



**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO
TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

**INDETERMINACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES QUE
INTERVIENEN EN EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN O
CAMBIO DEL RÉGIMEN DE TENENCIA DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES; PROVINCIA DE SANTA ELENA, AÑO 2022.**

AUTOR:

ALCÍVAR REYES KAROLINE YUDAPHEN

TUTORA: DRA. NICOLASA PANCHANA SUÁREZ, MGT.

LA LIBERTAD – ECUADOR

2022

**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

INDETERMINACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES QUE INTERVIENEN EN EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN O CAMBIO DEL RÉGIMEN DE TENENCIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; PROVINCIA DE SANTA ELENA, AÑO 2022.

AUTOR:

ALCÍVAR REYES KAROLINE YUDAPHEN

TUTORA: DRA. NICOLASA PANCHANA SUÁREZ, MGT.

LA LIBERTAD – ECUADOR

2022

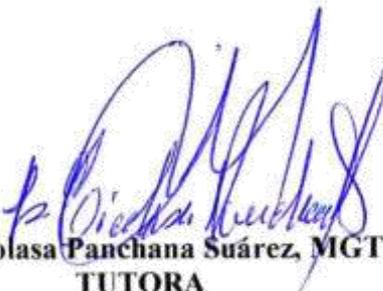
INFORME FINAL DE TUTORIAS

La Libertad, 13 de julio de 2022

CERTIFICACIÓN

En mi calidad de Profesora Tutora del Trabajo de Integración Curricular de título **“Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, año 2022”**, correspondiente a la estudiante **Alcívar Reyes Karoline Yudaphen**, de la Carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, declaro que luego de haber orientado científica y metodológicamente su desarrollo el referido proyecto de investigación se encuentra en todas sus partes cumpliendo así con el proceso de acompañamiento determinado en la normativa interna, recomendando se inicie los procesos de evaluación que corresponden.

Atentamente,



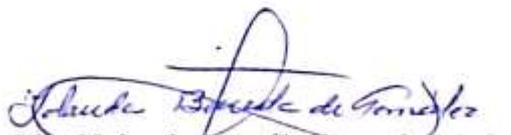
Dra. Nicolasa Panchana Suárez, MGT
TUTORA

CERTIFICADO DE VALIDACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRAFÍA

Que, he revisado la Redacción y Ortografía del trabajo de graduación con el tema: **“Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, año 2022”**, correspondiente a la estudiante **Alcívar Reyes Karoline Yudaphen**, de la Carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, para optar el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Salud de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, del cantón La Libertad, provincia de Santa Elena.

Que, he realizado las correcciones correspondientes en el trabajo de titulación en mención.

Por lo expuesto, autorizo a la peticionaria, a hacer uso de este certificado, como considere conveniente a sus intereses.


Lic. Yolanda Barzola Segovia MsC.
C.I. 0904075140

Registro del SENESCYT # 1050 – 12 - 86029391

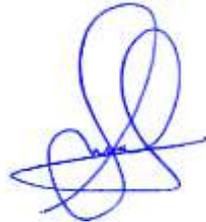
Santa Elena, 01 de agosto de 2022

La Libertad, 13 julio de 2022

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **ALCÍVAR REYES KAROLINE YUDAPHEN**, estudiante de octavo semestre de la Carrera de Derecho de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, habiendo cursado la asignatura Unidad de Integración Curricular II, declaro la autoría del presente trabajo de investigación de título “INDETERMINACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES QUE INTERVIENEN EN EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN O CAMBIO DEL RÉGIMEN DE TENENCIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; PROVINCIA DE SANTA ELENA, AÑO 2022”, desarrollada en todas sus partes por la suscrita estudiante con apego a los requerimientos de la ciencia del derecho, la metodología de la investigación y las normas que regulan los procesos de titulación de la UPSE.

Atentamente,



Alcívar Reyes Karoline Yudaphen

C.I. 2450031519

karoline.alcivarreyes@upse.edu.ec

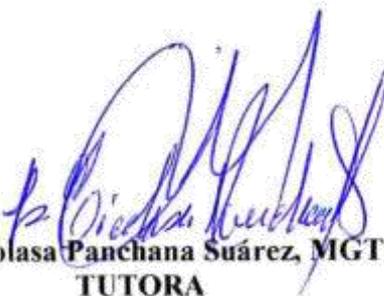
Celular: 0978742634

La Libertad 13 de julio del 2022

CERTIFICACIÓN ANTIPLAGIO

En mi calidad de Tutora del Trabajo de Investigación, título: **“Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, año 2022”**., cuya autoría corresponde a la estudiante **Karoline Alcívar Reyes** de la Carrera de Derecho, **CERTIFICO**, que el contenido de dicho trabajo ha sido sometido a la validación en sistema antiplagio Urkund, obteniendo un porcentaje de similitud del 5% cumpliendo así con los parámetros técnicos requeridos para este tipo de trabajos académicos.

Atentamente,



Dra. Nicolasa Panchana Suárez, MGT
TUTORA

TRIBUNAL DE GRADO



Ab. Ana Tapia Blacio, Mgt.

DIRECTORA

CARRERA DE DERECHO



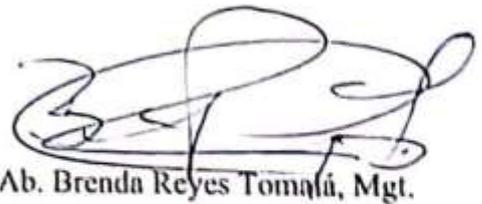
Ab. Monroy Abad Anita Cecilia, Mgt.

DOCENTE ESPECIALISTA



Dra. Nicolasa Panchana Suárez, Mgt.

DOCENTE TUTOR



Ab. Brenda Reyes Tomalá, Mgt.

DOCENTE GUÍA DE LA UIC

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por seguirme bendiciendo, por darme la dicha de levantarme cada mañana y ver la luz del día, por guiarme a cumplir mis anhelos, por darme el apoyo, la fortaleza necesaria de seguir adelante, a pesar de todas las dificultades que a lo largo de este proceso he superado hasta llegar a culminar mi trabajo de investigación.

A mis padres, Mónica Reyes y Carlos Alcívar, a mi abuela Elba Ramírez por ser ese pilar fundamental en mi vida, por seguir creyendo en mis sueños, por darme esa fuerza de seguir adelante y conseguir mis metas que quiero a lo largo de mi vida, gracias por siempre estar desde el día uno en mi trayectoria estudiantil, en lo que respecta la primaria, secundaria, bachillerato y tercer nivel; a su vez agradecerles por sus sabios consejos, por inculcarme valores y principios para ser cada día mejor a lo largo de mi vida. Agradezco de igual forma a mis hermanos Keylla, Carlos Michael, Carlos Mario, quienes me han motivado a superar los obstáculos y alcanzar mis metas.

De igual manera agradezco a los docentes de la carrera de Derecho por haber compartido conocimientos, criterios jurídicos a lo largo de mi carrera profesional, y hago extensivo a mi tutora Dra. Nicolasa Panchana y a la Ab. Brenda Reyes docente UIC, por haberme guiado en el proyecto de investigación a lo largo de todo este periodo académico.

También agradecer a cada uno de los Jueces de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena y a la directora de la Carrera de Derecho, por haberme impartido criterios jurídicos de suma ayuda para mi trabajo de titulación.

DEDICATORIA

Este presente trabajo se lo dedico, a los seres más valiosos que Dios me pudo dar, a mi familia, ya que ellos me han apoyado en todo el transcurso de este periodo académico, y fueron mi motivación para llegar a cumplir mi meta, de poder culminar mi carrera universitaria con éxito.

