Debate Jurídico Ecuador. Revista Digital de Ciencias Jurídicas de UNIANDES
Vol. 2 / Nro. 3 / septiembre-diciembre / Año. 2019 / pp. 308-315

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS JURÍDICAS

EL PROCESO DE TENENCIA DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

THE CHILD TENDER PROCESS IN ECUADORIAN LEGISLATION

Pin Silva, William Rafael [I]; Maldonado Manzano, Rosa Leonor [II]; Carvajal Solíz, Daysi Cristina [III]; España Herrería, Marcia Esther [IV]

I. ub.williampin@uniandes.edu.ec, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Ecuador
II. ub.rosamaldonado@uniandes.edu.ec, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Ecuador
III. ub.daysicarvajal@uniandes.edu.ec, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Ecuador
IV. ub.marciaespana@uniandes.edu.ec, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Ecuador

Recibido: 03/01/2019
Aprobado: 27/08/2019

RESUMEN

El presente trabajo investigativo tiene importancia social y jurídica en el contexto nacional, por cuanto en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en lo que tiene que ver respecto de la tenencia de un menor no se encuentra establecido el trámite especial para al momento de plantear la demanda de tenencia de un menor se la plantee con el trámite especial. Claramente podemos darnos cuenta que este vacío jurídico lesiona los derechos constitucionales, por cuanto a más de violarse el principio de celeridad se está atentando con el interés superior del niño, niña y adolescentes. Dentro del estudio doctrinario con el aporte de varios y reconocidos juristas se efectúa un análisis de sus fundamentaciones y criterios personales, así mismo se orienta y se amplía su estudio a las disposiciones jurídicas en el contexto nacional. La utilización del tipo de investigación descriptiva, de campo, bibliográfica y evaluativa, dan lugar a la viabilidad de la realización de las encuestas, a la población escogida de profesionales del derecho, la misma que fue sistematizada, tabulada y representada gráficamente con su respectivo análisis, originando tanto la variable

independiente como la variable dependiente dando origen al desarrollo de la propuesta planteada.

PALABRAS CLAVE: Niño, Niña y Adolescente, familia, tenencia, patria potestad, celeridad, seguridad jurídica, doctrina.

ABSTRACT

They are now called subsidiary subsidiaries in the code of childhood and adolescence, but they have legal existence long before in the civil code in Art. 349, the provision is not new - - data of 1978 - but the reform of the Code Childhood and Adolescence, by the Commission on Legislation and Inspection, reopened the issue of the payment of maintenance pensions to be taken by the parents, siblings or uncles of a defendant, who could be both the father and the mother. The courts for children and adolescents have dealt daily with cases where mothers or fathers are looking for their ex-partners (many are living abroad) to provide for the care of their children in common and choose to sue their relatives. That was the figure applied by the manabita Nimia Moreira against his ex-in-laws María Vera and Cayetano Cedeño, who died, who kept them at his home in Canuto (Manabí). Users, jurists, and judges consider that there are gaps in the application of these regulations, which do not establish parameters such as the age or physical and economic condition of the subsidiaries. In this way, the defendant's next of kin names the legal body to assume the payment of the pension.

KEYWORDS: Child, Child and Adolescent, family, possession, parental authority, celerity, legal security, doctrine.

INTRODUCCIÓN

La sociedad ecuatoriana como parte de la sociedad mundial se encuentra en crisis, que se evidencia en la situación económica, política, social y en los valores humanos de todos los ecuatorianos (nuso.org, 2018).

Cada día se expresa en la permanente contradicción entre los pobres, marginados excluidos, que buscan darles a sus hijos una vida mejor, y las pocas posibilidades de empleo, educación, salud y alimentos que tienen a su alcance. Entre los que no pueden dormir porque no han podido llevar estómagos un pan para saciar su hambre y aquellos que no pueden dormir porque no es seguro el lugar donde sus riquezas. Esta permanente contradicción ha llevado a una crisis de valores humanos donde se ha hecho común que muchos seres humanos

tengan como su único dios “el dinero” y busquen cada día acumular más dinero, mientras los otros busquen una salida, en el más allá después de la muerte.

