, por ser los padres irresponsables?

SI () NO (). ¿Por qué?

3.- ¿Cree que los derechos de los niños son vulnerados por la falta de ley frente a la tenencia, de familiares?

Si () NO () ¿Por qué?

4.- ¿En qué casos considera que debe darse la tenencia de menores a familiares?

Si () NO () ¿Por qué?

5.- ¿considera que la tenencia de menores de edad dada a familiares contribuye al desarrollo moral y material del mismo?

Si () NO () ¿Por qué?

Gracias

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
TABLA DE CONTENIDOS	vi
1. TÍTULO	8
2. RESUMEN	9
2.1. ABSTRACT	10
3. INTRODUCCIÓN	13
3.1. Análisis de la problemática planteada.	16
4. REVISIÓN DE LITERATURA	19
4.1. MARCO CONCEPTUAL	20
4.1.2. La Familia:	20
4.1.3 La familia dentro del orden Constitucional.	20
4.1.4 Los derechos de Los niños, niñas y adolescentes.	22
4.1.5 Niño/ña.-	23
4.1.6 Adolescente.-	23
4.1.7 Interés Superior del Niño.	24
4.1.8 El interés superior del niño:	24
4.1.9 Tenencia.-	25
4.1.10 La Tenencia compartida	29
4.2 MARCO JURÌDICO.	31
4.2.1. De las garantías Constitucionales a favor de la Tenencia.	31
4.2.2 La Tenencia y los derechos de supervivencia del niño.	39
4.2.3 De los principios Constitucionales para se apliquen el Interés Superior del niño.	42
4.2.4 La Tenencia del Menor.	46
4.2.5 La Tenencia frente a la solidaridad alimenticia.	48
4.2.6 De la solidaridad para la prestación alimenticia frente a la Tenencia.	50
4.2.7 El derecho de tenencia frente a la presunción de alimentos	52
4.2.8 La Tenencia y la prestación alimenticia.	55

4.2.9	La Tenencia frente al cálculo de prestación de alimentos	58
4.3	MARCO DOCTRINARIO	66
4.3.1	Tipos de Familia	66
4.3.2	El Derecho de Familia.	70
4.3.3	Historia de la Familia.	72
4.3.4	Familia Nuclear.-	72
4.3.5	La Familia Nuclear.-	73
4.3.6	La Familia Mono-Parental.-	73
4.3.7	Concepto de Tenencia.-	74
4.3.8	Seguridad jurídica a favor de la tenencia del menor:	76
4.3.9	El derecho de tenencia dentro del principio de igualdad:	77
4.3.10	El Derecho de Tenencia.	78
4.3.11	Efectos Jurídicos de la Tenencia.	80
4.3.12	Tipos de Tenencia.	81
4.3.13	De la protección del Estado frente al Interés Superior del niño, niña o adolescente.	83
4.3.14	Deberes y obligaciones de las entidades de acogimiento familiar.	86
4.3.15	Derechos y Responsabilidades del Niño, Niña o Adolescente acogido.	88
4.3.16	El Acogimiento Institucional.	90
4.4	LEGISLACIÓN COMPARADA	93
4.4.1	Venezuela.	93
4.4.2	Argentina	94
4.4.3	Colombia.	96
4.4.4	Perú.	100
4.4.5	CAUSISTICA	101
5	MATERIALES Y MÉTODOS	104
5.1	Materiales	105
5.2	Métodos.	105
5.3	Fases	106
6.	RESULTADOS	108
6.1	Resultados de las Encuesta.	109
6.2	Análisis y Resultados de la Entrevista.	119

6.3 Fundamentos de la propuesta jurídica	123
7 DISCUSIÓN	129
7.1 Verificación Del Objetivo General	129
7.2 Objetivo General.	129
7.3 Objetivos específicos.	130
7.4 Verificación de Hipótesis	131
8. CONCLUSIONES	132
9. RECOMENDACIONES	134
9.1 PROPUESTA DE REFORMA	135
10. BIBLIOGRAFÍA.	137
11. ANEXOS PROYECTO	1
1. TITULO	2
2. PROBLEMATICA	2
3. JUSTIFICACION	3
4. OBJETIVOS	4
4.1 GENERAL	4
4.2 ESPECIFICOS	4
5. HIPOTESIS	5
6. MARCO TEORICO	5
7. METODOLOGIA	17
7.1 METODOS	17
7.2 PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS	17
7.3 ESQUEMA PROVICIAN AL DEL INFORME FINAL.	18
8. CRONOGRAMA	20
9. PRESUPUESTO	21
10. BIBLIOGRAFIA.	22
ANEXOS	23
ÍNDICE	28