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA	I
CONTRAPORTADA	II
INFORME FINAL DE TUTORIAS	III
CERTIFICADO DE VALIDACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRAFÍA	IV
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	V
CERTIFICACIÓN ANTIPLAGIO	VI
TRIBUNAL DE GRADO	VII
DEDICATORIA	VIII
ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS	IX
RESUMEN	XII
ABSTRACT	XIII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
1.1 Planteamiento del problema	3
1.2 Formulación de problema	7
1.3 Objetivos	7
1.3.1 Objetivo general	7
1.3.2 Objetivos específicos	7
1.4 Justificación	8
1.5 Identificación de variables	9
1.5.1 Variable independiente	9
1.5.2 Variable dependiente	9
1.6 Idea a defender	9
CAPÍTULO II	10
MARCO REFERENCIAL	10
2.1 Marco teórico	10
2.1.1 Generalidades y conceptualización de familia	10
2.1.2 La familia en la Constitución de la República del Ecuador 2008	12
2.1.2.1 Tipos de familias en la legislación ecuatoriana	13
2.1.3 Parentesco	14
2.1.4 Matrimonio	15
2.1.4.1 Antecedentes del matrimonio	15
2.1.4.2 El matrimonio en el Código Civil vigente ecuatoriano	16
2.1.4.3 Terminación del matrimonio	17
2.1.4.3.1 Muerte y muerte presunta	17
	IX

2.1.4.3.2 Nulidad	18
2.1.5 Divorcio	20
2.1.5.1 Tenencia de un niño, niña y adolescentes	22
2.1.5.2 Clases de tenencia de un menor	24
2.1.5.3 Sentencia No. 28-15-IN/21	25
2.1.5.4 Incidente de la tenencia de niño, niña y adolescentes	26
2.1.5.5 Reglas para la procedencia de la tenencia y parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.	27
2.1.5.6 Régimen de visitas	29
2.1.5.7 Derecho a alimentos	30
2.1.6 Análisis de Caso	31
2.2 Marco legal	33
2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos	33
2.2.2 Convención sobre los Derechos del Niño	33
2.2.2 Constitución de la República del Ecuador	34
2.2.3 Código de la Niñez y Adolescencia	37
2.2.4 Código Civil	45
2.3 Marco conceptual	47
CAPÍTULO III	49
MARCO METODOLÓGICO	49
3.1 Diseño de investigación y tipo de investigación	49
3.1.1 Tipo de investigación	50
3.2 Recopilación de información	50
3.3 Tratamiento de la información	52
3.4 Operacionalización de variables	54
CAPITULO IV	56
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	56
4.1.1 Entrevista realizada a la experta en materia de niñez y adolescencia	56
4.1.2 Entrevistas a los Jueces de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia	58
4.2 Verificación de la idea a defender	655
CONCLUSIONES	67
RECOMENDACIONES	68
BIBLIOGRAFÍA	69
ANEXOS	71

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Población de la muestra	51
---------------------------------	----

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo1 Guía de entrevista a Especialista en materia de Niñez y Adolescencia	72
Anexo2 Guía de entrevista a Jueces de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena	73
Anexo3 Fotografía con la Abogada experta en materia de niñez y adolescente	74
Anexo4 Fotografías con los Jueces de Familia de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena	74
Anexo5 Providencia 11 de enero de 2021 caso No 24201-2015-02002	75
Anexo6 Sentencia de la causa No 24201-2015-02002	76

UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO

**INDETERMINACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES QUE INTERVIENEN EN
EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN O CAMBIO DEL RÉGIMEN
DE TENENCIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; PROVINCIA
DE SANTA ELENA,**

AÑO 2022

Autor: Karoline Yudaphen Alcívar Reyes

Tutora: Dra. Nicolasa Panchana Suárez

RESUMEN

El presente trabajo de investigación surge ante los acontecimientos de la figura jurídica de la tenencia en casos de divorcio o por separación de los progenitores, en cuanto al incidente único de la tenencia regulado en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto al incidente de modificación o cambio de tenencia de un niño, niña o adolescente no deja claramente establecido en forma literal la normativa, quienes serían los intervinientes en este incidente. En el presente trabajo se analiza la disposición legal contenida en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, en relación al incidente de modificación o cambio de tenencia y la exclusiva intervención de los sujetos procesales, para la aplicación de la tutela judicial efectiva e interés superior de las niñas, niños y adolescentes en los juzgados de la Provincia de Santa Elena. Entre los abordajes que presenta la investigación se observan temas inherentes a la doctrina sobre la figura legal de la tenencia, tema que permite dar un enfoque doctrinario y amplio sobre el estudio. Para llegar a la validación de la idea a defender se plantearon métodos y técnicas de investigación como el método analítico aplicado a los hallazgos generados por las entrevistas que se le realizó a los Jueces de Familia, Niñez y Adolescencia y especialista en materia de niñez y adolescencia, entre las conclusiones se determinó que la norma que regula la figura de tenencia en el artículo 118 y 119 de CNA establece que la tenencia el juez la resolverá considerando el cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes que proporcionará uno de los progenitores, cabe mencionar que en el incidente de modificación de tenencia no establece en la normativa de forma clara y precisa, no considerando el interés superior de la niña, niño o adolescente.

Palabras claves: Tenencia, Sujetos procesales, Interés Superior del Niño, Derechos, Crianza.

ABSTRACT

The present work of investigation arises before the events of the legal figure of the tenancy in cases of divorce or by separation of the parents, as for the unique incident of the tenancy regulated in article 119 of the Código de la Niñez y Adolescencia, regarding to the incident of modification or change of tenancy of a child or adolescent does not leave clearly established in literal form the regulation, who would be the intervening parties in this incident. This paper analyzes the legal provision contained in article 119 of the Código de la Niñez y Adolescencia in relation to the incident of modification or change of custody and the exclusive intervention of the procedural subjects, for the application of effective judicial protection and the higher interests of children and adolescents in the courts of the Province of Santa Elena. Among the approaches presented in the research, issues inherent to the doctrine on the legal figure of tenancy are observed, a topic that allows for a doctrinal and broad approach to the study. In order to validate the idea to be defended, research methods and techniques were used, such as the analytical method applied to the findings generated by the interviews conducted with the Judges of Family, Childhood and Adolescence and specialists in matters of childhood and adolescence, Among the conclusions it was determined that the norm that regulates the figure of tenancy in articles 118 and 119 of the CNA establishes that the judge will resolve the tenancy considering the care and upbringing of the children and adolescents that one of the parents will provide, it is important to mention that in the incident of modification of tenancy it is not established in the norm in a precise and clear way, not considering the best interest of the child or adolescent.

Keywords: Tenancy, Procedural subjects, The higher interest of the child, Rights, Parenting.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está orientado hacia la realidad jurídica existente en la figura legal de la tenencia, involucrando a los niños, niñas y adolescentes, puesto que dentro del marco jurídico ecuatoriano en materia de niñez y adolescencia, la tenencia es regulada y se obtiene la institución en lo determinado en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, para evitar que se vulnere el derecho de los niños, niñas y adolescente como prioridad el interés superior del niño, relacionados al cuidado, crianza, educación, alimentación, vivienda. El Estado ecuatoriano es partícipe y suscriptor sobre los derechos del niño, así lo determina el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, en la que hace referencia a las acciones que tiene el Estado a través de sus diferentes instituciones para actuar siempre precautelando el interés superior del niño, niña y adolescente.

La importancia del presente trabajo radica en las necesidades básicas que debe tener un niño, niña o adolescente al momento que los progenitores se enfrentan a instituciones legales como la separación o divorcio por vía consensual o por causal, para que pueda disolverse el vínculo matrimonial, es de prioridad resolver la situación socioeconómica de los niños, niñas o adolescente, es preciso analizar todos los mecanismos que se pueden presentar en esta figura, como lo es resolver la tenencia, el régimen de visitas y la fijación de pensión de alimentos, relativo al interés superior del niño.

En el capítulo I de la presente investigación, está relacionado con el planteamiento del problema donde se pone a consideración de los lectores acerca de las problemática del estudio de investigación en relación a la causa, síntomas y efectos del tema planteado acerca de la figura jurídica de la tenencia, vinculados a factores diversos como lo es la separación o divorcio de los progenitores, puesto que esta problemática determina vacíos acerca de los sujetos procesales intervinientes en el incidente de modificación de tenencia. Así como también dentro de este capítulo se establece los objetivos generales y específicos que se pretende alcanzar en la investigación, la justificación donde se detallan las razones y argumentos teóricos, por consiguiente, se identifican las variables y la idea a defender que con el estudio realizado se verificará si la idea a defender es cierta o no.

