



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

***PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR***

TÍTULO:

**“LA CUSTODIA FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN Y SU
INCIDENCIA FRENTE AL ABANDONO DE LOS MENORES DE EDAD, EN
LOS TRÁMITES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER ,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL PERÍODO
ENERO-OCTUBRE DEL 2016.”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

AUTORA:

CARMITA PATRICIA GUAMÁN CALDERÓN.

TUTOR.

DR.ROBERT FALCONÍ.

Riobamba-Ecuador

2018

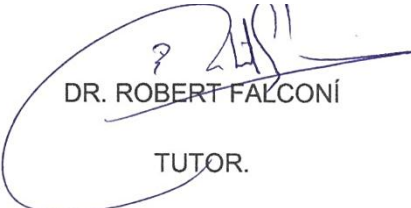
APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR.

DR. ROBERT FALCONÍ.

CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO, FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenidamente y minuciosamente durante todo su desarrollo, La Tesis Titulada **“LA CUSTODIA FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN Y SU INCIDENCIA FRENTE AL ABANDONO DE LOS MENORES DE EDAD, EN LOS TRÁMITES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL PERÍODO ENERO-OCTUBRE DEL 2016”**, realizada por CARMITA PATRICIA GUAMÁN CALDERÓN, por lo tanto autorizo proseguir los trámites legales para su presentación.


DR. ROBERT FALCONÍ
TUTOR.

HOJA DE CALIFICACIÓN.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“LA CUSTODIA FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN Y SU INCIDENCIA FRENTE AL ABANDONO DE LOS MENORES DE EDAD, EN LOS TRÁMITES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL PERÍODO ENERO-OCTUBRE DEL 2016”. Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, y ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Robert Falconí
TUTOR.

9
Calificación

Firma

Dr. Polibio Alulema.
PRESIDENTE.

9
Calificación

Firma

Dr. Bayardo Gamboa.
Miembro 1.

10
Calificación

Firma

Dr. Walter Parra.
Miembro 2.

09
Calificación

Firma

DERECHOS DE AUTORÍA

Yo, Carmita Patricia Guamán Calderón.

Declaro bajo juramento que realice el trabajo investigativo utilizando las doctrinas, jurisprudencias, sentencias necesarias, y los resultados obtenidos de las entrevistas y encuestas para llegar a las conclusiones y proponer las recomendaciones y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad nacional de Chimborazo.



Carmita Patricia Guamán Calderón.

C.c. 0604135012

DEDICATORIA

A MIS PADRES.

El presente trabajo lo dedico a mis padres por el apoyo incondicional, por todo el esfuerzo que ellos realizaron y sus palabras de aliento, de fuerza cuando me encontraba decaída, por los múltiples problemas a lo largo de mi carrera estudiantil, por nunca dejarme sola y de una u otra manera en forma positiva o negativa insistirme para que culmine con mi educación superior, para que siga adelante, y no deje de luchar por mis sueños.

A MIS HERMANOS.

Por apoyarme con su tiempo y esfuerzo físico, ya que como somos una familia numerosas y para estudiar debíamos trabajar y todos debíamos cumplir con nuestras obligaciones en el trabajo ellos me colaboraban esforzándose un poco más para suplir mi falta durante el tiempo que me trasladaba a la Universidad hasta cuando yo llegaba de la misma.

AGRADECIMIENTO.

A DIOS.

Agradezco a Dios por un día más de vida, a su madre la Virgen Santísima del Carmen por interceder con las peticiones solicitadas y haberme cumplido a pesar del tiempo transcurrido.

A MIS PADRES Y HERMANOS

Por la colaboración económica y emocional, sin ellos no podría culminar mi carrera universitaria, por todo ello les agradezco.

A MIS MAESTROS.

Porque a pesar del tiempo, me supieron apoyar y alentarme para que siga adelante olvide los problemas pasados ya que los errores no son derrotas sino son alientos y que con ellos se gana experiencia y sabiduría, por todas las felicitaciones ya que me ayudo mucho para no sentirme desenchajada en el aula de clases. Con especial agradecimiento al Dr. Robert Falconí, a pesar de no conocerme en mi vida estudiantil, acepto ser mi tutor y prestarme todas las facilidades para la elaboración, de mi Tesis.

Carmita Patricia Guamán Calderón.

C.c.060413501-2

RESUMEN

La presente investigación permite conocer cómo se desarrolla La custodia familiar como medida de protección y su incidencia frente al abandono de los menores de edad, en beneficio de los niños y niñas que viven en situación de riesgo.

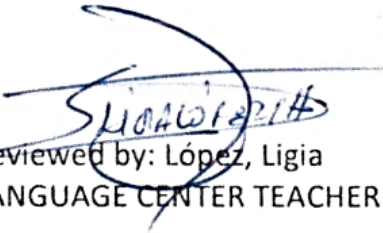
La presente Tesis esta compuesta por cuatro capítulos, se subdividen en unidades, temas y subtemas que se relacionan con la temática a investigarse , en primer lugar esta el Marco Referencial, el cual esta conformado el planteamiento del problema, Formulación del problema, objetivo General, objetivos específicos, justificación e importancia .El capítulo segundo es el Marco Teórico, contiene Antecedentes de la Investigación, Fundamentación Teórica, Fundamentación Filosófica, la misma que se encuentra distribuida en tres unidades: Primera Unidad.-INTRODUCCION AL DERECHO DE MENORES Y CONCEPTO DE ABANDONO. La Segunda Unidad.- MALTRATO Y ABANDONO DE MENORES, La Tercera Unidad.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y LA CUSTODIA FAMILIAR .El capítulo Tercero es el marco metodológico en el que se fundamenta de manera científica la investigación utilizando los diferentes métodos y técnicas de interpretación de resultados para llegar a la comprobación de la hipótesis.

Contiene el Método Investigativo, Diseño de Investigación, Población y Muestra, Operacionalización de las Variables, Análisis e Interpretación de Resultados y Verificación de la Hipótesis.

Se ha procurado que desde la parte metodológica exista una coherente relación entre los contenidos y el tema investigado, por lo tanto se abarco lo referente a la parte teórica, así como a la parte dogmática, para finalmente, realizar una validación por expertos mediante encuestas y entrevistas. En el Capítulo Cuarto podemos ubicar las conclusiones y recomendaciones a las que he llegado después de la investigación realizada sobre mi tema.

ABSTRACT

This research permits to know how is family custody developed as a protection determine and its incidence against the abandonment of minors for the benefit of the children at risk. The present investigation work is composed of four chapters, subdivided into units, themes and subthemes that are related to the subject to explore in first place is the reference frame that contains the approach of the problem, general objective, specific objectives, justification and importance. The second chapter is the theoretical framework contains background research theoretical fundamentation, philosophical fundamentation, distributed in three units, first unit INTRODUCTION TO THE LAW OF MINOR AND CONCEPT OF ABANDONMENT, second unit CHILD ABUSE AND NEGLECT AND FAMILY CUSTODY, the third unit PROTECTIVE MEASURES AND FAMILY CUSTODY, the third chapter is the methodological framework on which scientific research is based using the different methods and techniques of interpretation of results to arrive at the verification of the hypothesis. Contains the research method, investigation design, population and sample, operational of variables, analysis and interpretation of results and verification of the hypothesis. It has been tried that from the methodological part there is a coherent relation between the contents and the subject to investigate; therefore it was covered with reference to the theoretical part, as well as the dogmatic part to finally carry out a validation by experts through surveys and interviews. In the fourth chapter are the conclusions and recommendations that have been reached after knowing the reality of family custody as a protection evaluate and its incidence against the abandonment of minors, in the proceedings of the judicial unit of the family, woman, childhood and adolescence of Riobamba Canton.


Reviewed by: López, Ligia
LANGUAGE CENTER TEACHER



INTRODUCCIÓN.

Dentro del Derecho de menores existe una gran cantidad de figuras jurídicas, orientadas a precautelar los Derechos del menor de edad, y velar por el interés superior del menor, dentro de los derechos encontramos el Derecho de Protección.

En la Constitución de la República del Ecuador, Sección Quinta. Niñas, Niños y Adolescentes manifiesta textualmente en el Art.45.- “Las Niñas, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de sus edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde su concepción”. (Constitución de la República del Ecuador, 2016)

El mandato constitucional hace alusión al Derecho de pertenecer a una familia, de disfrutar el pleno goce y la convivencia de ella. La familia precautela el bienestar del niño, niña y adolescente porque por su edad no puede valerse por si mismo, los menores necesitan la ayuda de sus padres quienes son los llamados a participar y cumplir con todos los derechos, encargándose de su cuidado y protección desde el momento de su concepción hasta el momento que cumple su mayoría de edad con ello se garantiza el desarrollo físico y psicológico, para una adaptación eficaz en las etapas de la vida.

Cuando la familia del menor, vulnera sus derechos establecidos en nuestra Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Tratados y Convenios Internacionales, provocando maltrato físico, psicológico y abandono. Se procede a la aplicación de Medidas de Protección. Una de ellas es la Custodia familiar.

En término general la custodia es la vigilancia que poseen los padres con relación a sus hijos habidos en el matrimonio siempre que sean menores de edad,

esta custodia es compartida mientras se encuentran conviviendo con toda su familia pero existen casos excepcionales como los siguientes:

1.- Cuando existen hijos habidos fuera del matrimonio, la custodia del menor que incluye el cuidado y la vigilancia recae sobre la madre o a su padre dependiendo, quien conviva con el menor pues algunas madres no se sienten aptas para el cuidado del mismo y optan por entregarles a sus padres.

2.- El otro caso es cuando existen divorcios, la custodia por lo general las tienen las madres mediante una resolución judicial porque los menores tienen afectividad y mas seguridad con ellas por el hecho de estar en constante convivencia.

Con este preámbulo damos a conocer el objeto de la presente investigación. El cual es determinar que sucede cuando ambos padres pierden el derecho de custodia, por sus propias acciones irresponsables o existir una inhabilidad física la cual obstruya el desempeño de sus obligaciones con respecto a sus hijos y un administrador de justicia con ayuda de informes técnicos se ve obligado a privarles de sus deberes y exigencias. Optando por la Custodia Familiar que implica en transmitir los derechos y obligaciones de los padres, a los familiares más cercanos que sean consanguíneos y legítimos, que mantengan una capacidad económica y moral para el cuidado y crianza de los custodiados. Para esta elección se preferirá a los ascendientes, es decir a sus abuelos en caso de que ellos lo reclamaren.

En las entrevistas realizadas a los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba manifiestan que: la Patria Potestad es el conjunto de Derechos y Obligaciones que tienen los padres con sus hijos, es la responsabilidad en cuanto a su cuidado y manutención, En el supuesto caso, de que los padres dejen en estado de abandono a sus hijos menores de edad o vulneren sus derechos provocándoles maltratos, los interesados, pondrán en conocimiento mediante denuncia a las autoridades judiciales, y las mismas con ayuda de la Unidad Técnica, realizaran las diligencias

respectivas para el esclarecimiento del ilícito. La Unidad Técnica consta de profesionales expertos en las áreas de Medicina, Trabajo Social y Psicología, los cuales analizarán la situación física del menor, entorno de vivienda, medios económicos suficientes para su manutención, quienes mediante sus informes colaborarán a los magistrados para la decisión correcta, siempre precautelando el interés superior del niño, por ello cuando existe este tipo de denuncias los Magistrados debemos analizar exhaustivamente los informes y los testimonios de los peritos intervinientes, además analizar la normativa Nacional e Internacional aplicable como son: la Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque establece la protección de todos los seres humanos, Convención Americana sobre los derechos Humanos, pues determina la existencia de un mecanismo efectivo de la Protección de los Derechos Humanos de todas las personas, La Comisión Interamericana, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sustentando la decisión para con ello no vulnerar los derechos de los menores confiando su cuidado a otras personas que no sean sus progenitores, como son los familiares más cercanos, por medio de la custodia familiar, que es una medida de protección, la misma que reemplaza las obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos, esta medida se aplicará hasta cuando dure su incapacidad y puedan reclamarlos.

En las encuestas realizadas a los profesionales del Derecho, dan a conocer su conocimiento en materia de la Niñez y Adolescencia, sobre todo en la Patria Potestad y los Derechos de los Niños que se vulneran, además coinciden con las entrevistas porque tienen una lógica similar ya que si los progenitores no pueden ser responsables con sus hijos, se deberían buscar en primer lugar sus ascendientes, ya sean maternas o paternas, mediante el mecanismo de la custodia familiar, y así garantizar la preponderancia en un núcleo familia conocido para el menor. En caso de no existir se debería tomar las medidas necesarias para trasladarlos a las instituciones encargadas del cuidado y protección de los menores, hasta cuando sus progenitores puedan asumir su responsabilidad.

Contenido

APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR.	ii
HOJA DE CALIFICACIÓN.	iii
DERECHOS DE AUTORÍA.....	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO.	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	10
MARCO REFERENCIAL.....	10
1.1. Planteamiento del problema.	10
1.2. Formulación del problema.	13
1.3. OBJETIVOS	13
1.3.1. Objetivo general.....	13
1.3.2.- Objetivos específicos.	13
1.4. Justificación e importancia.....	13
CAPÍTULO II.....	16
MARCO TEÓRICO	16
2. Antecedentes de la investigación.....	16
2.1. Fundamentación filosófica.	16
2.2. Fundamentación teórica.....	17
UNIDAD I.....	17
INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE MENORES	17
Y CONCEPTO DE ABANDONO	17

2.2.1. Introducción al derecho de menores y concepto de abandono.	17
2.2.2. Definición de derecho de menores	18
2.2.3. Diferencia entre el derecho de menores y el derecho de familia.	19
2.2.4. Fundamentación en la Constitución de la República del Ecuador.....	21
2.2.5. Fundamentación en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia...23	
2.2.5.1. Principio del Interés Superior del Niño.	24
2.2.5.2. Patria Potestad.....	25
2.2.5.3. Adopción.	26
2.2.5.4. Tenencia.....	28
2.2.5.5. Visitas.....	31
2.2.5.6. Alimentos.....	32
UNIDAD II.....	34
MALTRATO Y ABANDONO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	34
2.2.2. Maltrato y abandono de Niños, Niñas y Adolescentes.	34
2.2.2.1. Concepto de maltrato de Niños, Niñas y Adolescentes.....	34
2.2.2.2. Definición de maltrato y/o abandono según el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.	36
2.2.2.3. Abandono de Niños, Niñas y Adolescentes.- Código Integral Penal.	37
2.2.2.4. Clases de maltrato.....	38
2.2.2.4.1. Maltrato físico o Biológico:	38
2.2.2.4.2. Maltrato psicológico:	39
2.2.2.4.3. Abandono:.....	40
2.2.2.5. Definición doctrinaria del abandono.....	41
2.2.2.5. Jurisprudencia	43
UNIDAD III.....	44
2.2.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y LA CUSTODIA FAMILIAR.	44

1.	Medidas de protección y la custodia familiar.....	44
a.	Definición.....	44
b.	Condiciones para solicitar la medida de protección.	50
c.	Custodia familiar.....	50
d.	Jurisprudencia	52
CAPÍTULO III.....		55
3.	MARCO METODOLÓGICO	55
3.1.	Hipótesis general.	55
3.2.	Variables.....	56
3.2.1.	Variable Independiente.....	56
3.2.2.	Variable dependiente.....	56
Operacionalización de las variables.....		56
Cuadro N°1		56
CUADRO N° 2		57
Definición de términos básicos.....		59
3.5.	Enfoque de Investigación.....	61
3.5.1.	Modalidad básica de la investigación.....	61
3.6.	Tipo de Investigación.	61
3.7.	Métodos de Investigación	62
Método Inductivo:		62
Método Analítico.....		62
Comparado:		62
3.8.	Población y muestra.	62
3.8.1.	Población.....	62
3.8.2.	Muestra.	63

3.9. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.	63
La entrevista	63
Las encuestas.....	63
3.10. Instrumentos.....	63
Guía de entrevista	63
Cuestionario de encuestas.....	63
GRÁFICO N°1	67
GRÁFICO N°2	68
GRÁFICO N°3	69
GRÁFICO N°4	70
GRÁFICO N°5	71
CAPÍTULO IV	72
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	72
3.11. Conclusiones.....	73
3.12. Recomendaciones	73
Bibliografía:.....	75
ANEXO N°01	77
ENTREVISTA	77
ANEXO N°02	78
ENCUESTA	78
ANEXOS N°03.....	79
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	79
PROCESO N° 06101-2015-0206 INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA Y OFICINA TÉCNICA.....	79
RESOLUCIÓN N°0070-2009 MALTRATO INFANTIL.	79
RESOLUCIÓN N°112-2012 RESTITUCIÓN DEL MENOR.	79

CAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1. Planteamiento del problema.