Mientras los unos buscan cada día acumular más dinero sin importarle la felicidad y el bienestar de los demás, los otros en cambio en de su pobreza material y espiritual en vez de dedicarse al trabajo honrado, que edifica ennoblece, han buscado como salida la migración, las drogas, los negocios ilícitos, la violencia.es por dinero que se viola, se mata y se cometen delitos atroces. Esto ha provocado que la crisis golpee a los hombres, las mujeres y en especial a los niños.

La crisis como fenómeno mundial no es nueva ni sus manifestaciones son recientes. Durante los primeros años de la era contemporánea, unos seres humanos se apropiaban de otros para hacerlos trabajar gratuitamente en sus plantaciones, en sus mansiones, en las minas y trabajaos insalubres, esclavizándolos; o hacían producir sus tierras a cambio de un pequeño pedazo de tierra, o parte de la cosecha, que les alcanzaba para subsistir, como aparceros, mitayos; o en sus fábricas por un salario que le alcanza para sobrevivir, como pasa con los obreros de la industria moderna. La historia de la humanidad está plagada de contradicciones sociales y crisis económicas y de principios, que han llevado a un enfrentamiento permanente y a las más cruentas batallas por la libertad y la dignidad del hombre.

Durante miles de años la división del trabajo era un principio que se mantenía en la sociedad, al hombre le correspondía trabajar para mantener el hogar y la mujer se encargaba de las tareas domésticas y la crianza de los hijos, la mujer no se preparaba para la producción sino para reproducción, si eran pobres reproducía la pobreza si eran ricos reproducía la riqueza en los hijos. Esto hasta el siglo pasado que se produjo la revolución social de la mujer que la igualo al hombre dignificando su trabajo.

El papel de la mujer en el mundo actual ha llevado a cada vez más, se convierta en actora de las inimaginables para ayudar al hombre a resolver los problemas que la sociedad globaliza y consumista actual nos está llevando, y vemos que la mujer ahora no solo es madre, sino que es obrera, agricultora, empleada, maestra o que también la encontraremos dirigiendo bandas delincuenciales, partiendo en la migración hacia otros países lejanos, donde pretende construir un destino feliz para sus hijos.

La migración es uno de los fenómenos sociales que más ha provocado la ruptura de los matrimonios y la separación de los hijos de sus padres, dejándolos en manos de terceras personas como abuelos, tíos o hermanos mayores, casi siempre en riesgo de sufrir algún tipo de violencia personal o agresión.

En nuestro país y en el mundo son cada vez más los hombres y mujeres que caen en el mundo de las drogas tanto como consumidores, como portadores (mulas) o como distribución, tránsito y el consumo de drogas, ya que estas hacen parte de la crisis de valores actuales.

Los seres humanos que no encuentran una salida a su problema de pobreza, marginalidad, exclusión, que no se han educado o que no se han preparado, tienen en la droga una salida, una puerta de escape, sea como consumidor, transportista o distribuidor.

El dinero que moviliza el tráfico de las drogas en el mundo ha provocado cada vez más personas caigan en sus redes, y que este dinero se reproduzca en negocios ilícitos, como casinos, juegos de azar, agiotismo, trata de blancas, lavado de dólares, etc. Entrando a competir con el mercado legal de productos y servicios, lo cual hace que cada vez sea más importante su presencia en los mercados internacionales y su influencia en el negocio de la banca, el comercio y la industria.

La opulencia de unos y la miseria de otros ha llevado en muchos países a incrementar la violencia, la misma que se expresa en enfrentamientos generalizados como en Colombia, entre la guerrilla y el ejército colombiano, que provocan miles de desplazados, o a enfrentamientos a menor escala entre grupos de asaltantes, criminales y violentos que atacan permanentemente a los ciudadanos, entre estos se ha incrementado en nuestro país el número de sicarios, que por una cantidad de dinero quitan la vida de otro, sin importarles que la víctima tenga hijos, cónyuge, o que cumpla una función de beneficio a su familia.