En el capítulo II se lo realizó mediante aportes doctrinarios, jurídicos correspondiente al estudio de investigación, este capítulo se lo denomina marco referencial, donde se detalla

con exactitud todos los temas que se vinculan al tema de investigación, se inicia con los antecedentes, generalidades y su aplicación en la legislación ecuatoriana, temas que fueron fundamentales para el desarrollo de la investigación. A su vez en este capítulo se desarrolló el marco legal, mencionando artículos relacionados al tema de estudio y haciendo su respectivo análisis, también dentro del marco conceptual se revisó algunos términos jurídicos con el fin de brindar al lector mayor comprensión con la definición de los términos jurídicos en relación al tema de estudio.

En el capítulo III se describe la metodología diseñada al estudio de investigación, en la que se la desarrolló mediante un enfoque cualitativo con un tipo de investigación exploratoria que se encuentra detallada dentro de este capítulo, a su vez los instrumentos y técnicas que se utilizó en el transcurso de esta investigación especificando de la misma manera la muestra de la población, a quien se la iba a aplicar.

Los resultados obtenidos dentro del estudio de investigación responden a un proceso de análisis, dentro del capítulo IV se va a procesar toda la información que se ha recolectado por medio del instrumento investigativo, para precisar las conclusiones y recomendaciones. Posteriormente se procedió a la verificación de la idea a defender, con el propósito de conocer si la propuesta presentada en dicha investigación es afirmativa y guarda relación con el objeto de estudio o no.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

En nuestra sociedad ecuatoriana existe normada la figura jurídica de la tenencia, que se constituye como el derecho u obligación de cuidado y protección a los hijos procreados dentro del matrimonio o no; de la misma forma, por diversos motivos y factores se fisuran las relaciones conyugales, lo que genera la separación de padre y madre, dejando en muchas ocasiones con falta de vínculo afectivo filial a los niños, niñas y adolescentes.

La legislación ecuatoriana en materia de Niñez y de la Adolescencia, contiene la figura jurídica de tenencia, la misma que guarda una relación directa con el derecho-deber de los progenitores sobre las hijas e hijos, los mismos que obedecen a tutelas jurídicas constitucionales, legales y pactos internacionales, que obligan al Estado y a sus instituciones a privilegiar los derechos sobre este grupo de atención prioritaria.

La tenencia de las hijas e hijos pueden declararse de forma voluntaria entre sus progenitores; así mismo a través de la vía jurisdiccional en la que un juez competente en materia de niñez determinará la idoneidad en consideración en el interés superior del niño o niña para otorgar el cuidado y protección al padre o madre, pudiendo estar acompañada por uno o más derechos y obligaciones establecidas para la patria potestad.

En la obra Filiación de los autores (Antón Antón y otros, 2010), indica que no es lo mismo “tenencia y “patria potestad”. La Patria Potestad se puede definir fundamentalmente como el deber y derecho que tienen ambos padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores. De esta forma, la patria potestad es una institución de amparo y protección familiar cuyo fin es la salvaguarda de los intereses personales o patrimoniales de los hijos menores de edad, debido a su incapacidad para valerse por sí mismos. La patria potestad es el resultado de haberse establecido la relación padre-hijo (filiación), por tanto, “la filiación determina los apellidos con arreglo a la ley. El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Cabe destacar que sin filiación no hay patria potestad.

La tenencia es la institución legal que le otorga a uno de los padres el derecho a la convivencia con los hijos. En tal sentido, la tenencia está relacionada a la vida en común que comparten padres e hijos, el vivir en una misma casa y bajo un mismo techo. Este derecho es también de los hijos a vivir con sus padres, por lo tanto, no es

un derecho exclusivo de los padres, sino también de los hijos. Cuando los padres son casados, convivientes o tienen una relación y deciden divorciarse o separarse, a uno de ellos le corresponderá la tenencia y al otro le corresponderá un régimen de visitas. La tenencia se puede acordar mediante una Conciliación Extrajudicial y también puede ser solicitada ante un Juez de Familia, si es que los padres no llegan a un acuerdo. La tenencia puede también ser solicitada por los parientes del menor hasta el cuarto grado de consanguinidad, en el caso, por ejemplo, que uno de los padres hubiera fallecido, así lo refiere (Castañeda, José Felipe Escajadillo , 2019)

Los autores (Murillo & Vázquez, 2020) en su revista científica citan al autor Cabrera Vélez, J. P. (2008) del libro “Tenencia: Legislación, Doctrina y Practica, en que manifiesta que dentro de la doctrina se ha señalado diversos caracteres que encierran a la figura jurídica de que se está hablando en este tema de investigación. La tenencia se la denomina “Intuito Personae” que significa “Relación existente entre dos o más personas, que no puede ser transferida a terceras personas (pues depende específicamente de la o las personas involucradas)” (Navarro, 2020). Solo los titulares siendo padre o madre pueden demostrarlo y petitionarlo jurídicamente, cualquiera de los progenitores podrá ejecutar la modificación de tenencia siempre y cuando se vea que el menor no tiene la debida protección y el adecuado cuidado. Esto es que la modificación de la tenencia no podrá ser reclamada judicialmente por hermanos, tíos, abuelos u otros parientes que no tengan la calidad de progenitor.

La tenencia es un derecho restringido, que se podrá ejercer únicamente en las hijas e hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad. Por eso la legislación determina que los hijos menores de edad, por su condición legal de no tener esa capacidad de cuidarse solos, necesitan estar bajo el cuidado de mamá o papá, en este caso del que tiene la tenencia ya que es él o ella que debe velar por el cuidado y protección del niño, niña y adolescente.

La tenencia se fundamenta a la condicionalidad de buen cuidado del progenitor a quien se le otorgó el cuidado y crianza del niño; pues, la conducta del progenitor que posee la tenencia se arriesga ante el progenitor que podría presentar el incidente de modificación o cambio de tenencia; que va a determinar si las condiciones del progenitor que tiene la tenencia son las adecuadas para el desarrollo integral del menor; caso contrario, el juzgador podría cambiar la tenencia otorgándola al otro progenitor recurrente; por lo tanto debemos considerar que la tenencia no es un derecho fijo ni absoluto, debiendo tener presente que la decisión de la autoridad jurisdiccional aplicable en este caso es la

de emitir una “resolución” y no “sentencia”, por lo tanto no existiría ejecutoria sobre dicha “resolución” pudiéndose modificar o cambiar de acuerdo a las circunstancias de convivencia entre el progenitor que tiene la tenencia y el niño.

Tal como se ha señalado en líneas anteriores la exclusividad de intervención en calidad de sujetos procesales dentro del incidente de modificación o cambio de tenencia es del padre o madre del niño, niña o adolescente, por lo que no debe existir confusión entre los términos “modificación o cambio de tenencia”, puesto que la modificación es sinónimo de cambio, considerando de que el menor puede estar hoy bajo la tenencia de la madre y mañana bajo la tenencia del padre.

Pero en la práctica existen criterios y aplicaciones diversas a los procedimientos judiciales de tenencia y modificación de tenencia, a falta de la existencia en vida de unos de los progenitores, existen terceros familiares que equivocadamente pretenden adquirir la calidad de tenedor del o de los menores, considerando que a través de esta figura jurídica podrían lograr el cuidado, protección y crianza de los menores de edad. Al no existir alegación expresa en el artículo 119 del Código de Niñez y Adolescencia respecto de la exclusividad de la legitimidad activa y pasiva, los abogados en libre ejercicio profesional aplican el incidente de modificación o cambio de tenencia como figura jurídica, cuando la vía legal para la intervención de un tercero familiar es la acción de tutela o curaduría he aquí la controversia que existe en la actualidad, en el por qué los abuelos o algún otro pariente no pueden accionar judicialmente la tenencia de los menores ni mucho menos aplicar al incidente de modificación o cambio de tenencia.