Dentro del derecho de menores existe una gran cantidad de figuras jurídicas, orientadas a precautelar los derechos del menor consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código de la Niñez y Adolescencia, y eventualmente a fortalecer los derechos de la familia, lo cual parte desde el establecimiento de la filiación, que produce los derechos provenientes de la patria potestad, que en síntesis es el conjunto de derechos y las obligaciones que poseen los padres con respecto a sus hijos.

Lo coherente con respecto al cuidado del menor, es que se encuentre a cargo de los padres debido a la patria potestad, no obstante, cuando el hogar se disuelve, es necesario que este derecho lo ejerza uno de los padres, que es con quién el hijo menor de edad va a convivir de forma permanente, a este derecho se le llama tenencia o custodia, en tanto que el otro padre tendrá una obligación de suministrar la pensión alimenticia para la subsistencia del hijo y así obtendrá un derecho de visitas para poder mantener su interrelación.

López del Cabril, inicia un concepto de tenencia: "La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una "ocupación y posesión actual y corporal de una cosa", sino que el vocablo "guarda" es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aun cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a

alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.”
(López Del Cabril Julio, 1999)¹

Ahora bien, el objeto de la presente investigación es determinar que sucede cuando ambos padres pierden el derecho de tenencia; es decir, que por sus acciones irresponsables con respecto a su cuidado, salud, vestuario, manutención, un administrador de justicia, se ve obligado de privarles de sus derechos con respecto de sus hijos menores de edad. Para estos casos, la ley establece que se otorgue una tenencia o custodia a los familiares más cercanos del menor, esto como una medida de protección.

Las medidas de protección como consta en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 215.-Concepto.- “Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, a favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios”. (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

Para la aplicación de estas medidas el menor tiene que estar en peligro inmediato de la violación de sus derechos por parte de sus padres o padre según sea el caso o quien tenga la patria potestad. El asunto de la custodia de los menores de edad tiene amplia responsabilidad, pues confiere tanto los derechos como las obligaciones las mismas que son la vigilancia, crianza, educación, manutención, por tal motivo el principio general es otorgar la custodia a los responsables naturales quienes son sus padres pero como siempre en cada regla general existen excepciones el juez podrá en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos

¹López Del Cabril Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 280

En el Código de la Niñez y la Adolescencia manifiesta en su Art.79 “Medidas de protección para los casos previstos en este Título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y mas leyes las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o mas de las siguientes medidas. En nuestro caso analizaremos el numeral 2. Custodia familiar o acogimiento institucional.

Esta acción se produce para salvaguardar la integridad del menor de edad, a fin de que la irresponsabilidad de los padres no incida en su crianza, con actos que lo pongan en peligro o a su vez que los padres muestren indiferencia ante la crianza del menor, ubicándolo en un estado de abandono, que exija la intervención estatal, para rescatar al menor, lo cual se realiza considerando su interés superior.

Constitución de la República del Ecuador, artículo 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.” (Constitución de la República del Ecuador, 2016)

La directriz de la investigación consistirá en determinar si las medidas de protección otorgadas en la ley, como es el caso de la custodia familiar, incide en beneficio de los derechos del menor que se encuentra en un estado de abandono, por parte de sus progenitores.

1.2. Formulación del problema.

¿Cómo la custodia familiar como medida de protección incide frente al abandono de los menores de edad, en los trámites de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero - octubre de 2016?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general.

Determinar cómo la custodia familiar como medida de protección incide frente al abandono de los menores de edad, en los trámites de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero - octubre de 2016.

1.3.2.- Objetivos específicos.

1. Realizar un estudio acerca de la tenencia.
2. Demostrar la aplicación de la medida de protección de la custodia familiar
3. Determinar el modo como se declara en abandono a un menor de edad

1.4. Justificación e importancia.

Se puede argumentar que revisados varios textos bibliográficos, se ha constatado que no existen temas de investigación similares, aunque vale indicar que si existen libros que tratan de forma general los Derechos de Menores, no obstante, no existe ninguno que profundice sobre la custodia familiar como medida de protección ante el abandono de los menores de edad.

Con esta premisa se argumenta la justificación del presente trabajo, por consiguiente es original. Del mismo modo, se puede manifestar que los menores

de edad son un grupo vulnerable y de atención prioritaria, por consiguiente se debe garantizar sus derechos, y sobre todo buscar el bienestar del menor, aplicando la normativa establecida en la Constitución Política del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Convención sobre los derechos del Niño. En la actualidad el maltrato de los niños, niñas y adolescentes es evidente porque los menores ya no guardan silencio frente a la magnitud de las agresiones proferidas, así también los representantes de entidades de salud ,educativas tienen la obligación de emitir un informe cuando exista la presunción de maltrato, ante la autoridad competente para la realización de la respectiva investigación, de igual modo cuando existe maltrato, abandono, negligencia dentro del núcleo familiar, los abuelos tiene todo el derecho de denunciar a sus descendientes proponiendo la respectiva denuncia y por medio de la investigación realizada y en base a las conclusiones obtenidas de la misma, los abuelos pueden obtener la custodia familiar de los menores que se encuentran bajo el peligro inminente.

Desarrollo Integral.- Constitución de la República del Ecuador, Artículo 45: “ Las niñas, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizara su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.” (Constitución de la República del Ecuador, 2016).

Cabe recalcar que la Constitución del Ecuador precautela al ser humano desde el momento de su concepción, implementando políticas de salud, alimentación, con el objetivo de procurar el desarrollo embrionario, también se proporciona métodos para la realización de la estimulación temprana, que beneficia el incremento de las capacidades intelectuales y físicas al neonato.

Al momento de su nacimiento el individuo tiene derecho a pertenecer a una familia, tener un nombre, nacionalidad, cultura, estos derechos se garantizan mediante el registro de su nacimiento ante el Registro Civil.

A demás añadiremos que durante sus etapas de crecimiento tienen los derechos comunes a su edad, como son: alimentación, salud, la educación, recreación, vivienda, idioma y a convivir de acuerdo con su cultura y creencias.

Al referirnos de la integridad física, es el cuidado de todas las partes del cuerpo de forma externa como interna, en relación a la psíquica es la conservación de las habilidades emocionales e intelectuales. En conclusión ninguna persona puede ser lesionada amparándonos en nuestra Constitución de la República del Ecuador y Convenios Internacionales.

Con respecto a la identidad manifestare que son las características o rasgos propios del ser humano en el momento del nacimiento, por las cuales nos distinguimos del resto de las personas, de igual manera al proporcionarnos el nombre nos diferenciamos de los demás y con la ciudadanía, se reconocen los derechos y deberes que poseemos tanto sociales y políticos

El derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia es muy importante, porque se fortalece la seguridad y por ende se garantiza el desarrollo emocional, intelectual y Físico.

A la familia se la considera como pilar fundamental de la sociedad ya que es un grupo pequeño que se basa en normas, obligaciones y derechos, establecidas para la correcta aplicación de sus integrantes.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. Antecedentes de la investigación.

Al haberse realizado los respectivos estudios bibliográficos y documentales en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, concretamente en la Escuela de Derecho se puede constatar que no existen trabajos similares sobre el tema de investigación, que se encuentra en ejecución, por lo que la presente investigación es de carácter original y pertinente.

2.1. Fundamentación filosófica.

A fin de garantizar la situación de los menores de edad se ha establecido una gran cantidad normativa orientada a salvaguardar sus derechos, y evitar de esta forma que se produzcan maltratos frente a ellos menoscabando sus derechos.

Código de la Niñez y la Adolescencia: Art. 67 “Concepto de maltrato. Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

La presente investigación procurará el estudio de las situaciones que se producen por el abandono del menor de edad, muy puntualmente en lo que se refiere a la medida de protección denominada custodia familiar.

2.2. Fundamentación teórica.

Para la realización del presente trabajo investigativo me base principalmente en los artículos 45 y 46 de la Constitución de la República del Ecuador, referente a los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.(...);Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 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.(...)”, En concordancia con lo estipulado en Art.- 8, 67, 215 del Código de la Niñez y Adolescencia. La Legislación Internacional el Ecuador ha ratificado varios convenios en beneficio de este grupo considerado vulnerable y prioritario como es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE MENORES Y CONCEPTO DE ABANDONO

2.2.1. Introducción al derecho de menores y concepto de abandono.

Con la finalidad de establecer de un modo claro el alcance de las medidas de protección, en lo que concierne a la custodia familiar, este trabajo tratará en primer lugar un preámbulo en donde se estudiará lo referente al derecho de los menores, cobijado por su interés superior y el concepto de abandono por parte de sus padres. Con lo cual se buscará profundizar que los menores de edad son sujetos de derechos y que sus padres son responsables frente a ellos, para

posteriormente analizar la consecuencia de su abandono y posibles alternativas para solucionar este problema.

2.2.2. Definición de derecho de menores

Para poder iniciar con el trabajo es indispensable que se explique la trascendencia que posee el derecho de menores, dentro del medio jurídico ecuatoriano e internacional, dentro de los últimos 50 años esta rama del derecho ha cobrado una especial importancia, derogando las normas relativas a la materia.

EL DERECHO DE MENORES “Tiene por objeto la protección integral del ser humano desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social” (Jiménez García, 2000)²

En si es la patria potestad, que ha sido una institución que garantizaba los derechos de los padres frente a los hijos, en tanto, que hoy se comprende que es un conjunto de derechos y obligaciones que los padres poseen frente a sus hijos menores de edad, de este ejemplo se puede ver que en la actualidad los conceptos del derecho han cambiado, con la finalidad de que la norma se oriente a proteger al menor.

Realizando un interesante análisis del tema se pasa a citar a Sajón: “La moderna concepción de los “derechos-funciones”, los derechos de los niños y el interés publico en proteger a los menores, especialmente a los huérfanos, expósitos, abandonados moral o materialmente, hizo renacer el concepto de derecho de menores pero con una nueva naturaleza jurídica y atendiendo a fines mas

² Jiménez García, Joel Francisco, Derecho de los Niños , México, ed. Instituto de Investigaciones Juridicas,UNAM,2000 p.5

preciosos de justicia, solidaridad y paz social. No se trataba de proporcionar un niño o un menor a una familia sino una familia a un menor” (Sajón, 1995)³

Según Sajón, el derecho de menores pertenece al orden público por tratarse de un grupo de atención prioritaria, en especial cuando se trata de proteger a los niños desfavorecidos por sus padres, además Sajón nos da a entender que el derecho de menores cobra una mayor importancia dentro de la familia, Porque el niño en cuanto a ser indefenso, no puede defenderse por si solo, por ende sus derechos son privilegiados estando por encima del resto de la familia.

Sobre este razonamiento, diremos que es concordante con la doctrina y crean el principio del interés superior del niño, derecho protegido en todas las formas establecidas en la Constitución, Leyes, Convenciones, orientado a satisfacer las necesidades primordiales del menor y a los particulares a respetar los derechos del mismo.

Bonnard: “El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo.”⁴ (Bonnard, 1991)

2.2.3. Diferencia entre el derecho de menores y el derecho de familia.

Conviene explicar que adicionalmente al derecho de menores, existe un derecho de familia, que es una especialidad propia del derecho. Habiendo dejado claro que

³ Sajón, Rafael, Derecho de Menores, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, Pág. 445.

⁴ Bonnard, Jérôme, La garde du mineur et son sentiment personnel, Revue Trimestrielle de Droit Civil, núm 1, año 90, Paris, 1991, p.49

el derecho de menores protege la situación de los hijos menores de edad dentro del seno familiar, es necesario indicar que el derecho de familia, regula las relaciones del grupo familiar, principalmente entre los cónyuges, pero también de los derechos y obligaciones de los cónyuges frente a sus hijos.

Para una mejor explicación se cita a Lehmann: “El derecho de familia es derecho privado, pero muchas de sus normas tienen contenido de orden público, en esta rama del derecho se estudian principalmente tres materias: a) régimen matrimonial, b) filiación; y c) guardas. Igualmente, se analizará la familia legítima y, en sentido amplio, la familia natural y adoptiva.” (Lehmann, 1953)⁵

Según Lehmann el derecho de familia rige las relaciones entre los cónyuges y su patrimonio, de la misma forma explica que norma la relación que estos poseen frente a su hijo menor de edad, lo cual recalca pertenece al orden público. Aunque De Ruggiero, posee una distinción un poco diferente. Roberto De Ruggiero: “La clásica distinción del autor alemán entre las normas del Derecho de Familia puro y aplicado se recepta por la doctrina moderna en los conceptos de Derecho de Familia estructural o anatómico –normas que regulan la organización de la familia y Derecho de Familia funcional o fisiológico, reglas que rigen el funcionamiento de la familia en el plano jurídico.” (De Ruggiero, 4ta edición italiana)⁶

De estas definiciones se puede concluir que existen dos especialidades del derecho civil, el derecho de familia, que regula las relaciones entre los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que poseen frente al menor; y, el derecho de menores, que protege los derechos de los menores de edad, sin importar si se trata de salvaguardar los dentro de su propia familia o fuera de ella.

⁵Lehmann, Heinrich, Derecho de familia, T IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, Pág. 35.

⁶ De Ruggiero, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, 4ta edición italiana, Madrid, T II, p. 35.

2.2.4. Fundamentación en la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro del marco constitucional se protege el derecho de menores desde varios aspectos, si se revisa el texto constitucional, se podrá apreciar que la Constitución realiza un esfuerzo por determinar derechos para los menores de edad, no obstante, a continuación se pasa a estudiar los más importantes.

Constitución de la República del Ecuador, artículo 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.” (Constitución de la República del Ecuador, 2016)

El principio del interés superior del niño demanda que el Estado, mediante sus poderes, ejecute políticas públicas que salvaguarden la integridad de los niños, niñas y adolescentes, principalmente en su derecho, ya que la aplicación de la justicia evita que se vulneren sus derechos, principalmente cuando esto se produce dentro de la familia. Por estas razones se ratifica una vez más, que dentro de la familia lo verdaderamente importante son los menores de edad.

Un tema bastante nuevo es el de precautelar el desarrollo integral del menor, lo cual quiere decir que la Constitución debe implementar políticas públicas que aseguren al menor criarse y desarrollarse dentro de un ambiente adecuado, apuntando que este desarrollo debe realizarse dentro de un núcleo familiar; es

decir dentro de la familia, la cual le ayuda al menor a desarrollar su seguridad personal e intelectual.

En la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo. 45: "Las niñas, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde su concepción.

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

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas." (Constitución de la República del Ecuador, 2016)

El texto constitucional reconoce el cuidado de los infantes y adolescentes garantizando su vida, desde su procreación, por lo cual el derecho de menores en Ecuador empieza desde este momento. Otro tema de interés es que se reconoce como un derecho de menores, el poder expresar su opinión dentro de juicio, en los temas que les afecten este derecho lo encontramos plasmado en la Convención sobre los Derechos del niño en el Art.12.- numeral 1. Que en síntesis podemos decir que la opinión del niño se tomara en cuenta siempre que el mismo ya pueda formarse un propio juicio es decir que tome decisiones en base a su propia voluntad sin existir coerción de ninguna naturaleza en asuntos que le afecten directamente a su persona, esta opinión se tomara de acuerdo a su edad y al grado de madurez que él posea. En el numeral 2. Se garantiza el derecho de

opinión del menor en cualquier procedimiento que lo involucre será escuchado de forma directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Como bien explica Pérez Duarte: "... se debe tomar en cuenta esta particularidad en los casos en que existe conflicto entre las personas que ejercen la autoridad parental ya sea entre sí o con el menor. Si la autoridad parental se necesita como intermediaria permanente del adolescente (menor) la respuesta del derecho francés (y del mexicano también) a su capacidad natural de escuchar, hablar y decidir, no es satisfactoria pues el derecho de custodia, prerrogativa de esta autoridad, tiene una fuerza excepcional. Esto es válido en México, en donde el texto de la norma no permite que los menores sean escuchados en juicio. Aunque existe el compromiso a nivel internacional, Bonnard subraya que esto reviste una problemática especial tratándose de menores que han alcanzado una edad en la que difícilmente van a aceptar las decisiones que se les impongan por la fuerza, aunque éstas vengan del Poder Judicial. Efectivamente, el equilibrio entre la autoridad parental y la necesidad del menor sólo puede darse en el análisis de cada caso concreto por el juzgador." (Pérez Duarte, 1994)⁷

2.2.5. Fundamentación en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia

Al tratarse de una ley dedicada al tratamiento de los menores de edad existe una amplia normativa, que regula el derecho de menores, por esta razón se puede asumir que todo el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, es aplicable al tema. Sin embargo, a continuación se referirá a las instituciones más importantes del derecho de menores y que guardan estricta relación con el tema de estudio.