La violencia como forma de vida nos ha impuesto que los ciudadanos sean víctimas del miedo, temor que se ha impuesto entre nuestros familiares y amistades, la permanente duda de si vamos a llegar o no con vida a nuestros hogares, con la frase “cuídate” o “no te resistas si te roban” la sociedad ecuatoriana se debate entre la violencia que se ha tomado las calles y el estado que no es capaz de controlarla (Torres Chavez, 2003).

La pobreza, la violencia, la promiscuidad, las malas prácticas sexuales, unidas al consumo de alcohol y de las drogas, ha llevado a muchas personas a la muerte por enfermedades naturales, accidentes fatales o con enfermedades de transmisión sexual como el SIDA, lo cual, ha provocado que las estadísticas de niños abandonados, sin el padre, la madre, o ambos, haya crecido como una nube tanto en nuestro país como en el mundo.

Los niños, niñas y adolescentes abandonados por su padre, madre o ambos padres en los campos y las ciudades de nuestro país y en el mundo, son uno de los problemas sociales que tenemos que enfrentar los ciudadanos de nuestro tiempo (Moral Sarmiento, 1985).

El procedimiento para dotar a un niño que ha perdido a sus padres de un tutor o curador en el Código de la Niñez y adolescencia vigente (Códigode la niñez y adolescencia R.O.737, 2003), es contencioso, en general largo, tedioso y engorroso, obliga a los interesados a realizar gastos en diligencias, más aún cuando el niño, niña o adolescente se encuentra en total indefensión y desprovisto de su padre o madre o de ambos.

La crisis mundial del sistema que hemos detallado en líneas anteriores, se nos mete por todos los poros de la sociedad (Sánchez, 1985), y cada día crece impulsada por el fenómeno del consumismo, por el bajo nivel educativo de la mayoría de los ciudadanos y por la indolencia de las autoridades que nunca se preocuparon de dar solución a los problemas de los pobres sino que siempre gobernaban para favorecer a las clases dominantes y altos que más tienen, en esta postura han sido cómplices todas las instituciones del estado que desde hace más de 50 años han gobernado este país, solo para mantener oculta la realidad de marginación, relegación y ocultamiento de los fenómenos sociales como la migración, la delincuencia, el consumo de drogas, la violencia social y de género, el sufrimiento y abandono en que se encontraban los niños, niñas y adolescentes víctimas de este estallido social (Convención sobre los derechos del niño, 1989).

La investigación realizada trata una temática de actualidad, la importancia al Código de la Niñez y Adolescencia ya que esta clasifica los derechos de los niños, niñas y adolescentes alejándose de esta manera de las formas tradicionales de clasificación, se reconoce que los derechos son “interdependientes, indivisibles” y que las garantías son “… potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia”. La naturaleza de las obligaciones que el “estado, la sociedad y la familia”, dentro de su respectiva competencia, que tienen para proteger y garantizar los derechos declarados son diversas, por tanto, los mecanismos de exigibilidad establecidos por la ley son múltiples, producto de esa diversidad de los derechos declarados por el código.

Lo que genera que los niños, niñas y adolescentes sufran este problema cuando no quedan con ninguno de sus padres, generando de esta manera la tutela y patria potestad, situación que en la actualidad es alarmante por las distintas incidencias que se dan en la sociedad ecuatoriana.

MÉTODOS

La investigación se realizó en la modalidad cuali-cuantitativa, pues se trata de resolver problemas de índole jurídico-social, con la ayuda de estudios estadísticos para fundamentar la propuesta e investigaciones: Investigación bibliográfica. Que permitió realizar una recopilación ordenada de teorías y doctrinas relacionadas con el tema de investigación, de campo se realiza en el mismo lugar en donde se producen los acontecimientos.

La metodología cuantitativa modular es aquella que permite examinar los datos de manera pública científica, o de manera más específicamente en forma numérica, generalmente con ayuda de herramientas del campo de la estadística.

Para que exista metodología cuantitativa se requiere que entre los elementos del problema de investigación exista una relación cuya naturaleza sea representable por algún modelo numérico ya sea lineal, exponencial o similar.