Así como en las pensiones alimenticias y régimen de visitas existen incidentes que se presentan debido a las obligaciones pecuniarias y a los cambios de comportamiento y conducta en el cuidado y protección de los niños, niña y adolescentes por parte de los progenitores; la modificación o cambio es el único incidente a presentarse dentro de la figura jurídica de la tenencia, cuyas reglas están contenidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Si bien es cierto el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que se puede confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores; sin embargo, el artículo 119 del mismo cuerpo normativo referido, respecto al incidente de modificación o cambio de tenencia no deja claramente establecido en forma literal normativa, quienes

serían los intervinientes en el incidente de modificación o cambio de tenencia de un menor; pues, en ciertos casos los abogados en libre ejercicio profesional plantean demandas de incidentes de tenencia cuando los menores se encuentran bajo el cuidado de otros familiares que no son los padres, ya sea por el fallecimiento del progenitor que poseía la tenencia o por conducta adictiva a sustancias sujetas a fiscalización por parte del o de los progenitores.

En el caso específico de que la tenencia haya sido otorgada judicialmente a la madre y esta fallece quedando en vida el padre y el niño en poder de los abuelos maternos, en ocasiones se acciona en contra de ellos y se aplica la figura incidental de incidente de modificación de tenencia, y en la calificación de dichas acciones el juzgador no podrá adoptar acción judicial inhibitoria pues está facultado para resolver la causa en función de su competencia y facultades, debiendo considerarse que el hecho de la calificación de la demanda no garantiza una declaratoria con lugar en la resolución de la causa.

Dentro de la Constitución del Ecuador (Asamblea Nacional del Ecuador , 2021) en su artículo 119 dispone sobre las “Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. -Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicio psicológico al derechohabiente, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.

En este articulado prácticamente no especifica con claridad quienes son los sujetos procesales que deben interponer la acción de modificación o cambio de tenencia; por lo que existiría un déficit normativo.

El presente trabajo de titulación se fundamenta prácticamente en la deficiencia de la normativa existente en el Código de la Niñez y Adolescencia, en relación al señalamiento literal expreso para la intervención de las partes procesales que deben intervenir en el incidente de modificación o cambio de tenencia, establecidos en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA).

1.2 Formulación de problema

No existe en la norma de forma expresa la determinación de los intervinientes en calidad de sujetos procesales en el incidente de la modificación o cambio de tenencia de niño, niña y adolescentes.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Analizar la disposición legal contenida en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, en relación al incidente de modificación o cambio de tenencia y la exclusiva intervención de los sujetos procesales, para la aplicación de la tutela judicial efectiva e interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los Juzgados de Niñez de la Provincia de Santa Elena.

1.3.2 Objetivos específicos

- Fundamentar jurídica y doctrinariamente sobre el procedimiento de incidente de modificación o cambio de tenencia en niños, niñas y adolescentes, para garantizar la comparecencia de sujetos procesales idóneos.
- Determinar el déficit normativo del artículo 119 del CNA sobre la intervención exclusiva de los sujetos procesales intervinientes en el incidente de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes, mediante análisis críticos de una experta en materia de niñez y adolescencia.
- Identificar la intervención directa de sujetos procesales en el incidente de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes, mediante análisis crítico jurisdiccional de los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, para precisar jurídicamente los términos modificación o cambio de tenencia.

1.4 Justificación

El presente trabajo de titulación tiene como finalidad la identificación, en caso de existir, quienes intervienen como parte procesal de forma precisa y directa en los incidentes de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes; consecuentemente, éste trabajo está encaminado a la obtención de información y crítica a una población jurídica, conformada por una experta en materia de niñez y adolescencia y Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, los mismos que mediante entrevistas se logrará determinar, quienes ostentan la facultad procesal de presentar acción judicial de incidentes de modificación o cambio de tenencia en niñas, niños y adolescentes, ya que la normativa vigente no precisa e identifica de forma expresa cuales son las partes procesales intervinientes en los actos judiciales de modificación o cambio.

Así mismo, éste trabajo de titulación, busca la identificación de los derechos de relación parento-filial y garantizar el derecho a una familia de los niños, niñas y adolescentes, basados en los derechos constitucionales y legales del interés superior que existe en los menores, se realizó este trabajo basándose en la tutela judicial efectiva hacia los niños, niñas y adolescentes en relación a los incidentes que suceden con respecto a la figura jurídica de la tenencia, también se beneficiarán los profesionales del derecho y Jueces de Familia de la Provincia de Santa Elena, para asemejar conocimientos sobre la problemática en la práctica procesal.

Cada vez son más las resoluciones de Audiencias Provinciales que ponen de relieve que una cuestión es determinar el modelo de custodia en el momento en el que los progenitores rompen la relación y otra cosa muy distinta es solicitar la modificación. En este último caso no se trata de analizar qué progenitor es el más idóneo para que ejerza la custodia o si la custodia compartida tutela mejor el interés de los hijos menores que la custodia monoparental, sino que se trata de comprobar que desde que se adoptaron las medidas se ha producido algún cambio sustancial de circunstancias que justifique modificar el progenitor que debe asumir la custodia de los hijos o si debe cambiarse la custodia monoparental por la compartida o, al contrario.

(Roca y otros, 2014)

La tenencia de menores en algunas legislaciones varía, hay términos que se asemejan como custodia, guarda, tuición; estos términos se encierran en una sola conceptualización que no es nada más que el conjunto de deberes y derechos que tiene uno de los progenitores hacia los hijos, es importante considerar que, en nuestra

legislación ecuatoriana, el cuidado de los niños, niñas y adolescentes es de atención prioritaria, los jueces son los encargados de otorgar, velar por el interés superior del menor a uno de los progenitores u otros parientes el cuidado, protección y crianza del o los menores.

1.5 Identificación de variables

1.5.1 Variable independiente

Indeterminación de los sujetos procesales.

1.5.2 Variable dependiente

Modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes

1.6 Idea a defender

La falta de claridad jurídica en el contenido del artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), el cual no establece de forma clara y precisa la intervención de sujetos procesales en las causas que se refieren a incidentes de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

2.1 Marco teórico

2.1.1 Generalidades y conceptualización de familia

El término familia señala una diversidad de aspectos de orden histórico, social y jurídico, que si bien es cierto todos estos aspectos han ido evolucionando, es decir hoy en día no se encuentra una definición concreta, ya que en la actualidad el término “Familia” ha tomado distintas definiciones, pero siempre prevaleciendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como es, el desarrollo integral y el bienestar de los menores.

Según Ximena Torres y Carmen Puchaicela (2019), en su libro Derecho de familia, menciona que el término Familia ha ido evolucionando por lo que aclara que dentro de la Edad Media el término “familia” se definía en dos formas distantes como es: Genitor que recae y se vincula a la persona que había gestado al niño o niña, en este caso sería la madre del menor y por lo consiguiente el término Pater que se sujeta a la persona quien le da su apellido y de quien también se hace responsable del cuidado y protección del menor, esa persona de quien se refiere es al padre del niño, niña o adolescente. Con los cambios que se ha venido dando dentro de la sociedad aparece el término “progenitor” y este vocablo guarda mucha relación al hecho biológico.

Dentro del siglo XVI en ciertos diccionarios ingleses se define “Familia” como Corresidencia; también se la denominaba según los diccionarios franceses como “los de la misma sangre”. A finales del siglo XIX el concepto de familia fue evolucionando y se la definía como Corresidencia y consanguinidad, es decir se la denominaba como familia nuclear y este tipo de familia está conformada por padre, madre e hijos.

Dentro de la perspectiva sociológica, según los autores (Gustavo & Eduardo, 2004) “la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco” (p.5). Al hablar de unión intersexual como lo manifiesta los autores, se da prácticamente a la relación biológica entre el sexo femenino y masculino, y desde su punto de vista sociológico determina que la familia se consagra de la unión intersexual, tal y como se la refleja en

cualquier sociedad, y acorde a la sociedad moderna el Estado debe velar por la protección de cada familia.

La familia se la ha considerado y se la sigue considerando como una institución fundamental donde las personas se desarrollan como entes socioculturales, en la que este aspecto vincula las debidas tradiciones, costumbres y sobre todo el estilo de vida de cada persona y se lo diferencia de una sociedad con otra.

Según (Morales, 2015), en su artículo científico “La Familia y su Evolución”, define la familia en su aspecto jurídico como la unión del hombre y la mujer mediante la vía matrimonial o por la vía del concubinato y de la procreación, es decir se la relaciona con el parentesco ya que mediante el vínculo jurídico nace los lazos de sangre del matrimonio.