⁷Pérez Duarte, Alicia, Derecho de Familia, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 360

2.2.5.1. Principio del Interés Superior del Niño.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, básicamente reseña el mismo contenido que la Constitución de la República del Ecuador, enunciando que el precepto del interés superior del niño, es una disposición que precautela y garantiza el derecho de los menores, la obligatoriedad que posee el mandato, es ser cumplido por el Estado, a través de todos sus poderes y dependencias, siendo la función judicial la más importante, Porque el administrador de justicia puede establecer tangiblemente estos derechos. Es decir que antes de tomar decisiones concernientes a los niños y menores de edad, debe promover y proteger los derechos establecidos cuya prioridad es el bienestar emocional.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 11: “El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

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

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

Finalmente el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia manifiesta la opinión del menor como uno de sus derechos fundamentales tomando en consideración la edad y madurez en los casos que a este le afecte, el administrador de justicia

debe escuchar su exposición, deberá discernir sus opiniones y en base a lo expresado por el menor tomar una decisión favorable.

2.2.5.2. Patria Potestad.

Una vez que se produce la identificación entre los padres y su hijo, se crea la patria potestad, que es un conjunto de derechos y obligaciones que poseen los padres frente a sus hijos menores de edad no emancipados, también denominados hijos de familia. En breve resumen son los menores de edad que no pueden valerse por sí, dependen de sus padres para subsistir.

Podemos manifestar que la patria potestad es la representación legal que tienen los padres conjuntamente es decir al padre y la madre, a uno de ellos a falta del otro.

Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 105 determina: “Concepto y contenidos.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

La ley otorga a los padres varias exigencias y beneficios, a fin de que estos puedan cuidar a sus hijos menores de edad de una forma adecuada, es importante destacar que entre las principales exigencias se encuentra el proveer económicamente a los hijos, ejercer su cuidado diario, educarlos. Dentro de los principales beneficios de los padres está el de poder decidir sobre sus hijos tanto en su crianza como en su corrección.

La patria potestad son los derechos que tenemos como papá o mamá, para cuidar de nuestros hijos, decidir sobre el desarrollo de su vida, y hacer para ellos lo que

nosotros mejor creamos, también implica la toma de decisiones importantes ya que ellos no tienen la madurez suficiente para tomarlas por sí solos.

De Ibarrola: “La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.” (De Ibarrola, 1981)⁸

En términos de derecho la patria potestad posee dos grandes finalidades, que son: la representación legal del menor, debido a que como persona incapaz relativa no puede actuar con total libertad; y, la administración de los bienes del menor, cuando este los tiene, así como beneficiarse del peculio del menor, que los padres deberán utilizar en su crianza.

2.2.5.3. Adopción.

Siendo lo más común la filiación por causa natural, que es cuando los padres deciden tener un hijo y lo reconocen como tal, la adopción se presenta como una alternativa para las personas que no poseen familia por causas de infertilidad o que desean acoger a un menor de edad desprotegido como acto de solidaridad, pueden reconocerlo como hijo ante la ley, y desde este punto generen derechos para él, así como también producirán obligaciones a las que se someten.

Planiol y Ripert: “La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. Sin embargo, el parentesco ficticio que resulta de la adopción sólo de manera imperfecta imita al verdadero parentesco. Sus efectos son menos extensos y numerosos, y su único resultado serio es dar un heredero, con todos los derechos de los hijos a las personas que carecen de éstos. La adopción no

⁸ De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México DF, 1981, p.415

destruye las relaciones de filiación que el adoptado recibe de su nacimiento; el parentesco ficticio que crea se sobrepone a estas relaciones sin sustituirse a ellas". (Ripert, 1991)⁹

Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo.153.- **principios de adopción.**- "La adopción se rige por los por los siguientes principios específicos:

1. Se recurrirá a la adopción cuando se hubieren agotado las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar;
2. Se priorizara la adopción nacional o sobre la internacional. La adopción internacional será excepcional;
3. Se priorizara la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas;
4. Se preferirá como adoptantes a los miembros de la familia de origen del niño, niña o adolescente, hasta el cuarto grado de consanguinidad;
5. El niño y la niña siempre que estén en condiciones de hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas de acuerdo al desarrollo evolutivo y emocional de cada uno.

Es obligatorio el consentimiento del adolescente;

6. Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta ultima;
7. Los candidatos a adoptantes deberán ser personas idóneas;
8. Los niños, niñas y adolescentes y los candidatos a adoptantes deben recibir una preparación adecuada para la adopción; y,

⁹Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Cárdenas editor y distribuidor, Méjico, 1991, Tomo II, Pág. 220.

9. En los casos de adopción de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a los pueblos y nacionalidades indígenas y afro ecuatorianas, se preferirá a adoptantes de su propia cultura." (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

Ahora bien la adopción se produce cuando existe abandono por los progenitores, quienes no desean cuidar al menor y de esta forma lo dejan en estado de indefensión, para que otra familia lo acoja dentro de su seno familiar y por consiguiente le permita desarrollarse con normalidad en sus etapas físicas y psicológicas al menor adoptado. Es importante destacar, el principio de la adopción el cual es agotar toda posibilidad de integración a su familia natural, así como toda forma de medida de protección, sin embargo existen varios aspectos privilegiados para que se realice la adopción por ejemplo, que sean integrantes familiares del candidato a la adopción hasta el cuarto grado de consanguinidad, pertenecer a la misma nacionalidad y cultura, ser adoptados por personas de diferente sexo, estos principios prevalecerán a las adopciones extranjeras, a personas célibes y a las personas que no poseen la cultura del menor. Para la realización de la adopción se toma en consideración las opiniones de los de los menores si lo pueden realizar.

En conclusión, la adopción se produce por el abandono de los padres a su hijo o por la privación de la patria potestad, lo cual origina que en los casos en los que no sea posible la entrega del cuidado del menor a su familia cercana, se deba declarar al menor en estado de adoptabilidad.

Cuando existen una adopción los padres biológicos dejan de tener los derechos sobre sus hijos, estos derechos se transfieren a los padres adoptivos. Es decir ahora los padres adoptivos tomaran decisiones propias y relevantes a sus hijos sin intervención de los padres biológicos ya que la adopción no es modificable.

2.2.5.4. Tenencia.

La tenencia es el cuidado diario y permanente de un menor, que ante la separación de sus padres debe ser cuidado solamente por uno de ellos, la

tenencia no limita en nada los derechos de patria potestad de ambos padres, simplemente ante la imposibilidad de la cohabitación, se encarga a uno de ellos el cuidado de los hijos menores de edad. Es importante decir, que el derecho de tenencia puede variar como cualquier figura del derecho de menores, según las circunstancias que se presenten y la conveniencia para el menor de edad.

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 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.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

Pérez Duarte: “Tratándose de las personas menores de edad, se diferencia expresamente los conceptos de patria potestad y custodia, instituciones, como ya expliqué, referidas al bienestar y cuidado de la niñez pero distintas entre sí, pues una solo comprende los cuidados de la persona del hijo o hija y la otra abarca tanto a su persona como a sus bienes. Una persona puede tener el ejercicio de ambos institutos respecto de su hijo o hija o sólo uno de ellos: sin embargo, tanto la persona que ejerce la patria potestad como aquella que tiene al o a la menor bajo su custodia tienen, desde mi punto de vista, la facultad de corregirlo o corregirla y la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo.” (Pérez Duarte, 1994)¹⁰

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 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

¹⁰ Pérez Duarte Alicia, Derecho de Familia, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, Pág. 230

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.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

La tenencia solo se otorga por vía judicial esto es que debe existir un juez que otorgue cual de los progenitores va a ejercer la tenencia, por ejemplo cuando se produce la ruptura de la pareja ya sean casados, unión libre o simplemente convivientes y existen algo en común que son los hijos uno de ellos los lleva consigo a su casa esta situación comúnmente se llama guarda, pero judicialmente necesitan el pronunciamiento que expide el juez que cual de ellos va a tener la responsabilidad legal sino que también tendrá la potestad de tomar decisiones que serán importantes para el menor.

Lo que sucede que al estar bajo el cuidado según las circunstancias de lo que se encuentre de uno de los progenitores ese progenitor es el responsable de lo que realice el menor por ejemplo la madre tiene la tenencia pero luego el día de visitas por esas horas la tenencia y la responsabilidad tiene el padre y todo lo que suceda durante el tiempo de visitas será el padre el responsable, la tenencia normalmente se busca que sea de común acuerdo y que se desarrolle en un marco de dialogo, podemos acotar que en la tenencia implica la edad de los menor por ejemplo para tomar una decisión ,si son infantes el privilegio la tendrá la madre por motivos de afectividad y por la sociedad que nos desarrollamos este es un principio general pero también podemos decir que el padre puede litigar la tenencia de su hijo siempre y cuando justifique incidentes graves con relación a su hijo o hijos, ya sea por desamparo, agresión o que la madre tenga una pareja conflictiva y le provoque daño al menor.

En ocasiones el padre y la madre no se puedan hacerse cargo es decir por ejemplo si la madre se encuentra en tratamiento psicológico y no se pueda hacer cargo y el padre se encuentre privado de la libertad la ley muy sabia prevé que tiene que designarse un tutor aplicando la figura jurídica de la custodia familiar que es emergente y los privilegiados para esta figura son los ascendientes mas próximos o consanguíneos.

2.2.5.5. Visitas

Elías Gustavino define al régimen de visitas en los siguientes términos: “El derecho a visitar y ser visitado incluye más que el de verse y tratarse personalmente determinados sujetos en forma regular. Implica la comunicación fluida entre ellos que se da compartiendo momentos, dentro o fuera del lugar de residencia del visitado, la correspondencia y contactos telefónicos.” (Gustavino, 1976)¹¹

Artículo 122 Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia: “Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Este derecho siempre buscare el interés superior del niño, y puede solicitar este régimen de visitas el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo, podemos manifestar que las visitas es un derecho del menor, y así mantener la presencia activa y comunicacional con su padre en forma directa y regular, ya que este derecho nace desde el reconocimiento legal del hijo ,pero sin embargo la obligación nace desde que una unidad lo ordena, por ejemplo cuando existe conflictos en parejas que tienen hijos en común, es necesario que se otorgue a uno solo de ellos la tenencia, en tanto, el otro padre conservará el derecho de visitas, para mantener el contacto con su hijo. En caso de no existir una resolución en base a este derecho simplemente es una obligación natural de la madre la cual puede excederse en su postura, ya que pensando castigar al padre no toma en consideración que es un derecho del hijo y lo esta vulnerando, pero

¹¹Gustavino, Elías, Régimen de visitas en el derecho de familia, JA, 1976, tomo I, p. 654.

cabe acotar que la ley prohíbe el derecho de visitas cuando esta en riesgo la seguridad del menor.

2.2.5.6. Alimentos.

Los alimentos, es un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perece y en el caso que no sean suficientes se limita su desarrollo integral, físico y mental por cuya razón se considera que la omisión es un atentado en contra de los derechos humanos. El derecho alimentario corresponde a toda la humanidad, por ser un derecho natural originado por las exigencias propias de la naturaleza humana por lo tanto es considerada una necesidad primordial.

La pensión alimenticia incumbe a los progenitores, es decir cubrir los gastos requeridos respecto de sus descendientes, los padres son los sujetos primeramente obligados a satisfacer este derecho cuando conviven en un núcleo familiar se sobreentiende que los alimentos les son suministrados de forma directa. Cuando existe una desintegración familiar el derecho de recibir por parte del otro cónyuge, dinero o especie para sufragar las necesidades primordiales como son la alimentación, el vestuario, la habitación y salud en caso de enfermedad, se entiendo por alimentos todo lo indispensable para el sustento, podemos decir que la pensión de alimentos es intransferible e irrenunciable, además los alimentos son inminentes porque se necesitan día a día y son personalísimos.

Podemos manifestar que el derecho de alimentos lo encontramos en nuestra Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, en las Convenciones y Tratados internacionales por ser un derecho biológico y primordial. El derecho de alimentos subsistirá hasta cuando el menor sea auto capaz de generarse por si mismo su propio derecho es decir cuando cumpla su mayoría de edad y trabaje a beneficio propio y en caso de estudio hasta su culminación que no podrá exceder de los veintiún años.

Luis Claro Solar frente a esta definición indica que: “Con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: comida, la bebida, el vestido, los remedios en caso de enfermedad”. (Luis, 1944)¹²

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo Innumerado 2(127): “Del derecho de alimentos.

El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

¹² Claro Solar Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Santiago 1944, p. 448.

UNIDAD II

MALTRATO Y ABANDONO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

2.2.2. Maltrato y abandono de Niños, Niñas y Adolescentes.

Aunque el derecho de los menores se encuentra amparado por la Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Convenciones Internacionales cuyas normativas buscan proteger la situación del menor, atendiendo a sus derechos y al principio del interés superior del niño que le garantiza, esto no siempre es perfecto, por cuanto los menores pueden ser víctimas de diferentes tipos de maltrato e incluso del abandono.

Dentro de esta parte del trabajo se revisará el maltrato como un condicionante para que se dicte una medida de protección sobre el menor, así como también del abandono, que sería la forma más evidente del maltrato.

2.2.2.1. Concepto de maltrato de Niños, Niñas y Adolescentes.

Para poder entender lo que es el maltrato de menores se pasa a citar algunas definiciones emitidas por organismos internacionales, que procuran el derecho de menores.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS): maltrato es: “Toda forma de abuso físico y/o emocional, abuso sexual, abandono o trato negligente, explotación comercial o de otro tipo, que produzca daño real o potencial para la salud, la supervivencia, el desarrollo o la dignidad del niño y la niña, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o de poder.”
(<http://www.ultimahora.com/-n358526.html>.)¹³

Dentro del concepto proporcionado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), se categoriza el maltrato en diferentes clases, así indica la organización, el

¹³ Linkografía. <http://www.ultimahora.com/maltrato-el-hogar-afecta-6-cada-10-ninos-paraguayos-n358526.html>.

maltrato puede consistir en físico, psicológico, abandono del menor y su explotación, dentro del entendimiento que dichas conductas obedezcan a dañar la integridad del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19, se refiere que el maltrato infantil como: “Toda forma de perjuicio o de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

La Convención sobre los Derechos del Niño, relaciona el maltrato con la relación directa entre los padres y los hijos, entendiéndose que se configura el abuso en las veces que los padres violenten física o psicológicamente al menor, o que lo abandonen o lo ubiquen en una actividad en donde se le explote.

Para UNICEF: “Las víctimas del maltrato infantil y el abandono pertenecen al segmento de la población conformada por niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años, que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede realizarse por omisión (por ejemplo abandono), supresión o transgresión de los derechos individuales y colectivos.”

Finalmente para la UNICEF, equipara al maltrato y el abandono como un problema similar, bajo el cual un menor de edad sufre de física o psicológica, insistiendo que la omisión del menor; es decir, su abandono también es una forma de maltrato por el cual se transgreden sus derechos individuales y aún colectivos.

Para realizar un concepto propio, se puede argumentar que el maltrato y el abandono del menor son una misma cosa. El hecho de abandonar a un menor de edad el cual no puede procurarse sus medios de subsistencia, consiste en maltrato, el que no pueda alimentarse, el descuido material y moral de sus padres se constituye como un maltrato. El maltrato como término general definimos como los abusos y la desatención que son objeto los menores de 18 años, incluyendo el

maltrato físico y psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial, que causen un daño a la salud, desarrollo y dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, La exposición a la violencia de pareja también se incluye entre las formas de maltrato infantil por que cuando el progenitor que posee su tenencia convive con otra persona que no es su padre corre el riesgo de ser sometido corporalmente causándole lesiones.

2.2.2.2. Definición de maltrato y/o abandono según el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

A continuación se pasa a realizar un análisis de la norma que regula el maltrato de menores en Ecuador.

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 67: “Concepto de maltrato.- Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad. (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

En resumen el maltrato es el sufrimiento de los niños, es todo suceso premeditado o no, de agravio, abandono, agresión física, sexual, emocional por omisión, explotación y negligencia, que los adultos con alevosía y ventaja ejercen generalmente en forma habitual contra menores de edad, a través de actos de ira, violencia, humillación o intimidación afectando gravemente el desarrollo intelectual y social del infante, ante lo cual se puede constatar que la norma nacional coincide con los criterio expresados por los Organismos Internacionales,

el maltrato y el abandono son términos sinónimos, siendo el maltrato un término general y el abandono un término que determina una conducta exacta.

Indica también la norma las clases de maltrato, que es todo acto que ocasione un daño físico o psicológico a la integridad del menor e indica que este daño es producido habitualmente por los mismos padres pero como se desarrolla en la privacidad del hogar los únicos casos que se conocen son los más graves porque los padres por el exceso del maltrato los llevan a casas de salud o porque alguna persona dan aviso a la policía. Debemos aclarar que existe diferencia entre el castigo físico que es una forma de corregir la mala conducta del infante por medio de nalgadas sin intención de causarle marcas, pero en el maltrato físico se realiza de forma continua y dejándole marcas impresas con conciencia del agresor.