Es decir, que haya claridad entre los elementos de investigación que conforman el problema, que sea posible definirlo, limitarlos y saber exactamente donde se inicia el problema, en cual dirección va y qué tipo de incidencia existe entre sus elementos.

La investigación cualitativa o metodología cualitativa es un método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales que se basa en cortes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, hermenéutica, la interacción social empleando métodos de recolección de datos que son no cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los correspondientes. La investigación cualitativa requiere un profundo entendimiento del comportamiento humano y las razones que lo gobiernan. A diferencia de la investigación cuantitativa, la investigación cualitativa busca explicar las razones de los diferentes aspectos de tal comportamiento.

RESULTADOS

Lo realizado a lo largo del estudio de esta temática que ha coincidido con las personas que han sido entrevistadas y que están de acuerdo en que se determine en la ley la proporcionalidad de los obligados subsidiarios, es menester enfatizar que este logro da fin al sufrimiento de tantas personas adultas mayores que sin tener culpa alguna se ven obligados a cumplir el pago de las pensiones alimenticias.

DISCUSIÓN

La investigación planteada efectúa uno de los aportes más importantes y novedoso en tanto y cuanto se relaciona con la patria potestad (Código Civil. R.O.S.46, 2005), ya que este no es más que un singular complejo de derechos y obligaciones, porque en buena parte, son derechos a cumplir obligaciones. El Derecho tiene como contenido la satisfacción del interés de los progenitores, la Patria Potestad corresponde a ambos padres y ambos tienen el derecho y el deber de tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado, atendiendo su desarrollo físico y moral, atender a su educación, dirigir su formación social, ética e ideológica. De esta forma los padres son los responsables del cuidado de sus hijos, ya que al darse una separación el juez le dará la patria potestad a la madre o en casos mayores sin perjudicar los intereses del hijo o hija le dará al que más le beneficie al menor (Díaz, 2005).

El Estado ecuatoriano como encargado de proteger a la sociedad y por ende a la familia como tal, el Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

> Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitución de la Reública de Ecuador.R.O.449, 2008).

CONCLUSIONES

- La patria potestad es una institución jurídica encaminada a hacer respetar y velar los derechos y facultades que la ley concede a los progenitores sobre sus hijos y sus bienes para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones ya que las funciones familiares parten de la comprensión y el respeto mutuo.
- Las características esenciales de la patria potestad son que los dos progenitores tienen a su cargo el cuidado, educación y desarrollo integral del menor, debido en que el hogar es donde el niño aprende sus primeros hábitos fiscos, intelectuales y morales.
- La Constitución de la República del Ecuador determina con claridad los principios de la Función Judicial entre ellos la debida diligencia que deben de aplicar los servidores judiciales, jueces y operadores de justicia.
- La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 67 garantiza la protección de la familia como célula fundamental de la sociedad, de igual manera protege al matrimonio, la maternidad y el haber familiar, más específicamente en el Art. 69 estipula que el Estado protegerá a la madre o padre como jefes de familia.

REFERENCIAS

Código Civil. R.O.S.46. (2005). *Código civil.* Quito: Nacional.

Códigode la niñez y adolescencia R.O.737. (2003). *Código de la niñez y adolescencia.* Quito: Nacional.

Constitución de la Reública de Ecuador.R.O.449. (2008). *Constitución de la República del Ecuador 2008.* Quito: Nacional.

Convención sobre los derechos del niño. (1989). *Convención sobre los derechos del niño.* Nueva York: ONU.

Díaz, R. (2005). *Ciencias jurídicas y sociales.* Bogotá: Printer Colombiana.

Moral Sarmiento, R. (1985). *La familia en el derecho civil Ecuatoriano.* Guayaquiil: Departamento de publicaciones de la Universidad de Guayaquil.

nuso.org. (junio de 2018). Obtenido de https://nuso.org/articulo/hacia-donde-va-ecuador-lenin-moreno-/

Sánchez, R. (1985). *Derecho de familia.* Chile: Planeta.

Torres Chavez, E. (2003). *Breves comentarios al código de la niñez y adolescencia.* Quito.