“Belluscio propone diferenciar tres sentidos de familia: un sentido amplio (familia como parentesco), un sentido restringido (familia conyugal o pequeña familia) y un sentido intermedio (cohabitación con autoridad)” (Augusto, 2008). En el primer sentido se refiere a la relación que existe entre familiares o parientes en el cual existe un vínculo jurídico de orden familiar sea biológico, por matrimonio o adoptivo, es decir la relación que une a una persona con otra; en el sentido restringido hace referencia a una familia pequeña conformada por padre, madre y los hijos que viven bajo la potestad de sus progenitores; en el sentido intermedio hace énfasis a las personas que viven en una casa bajo la debida autoridad de una persona.

Dentro de la legislación ecuatoriana no existe una definición clara de lo que es familia, es decir que en cierto cuerpo normativo como es el Código Civil en los artículos 27 y 829 no hace referencia con exactitud la definición de familia, pero si establece quienes por lo general deben ser considerados familia, parientes de una persona; de la misma manera en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 98, especifica que familia está conformada por madre, padre y los que intervengan hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Acorde con anteriormente mencionado en la legislación ecuatoriana no existe ningún cuerpo normativo que haga referencia a la definición de familia, pero dando énfasis y partiendo desde la norma suprema que es la Constitución de la República del Ecuador del 2008, sin desvincular otras normas de carácter secundario, la Carta Magna en su capítulo VI “Derechos de libertad” en el artículo 67 reconoce a la familia en sus

diversos tipos y trata de proteger a la familia como Institución, otorgando el derecho a la igualdad, puesto que quienes forman parte de una familia tienen que gozar de los derechos, obligaciones y capacidad legal, tal y como lo tipifica la norma supra.

Cuando hablamos de familia jurídica nos referimos a la familia vinculada o asumida por el derecho, es por ello que en algunas legislaciones latinoamericanas define el término familia de la siguiente manera:

En la legislación boliviana, el estado reconoce y protege a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, prevaleciendo la igualdad de derechos y las debidas obligaciones de cada persona; dentro de la normativa brasileña, la familia es la base fundamental de una sociedad y a su vez está protegida por el Estado; de la misma manera en la legislación chilena, la familia es el núcleo de una sociedad en la que prevalece la igualdad de derechos, y es deber del Estado proteger a la población y a la familia. En Colombia en su legislación define a la familia como núcleo fundamental de la sociedad en la que es decisión libre de cada mujer y hombre contraer matrimonio y velar por el cuidado y protección de la familia que la conforma, cabe destacar que el Estado también tiene la potestad de velar y garantizar la protección integral de la familia. En el Perú su legislación establece que el Estado es el encargado de proteger a la familia y de la misma forma promueve el matrimonio, y se la considera como instituto natural y fundamental para la sociedad. La legislación venezolana determina que el Estado protege a la familia como la asociación natural de la sociedad, de la misma manera el Estado tiene la potestad de garantizar la debida protección de quienes conforman la familia, si bien es cierto los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y ser criados, cuidados y protegidos en el seno de su familia de origen.

2.1.2 La familia en la Constitución de la República del Ecuador 2008

La familia a nivel constitucional es el pilar fundamental de la sociedad, tal y como lo establece el artículo 67 de la CRE, en la que dicho contexto da a conocer que existe diversos tipos de familias, es decir, que no todas las personas son criadas y cuidadas bajo un determinado tipo de familia, por ende, este articulado asegura a todos estos tipos de familias la debida protección reconociéndolas como el “núcleo fundamental de la sociedad”. De la misma manera manifiesta que la familia se formará por vínculos jurídicos o, de hecho, es decir, al hablar de vínculos jurídicos se refiere al matrimonio o la unión de hecho entre el hombre y la mujer.

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

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

(Asamblea Nacional del Ecuador , 2021)

De acuerdo a todo anteriormente mencionado, el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador guarda concordancia con el artículo 69 del mismo cuerpo normativo, en la que menciona acerca de la protección de derechos de las personas integrantes de la familia, y a su vez determina un sinnúmero de reglas destacando el principio de corresponsabilidad que estuvo tipificado en la norma constitucional de 1998, en el que al referir ese principio constitucional se refleja la existencia de la obligación y responsabilidad de los padres frente a sus hijos y son ellos que como progenitores deben velar por el cuidado, protección y crianza de los niños, niñas y adolescentes. También se reconoce el patrimonio familiar como parte de la convivencia y el derecho de los descendientes, respecto de la sociedad de bienes jurídicos o de hecho.

2.1.2.1 Tipos de familias en la legislación ecuatoriana

En el libro “Manual de derecho de familia” de Farith Simon Campaña (2021), aclara que existen diversos tipos de familia en la legislación ecuatoriana y hace mención a seis clases de familia según algunos cuerpos normativos, en la que se clasifican de la siguiente manera: familia ampliada, se refiere a la relación que existe entre vínculos de consanguinidad o de parentesco, es decir familias que viven bajo el mismo predio y las que están conformadas por padre, madre, abuelos ya sean maternos o paternos, primos entre otros; familia consanguínea, está conformada por parientes de sangre, es decir está basada por la relación biológica entre padre, madre, sus descendientes, sus ascendientes, este tipo de familia guarda mucha relación con el término parentesco ya que si bien es cierto existen dos clases de parentesco entre ellas está la consanguinidad y la afinidad. Familia natural, se refiere al resultado mismo de la naturaleza humana ya que como sujetos intervienen hombre y mujer que son quienes se convierten en padres y a su vez se hacen progenitores naturales de sus propios hijos. Familia adoptante o adoptiva, este tipo de familia tiene un vínculo de parentesco entre las personas que se convierten en padres con el adoptado y ellos asumen los derechos inherentes a la patria

potestad y los deberes hacia el niño, niña o adolescente. Familias transnacionales, son aquellas personas que migran a otro país y sus familiares no viven juntos, sino que una parte de ellos viven separados, sin embargo, se garantiza bienestar a pesar de la distancia física. Familias disgregadas, son aquellas que, a pesar de no estar juntos debido a problemas interpersonales, el Estado garantiza entre ellos, tanto derechos como obligaciones y privilegia el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, fundamentado en las relaciones parento filiales de los miembros del núcleo familiar.

2.1.3 Parentesco

El parentesco se lo define como un vínculo jurídico que existe entre dos o más personas que integran una familia, ya sea por la existencia de consanguinidad o afinidad, en consideración de la ascendencia o descendencia de la conformación del grupo familiar; debiendo aclarar que de ascendencia y descendencia está ligada por la consanguinidad de personas, mientras que la afinidad está representada por la relación parental adquirida como consecuencia de la constitución jurídica o de hecho de la familia.

Los autores (Calvillo & Gallart, 2021) en su libro “Personas y familia”, citan al autor Rafael Rojina Villegas, en donde logra definir que el término parentesco “implica en realidad un estado jurídico por cuanto es una situación permanente que se establece entre dos o más personas en virtud de la consanguinidad, el matrimonio o la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho”.

El parentesco, según el jurista Rafael Rojina Villegas, es una situación de convivencia permanente, ya que, si es el caso de que las personas que contrajeron matrimonio en un determinado tiempo ya decidan divorciarse, el vínculo que existió entre los miembros de la familia de ambas partes no va a cambiar la relación parento filial.

Por lo consiguiente existen dos clases de parentesco: parentesco por consanguinidad y por afinidad. Al referirse al parentesco por consanguinidad como el nombre lo indica se relaciona mucho con los lazos de sangre, por ende es ahí donde interviene la relación que existe entre los padres, hijos, hermanos entre otros, también existe un parentesco consanguíneo entre los padres e hijos por el producto de la procreación; el parentesco por afinidad se da por el vínculo jurídico del matrimonio o concubinato entre la mujer y el hombre, es por ello que ésta clase de parentesco no guarda vínculo sanguíneo más bien solo legal ya que existe afinidad entre las dos familias de los cónyuges y estas familias también se las denomina familias políticas.

Dentro de la relación de parentesco existen otros tipos en las cuales intervienen los de línea recta o directa, que son los que guarda relación entre familiares de sangre directa como la relación de padres-hijos (primer grado), abuelos, nietos, hermanos (segundo grado), bisabuelos y bisnietos (tercer grado); y línea colateral se refiere a las personas que no ascienden y descienden, sino que solo se relaciona entre personas que descienden de un mismo tronco común, como son los hijos de diferentes compromisos, es decir en el caso de los hijos del mismo padre y distintas madres.