El maltrato institucional es cuando se realiza dentro de una institución pública o privada, a veces los niños no quieren expresar lo que sucede ya sea por miedo o amenaza de su educador sin embargo es fácil detectar si el infante está siendo maltratado en su institución solo debemos poner atención a su actitud, la relación con su entorno, con los niños de su edad y con los adultos. En este tipo de maltrato la responsabilidad recae en el autor que es el educador y el representante legal que es su directora quien está llamada a investigar el maltrato denunciado y a castigar al educador que ha procedido al maltrato, en caso de no poner atención a las peticiones de los denunciantes ella tenderá responsabilidad de cómplice del maltrato, y deberá ser sancionada administrativamente y penal cabe acotar que el maltrato no diferencia los estratos sociales.

2.2.2.3. Abandono de Niños, Niñas y Adolescentes.- Código Integral Penal.

Por la gran importancia del abandono ocasionado a personas pertenecientes a los grupos vulnerables se ha incluido normativas sancionadoras en el Código Orgánico Integral Penal.

La misma la encontramos en el Art. 153.-Abandono de Personas. “La persona que abandone a personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres

embarazadas, personas con discapacidad o a quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, de alta complejidad , raras o huérfanas, colocándolas en situación de desamparado y ponga en peligro real su vida o integridad física, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (Código Orgánico Integral Penal., 2016)

Dentro de los incisos existen agravantes cuando existen lesiones producidas por el abandono, serán sancionadas con las mismas penas previstas para las lesiones aumentadas en un tercio; y, cuando se produce la muerte, la pena será de 16 a 19 años.

2.2.2.4. Clases de maltrato.

Cabe señalar que la vulneración de los Derechos de niñas y niños en el Ecuador es frecuente y se presenta en todo estrato social, étnico, cultural; el maltrato infantil, abarca toda forma de maltrato físico, psicológico, sexual, abandono o trato negligente y explotación, que cause daño a su desarrollo integral. Habiendo consultado diferentes textos se puede concluir que existen tres tipos de maltrato: maltrato físico, maltrato psicológico y abandono.

2.2.2.4.1. Maltrato físico o Biológico: cualquier agresión física no accidental por parte de padres o cuidadores, que cause daño físico, en el niño, o lo ponga en grave riesgo de padecerlo. Implica el uso de la fuerza para provocar daño, incluyendo todos los daños resultantes de castigos físicos severos y agresiones. también constituye maltrato los traumas físicos menores por ejemplo las sacudidas, en la idiosincrasia ecuatoriana no constituyen maltrato, pues con estos actos se busca reprender o castigar a los hijos cuando han realizado actos equivocados, pero se debe tener presente que el castigo físico regular se considera maltrato pues afecta al desarrollo, dignidad y autoestima.

“Cualquier acción no accidental por parte de los padres o cuidadores que provoquen daño físico o enfermedad en el niño o le coloque en grave riesgo de padecerlo”.¹⁴

“El maltrato físico es aquel tipo de maltrato cuya característica principales daño físico que se infringe en el menor. El maltrato físico está ligado al castigo, daño en la piel y en los tejidos superficiales contusiones, hematomas, quemaduras, marca de mordisco, daño en el cerebro, síndrome del látigo (cuando se sacude el niño con dureza), daños en los órganos internos, lesiones en el esqueleto, fracturas”¹⁵.

Se refiere a cualquier lesión infringida de un adulto a un niño de manera intencional como golpes, quemaduras fracturas, envenenamiento. El castigo corporal excedido por medio de golpes, patadas, o agresiones con objetos como correas, palos, mangueras.

2.2.2.4.2. Maltrato psicológico: Según el artículo 67 del Código de la Niñez y la Adolescencia Inciso. Segundo: “El que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus, progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado” (Publicaciones, 2016)¹⁶

“El maltrato psicológico es toda acción u omisión que daña la autoestima o desarrollo de un menor, que daña su integridad emocional, la concepción y el valor de sí misma o la posibilidad de desarrollar toda su potencialidad como ser humano”. (Nicola, 2006)¹⁷

Implica actitudes de indiferencia, insultos, ofensas y desprecio de los padres o de quien se encuentra a su cuidado hacia los niños generándoles sentimientos de desvalorización, baja autoestima e inseguridad personal.

¹⁴Federación de Asociaciones de Maltrato Infantil. Jornadas de Parentalidad Positiva: Documentación pág. 25.

¹⁵Prieto, M. R. (S.f.) Maltrato infantil.

¹⁶Código de la Niñez y la adolescencia, 2016. Corporación de Estudios y Publicaciones P 18.

¹⁷Nicola, Y. (2006) El maltrato infantil. Guía Didáctica de Psicología del Desarrollo.

En conclusión es el hostigamiento verbal habitual a través de insultos, críticas constantes, descalificaciones, ridiculizaciones y, en general, actitudes y comportamientos que implican un detrimento sistemático de su autoestima o causen o puedan causar trastornos en su desarrollo emocional, social e intelectual.

Es el tipo de maltrato más difícil de definir y detectar porque afecta la autoestima, la capacidad de relacionarse y expresarse de la víctima.

Procedimiento para la protección de las víctimas de maltrato mediante sospecha, aviso o denuncia.

La sospecha inicia cuando se observa las acciones y conductas de las personas se identifica alguna situación de riesgo por un niño/a y adolescente, puede producirse cuando se revelan los hechos denunciados por el menor o, adolescente o su madre, padre o persona cercana a su hábitat.

Lugares en que se puede detectar a una víctima de maltrato.

En Centros de salud como son los Hospitales, consultorio médico, establecimientos de educación: escuelas o colegios, en el barrio (vecinos) etc...

La agresión puede presentar síntomas físicos (visibles como los hematomas, laceraciones) y psicológicos cuando se produce sin violencia física esto se presenta cuando el agresor profiere epítetos destructivos hacia el menor.

Si existe maltrato puede presentar indistintamente el padre o la madre, o el menor puede presentar la denuncia, los / as funcionarios de instituciones y entidades públicos, de organizaciones o cualquier persona que sospeche o conozca algún caso de maltrato tiene la obligación de denunciar con la brevedad posible ya sea ante la Policía Nacional, Junta Cantonal de Derechos, Fiscalía, DINAPEN, Defensoría del Pueblo, etc.

2.2.2.4.3. Abandono: aquella situación crónica donde las necesidades básicas del niño no son atendidas temporal o permanentemente por los adultos responsables

de su cuidado o por ningún miembro del grupo familiar que convive con el niño, disponiendo o teniendo acceso a los medios y recursos socioeconómicos para satisfacerlas, afectando su integridad.

Consiste en actos de desamparo injustificado a través de los cuales se ignora y desatiende las necesidades básicas del infante como alimentación ropa higiene, protección educación y cuidados sanitarios por ejemplo la aplicación de vacunas.

2.2.2.5. Definición doctrinaria del abandono.

Ratificando que el maltrato y el abandono son una misma cuestión frente al derecho de los menores, es necesario comprender en términos jurídicos lo que implica el abandono, por lo que se pasa a citar a tratadistas del derecho.

Belluscio que: “El abandono es el desprendimiento de los deberes del padre o la madre, o sea, la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley, y no simplemente el cumplimiento más o menos irregular de los deberes resultantes de la patria potestad.” (Belluscio, 1986)¹⁸

Para Belluscio, el abandono vuelve evidente la situación de riesgo del menor de edad, que ante la total despreocupación de sus padres queda expuesto a peligros. Debido a que los padres han abandonado al menor, las obligaciones que emanan de la patria potestad no pueden cumplirse y el menor queda desprotegido.

Busso: “El abandono lo constituye la grave desatención de los deberes de patria potestad que pongan en peligro la formación normal integral del hijo, que lo coloquen en evidente desamparo, o sea una abdicación total de los deberes de habitación, crianza, alimentación, educación, vestuario, etc.”¹⁹

Para Busso el abandono constituye el incumplimiento de los deberes que deben proporcionar los padres y por ende la pérdida de la patria potestad, lo cual según la norma general, es una causal para la privación de la patria potestad.

¹⁸Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 356

¹⁹Busso, Código civil anotado, Tomo II, p. 681

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

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

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal.” (Código de la Niñez y Adolescencia., 2016)

Podemos decir que la patria potestad se pierde por resolución judicial, ya sea de uno de los progenitores o por ambos según las causales que lo ameriten.

2.2.2.5. Jurisprudencia

RESOLUCIÓN No: 0070-2009, JUICIO No: 2007-0264, PROCEDENCIA:Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia. (Maltrato Infantil)

Síntesis.

En primera instancia el señor **JULIO PEDRO SALAZAR CRUZ** presenta una demanda por maltrato a menor en contra del señor **GALO EFRAIN HIDALGO DIAZ**, presenta recurso de casación impugnando el auto dictado por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Babahoyo que la misma confirma el auto de primera instancia.

El señor GALO EFRAIN considera que se vulnerado sus derechos al dictar un auto en su contra por el cual presenta el recurso de casación basándose que se ha infringido los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión emanados en el código adjetivo civil y amparándose en el código de trabajo, en su artículo respectivo que manifiesta el fin del contrato colectivo ya que en la misma demanda existe inconsistencias y el no se encuentra de acuerdo, por tal motivo manifiesta que existe la violación en el precepto de la ley de casación en el art. 3 numeral 2, que implica a la aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación.

El análisis que realiza la sala en cuanto a la petición solicitada es la siguiente que se aplica el art. 3 de la ley de casación numeral 2, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión y a la vez estos elementos hayan influido notablemente a la decisión de la causa que se tramita, por lo tanto para que se aplique y prospere una impugnación planteada por el art.3 numeral segundo tiene que cumplir con los requisitos de tipicidad y trascendencia para que proceda nulidad procesal, aclarando que la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación del trámite; y, la trascendencia se refiere a que tal nulidad hubiera influido en la decisión de la causa o provocado indefensión y que no hubiera quedado convalidada

legalmente, las normas citadas y amparadas para la utilización de la casación no concuerdan ya que la una se refiera a los fundamentos de hecho y de derecho; y, la otra a la finalización de los contratos colectivos obligatorios del trabajo, ninguna se aplica a la violación de solemnidades sustanciales o por violación del trámite.

El recurrente lo único que a hecho es demostrar por medio de su escrito, es su inconformidad porque no ha demostrado conforme a derecho las pretensiones solicitadas, lo cual no es motivo para que se declare la nulidad.

Por todo lo expuesto los señores jueces al no encontrar fundamento legal que sustente el recurso de casación toman la decisión de confirmar la sentencia dictada en grado inferior.

UNIDAD III

2.2.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y LA CUSTODIA FAMILIAR.

1. Medidas de protección y la custodia familiar.

A continuación se pasará a estudiar lo que son las medidas de protección, como una forma de cambiar un derecho, en protección del derecho de menores, frente al eventual abandono del menor y la denominada custodia familiar, como una forma de protección al menor de edad.

a. Definición.

A pesar de que se ha revisado algunos textos ecuatorianos, no se ha podido determinar un concepto de las medidas de protección, la doctrina no se ha preocupado de conceptualizar esta institución. Sin embargo, dentro de un concepto propio se puede decir que las medidas de protección son decisiones que se toman para alterar un derecho, ante una situación de riesgo para el menor de edad, es así que la tenencia habitual de los padres puede alterarse si esta es

inconveniente para el menor, o si de hecho el menor se encuentra en una situación de abandono.

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 215: “Concepto.- Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios.

Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios o empleados o cualquier particular, incluidos los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescentes, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos.”²⁰

Analizando las medidas de protección podemos decir que son decisiones que toma un funcionario judicial competente para garantizar el derecho de un menor, decisión plasmada en un documento en el cual se manifiesta la acción a tomar en beneficio de la protección del menor que se encuentra en riesgo. para mayor entendimiento damos un ejemplo: en el proceso N°06101-2015-0206 INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA Y LA OFICINA TÉCNICA.- Los abuelos presentan la denuncia en la cual su hija muere dejando a su primogénito en orfandad, el infante es reconocido solo por su madre ya que su padre no le da importancia desde el momento de la concepción y no tiene quien se haga responsable dentro de su núcleo familiar, pero existe los abuelos maternos con quienes ha interactuado desde su nacimiento, después del fallecimiento de la madre, los abuelos buscan tener la custodia del niño porque se encuentra en

²⁰ Código de La Niñez y la Adolescencia, 2016.pag 57.

riesgo inminente, no puede valerse por si mismo y necesita de la ayuda y cooperación de una persona mayor que sea responsable, quien lo cuide, guie, proteja y ame en si le demuestren cariño y comprensión, para lo cual los abuelos ingresan una denuncia de situación de riesgo, con la cual dan a conocer la circunstancia de su nieto, aduciendo que son los únicos parientes directos del infante. El juez con la ayuda de los informes y el testimonio del equipo técnico encargado de las investigaciones determina la decisión, informes coincidentes que el menor se encuentra en buena relación afectiva, no se halla con inseguridad, su desarrollo es el óptimo de su edad por lo cual se desprende que no existe ningún tipo de maltrato y como la ley manifiesta que se estará al interés superior del niño, el juez toma su decisión a favor de los abuelos maternos imponiendo una medida de protección que es la custodia familiar y siempre precautelando que el infante se desarrolle dentro del grupo familiar al que pertenece, esa será su prioridad.

En el proceso N°06101201600476G, el juez resuelve el archivo de la causa. Según los siguientes antecedentes: Los señores JOSE MARIA GUALLO ALULEMA Y MARIA ELOISA CRIOLLO RAMOS presentan una denuncia con respecto a sus nietas, porque se encuentran en estado de desamparo pues su padre se encuentra privado de su libertad y su madre a sufrido un accidente de trabajo que le imposibilita al cuidado de las menores porque ha sufrido daños neurológicos, por medio de esta denuncia se motivo a la investigación y se dispuso la intervención del Equipo Técnico, de igual manera a la DINAPEN.

Dentro del informe Psicológico en su parte pertinente manifiesta: que las menores motivo de la investigación viven bajo el cuidado y protección de su madre, quien cuenta con el apoyo de sus abuelos maternos y tías maternas, es evidente en las niñas buen vínculo afectivo con su madre y familia materna.

En cuanto a la madre ha reanudado actividades cotidianas y en su trabajo sin desatenderá en sus citas medicas, la misma que psicológicamente mostro lucidez, conciencia normal orientada en persona y espacio.

En el informe Social y Médico manifiesta que la madre a obtenido el alta del hospital y el padre su libertad y las menores siempre han estado bajo el cuidado y protección de su madre, y abuelitos maternos con quienes se encuentran creciendo.

En el informe realizado por la DINAPEN manifiesta: Situación Actual, se ha verificado que las niñas se encuentran bajo el cuidado y protección de sus madre conjuntamente con sus abuelos maternos y que efectivamente sufrió un accidente de trabajo pero ha evolucionado correctamente.

Por tales antecedentes el administrador de justicia toma las siguientes resolución es claro que la señora FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, sufrió un accidente de trabajo pero a evolucionado favorablemente y esta cuidando a sus hijas, esto según informes técnicos adjuntos, de igual manera cuando la madre sufrió el accidente las menores estuvieron bajo el cuidado de los abuelos maternos con quien han vivido por lo que nunca existió situación de riesgo y por ende se archiva la presente causa.

Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 218: “Autoridad competente y entidades autorizadas.

Analizando el contenido podemos manifestar que la autoridad competente para conocer los casos establecidos en esta ley son:

- **Los Jueces de la Niñez y Adolescencia**, tendrán la atribución de ordenar las medidas de protección judiciales y las medidas administrativas.

Medidas de protección judiciales son: El allanamiento, el acogimiento familiar, el acogimiento institucional, y la adopción.

Medidas de protección administrativas son: La inserción del menor a su familia, concesión de boletas, amonestación, orden de salida del hogar del agresor, prohibición de acercarse a la víctima, prohibición de proferir amenazas, la orden de cuidado del menor... etc.

En caso de pertenecer el agresor a alguna entidad pública o privada se ordenara la suspensión de las funciones que desempeña, al igual suspensión del establecimiento mientras dure la investigación, también no podrán participar en seminarios, talleres etc.

- **Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos**, dispondrán medidas administrativas, al igual que los Jueces de la Niñez y Adolescencia el requisito es quien haya conocido primero la violación del derecho.

Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos: Son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, su finalidad es la protección de los Derechos individuales y colectivos de los menores dentro del cantón, los Municipios son los encargados de la organización a nivel cantonal y parroquial según la que requieran.

Las Juntas cantonales tienen las siguientes funciones: conocer de oficio o a petición de parte los casos de violencia o amenazas que vulneren los Derechos de los menores ya sea de forma individual o colectiva, dentro de su respectiva jurisdicción y disponer medidas administrativas de protección necesarias para restablecer el Derecho vulnerado.

Una vez impuestas las medidas de protección las Juntas tienen el deber de vigilar el cumplimiento, realizando un seguimiento, en base al registro de las familias involucradas para con ello restablecer el vinculo familiar y de la comunidad en caso de colectivos, El objetivo de las medidas de protección impuestas es de cesar la vulneración de los Derechos y asegurar el respeto mutuo. En caso de incumplimiento a las medidas impuestas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos deberá interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes.

- **Las Entidades de atención**, tendrán la atribución de ordenar solo medidas administrativas.

Las medidas administrativas ordenadas por estas dos instituciones referidas pueden recurrir a los jueces de la Niñez y Adolescencia cuya resolución no cabra recurso alguno.

En caso de emergencia que aporten graves indicios de agresión o delito flagrante también tendrán atribución de ejecutar provisionalmente las medidas de protección excepto la suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña y la suspensión del establecimiento, tendrán la obligación de poner en conocimiento de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas, para que el juez ordene las medidas definitivas.

Los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos tienen el compromiso de realizar el respectivo seguimiento, verificar su aplicación y valorar periódicamente las medidas de protección que ordenaron, estas medidas pueden ser sustitutivas, modificatorias o revocadas.

Aclarando que las medidas de protección pueden ser tomadas por el órgano judicial representado por un Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, o a su vez por un órgano administrativo, que es la Junta Cantonal de Protección de Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes que se encuentran en cada cantón estas medidas son tomadas cuando existe descuido sobre el menor, en la que se determine cualquier tipo de agresión como es el maltrato físico, psicológica o el abandono.

Según Justo Solórzano las medidas de protección : *“Es toda decisión judicial que genera una obligación de hacer o no hacer, por parte de una persona individual o jurídica, con el objeto de evitar que continúe la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez, por tanto evitar la continuidad del daño físico o psicológico que la amenaza o violación que conlleva y con el fin mediato de restaurar el*

derecho violado o amenazado, y de que el niño, niña o adolescente pueda ejercerlo y disfrutarlo libremente” (SOLÓRZANO)²¹.

b. Condiciones para solicitar la medida de protección.

Las condiciones que deben existir para que la autoridad competente, un Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, o la Junta Cantonal de Protección de Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes, dicte una medida de protección es que exista una situación de riesgo para el menor de edad.

es decir, el abandono de los padres en sus deberes hacia el infante, por la falta de cuidado, la agresión física continua que cause lesiones, en si el maltrato en general que es una situación de riesgo evidente para el menor, y el juez tenga conocimiento de la vulneración de estos derechos mediante una denuncia, para así solucionar la vulneración y dicte medidas correspondiente al caso, cabe indicar que se pueden dictar una o varias medidas de protección, la implementación de estas medidas no obstaculiza las decisiones impuestas por el ente judicial.

Concurrencia de medidas. Código de la Niñez y Adolescencia artículo. 216.- las medidas se pueden aplicar de forma simultánea o sucesiva, la primera se refiere a la aplicación de varias medidas en el mismo acto, y la segunda que termina la medida impuesta y se aplica otra. Esto no afectara a la decisión definitiva que tome el juez que conoce la causa.

c. Custodia familiar.

La custodia es un término que equivale a tenencia, dentro de esta figura jurídica se ha utilizado la terminología custodia familiar, para diferenciarla de la tenencia.

La tenencia es el cuidado diario y permanente de los padres sobre sus hijos, que

²¹SOLÓRZANO, Justo. Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías. Ediciones Superiores.

puede ser uniparental cuando estos no viven juntos.

En cambio la custodia familiar se produce porque el cuidado que deben brindar los padres al menor no existe, debido al abandono moral y material que sufre el menor, la custodia familiar existe para solventar el cuidado diario del menor, dicha custodia será ejercida por los familiares más próximos, que cuenten con los medios para asegurar la integridad del menor.

Es decir terceras personas pueden solicitar la custodia de los menores, se puede hacer en circunstancias en que los progenitores (padre y madre) no puede atender al hijo por estado de enfermedad, discapacidad, interdicción, o muerte y también cuando el Estado remueve a los niños de su hogar por cuestión de violencia, abuso sexual, explotación, abandono, circunstancias peligrosas para ellos que intervengan sus padres, pueden solicitar la custodia temporal de los infantes los abuelos, los tíos, las personas que el niño este acostumbrado a convivir y sean ascendientes, cabe manifestar que cuando los niños tiene la capacidad intelectual suficiente de expresar sus preferencias los jueces tienen la obligación de escucharlos y así tomar la decisión correcta, precautelando el interés superior del niño, podemos acotar que en la custodia los padre no pierden sus derechos legales solo los transfieren durante el tiempo que ellos se encuentran inhabilitados. Cuando los padres demuestren una rehabilitación y puedan cuidar a sus hijos podrán pedir que se les restituya la custodia de sus descendientes porque la custodia familiar puede modificarse, cambiarse o extenderse, y si no se rehabilitan la custodia familiar persistirá a favor de sus abuelos o a quien haya solicitado.

Por ejemplo el abuelo que quiera regularizar este problema tiene que proponer una demanda en contra de su descendiente (hijo o hija y nuera o yerno), porque ellos son los que actualmente son los responsables el menor y la intención es que ellos pierdan el derecho sobre sus hijos y el abuelo mediante una resolución judicial la obtenga.

López del Cabril, inicia con la siguiente puntualización: “La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una "ocupación y posesión actual y

corporal de una cosa", sino que el vocablo "guarda" es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aun cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual."²²

d. Jurisprudencia

Sentencia N°112-2012 de Sala de La Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.

RESTITUCIÓN DEL MENOR. Resolución N°.112-2012. En El juicio N°153-2012 JBP (Recurso de casación) que sigue SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra Catalina Pérez Camacho.

En el presente proceso se observa, que el juez ponente es el Dr. Eduardo Bermúdez Coronel juez de la Corte Nacional de Justicia de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, con fecha 7 de mayo del 2012, la presente sentencia tiene como antecedente el recurso de casación interpuesto por el Dr. Iván Torres Proaño como procurador judicial del señor Patrick Robert Pierre Bernaud contra el auto definitivo dictado por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, pues esta sala confirmo con fecha 26 de abril del 2011 la sentencia de primera instancia que denegó la petición la restitución internacional del menor Mateo Bernaud Pérez, interpuesta por la socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y por petición del peticionario padre del menor mencionado:

²² López Del Cabril Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 280

En la sala hace relación a los fundamentos del recurso indicando que el recurrente alega como normas infringidas del derecho los arts. 425, y 426 de la constitución de la República del Ecuador y artículos 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fundamenta el recurso basado en la causal primera del art. 3 de la ley de casación por errónea interpretación del art. 425 de la constitución del Ecuador así como la falta de aplicación del art. 426 del invocado cuerpo de ley y de la misma manera por falta de aplicación de los arts. 1, 3, 11 y 12, citados del convenio de la Haya, así mismo hace un alcance al recurso presentado indicando la falta de indebida aplicación de los conceptos jurídicos que hacen relación a la valoración de la prueba, se toma en cuenta, que la casación ha sido presentada dentro del término de la ley así lo prevé y el alcance ha sido presentado posteriormente, y en vista de que el escrito de fundamentación y el de reforma constituyen una unidad por lo que se lo rechaza el segundo escrito, y se lo admite el primero por haber sido presentado dentro del término previsto por la ley de casación.

En la presente sentencia se hace una reseña con respecto del recurso de casación indicando que es un medio de impugnación extraordinario y supremo, que el objeto fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por vicios de fondo y forma, de los que puede adolecer, este proceso se verifica rigurosamente y técnicamente la sentencia de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, para de esta manera determinar si es procedente o no las causales invocadas, las mismas que son confiadas al más alto tribunal de justicia, con este recurso los jueces deben garantizar la defensa del derecho objetivo de la seguridad jurídica que es el pilar fundamental en el que se sustenta el estado constitucional de derecho y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de los precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, por lo que es necesario su estricta aplicación de acuerdo a los requisitos previstos en la ley.

En la presente sentencia se hace un análisis del caso completo en base a las impugnaciones presentadas. Como se había dicho en líneas anteriores el

impugnante hace relación a los preceptos que erróneamente se han aplicado tanto en la carta fundamental del Ecuador como en el Convenio de la Haya. El juez ponente da a conocer que implica el recurso de casación lo cual es un remedio a las resoluciones de primera instancia, ya que solo le compete el conocimiento de los vicios de la sentencia o el auto impugnado y no el conocimiento de toda la causa.

El juez manifiesta que la sentencia recurrida viola los Tratados de derechos internacionales aprobados por el Ecuador al igual que la carta magna por su jerarquía.

En base al análisis que realizan los magistrados manifiestan que la constitución es fragmentaria y fraccionada: fragmentaria porque no regula todo lo que tiene que ver con las instituciones jurídico políticas; y, fraccionada porque gran parte de las normas se presentan como incompletas y requieren por lo tanto, ser completadas con datos que ofrece la realidad social y por ende la constitución tiene que buscar ayuda en normativa internacional para basarse en la correcta aplicación de una garantía básica y sobre todo amparar a los grupos vulnerables como en este caso es la restitución del menor.

Refiriéndose al Art.424 de la Constitución de la República ya que su contenido es de carácter garantista de los derechos humanos, vinculan los tratados internacionales porque amparan y protegen los derechos, por ello debemos decir que el ser humano tiene doble garantía en cuanto a las normas internas como externas, por lo cual su aplicación es inmediata y directa en caso de conflicto de las leyes.

Por las consideraciones expuestas manifiestan que no existe errónea interpretación ya que es cierto que basándose en el Convenio de la Haya como regla general en su Art. 1.- garantiza la restitución del menor que ha sido trasladado de forma ilícita a su país natal, pero en la misma convención existe una excepción en su Art. 12.- nos da a conocer las circunstancias que contiene el art. 3, el tiempo en que se debe proponer la acción de restitución , entonces la

autoridad competente ordenara su inmediato regreso, sin embargo cuando los procesos se hayan iniciado trascurrido el plazo deberán ordenar el regreso pero si existe una variante, en este caso la variante es que el menor se integro a su nuevo entorno familiar con satisfacción, no se podrá proceder a la restitución, porque se corre el riesgo, que el menor tenga conflictos en su desarrollo emocional por cuanto se habituó a estar en el Ecuador con su madre, abuela y posee amigos dentro de su entorno educativo.

Realizando un análisis profundo en el interés superior del menor manifestare que la restitución del menor a su país natal Francia vulnerara sus derechos constitucionales e internacionales, ya que el retorno lo realizaría con su padre lo cual provocaría la falta de protección, cuidado de su madre sino que también implicaría daño en su desarrollo psicológico, debemos tomar en consideración que el menor a permanecido en el Ecuador casi dos años, bajo un entorno familiar acogedor y seguro que le ayuda a su pleno desarrollo emocional e intelectual.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Hipótesis general.

Es importante realizar un estudio jurídico para conocer si la custodia familiar como medida de protección incide frente al abandono de los menores de edad, en los trámites de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero - octubre de 2016.

3.2. Variables.

3.2.1. Variable Independiente.

La custodia familiar como medida de protección.

3.2.2. Variable dependiente.

El abandono de los menores de edad

Operacionalización de las variables

Cuadro N°1

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
-----------------------------------	-----------------	------------------	------------------	-----------------------------------------------------------

La custodia familiar como medida de protección.	La custodia familiar existe para garantizar el cuidado diario del menor, dicha custodia será ejercida por los familiares más próximos, que cuenten con los medios, para asegurar el desarrollo en cuanto a salud, vivienda, educación, alimentación de los menores.	Derecho Civil	Protección de Menores	Entrevista Encuesta
-------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------	-----------------------	------------------------

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Carmita Patricia Guamán Calderón

CUADRO N° 2

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
-------------------------	----------	-----------	-----------	-------------------------------------------------

El abandono de los menores de edad	Consiste en actos de desamparo injustificado a través de los cuales se ignora y desatiende las necesidades básicas del infante como alimentación ropa higiene, protección educación y cuidados sanitarios.	Derecho Civil	Derecho de menores	Entrevista Encuesta
------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------	--------------------	------------------------

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Carmita Patricia Guamán Calderón

Definición de términos básicos.

Legislación.- “La ciencia de leyes/ Conjunto o cuerpo de leyes que integran el derecho positivo en un Estado.” (CABANELLAS 2008)

Ley.- “Regla de conducta obligatoria dictada por el Poder legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones.”(CABANELLAS 2006)

Tenencia.- López del Cabril, inicia con la siguiente puntualización: “La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una "ocupación y posesión actual y corporal de una cosa", sino que el vocablo "guarda" es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aun cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.” (López Del Cabril Julio, 1999)²³

Custodia familiar como medida de protección.- Código de la Niñez y la Adolescencia: “Medidas de protección para los casos previstos en este título.- Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y más leyes, las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas: 2. Custodia familiar o acogimiento institucional.

Maltrato.- Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 67: “Concepto de maltrato. Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos

²³López Del Cabril Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 280

sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.”

Interés superior del niño.- Constitución de la República Del Ecuador, artículo 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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

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

Desarrollo integral.- Constitución de la República Del Ecuador, artículo 45: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus

pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

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

3.5. Enfoque de Investigación.

3.5.1. Modalidad básica de la investigación.

El enfoque de la presente investigación es cualitativo y cuantitativo. Cualitativo porque en primer término interpreta, analiza la custodia familiar como medida de protección incide frente al abandono de los menores de edad, en los trámites de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero - octubre de 2016. Y cuantitativo porque se aplicara procesos estadísticos que permitan verificar la hipótesis planteada en relación a la figura jurídica.

3.6. Tipo de Investigación.

Documental bibliográfica.- La investigación se realizara apoyándose en fuentes bibliográfica, hemerográfica y archivística; la primera se basa en la consulta de libros de primera instancia y segunda, estrictamente pegados a la Ley, la segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos, y la tercera en documentos que se encuentran en los archivos, como cartas, oficios, circulares, expedientes y direcciones electrónicas.

De Campo.- Se investigó en el lugar de los hechos, es decir el contacto directo del investigador con la realidad de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, en el período enero - octubre de 2016. Al mismo tiempo se contactó a 10 Abogados especialistas en Derecho de Menores, a quienes se aplicó las encuestas.

3.7. Métodos de Investigación

Método Inductivo: El método inductivo se estudiará por cuanto se irá de un problema particular a lo general. Por lo que se pasará de estudiar un caso práctico a estudiar a la institución de la custodia familiar, el estudiante pudo constatar la forma en la que opera en un caso práctico.

Método Analítico: Se estudiará a la custodia familiar como un modo de tenencia, que se otorga a los familiares, en el caso de que los titulares de la patria potestad y la tenencia descuiden al menor o lo maltraten.

Comparado: Identificar ordenamientos jurídicos de diferentes Estados; que puedan contribuir que puedan contribuir al entendimiento.

3.8. Población y muestra.

3.8.1. Población.

La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados:

POBLACIÓN:	N.-
Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba	5
Abogados expertos en derecho de menores	10
Total	15

3.8.2. Muestra.

La población y la muestra no tienen otro fin que ayudarnos a identificar las personas o los actores reales que serán parte de la investigación o los que aportarán con sus conocimientos en la elaboración de la misma, conocimientos que los encontraremos luego de determinar la cantidad de persona y cuáles van a ser los entrevistados o encuestados, para poder extraer sus conocimientos.

Como la población no es cuantiosa, no existe la necesidad de tomar una muestra, por cuanto la investigación de campo abarcará el universo.

3.9. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.

La entrevista

La entrevista se dirigirá a conocer la opinión de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

Las encuestas

Las encuestas serán aplicadas a 10 Abogados que se especializan en derecho de menores.

3.10. Instrumentos

Guía de entrevista

Cuestionario de encuestas.

Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados

Para el procesamiento, análisis y discusión de resultados se utilizarán técnicas estadísticas y lógicas. La interpretación de los datos se lo realizará a través de la inducción, el análisis y la síntesis, para lo cual se tomará en cuenta la información recabada.

3.10.1. ENTREVISTA DIRIGIDA ALOS: JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA

1. ¿Qué es para usted la patria potestad?

Juez 1: Es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto a los hijos

Juez 2: Es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres relativos a sus hijos no emancipados.

Juez 3: La patria potestad es el poder para poder cuidar a los hijos menores y administrar los bienes por parte de los padres.

Juez 4: Surge cuando un menor está bajo la tutela de una persona natural, responsable del cuidado y protección, en cuanto a la salud, educación y crianza de los hijos.

Juez 5: Es la responsabilidad de una persona para un niño.

2. En su concepto. ¿La patria potestad trata de los derechos y las obligaciones de los padres frente a los hijos menores de edad?

Juez 1: Sí trata.

Juez 2: Sí.

Juez 3: Sí trata.

Juez 4: Sí, los padres son los indicados en asumir su responsabilidad que le asiste.

Juez 5: Sí es la obligación que tienen sus padres.