2.1.4 Matrimonio

2.1.4.1 Antecedentes del matrimonio

El término matrimonio se lo ha catalogado como una institución social y a su vez jurídica, su origen proviene de la expresión latín “matri-monium”, que se deriva de dos palabras “matris” que significa madre y “monium” que se refiere al cuidado o carga que se lo otorga a la mujer, ya que se le atribuye como madre, la carga o el respectivo cuidado de los hijos.

Según (Acedo, Derecho de Familia, 2013), en su libro Derecho de Familia, destaca que el matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural que el Derecho positivo se limita a contemplar, reconocer y regular en cuanto a los múltiples y trascendentales aspectos jurídicos, que se manifiestan en derechos y deberes, algunos difícil y hasta dudosamente coercibles.

Así como el término de la familia no tiene una definición específica porque ha sufrido varias modificaciones ante la perspectiva social, el matrimonio en el transcurso del tiempo ha evolucionado; de allí, que el matrimonio pasó de ser un ritual propio del ser humano a un acto jurídico contractual.

Por otra parte, y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, ha sido definido el matrimonio como «un contrato que crea una unión estable entre un hombre y una mujer, con un entramado de derechos y obligaciones entramado por el Derecho» (Acedo, Derecho de familia , 2013)

Dentro del ámbito doctrinario se puede determinar dos elementos para poder explicar jurídicamente a la institución del matrimonio, está el acto jurídico y la relación jurídica. Al hablar del acto jurídico se refiere a que las personas que contraen matrimonio, cumplan con los requisitos y formalidades que determinados en la ley para su celebración respectiva y que sea un acto respectivamente solemne.

Concerniente a la relación jurídica, se basa a la existencia de la voluntad que deben tener las partes, en el acuerdo de voluntades para que las personas que van a intervenir

en la celebración del matrimonio tengan como resultado esa relación jurídica con el Estado.

Estos dos elementos conllevan afirmar que el matrimonio es un acto jurídico ya que se encuentra definido dicho acto por la voluntad de aquellos que van a contraer matrimonio y por la intervención del Estado, por ende, se establece las formalidades del acto y la autoridad ante la que se debe constituir para que tenga total validez.

El matrimonio en lo que se refiere a nuestra legislación ecuatoriana, se determinó que desde la época colonial y desde los primeros años de la república, guardaba relación con el derecho canónico, en la reforma del 2015 se estableció que para contraer matrimonio la edad mínima es de 18 años sin excepción, actualmente continúa vigente las dos vías para poder contraer matrimonio, la vía civil y la vía eclesiástica.

El Código Civil en su artículo 81, en su libro primero, título tres, párrafo uno, determina la definición del matrimonio, en el que establece que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, cabe destacar que así como la normativa establece que es un contrato solemne, la iglesia católica también decreta que el matrimonio es un contrato solemne de modo que si no se celebra acorde a Derecho con las debidas reglas, el contrato no es válido.

El autor Manuel Somarriva, en su libro de “Curso de derecho civil”, establece que el matrimonio, de acuerdo a criterios doctrinarios, han sido considerados por unos, como “solemne” y como “institución”, es por ello que profundiza con mayor exactitud que los términos “matrimonio contrato” y “matrimonio institución” no guardan relación y no son inconciliables entre sí; pues entonces, el matrimonio tendría el carácter de contrato, porque, para su constitución y nacimiento de su vida jurídica, necesita el consentimiento de los contrayentes y tendría también el carácter de institución porque una vez celebrado recibe aplicación, tanto en la relaciones de los cónyuges, como de la descendencia.

2.1.4.2 El matrimonio en el Código Civil vigente ecuatoriano

El matrimonio dentro del cuerpo normativo del Código Civil vigente ecuatoriano, en su artículo 81, antes de la reforma del 14 de marzo de 2022, se definía al matrimonio como un contrato solemne que se daba entre un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos y procrear, la Corte Constitucional en su sentencia 11-18-CN/19, declara inconstitucional el artículo 81 las frases “un hombre y una mujer” y el término

“procrear”, ya que la Asamblea Nacional plasmó la figura que la institución del matrimonio es de manera igualitario a las personas que sean del mismo sexo.

En relación con la sentencia de la Corte Constitucional al declarar la inconstitucional parcial del artículo 81 del Código Civil, exigió a la Asamblea Nacional reformar el referido artículo, en aplicación al derecho de la personas establecido en el artículo 66 de Constitución de la República del Ecuador, de la cual sostiene que no debe existir ninguna forma de discriminación y de allí que el matrimonio podrá celebrarse entre dos personas incluyendo que éstas pueden ser del mismo sexo; al generarse esta reforma la institución de la adopción y tenencia se torna forzada, por aquello, se alista la reforma al Código de la Niñez por parte del poder legislativo ecuatoriano.

El matrimonio de personas del mismo sexo o también llamado como matrimonio igualitario hoy en día ya es una decisión totalmente normada, en el año 2019 se aprobó el matrimonio igualitario en ciertos países de América Latina, como establece las legislaciones de: México, Colombia, Uruguay, Brasil, Puerto Rico, Ecuador, entre otros países que no solo son latinoamericanos.

2.1.4.3 Terminación del matrimonio

Dentro de la legislación ecuatoriana, se establecen cuatro formas para dar por terminado el vínculo matrimonial, tal y como lo determina el artículo 105 del Código Civil, puede terminar el matrimonio en los siguientes casos: en el caso de muerte de uno de los cónyuges, por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio, por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, y por divorcio.

2.1.4.3.1 Muerte y muerte presunta

La declaración de nulidad también puede darse por la muerte de uno de los cónyuges, tal y como se encuentra establecido en el artículo 105 del Código Civil y a su vez en el mismo cuerpo normativo en el artículo 127 señala sobre la extinción de la acción de divorcio, en la que determina que en la extinción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, así sea de que antes de que ocurriera ese incidente de la muerte haya una demanda de por medio ya sea de divorcio o de otra índole, igual ya queda extinguida dicha acción.

Para poder determinar en qué consiste la muerte presunta, se hará una diferencia entre estos dos términos: ausente y desaparecido.

Los autores (Friend & María, 2018) citan en su revista USFQ Law Review a los siguientes autores Planiol y Ripet en que ellos determinan lo siguiente “El ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada. El desaparecido es el que ha cesado de versele a partir de un accidente o catástrofe en la que tiene toda la probabilidad que haya muerto. El no presente es el que se encuentra alejado de un lugar determinado, pero sobre cuya existencia no hay dudas”.

Estas definiciones respecto a los términos ausente y desaparecido, varían según las legislaciones de cada país, por ende, se puede determinar que, si existe una relación de estos términos con la presunción de la muerte, en la doctrina ecuatoriana el término ausente no tiene mucha relevancia ya que dicho por los autores Planiol y Ripet, establecen que el concepto que abarca el término ausente se relaciona a que la legislación determina como desaparecido. Si bien es cierto, dentro del cuerpo normativo Código Civil en su artículo 66 fundamenta lo siguiente “Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive y verificándose las condiciones que van a expresarse”.

De tal forma la presunción de muerte se la puede determinar también como una institución jurídica, en la que es declarada por sentencia judicial, por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, el juez debería justificar que se ignora el paradero de la persona desaparecida, por lo tanto, en el caso de la institución del matrimonio, ésta culmina una vez que el juez decreta la posesión definitiva de los bienes de la persona desaparecida, tal y como establece en el artículo 68 del Código Civil, a su vez determina algunas condiciones para el efecto de la misma. Dentro de la declaración de muerte presunta según la legislación ecuatoriana existen tres etapas de desaparecimiento, de las cuales son: la mera ausencia, posesión provisoria y posesión definitiva.

2.1.4.3.2 Nulidad

La nulidad del matrimonio se la determina como el acto jurídico que deja de existir, prácticamente es una forma de dar por terminado el vínculo matrimonial entre los cónyuges desde su celebración por un acto viciado o ilícito que existió desde el momento que ambos contrajeron matrimonio, es por eso que se establece que hubo un incumplimiento de algunos de los requisitos para que surta efecto el matrimonio, permitiendo que las personas que contrajeron matrimonio, legitimado y conforme a derecho tenga la necesidad de solicitar la declaración de nulidad del acto jurídico.

La nulidad es una forma de terminación del matrimonio. La ley contempla las causas de nulidad y los supuestos en los que cesan las causas de nulidad, proveyendo seguridad jurídica a los integrantes de la pareja. Asimismo, establece quiénes pueden ser los actores para el caso de ejercitar la acción de nulidad cuando se presenten los supuestos reconocidos en la misma. El ejercicio de la acción de nulidad queda sujeto a las reglas establecidas en el Código Civil.

(Pérez Contreras, 2010)

A partir de la reforma del año 2015 del Código Civil ecuatoriano, la legitimación activa únicamente les corresponde a los cónyuges; sin embargo, teniendo presente que en consideración, que el matrimonio es un contrato, es indispensable hacer énfasis al artículo 1467 del Código Civil, que establece que la nulidad puede producirse en el momento en el que una de la partes procesales, accionante de la demanda de nulidad, demuestre fehacientemente algunos de los vicios de consentimiento que podrían ser error, la fuerza o el dolo.

Así mismo en los artículos 95 y 96 del Código Civil, determina con exactitud los eventos legales que conllevan a la nulidad del matrimonio, que incluye la incapacidad relativa en menores de edad, como la discapacidad intelectual, error de identidad, matrimonio servil y la utilización de la fuerza mediante amenazas, que infunda temor irresistible a uno de los contrayentes; siendo necesario, que el recurrente de la acción de nulidad demuestre procesalmente el error manifiesto, el dolo expuesto o la fuerza aplicada, para ejecutar el matrimonio.

El cónyuge que requiera accionar la nulidad de un matrimonio, goza únicamente de la temporalidad de dos años para realizarla; sin embargo, existen eventos causales en los cuales no procede la prescripción, así como, el cónyuge autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato, sicariato o femicidio del cónyuge fallecido o sobreviviente, el cónyuge ligado por vínculo matrimonial no disuelto pariente en grados de consanguinidad en línea recta y parientes colaterales en segundo grado de consanguinidad, dejando expresamente manifestado que en el evento jurídico de haber alcanzado la disolución del vínculo matrimonial por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 110 del Código Civil, no podrá aplicarse la prescripción de nulidad.

Para que surta efecto esta declaración de nulidad, debe ser resuelto este acto jurídico por un órgano jurisdiccional competente de la materia, y así dejar sin efecto el acto viciado o ilícito.

2.1.5 Divorcio

El divorcio se lo denomina una institución jurídica al igual que el matrimonio, tiene antecedentes históricos en la que guarda mucha relación con las instituciones antiguas como es el repudio, está noción de rechazo y los divorcios en sus distintas formas y modalidades han existido en los pueblos antiguos y también vinculados al Código de Manú, como en el antiguo Egipto, el divorcio se lo disolvía por casos excepcionales.

En el derecho romano el matrimonio podría disolverse o darse por terminado en los siguientes casos: Por la muerte de uno de los cónyuges, por la esclavitud, que equivalía a una muerte civil por divorcio.

El divorcio en el Ecuador, históricamente se lo reconoce como institución y se lo ha incluido en la mayor parte de las legislaciones, con el pasar de los tiempos, estas legislaciones se fueron reformando e incluyendo las causales para divorciarse. En 1902 se aceptó el divorcio por adulterio de la mujer, 1904 se incluyó tres causales más para aplicar el divorcio como lo es el adulterio de la mujer, el concubinato del marido y el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro.

En la legislación de 1910 se estableció el divorcio por mutuo consentimiento, hoy en día es una vía por el que se disuelve el matrimonio. Dentro de la reforma que hubo en el 2015 se dictaminó en el Código Civil algunos numerales que constan como causales para poder disolver el matrimonio.

En la actualidad en nuestra legislación ecuatoriana está regulada por estas dos vías para dar por terminado el matrimonio, por divorcio con causal, o por mutuo consentimiento.

El Dr. José García Falconí, define el divorcio por mutuo consentimiento de la siguiente manera “es la voluntad libre y espontánea de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, es una terminación de forma amistosa sin conflictos, evitando todo tipo de escándalos que repercuten en la estabilidad muchas veces de los hijos.”

(Palomeque, Christyan, 2017)

El Divorcio contencioso, se lo determina como un procedimiento en virtud del cual se pone fin al matrimonio de forma no consensuada, y la principal diferencia con el divorcio de mutuo acuerdo es que, en el divorcio contencioso, uno de los cónyuges solicita el divorcio sin el consentimiento del otro, requiriéndolo judicialmente mediante la presentación de una demanda contenciosa.

(Fumanal, 2015)

El divorcio por mutuo consentimiento o también llamado consensual, se da cuando existe la voluntad conjunta de ambos cónyuges en dar por terminado el vínculo matrimonial. Esta vía de divorcio se la puede tramitar y poner de manifiesto voluntariamente por los cónyuges, ante un juez o ante un notario.

Si se tramita el divorcio de mutuo consentimiento por vía judicial, el juez competente que lleva la causa, son los jueces de niñez, familia y adolescencia, dentro de la jurisdicción de cualquiera de los cónyuges. En caso de que tengan hijos menores y no han llegado a resolver la situación de los menores por resolución judicial o por acta de mediación, queda a competencia del juez resolver el asunto del divorcio.

Para determinar la situación de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años en relación a la tenencia y alimentos se aplicarán las normas dispuestas por el cuerpo normativo del Código de la Niñez y Adolescencia.

El divorcio por vía notarial, se da solo en los casos que los cónyuges no tengan hijos o en caso de tenerlos, la situación jurídica de la tenencia, visitas y alimentos deben estar resueltas por resolución dictada por el mismo juez competente de dicha causa o resuelta por acta de mediación.

A su vez con la referida presentación de la petición del formulario aprobado por el Consejo de la Judicatura, solo se haría un reconocimiento de firma de las partes que quieren dar por terminado el vínculo matrimonial, una vez ya protocolizada dicha diligencia, a las personas que se divorciaron se les dará una copia certificada para que se proceda a la inscripción en el Registro Civil.

El divorcio por causal se lo relaciona como la sanción que tiene el cónyuge que incumple con las debidas obligaciones que requiere el matrimonio, para que tenga efecto se debe probar que la parte responsable haya cometido alguna causal establecida en el cuerpo normativo del Código Civil en su artículo 110, la legitimación activa o sea la persona que debe interponer la demanda de divorcio por una de las causales establecidas en el cuerpo normativo mencionado en líneas anteriores, le corresponde únicamente al cónyuge que se considera inocente que no ha dado causa ni motivo. Únicamente se puede decir que el divorcio por causal se da por uno de los cónyuges que quiere dar por terminado el vínculo matrimonial, tiene esa voluntad de disolver el matrimonio mientras, que la otra parte no quiere dar por terminado el vínculo matrimonial.

Para que el juez competente pueda dictaminar una sentencia ejecutoriada de divorcio por causal, debe primero resolver la tenencia, el régimen de visitas y alimentos de los niños, niñas y adolescentes concebidos dentro del matrimonio.

2.1.5.1 Tenencia de un niño, niña y adolescentes

La tenencia es una figura legal en la que permite la continuidad de que los hijos o hijas tengan contacto directo con sus progenitores, se da en los casos de que los progenitores estén separados. A la tenencia también se la puede denominar según las legislaciones como custodia o guarda, esta institución se refiere al cuidado y crianza del hijo o hija.

Las diversas instituciones del Derecho de Familia tienen como objetivo establecer el marco de acción referente a los derechos y deberes de los padres sobre sus hijos. Una de las instituciones primordiales del Derecho de Familia es la patria potestad, la cual es una institución jurídica que, a breves rasgos, se la puede definir como la institucionalización jurídica del deber moral y humano de los padres de garantizar el ejercicio de los derechos genéricos y específicos de sus hijos, “es decir, de aquellos derechos que tienen su origen en su condición de personas y de los otros, que están directamente relacionados al desarrollo oportuno e irreversible de su máximo potencial humano”

(Barletta, 2018)

En la doctrina la patria potestad se refiere no solo en el derecho y el deber que tienen los padres hacia sus hijos, referente al cuidado, educación, desarrollo integral, sino más bien tiende a que esta institución no solo sea un conjunto de derechos y deberes, sino también las obligaciones que tienen los padres hacia sus hijos. Es decir, que la patria potestad sea más enfocada a la protección del hijo o hija, y a la debida educación y preparación de los hijos para que tengan un mejor desenvolvimiento en la vida diaria, y que no sea solamente enfocada a los derechos sobre los bienes de la hija o hijo y su representante legal.