3. Considera que: en el supuesto caso de que los padres dejen en estado de abandono a sus hijos menores de edad, debe confiarse su cuidado a otras personas.

Juez 1: Exclusivamente a sus familiares.

Juez 2: Sí, porque son personas pertenecientes a grupos vulnerables.

Juez 3: Sí, solo los abuelos o hermanos.

Juez 4: Sí, porque el menor de edad debe educarse y necesita de la orientación de una persona responsable de su crianza.

Juez 5: Sí, porque otra persona debe hacerse cargo de la crianza de los menores.

4. Considera que: la custodia familiar es una medida de protección, ante el eventual abandono de los hijos menores de edad, por parte de sus padres.

Juez 1: Efectivamente los familiares más cercanos serían los encargados de la custodia de los menores

Juez 2: Sí, porque los menores necesitan afecto de parientes cercanos como es el caso de sus abuelos, ya sean maternos o paternos.

Juez 3: Sí, porque pueden correr peligro eventualmente

Juez 4: Sí, cuidan a los hijos hasta ser entregados a sus padres, en un tiempo determinado.

Juez 5: Sí hasta que cumplan la mayoría de edad.

5. Considera que, la custodia familiar es una forma de reemplazar a los padres en sus obligaciones de patria potestad, por su abandono a los hijos

menores de edad

Juez 1: Dadas las circunstancias, por ejemplo, un padre que se encuentra privado de la libertad, con enfermedades terminales, alcohólicos o drogadictos.

Juez 2: Sí porque no son aptos para tener la obligación del cuidado de los menores, los mismos padres pueden poner en riesgo a sus hijos.

Juez 3: No, porque solo sería cuando no están presentes o no existen los padres.

Juez 4: No, la custodia familiar puede ser ocasional, en cambio la patria potestad es una obligación de ejercer un rol de padres frente a sus hijos.

Juez 5: No se reemplaza a la patria potestad, porque los padres siempre tendrán la obligación frente a sus hijos.

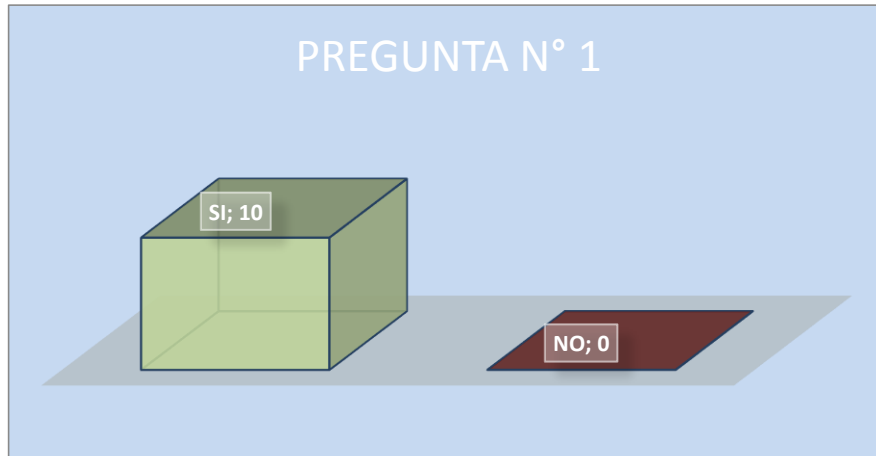
3.10.2. Encuesta realizada a:

Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores

1. ¿Conoce Ud. lo que es la patria potestad?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	10	100%
No	0	0
TOTAL	10	100,00

GRÁFICO N°1

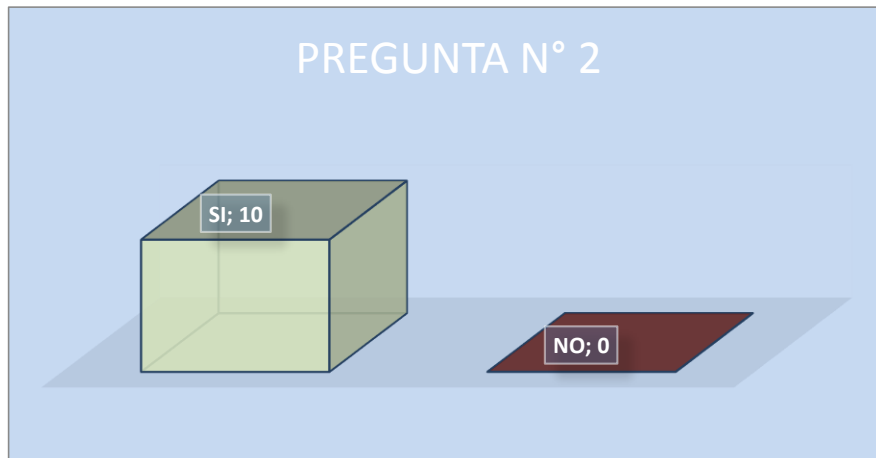


Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, conocen lo que es la patria potestad.

2. En su concepto. ¿La patria potestad trata de los derechos y las obligaciones de los padres frente a los hijos menores de edad?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	10	100%
No	0	0
TOTAL	10	100,00

GRÁFICO N°2



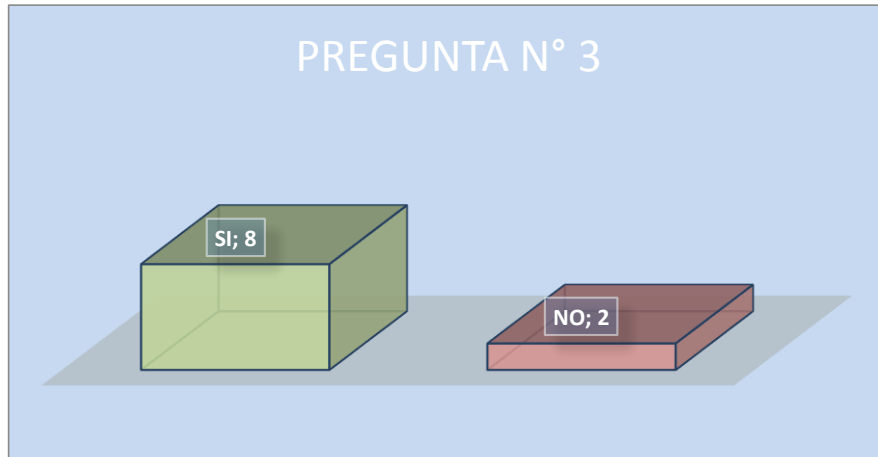
Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que la patria potestad trata de los derechos y las obligaciones de los padres frente a los hijos menores de edad

3. Considera que: en el supuesto caso de que los padres dejen en estado de abandono a sus hijos menores de edad, debe confiarse su cuidado a otras personas.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	8	80
No	2	20

TOTAL	10	100,00
--------------	-----------	---------------

GRÁFICO N°3



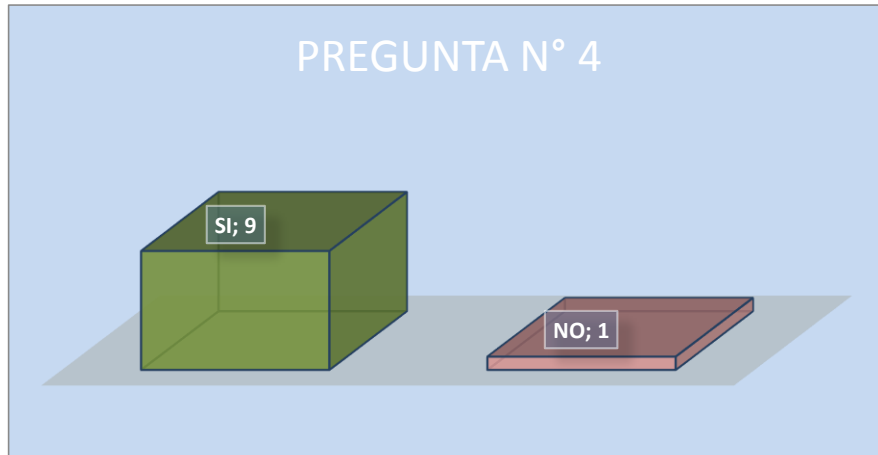
Interpretación de resultados: El 80% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que en el supuesto caso de que los padres dejen en estado de abandono a sus hijos menores de edad, debe confiarse su cuidado a otras personas.

4. Considera que: la custodia familiar es una medida de protección, ante el eventual abandono de los hijos menores de edad, por parte de sus padres

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	9	90
No	1	10

TOTAL	10	100,00
--------------	-----------	---------------

GRÁFICO N°4



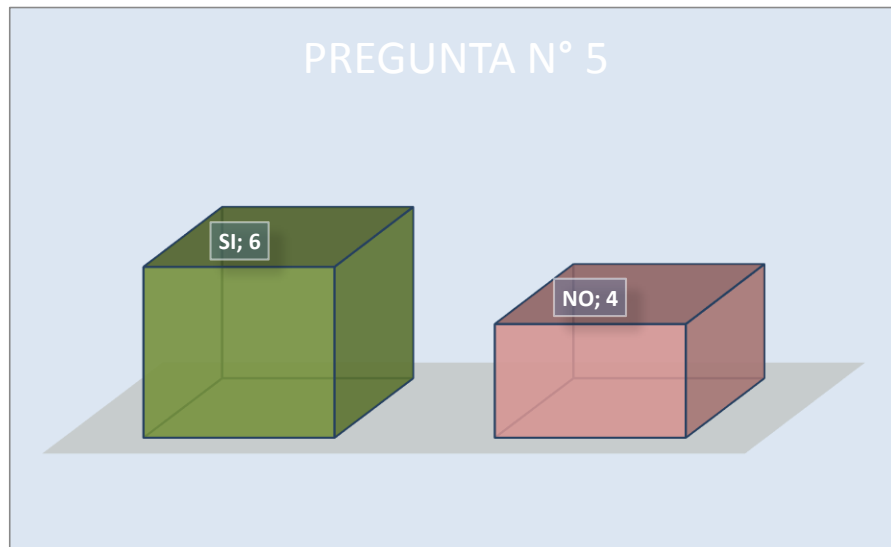
Interpretación de resultados: El 90% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que la custodia familiar es una medida de protección, ante el eventual abandono de los hijos menores de edad, por parte de sus padres

5. Considera que, la custodia familiar es una forma de reemplazar a los padres en sus obligaciones de patria potestad, por su abandono a los hijos menores de edad.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	6	60
No	4	40

TOTAL	10	100,00
--------------	-----------	---------------

GRÁFICO N°5



Interpretación de resultados: El 60% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que, la custodia familiar es una forma de reemplazar a los padres en sus obligaciones de patria potestad, por su abandono a los hijos menores de edad.

3.10 Comprobación de la pregunta hipótesis

Es importante realizar un estudio jurídico para conocer si la custodia familiar como medida de protección incide frente al abandono de los menores de edad, en los trámites de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba, en el período enero - octubre de 2016.

De lo que se pudo constatar de la investigación, así como de la opinión de los expertos tanto de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, así como de los abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, la custodia familiar es una institución jurídica importante, porque protege los derechos de los hijos menores de edad, que sufren una situación de maltrato o abandono por parte de sus padres.

El abandono ocasiona un evidente peligro para el menor de edad, porque al ser una criatura desprotegida, se ve expuesta a peligros, que sin la protección de los padres le pueden ocasionar daño. Tanto más del caso de maltrato, que para efectos de este trabajo puede ser físico o psicológico, en el que los padres lejos de proteger al menor, directamente le ocasionan un daño a su integridad.

En estos casos es conveniente emplear la medida de protección denominada custodia familiar, que consiste en poner a salvo al menor, por el abandono o maltrato que le ocasionan sus padres; es así, que la custodia familiar, consiste en llevar al menor al hogar de un familiar, que le garantice su tranquilidad y cuidados.

De forma tal que el familiar, se encargue de la crianza, educación y cuidados varios que requiere el menor de edad para su normal desarrollo, dejando a salvo la posibilidad de que una vez que los padres superen los problemas que tengan, puedan reclamar la tenencia de su hijo menor.

Aunque este reintegro del menor debe ser meditado por el administrador de justicia, que debe evaluar las causas que dieron lugar a la custodia familiar y si dichas causas han sido superadas por los padres, de modo tal que no se produzca nuevamente el abandono o maltrato de los padres a su hijos/as menores de edad.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.11. Conclusiones

La Patria Potestad reserva los derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos menores de edad no emancipados. De la patria potestad, se desprenden derechos como la tenencia, que es la facultad que poseen los padres de cuidar permanentemente a sus hijos, debiendo este cuidado garantizar la integridad del menor, como una figura de protección.

Las medidas de protección son decisiones eventuales, que el Juez debe tomar para salvaguardar la integridad del menor, alterando el régimen normal de cuidados que otorga el derecho de menores. Así, la custodia familiar altera el derecho de patria potestad de los padres, como también la tenencia que en circunstancias ordinarias les corresponde.

La custodia familiar como medida de protección, otorga el cuidado permanente de un menor de edad a un familiar, apto para ejercer dicha tarea, esto en reemplazo de la tenencia que debe ser ostentada por los padres.

La custodia familiar, puede operar como una medida temporal, ya que si los padres justifican su ausencia, es posible que el administrador de justicia suspenda la medida de protección y les permita tener el cuidado del menor.

3.12. Recomendaciones

Los primeros responsables del cuidado del menor son los padres por la patria potestad, así como por la tenencia sobre su hijo. Esto siempre y cuando dicho cuidado se realice y sea recomendable para el menor, por lo cual la evidente recomendación de este trabajo es que los padres ejerzan la patria potestad y tenencia de un modo responsable frente al menor.

Las medidas de protección obedecen a una situación excepcional, en la que el Juez debe poner a buen recaudo al menor de edad, con el objeto de protegerlo, consecuentemente, es recomendación de este trabajo que las medidas de

protección se dicten solamente en condiciones en que se demuestre un riesgo para el menor.

La custodia familiar como medida de protección solamente puede encomendarse a un familiar, en defecto de los padres que han incumplido con sus deberes de patria potestad y tenencia, por tal razón es recomendación de este trabajo, que a fin de no causarle más daño al menor, el administrador de justicia analice profundamente a que familiar se puede otorgar la custodia.

En el caso de que los padres deseen volver a tener el cuidado permanente del menor, ejerciendo de esta forma los deberes que les otorga la patria potestad, es recomendación de este trabajo que el administrador de justicia analice la actual situación de los padres, a fin de que no vuelva a producirse el abandono.

Bibliografía:

- Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 356
- Busso, Código civil anotado, Tomo II
- Claro Solar Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Santiago 1944
- De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México DF, 1981
- De Ruggiero, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, 4ta edición italiana, Madrid, Tomo II
- Gustavino, Elías, Régimen de visitas en el derecho de familia, JA, 1976, tomo I
- Lehmann, Heinrich, Derecho de familia, T IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953
- López Del Cabril Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999
- Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Cárdenas editor y distribuidor, Méjico, 1991, Tomo II
- Pérez Duarte, Alicia, Derecho de Familia, Fondo de Cultura Económica, México, 1994
- Sajón, Rafael, Derecho de Menores, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.

Leyes:

- Código Civil.
- Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Convención sobre los Derechos del Niño.

ANEXO N°01



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

“LA CUSTODIA FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTECCION Y SU INCIDENCIA FRENTE AL ABANDONO DE LOS MENORES DE EDAD, EN LOS TRAMITES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON RIOBAMBA, EN EL PERIODO ENERO-OCTUBRE DE 2016”.

CARMITA PATRICIA GUAMÁN CALDERÓN.

ENTREVISTA DIRIGIDA A: Jueces de la UNIDAD DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON RIOBAMBA.

1.-¿Qué es para usted la Patria Potestad?

.....
.....

2.-En su concepto. ¿La Patria Potestad trata de los derechos y las obligaciones de los padres frente a los hijos menores de edad?

.....
.....

3.-Considera que: En el supuesto caso de que los padres dejen en estado de abandono a sus hijos menores de edad, debe confiarse su cuidado a otras personas.

.....
.....

4.- Considera que: La Custodia Familiar es una medida de protección, ante el eventual abandono de los hijos menores de edad, por parte de sus padres.

.....
.....

5.-Considera que: La Custodia Familiar es una forma de reemplazar a los padres en sus obligaciones de Patria Potestad, por su abandono a los hijos menores de edad.

.....
.....
.....

ANEXO N°02



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

“LA CUSTODIA FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTECCION Y SU INCIDENCIA FRENTE AL ABANDONO DE LOS MENORES DE EDAD, EN LOS TRAMITES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON RIOBAMBA, EN EL PERIODO ENERO-OCTUBRE DE 2016”.

CARMITA PATRICIA GUAMÁN CALDERÓN

ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores.

1.- ¿Conoce usted lo que es la Patria Potestad?

SI ()

NO ()

2.- En su concepto. ¿La Patria Potestad trata de los derechos y las obligaciones de los padres frente a los hijos menores de edad?

SI ()

NO ()

3.- Considera que: En el supuesto caso de que los padres dejen en estado de abandono a sus hijos menores de edad, debe confiarse su cuidado a otras personas.

SI ()

NO ()

4.- Considera que: La Custodia Familiar es una medida de protección, ante el eventual abandono de los hijos menores de edad, por parte de sus padres.

SI ()

NO ()

5.-Considera que: La Custodia Familiar es una forma de reemplazar a los padres en sus obligaciones de Patria Potestad, por su abandono a los hijos menores de edad.

SI ()

NO ()

ANEXOS N°03

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

**PROCESO N° 06101-2015-0206 INVESTIGACIÓN DE LA
POLICÍA Y OFICINA TÉCNICA.**

PROCESO N°061012011600476G SITUACIÓN DE RIESGO.

RESOLUCIÓN N°0070-2009 MALTRATO INFANTIL.

RESOLUCIÓN N°112-2012 RESTITUCIÓN DEL MENOR.

**UNIDAD JUDICIAL FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN
RIOBAMBA.**

LÓPEZ LÓPEZ NELSON BENJAMÍN Y MARTINEZ NOGALES MARTHA CORINA.

**PROCESO N° 06101-2015-0206 INVESTIGACIÓN DE LA
POLICÍA Y OFICINA TÉCNICA.**

VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa en mi calidad de Juez de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, legalmente designado por el Concejo de la Judicatura, en virtud del sorteo dispuesto por la señora Directora del Consejo de la Judicatura de Chimborazo, Ab. Irene Andrade, decisión administrativa fundamentada en las resoluciones del Consejo Nacional de la Judicatura número 58 y 80 del 2013, en base a los arts. 234 y 264, no. 12, lit. a) y b) y disposición transitoria décima, lit. a) y c) del Código Orgánico de la Función Judicial, tomando como base del oficio No. 2014-01188-CJDPCH de fecha 10 de marzo de 2014 remitido por la mencionada Directora Provincial.- La de DENUNCIA presentada por los señores NELSON BENJAMIN LOPEZ LOPEZ y MARTHA CORINA MARTÍNEZ NOGALES, señor juez con la partida de defunción que en una foja útil acompaño vendrá en su conocimiento que nuestra hija que en vida se llamó JANETH MARGARITA LOPEZ MATINEZ, en vida procreo un hijo que se llama SEBASTIAN BENJAMIN LOPEZ MARTINEZ, de dos años nueve meses a la presente fecha, al fallecimiento de nuestra prenombrada hija, nuestro nieto cuyos nombre y apellidos quedan anotados se encuentra bajo nuestro cuidado y protección, pues nuestro no tiene papá u otro familiar más cercano que vele por su situación económica y social, por lo que su situación es de riesgo. Por lo expuesto solicito que su señoría disponga la intervención del Equipo Técnico de la Unidad Judicial, a fin de que se determine la situación actual de nuestro nieto llamado SEBASTIAN BENJAMIN LOPEZ MARTINEZ, y con dicho informe se nos otorgue la tenencia provisional. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- La Unidad de Familias, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, es competente para conocer y resolver la presente causa, pues la competencia se encuentra radicada, por el sorteo que obra de fs. 8 de los autos, conociendo la causa, y de conformidad

con lo previsto en el título IV, de la Protección contra el Maltrato, Abuso, Explotación Sexual, Tráfico y Pérdida de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 67 y siguientes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- SEGUNDO.- Dentro de la tramitación de la causa, no hay nulidad procesal que declarar, más bien se declara válido todo lo actuado.- TERCERO.- De fs. 6 consta la denuncia por medio del cual se da a conocer la situación de riesgo del niño SEBASTIAN BENJAMIN LOPEZ MARTINEZ, de 3 años de edad. A fs. 7 de los autos consta que se avocó conocimiento de la causa por parte del suscrito Juez, se ha dispuesto se realicen algunas diligencias entre ellas la intervención de los miembros del Equipo Técnico de la Unidad de Familia.- De fs. 3 consta la partida de defunción de la señora JANETH MARGARITA LOPEZ MATINEZ, con lo cual se justifica su fallecimiento siendo la causa de su muerte NEUMONIA. De fs. 11 a 24 consta el informe realizado por la DINAPEN de Chimborazo del cual se acogen sus conclusiones y recomendaciones. De fs. 26 a 28 de los autos consta el Informe Único presentado por el Equipo Técnico de la Unidad de Familia mandada actuar en esta causa presentado por la Médico Dra. Jessica Cevallos, Dra. Magdalena Pozo Trabajadora Sexual y la Psicóloga Narcisa Fajardo, dentro de las conclusiones a que llega Trabajo Social, se puede decir: El niño ha sido reconocido por la madre, quien fallece, respecto al padre indican los abuelos maternos, no conocen el nombre, donde vive ni tampoco le ha reconocido al niño, ni se ha preocupado por Sebastián; Por su parte la Psicóloga manifiesta: Que el Niño SEBASTIAN BENJAMIN LOPEZ MARTINEZ, al momento muestra adaptación positiva al medio familiar en el que se desenvuelve, su proceso de desarrollo psicoevolutivo es normal acorde a su edad.- Por su parte el Médico indica que el niño presenta crecimiento físico, estado nutricional y desarrollo normal acorde a su edad, hemodinámicamente se encuentra estable. Por lo expuesto el Equipo Técnico recomienda que el niño siga viviendo sus abuelos maternos, quienes son el referente paterno y materno del niño. CUARTO.- Encontrándose la causa para resolver se hace el siguiente análisis, el Art. 67 del Código de la Niñez, manifiesta que “MALTRATO”.- Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluido sus progenitores, otros parientes, educadores y

personas a cargo de su cuidado; cualquiera sea el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de víctima, se incluye en esta calificación el trato negligente o descuidado grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad”.- De lo expuesto podemos manifestar, que maltrato es toda conducta impropia para un niño, niña y adolescente, que pueda perturbar en el aspecto físico, intelectual y sobremanera en el aspecto psicológico, que ocasione una disminución en el auto estima de quien recibe el maltrato, pues en la actualidad se debe pretender el no maltrato, la no violencia en contra de la niñez y adolescencia, evitando la situación de riesgo de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual se ha implementado políticas de Estado, que procuren erradicar toda clase de maltrato infantil, por lo Expuesto la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.- RESUELVE: Acoger los Informes presentados por el Equipo Técnico de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de este cantón y acepta lo solicitado por los señores NELSON BENJAMIN LOPEZ LOPEZ y MARTHA CORINA MARTÍNEZ NOGALES y se dispone conceder LA CUSTODIA FAMILIAR del niño SEBASTIAN BENJAMIN LOPEZ MARTINEZ de tres años de edad a sus abuelos maternos, pues el niño se encuentra en orfandad de padre y madre, pues el primero se desconoce quién es el progenitor y el segundo esto es la madre ha fallecido como se ha justificado en el proceso, mediada de protección que se dicta de conformidad a lo previsto en el Art. 79 numeral 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- Es decir que el niño queda bajo el amparo y protección de los abuelos maternos de tal manera que se precautele el Interés Superior de los niños consagrado en el Art. 11 del Código de la Materia y 44 y siguientes de la Constitución.- Nómbrase Secretario Temporal de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo al Dr. Iván Moreno Cáceres, cuéntese directamente en todas y cada una de las diligencias del Juzgado a mi Cargo con la profesional antes mencionado.- NOTIFÍQUESE.

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No: 06101201600476G
A: GUALLO ALULEMA JOSE MARIA

**UNIDAD JUDICIAL FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON
SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA**

En el Juicio Especial No. 06101201600476G, hay lo siguiente:

VISTOS.-ANTECEDENTES: Los señores JOSE MARIA GUALLO ALULEMA y MARIA ELOISA CRIOLLO RAMOS, presentan denuncia respecto que sus nietos ALINA DENISSE y ESTEFY SARAIA GUALLO QUISHPI, están desamparadas ya que su madre la señora FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, el 27 de agosto del 2016, ha sufrido un accidente de trabajo, lo que le ha producido desprendimiento del cuero cabelludo y daños neurológicos, esta denuncia motivó una investigación respecto de la situación de los prenombrados niños, disponiendo en el auto de apertura se dispuso la intervención del Equipo Técnico de esta unidad judicial, al igual que la intervención de la DINAPEN, que se oficie a la Clínica San Marcos y Hospital Policlínico para que remitan la historia clínica de la Señora FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, para verificar la información, entre otras diligencias solicitadas por las partes procesales, por lo que estando en estado de resolver se considera: 1.- Consta de fs. 13 y 14, el informe Psicológico realizado por la Ps.Cl. Narcisa Fajardo, el mismo que en su parte pertinente manifiesta: “Alina Denisse y Estefi Sarahí Guallo Quispi de 8 y 5 años de edad, viven bajo el cuidado y protección de sus madre, quienes cuentan con el apoyo de los abuelos maternos y tías maternas, es evidente en las niñas buen vínculo afectivo con sus madre y familia materna. (...) La madre hace tres semanas ha reanudado parte de sus actividades cotidianas a nivel familiar y laboral, continuando con tratamiento especialidad en el Instituto de NEUROCIENCIAS con el Dr. Edgar Mazón, profesional que le está tratando y realizando el

seguimiento respectivo, teniendo su próxima cita el 17 de noviembre del 2016 a las 15h00. La madre psicológicamente mostro lucidez, conciencia normal, orientada en persona y espacio parcialmente orientada en tiempo, con dificultad a nivel de la memoria reciente como consecuencia de la conmoción cerebral sufrida en el mes de agosto, actualmente en tratamiento, sin presentar alteraciones sensoriales o patologías alguna que impidan el cuidado de sus hijas. (...) Por lo expuesto, se recomienda que las hermanas Guallo Quihspe continúen viviendo bajo el cuidado y protección de la madre y familia materna” 2.- Consta de fs. 17 y 18, el Informe Social y Médico, suscrito por la Dra. María Teresa Vallejo y Dr. Jaime Flores, informe que en su parte pertinente manifiesta: “La mamá ha obtenido el alta del hospital y el papa está libre y las niñas siempre han estado bajo el cuidado y protección de la mamá y abuelitos maternos con quienes se encuentra creciendo y desarrollando”; 3.- Consta de fs. 20 a 36, el Informe de investigación remitido por al DINAPEN de Chimborazo, el mismo que en su parte pertinente manifiesta: “SITUACIÓN ACTUAL: Al momento de la elaboración del presente informe, se ha verificado que las niñas ALINA DENISSE y ESTEFY SARAI GUALLO QUISHPI de 9 y 5 años de edad respectivamente se encuentran viviendo en el cantón Chambo en el barrio Jesús del Gran Poder en la vivienda de la abuela materna la señora MARÍA TRANSITO FLORES bajo el cuidado y protección de sus madre FLOR MAGALY QUISHPI FLORES”; 4.- Consta dentro del proceso la historia clínica del Hospital General Docente y la del Clínica San Marcos de la Señora FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, de la que se verifica que la prenombrada ha sufrido un accidente de trabajo el 27 de agosto del 2017, pero que la misma ha evolucionado favorablemente y está cuidando a sus hijas, esto de los informes técnicos adjuntos, con estos antecedentes estando el proceso en estado de resolver se considera: PRIMERO: En mi calidad de Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba, conforme las atribuciones determinadas en el Art. 234 del Código de la Función Judicial, soy competente para conocer y resolver la presente causa. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: En la causa se ha garantizado el derecho a la defensa determinado en el Art. 76, numeral 7, literal a de la Constitución, sin que se haya omitido solemnidad sustancial alguna; por lo que, se declara su validez; TERCERA.- ANÁLISIS DEL CASO: En la presente causa es claro en

determinar que la señora FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, sufrió un accidente de trabajo el 27 de agosto del 2017, pero que la misma ha evolucionado favorablemente y está cuidando a sus hijas, esto según los informes técnicos adjuntos, al igual que al momento que la madre estuvo hospitalizada quien asumió el cuidado de estas no fue el padre si no los abuelos maternos con quien han vivido desde hace mucho tiempo por lo que nunca existió una situación de riesgo. CUARTA.- DECISIÓN: Por lo expuesto RESUELVO: EL ARCHIVO DE LA PRESENTE CAUSA, por no existir situación de riesgo alguna de las niña ALINA DENISSE y ESTEFY SARAI GUALLO QUISHPI, siendo que su madre FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, quien mantiene su cuidado y protección. QUINTA.- DESPACHO ESCRITOS: Agréguese al proceso el escrito presentado por la Señora FLOR MAGALY QUISHPI FLORES, lo manifestado ha sido considerado al momento de resolver.

RESOLUCIÓN No. 70-2009 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- MALTRATO INFANTIL

Ponente: Dr. Sánchez Zuraty Manuel (Juez Ponente)

Actor: SALAZAR CRUZ JULIO PEDRO

Demandado: HIDALGO DIAZ GALO EFRAÍN (Recurso: Casación)

Fecha de Resolución: 4 de Marzo de 2009

Juicio N°: 0264-2007

Emisor: Ex Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008)

Quito, 04 de marzo de 2009.- Las 16h00.VISTOS: (264-2007 Ex 2da. Sala) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva a la aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 17 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre del año que precede, Resolución Sustitutiva, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009, y los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, Galo Efraín Hidalgo Díaz, en el proceso por maltrato a menor, que sigue en su contra Julio Pedro Salazar Cruz, dentro del término previsto en el artículo 5 de la Ley de Casación, presenta recurso de casación (fojas 15 y vta. del cuaderno de segunda instancia) impugnando el auto dictado por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Babahoyo, el día 21 de mayo de 2007, las 10h30 (fojas 10 y 11 del cuaderno de segunda instancia), que confirma el auto de primera instancia. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las resoluciones señaladas en la parte expositiva del presente

fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 17 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 498 del 31 de los mismos. El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite mediante auto de 30 de enero de 2008, las 15h30. SEGUNDO.- El recurrente considera infringida la primera parte del numeral tercero del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil; y, el Art. 260 del Código del Trabajo (sic). La causal en la que funda el recurso es la segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. TERCERO.- En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador es el recurrente quien fija los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación. CUARTO.- En relación a la causal segunda, el recurrente dice que en el auto impugnado existe aplicación indebida del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil “aplicable a la aceptación de la norma procesal respecto al contenido de los hechos que ha conducido a una equivocada aplicación de las normas procesales en la sentencia de marras, que inclusive nos trae a colación del Art.

260 del Código del Trabajo”, y lo fundamenta indicando que existe “yerro en cuanto a la determinación de la fecha y hora de los hechos acusados, que vuelven increíble la existencia del hecho, mostrándonos la inconsistencia de la propia demanda que ha llevado a trastocar el resultado de la resolución al ratificar la resolución subida en grado”, y concluye diciendo que procede la casación en virtud de la indebida aplicación de la primera parte del numeral tercero del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala observa que la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; por tanto, para que prospere una impugnación por la causal segunda es necesario que se cumpla con los requisitos de tipicidad y trascendencia para que existe nulidad procesal: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en la ley, y la trascendencia se refiere a que tal nulidad hubiere

influido en la decisión de la causa o provocado indefensión y que no hubiere quedado convalidada legalmente. La primera parte del numeral tercero del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil se refiere a los fundamentos de hecho y de derecho como requisitos de la demanda, y el Art. 260 del Código del Trabajo trata de la finalización de los contratos colectivos obligatorios de trabajo: ninguna de las dos normas impugnadas tienen relación alguna con aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hubieren viciado al proceso de nulidad, ya sea por violación de solemnidades sustanciales o por violación de trámite.

Lo que en verdad ha hecho el recurrente es demostrar su inconformidad con la resolución del Tribunal ad quem porque considera que el hecho de la agresión al menor es "increíble"; sin embargo, esta manifestación de descontento no es motivo para que se declare nulidad alguna por la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. Por lo expuesto no se acepta este cargo. Por las consideraciones que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, no casa el auto dictado por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Babahoyo, el día 21 de mayo de 2007, las 10h30. Sin costas. Notifíquese.- f) Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Dr. Galo Martínez Pinto, JUECES NACIONALES, y Dr. Carlos Rodríguez García, SECRETARIO RELATOR.

RATIO DECIDENDI

"1. Para que prospere una impugnación por la causal segunda es necesario que se cumpla con los requisitos de tipicidad y trascendencia que se exige para que existe nulidad procesal: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en la ley, y la trascendencia se refiere a que tal nulidad hubiere influido en la decisión de la causa o provocado indefensión y que no hubiere quedado convalidada legalmente. 2. Los artículos 67 del Código de Procedimiento Civil y 260 del Código del Trabajo no tienen relación alguna con la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hubieren viciado al proceso de nulidad, ya sea por violación de solemnidades sustanciales o por violación de trámite."

**SENTENCIA Nº 0112-2012 DE SALA DE LA FAMILIA,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA (2012), 7 DE MAYO DE 2012**

Ponente: Dr. Bermúdez Coronel Oscar Eduardo (Juez Ponente)

Actor: SARA OVIEDO FIERRO, SECRETARIA EJECUTIVA NACIONAL DEL
CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Demandado: CATALINA PEREZ CAMARGO

Fecha de Resolución: 7 de Mayo de 2012

Juicio Nº: 0153-2012

Resolución No. 112-2012 En el juicio No. 153-2012 JBP (Recurso de Casación) que sigue SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra CATALINA PEREZ CAMARGO, hay lo que sigue:

JUEZ PONENTE DR. EDUARDO BERMUDEZ CORONEL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, a 07 de mayo de 2012.- Las 10h19.VISTOS: (JUICIO No. 153-2012 JBP).- 1. COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza, Conjueza y Juez Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. 2. ANTECEDENTES: Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone el Dr. Iván Torres Proaño en su calidad de procurador judicial del señor Patrick Robert Pierre Bernaud contra el auto definitivo proferido por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26

de abril de 2011, las 08h49, mismo que confirma el fallo de primera instancia que denegó la petición de restitución internacional del niño Mateo Bernaud Pérez propuesta por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, y por petición del ahora recurrente en su calidad de padre del mencionado menor. Para resolver el cual, se considera: 3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- El recurrente alega como normas de derecho que estima infringidas los Arts. 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, y Arts. 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador; en la misma causal por falta de aplicación del Art. 426 de la Carta 1 Fundamental; y, asimismo en la ya expresada causal, por falta de aplicación de los Arts. 1, 3, 11 y 12 del Convenio Internacional antes citado. Cabe precisar que el recurrente como “alcance al recurso de casación interpuesto”, presenta nuevo cargo contra el auto impugnado “que tiene que ver con la falta e indebida aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en los artículos que mencionaré a continuación”. Se puntualiza que, el auto definitivo objeto de casación fue dictado el 26 de abril de 2011 y notificado a los sujetos procesales en esa misma fecha, resolución que no fue objeto de recursos horizontales, por lo que el término para presentar el recurso de casación feneció el día martes 03 de mayo de 2011 a las 24h00. Dentro de ese término se presenta el recurso de interposición y formalización del recurso extraordinario ya señalado; en tanto que, el referido “alcance” se lo presenta el jueves 26 de mayo de 2011, a las 16h01, conforme fe de presentación que suscribe el Secretario Relator del Tribunal de última instancia. Como se ve, con posterioridad a la interposición del recurso y su fundamentación, se presenta otro escrito reformativo, el que se debió hacerlo dentro del término de cinco días que prevé el Art. 5 de la Ley de Casación, habiéndose hecho en forma extemporánea desde que el escrito de fundamentación y el de reforma constituyen una unidad, por lo que improcede el posterior escrito y por ello se lo rechaza. El auto de admisión del recurso de fecha 17 de enero de 2012, implícitamente se refiere a este hecho al señalar: “El recurso de casación se interpuso dentro del término establecido por el artículo 5 de la Ley de Casación

en consecuencia se admite a trámite...”. 4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: 4.1. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer, proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas, actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria que, en El ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en bien de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de 2 triple reiteración. La casación, técnicamente es un recurso riguroso, restrictivo y formalista por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la Ley.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS:

5.1. El recurrente, amparado en la causal primera de la Ley de Casación, expresa que en el auto impugnado se ha aplicado erróneamente el Art. 425 de la Constitución, se dejó de aplicar el Art. 426 de esta misma Ley Fundamental, como igualmente se inaplicó los Arts. 1, 3, 11 y 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, instrumento internacional que forma parte del ordenamiento jurídico interno del Ecuador.

5.2. Conforme el principio dispositivo contemplado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es el recurrente quien fija los límites de análisis y decisión del Tribunal de Casación. El recurso de casación no lleva al Tribunal llamado a resolverlo al conocimiento de toda la causa, sino sólo al conocimiento de los vicios de la sentencia o auto impugnado, con la adición de que la casación es remedio utilizable exclusivamente por los errores de derecho, aunque éstos se hayan producido en la premisa menor del silogismo.

“La casación es un instituto judicial consistente en un órgano único en el

Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito” (Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, Vol. 2, Oxford University Press, México, 2000, p. 325).

5.3. La causal invocada, primera del Art. 3 de la Ley de Casación, prevé la violación directa de la ley sustantiva o material o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto impugnados, hecho que debió ser determinante de su parte resolutive. Por esta causal no cabe consideración alguna respecto de los hechos ni menos la realización de análisis probatorio desde que se parte del entendido de su correcto análisis por el tribunal de última instancia. Este vicio de juzgamiento in iudicando acontece en estos eventos: a) Cuando el juez inaplica al caso controvertido normas sustanciales que las debió aplicar y, de así haberlo hecho, habrían determinado una resolución distinta a la acogida. b) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente de aquel hipotético contenido en ella; se provoca, en consecuencia, el error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, c) Cuando el juzgador incurre en error de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no los tiene.

5.4. El casacionista expresa “La sentencia recurrida viola los tratados de derecho internacional aprobados por el Ecuador, pues aunque reconoce el principio de jerarquía previsto en la Constitución, mismo que es innegable; al mismo tiempo considera que la Constitución está por encima de los Tratados Internacionales, cuando se debe tener en cuenta estos dos elementos jurídicos constitucionales sumamente importantes: el inciso segundo del artículo 424, que dispone: la Constitución y los tratados 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. El inciso segundo del artículo 425, dispone que: ‘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'. En este sentido, en la sentencia impugnada los señores Jueces aplican erróneamente el principio de jerarquía de las normas establecidas en la Constitución, pues concluyen que los tratados internacionales son de inferior jerarquía constitucional, y en tal virtud, acuden al artículo 425, inciso segundo, lo que, a su vez, les permite entrar a analizar artículos como el 44 y 46 numeral 1 de la Carta Magna, dejando de lado otros derechos garantizados por la misma Constitución y por los tratados internacionales, como son el derecho del menor a tener un padre y a una madre en un ambiente familiar completo. En virtud de esta errónea interpretación, los jueces dejan de aplicar el contenido del inciso segundo del artículo 426 de la Constitución en el cual se reconoce claramente el rango de igual jerarquía de los tratados internacionales y de la Constitución". 5.5. La interpretación conlleva razonamiento que se dirige a responder la pregunta de cuál es el significado de un texto; hay interpretación tanto cuando se analiza el texto en abstracto como cuando se plantea el problema de la aplicación de su contenido a un caso concreto.

Interpretar un texto significa decidirse por una de entre varias posibles maneras de entenderlo y aplicarlo. "Desde el punto de vista de su finalidad, el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando certeza y previsibilidad jurídicas". (Konrad Hesse, citado por Iván Vila Casado, Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia, 2002, p.4 343).

Todos los textos jurídicos, por más completos que parezcan, son, en principio susceptibles de y necesitan interpretación. Robert Alexy sostiene que existen al menos cuatro razones para realizar una labor de interpretación: "Por la vaguedad del lenguaje jurídico, a diferencia de lo que sucede con los rigurosos términos de las matemáticas o de las ciencias naturales. Porque con mucha frecuencia se presentan conflictos entre normas aplicables al mismo supuesto de hecho. Porque en la actividad judicial surgen casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente.

Por la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma para evitar un resultado abiertamente injusto, lo que se presenta en los llamados ‘casos límite’”. (Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23). Crece en importancia la interpretación jurídica de la Constitución en atención a su carácter abierto y amplio, y en cuanto contiene normas con diferente estructura, conectadas con principios y valores que indican las directrices fundamentales, El sentido y la finalidad del ordenamiento constitucional. “La Constitución es fragmentaria y fraccionada; fragmentaria, porque no regula todo lo que tiene que ver con las instituciones jurídico políticas, y fraccionada, porque gran parte de las normas se presentan como incompletas y requieren, por lo tanto, ser completadas con datos que ofrece la realidad social.

Además, la ley hace parte de todo un ordenamiento jurídico, lo que permite que para su interpretación se pueda acudir a otras leyes y, sobre todo, a la Constitución, techo del ordenamiento. Eso no es posible cuando se trata de interpretar la Constitución, ya que ella se encuentra sola en la cúspide normativa y no puede ser relacionada con otros conjuntos jurídicos, todos ellos de inferior jerarquía”. (Iván Vila Casado, op. cit. p. 352).- 5.6. La doctrina permite reconocer una serie de principios de la interpretación constitucional con gran importancia práctica en cuanto se han convertido en guías de la labor hermeneútica que realizan los tribunales de justicia. Entre esos principios se encuentra el de armonización, en cuanto los conflictos que enfrenten entre sí normas constitucionales, al tratar de resolver un problema concreto, deben ser resueltos por el intérprete a través de una labor de armonización o concordancia práctica. Este principio “está íntimamente relacionado con el de la unidad constitucional. Las normas constitucionales que se enfrentan en una tensión recíproca tienen que ser armonizadas, puestas en concordancia la una con la otra. Ningún bien jurídico puede ser considerado de rango superior, a menos que la misma Constitución lo ordene, como sucede con el artículo 44 de la Constitución colombiana, en donde se señala en forma categórica que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los adultos. Los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que conserven su entidad.” Iván Vila Casado, ídem, pp. 359 y 360). 5.7. Es verdad, así se lo ha reconocido, que los tratados internacionales, en el Ecuador, están

al mismo nivel jerárquico que la Constitución, los que deben ser aplicados de manera directa por jueces y autoridades administrativas. La Corte Constitucional Para el Periodo de Transición del Ecuador, refiriéndose al Art. 424 de la Constitución de la República, establece que: “El bloque de constitucionalidad es ese conjunto de principios, normas, valores, disposiciones que, aun encontrándose fuera de la Constitución, por su contenido garantista de los derechos humanos, tiene rango constitucional. Estas normas vinculan a los miembros de los Estados que han ratificado tales instrumentos internacionales. Las normas internacionales amparan y protegen; desde este punto de vista, todo ser humano posee una doble garantía de sus derechos, por las normas internas del Estado al que pertenece o donde se encuentre, y en forma externa, por el Derecho Internacional. Esta supremacía que tienen los tratados internacionales de derechos humanos está dada por la remisión que la propia Constitución haga, la cual obliga a su aplicación directa en caso de conflicto o ausencia de regulación en el derecho interno, como se señala en los artículos 11 numeral 3 y 426 de la Constitución” (sentencia No. 031 - 11 - SEP - CC de 21 de septiembre de 2011).

5.8. La doctrina de la protección integral considera a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, en tanto que, el principio del interés superior del niño debe ser entendido como garantista de modo que signifique la satisfacción de sus derechos. Dentro de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes se incluye o comprende a todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el Ecuador y que forman parte de la Constitución de la República; en este contexto la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1 consagra que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En tanto que, el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador prevé: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso

de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo - emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales”. El principio de interés superior conlleva que en el tratamiento judicial o administrativo en los que se encuentren en juego derechos de niñas, niños y adolescentes, debe ser priorizado de tal modo que se logre la efectiva protección de tales derechos y, así lo consagra el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, principio que, conforme este precepto legal, es uno de interpretación de esa ley, de tal modo que se consiga hacer efectivos los derechos de los menores. La Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al principio del interés superior del niño, precisa: “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: 1) Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; 3) un concepto relacional pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; 4) la garantía de un interés jurídico supremo consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”. (La Vida de los Derechos de la Niñez. Compilación Normativa, T. I, Ministerio de Justicia y del Derecho. Comentarios y Compilación de Jorge Enrique Ibáñez Nájjar, p. 45). Por lo tanto, para determinar la opción más favorable para el niño, niña o adolescente se debe contextualizar la interrelación Estado, sociedad y familia dentro del marco del respeto a los derechos humanos, de tal modo que se satisfaga el interés prevaleciente de los niños, niñas y adolescentes que hagan práctico su interés superior, contra el que no puede invocarse otro interés que no sea el bienestar y desarrollo integral y armonioso de aquellos, desde que por el principio pro homine rige la interpretación normativa que más se ajuste a sus derechos, prevaleciendo sobre cualquier otro, y así lo consagra literalmente el Art. 44 inciso primero de la Constitución de la República. No existe, en consecuencia,

la falta de aplicación del Art. 426 ni la errónea interpretación del Art. 425 de la Carta Fundamental, cargos formulados por el recurrente y que se los desestima.- 5.9. Dice el casacionista “Como producto de la errónea interpretación del artículo 425 y la falta de aplicación del artículo 426 de la Constitución, se produjo la falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de la Haya, que en su artículo 1, letra a), establece que el 7 Convenio tiene por objeto garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados de manera ilícita. Por lo tanto, al haber la madre trasladado ilícitamente al niño Mateo Bernaud Pérez de su residencia habitual en Francia al Ecuador, violó el ejercicio de la patria potestad conjunta y el derecho de custodia, y por ello sobre todo, el derecho del menor a tener a su padre y a vivir en un entorno familiar y escolar favorable”. Si bien es objetivo de esta Convención el reintegro al país de su residencia habitual de niños, niñas y adolescentes que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente en un país diferente al de aquél, por lo que su Art. 12 de la Convención establece: “Cuando un menor ha sido trasladado o detenido ilícitamente bajo los términos del artículo 3 y que un periodo de menos de un año ha pasado desde el traslado o la detención al momento de la presentación de la demanda ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se encuentra el menor, la autoridad en cuestión ordenará su inmediato regreso”.

Pero es trascendente citar su párrafo segundo, en cuanto: “La Autoridad judicial o administrativa, aun cuando los procesos se hayan iniciado después de la expiración del periodo de un año, previsto en el párrafo anterior, deberá también ordenar el regreso del menor, a menos de que se haya demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio”. El Tribunal de última instancia consideró las circunstancias en las que se encuentra actualmente el niño, y que llevó a decidir que no cabe la restitución internacional, desde que éste se ha integrado a su nuevo medio familiar. En efecto, consta de la resolución impugnada:

“Procesalmente se ha demostrado que el niño Mateo Bernaud Pérez se encuentra residiendo en el Ecuador con su madre, de nacionalidad ecuatoriana, quien no se ha negado a que el menor mantenga comunicación con su padre ordenar la restitución del menor a Francia, significaría que

debería vivir únicamente con su padre prescindiendo del cuidado y protección de su madre privar al menor de los cuidados de su madre, constituye una violación a sus derechos constitucionales consagrados en los Arts. 44 y 46 numeral 1 de la Constitución Mateo Bernaud Pérez, menor de 6 años, requiere de la protección y cuidado de su madre, derechos que, como ya se observó no tendrá si se ordena su restitución a Francia, así como la privación del entorno familiar y escolar que luego de casi dos años de permanencia en el Ecuador ha logrado; lo que ocasionaría un daño psicológico en su desarrollo ... las pruebas actuadas, valorando el hecho de que el menor se encuentra bajo el cuidado y protección de su madre, residiendo en el Ecuador, con su abuela materna en un entorno familiar acogedor y seguro que le permite su desarrollo integral; y de que, su restitución implicaría no sólo como ya se observó, violación a sus derechos constitucionales, sino que implicaría un daño psíquico al que se refiere el literal b) del artículo 13 de la Convención en referencia”.

Como se aprecia, el Tribunal ad quem consideró fundamental el hecho de que el niño se encuentra integrado al nuevo entorno familiar, encontrando que se ha adaptado a su nuevo medio, hecho que determinó la negativa de restitución internacional, esto es a Francia, del expresado menor.- 5.10. Cabe enfatizar que tal negativa se enmarca en el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los adultos, atendiéndose al principio de su interés superior. Además, por la forma categórica en que determina el precepto constitucional los derechos de los menores, tienen rango superior a los de los adultos, lo que no permite, por ese principio fundamental, el retorno a Francia del niño varias veces mencionado y en la forma que consta del Art. 20 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores. Por lo que se rechaza este último cargo.- 6. DECISIÓN EN SENTENCIA: En consecuencia, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa el auto definitivo proferido por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26 de abril de 2011. Hágase saber. F) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel y Dra. María del Carmen Espinoza

Valdiviezo, JUECES NACIONALES; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. F) Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E).

CERTIFICO: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden, son tomadas de su actuación original, constante en el juicio No. 153-2012 JBP (Recurso de Casación) que sigue SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra CATALINA PEREZ CAMARGO. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borrones.-
Quito, 07 de mayo de 2012.

Dra. Patricia Velasco Mesías SECRETARIA RELATORA (E)

Patricia Velasco Mesías

SECRETARIA RELATORA (E)

RATIO DECIDENCI

"1. El menor se encuentra integrado al nuevo entorno familiar y adaptado a su nuevo medio; y los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los adultos atendiendo al principio del interés superior"

Linkografía <https://vlex.ec/vid/-414682738>.