La figura de la tenencia, además, permite que la patria potestad de los hijos se mantenga entre ambos progenitores, aunque el niño o niña permanezca físicamente con uno de ellos, produciéndose así una ficción jurídica en la que el progenitor que no tiene consigo la tenencia de los hijos pueda y deba “estar presente” en las decisiones trascendentales de los menores. Es por ello que la doctrina ha intentado transformar el antiguo paradigma de la tenencia en donde se consideraba a la tenencia como una suerte de “derecho de exclusividad” de los hijos, como si de bienes patrimoniales se tratase, para instaurar y reforzar la figura de la coparentalidad, que “refiere a la presencia de ambos padres, que aun viviendo separados, son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos”.

(Barletta, 2018)

La tenencia se la denomina como una institución jurídica que se le otorga a uno de los padres para que sigan velando por el cuidado y crianza de los hijos o hijas en los casos de que los progenitores se hayan separado o que se haya disuelto el vínculo matrimonial, tal y como lo determina el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia. Esta figura jurídica se la puede establecer de forma voluntaria o por medio de una decisión judicial por el juez competente.

Dentro de la doctrina se determina que en la figura jurídica de la tenencia se clasifica en dos ejes, en el primero se da por el sentido legal, que involucra los derechos inherentes de la patria potestad y en el segundo aspecto se lo relaciona con lo físico, en la que se logra relacionar con el cuidado físico, es decir que uno de los progenitores tiene a su hijo o hija, es por ello que la tenencia hoy en día se la considera monoparental.

El autor Mauricio Mizrahi entiende por tenencia “la efectiva convivencia de padre e hijo o madre e hijo”, es decir que la tenencia la considera monoparental que se refiere que el cuidado, crianza y la convivencia debe tenerla el padre o la madre que queda con el menor. En base a la doctrina, la tenencia determina que no solo el beneficiario de esta institución jurídica recae en los progenitores, sino también recae a los hijos, hijas por igual.

En la legislación ecuatoriana, el Código de la Niñez y Adolescencia, determina en su artículo 118, que la tenencia se la puede confiar a uno de los progenitores, es decir confiar su cuidado, protección y crianza, esto sin alterar los derechos conjuntos de la patria potestad, a su vez existe una falta de claridad jurídica en el artículo 119, que establece como único incidente a la modificación o cambio de tenencia de un niño, niña y adolescente, pero no determina con exactitud quienes son los sujetos activos que deben intervenir.

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 268 señala que le corresponde de consuno, de común acuerdo, los padres o el padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal de la crianza hace referencia a la obligación directa que tienen los progenitores hacia sus hijos en satisfacer y asegurar las necesidades materiales y psicológicas. Para que se pueda cumplir con esta obligación ambos padres deben tener bajo su cuidado físico a sus hijos e hijas.

De acuerdo al tratadista Larrea Holguín, la crianza se refiere a “los cuidados proporcionados en los primeros años de vida. La crianza se refiere más estrictamente al niño, y solo extensivamente al menor adulto. Pero en sentido más amplio la crianza continua durante toda la minoría de edad. Prefiero hablar del cuidado material y moral del hijo, con lo que se describe esta fase complementaria de la crianza”.

(Larrea, 1985)

La crianza y cuidado son parte de la responsabilidad de los padres frente a los hijos e hijas menores de edad, la prestación material de vivienda, educación, cuidado de salud, recreación, alimentación, estos varían de acuerdo a la edad, de la misma forma guía que los progenitores deben brindar a sus hijos e hijas para el ejercicio de sus derechos se va transformando de acuerdo a la evolución de las facultades de los menores de edad, hasta que cesa al llegar a la mayoría de edad y alcanzar la autonomía plena en términos jurídicos.

Los progenitores tienen el derecho y deber de dirigir a sus hijos e hijas en la educación, pero no pueden obligar a tomar decisiones contra de su voluntad (art.278). Existen casos en que al progenitor que se le ha confiado la crianza, y atenta hacia sus hijos, la responsabilidad le queda al otro progenitor, pero si es el caso, de que ambos progenitores incurren en algún atentado, los hijos e hijas son confiados a otra persona.

En cuanto a la responsabilidad de los gastos respectos a crianza, educación y vivienda de los hijos, las reglas que se aplican son las siguientes: a) en caso de los hijos comunes de ambos cónyuges (o sobrevivientes) estos corren por cuenta de la sociedad conyugal; b) cuando los hijos han nacido fuera de matrimonio o sus progenitores se han divorciado, la obligación corresponde a cada uno de ellos en proporción a sus recursos, contribución que la debe fijar, de ser necesario, el juez (Art 27 del CC). En la Constitución aparece la obligación de “Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción” (art.83.16).

2.1.5.2 Clases de tenencia de un menor

Dentro de la figura jurídica sobre la tenencia de un menor se puede determinar que existen algunas clases de tenencia según la doctrina, como son: La tenencia dividida, se la fijará a uno de los progenitores, es decir que uno de los padres debe velar por el cuidado y crianza del hijo o hija, mientras que el menor sigue manteniendo conexión con el otro progenitor pero en tiempos cortos, es por eso que el otro progenitor que no se le asignó la tenencia le va a corresponder temporalmente el régimen de visita.

La tenencia alterada, es aquella figura jurídica en que cada progenitor tiene la tenencia del niño o niña en modo alternado, ya sea que uno de los progenitores le corresponda obtener la tenencia cada cierto tiempo, y una vez culminado ese período que le correspondió a uno de los progenitores, al otro progenitor de igual forma se le fija la tenencia del menor, cumpliendo las mismas condiciones que el otro progenitor.

La anidación, se la puede determinar como una forma de tenencia, en la que se logra establecer que los hijos o hijas de familia teniendo un hogar fijo, los únicos que se mudarían de forma alterna para poder cuidar, proteger, y criar a los menores solo serían los mismos progenitores.

La tenencia compartida, se la caracteriza por el otorgamiento que se le da en base al cuidado, protección y crianza del menor, a ambos progenitores, es por ello que ambos asumen la responsabilidad legal y toman las respectivas decisiones de sus hijos o hijas. Cabe indicar que, en la legislación ecuatoriana, solo se rige una clase de tenencia, que es de forma unilateral.

Este modelo de tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, no cabe, en el Código de la Niñez y adolescencia, en su artículo 118, esclarece con exactitud que la tenencia del niño, niña o adolescente es unilateral, es decir que le pertenece a uno de los progenitores.

Es necesario recalcar que, en el matrimonio, cuando hay hijos de por medio, la tenencia es compartida, ya que ambos progenitores velan por el cuidado, crianza y protección del hijo o hija; pero en el caso de que los progenitores decidan separarse o divorciarse ahí no se ve reflejada este modelo de tenencia, por lo que uno de los progenitores queda con la tenencia del hijo o hija y el otro progenitor se le otorga un régimen de visitas.

2.1.5.3 Sentencia No. 28-15-IN/21

La Corte Constitucional en sentencia No. 28-15-IN/21, de fecha 10 de diciembre de 2021, resuelve declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, que corresponden a los numerales 2 y 4 del artículo 106 de Código de la Niñez y Adolescencia, en relación a las reglas de la patria potestad.

En la referida sentencia se analizan varios puntos dentro de los cuales, se enfatiza el derecho a la igualdad y no discriminación, por los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CNA, ya que en el numeral 2 la patria potestad de los hijos o hijas que no han cumplido mayoría de edad se confía a la madre, salvo en las excepciones de que se compruebe que se perjudica los derechos del niño, niña y adolescente; a su vez en el numeral 4 también se refleja un acto discriminatorio por lo que determina que si ambos progenitores están con iguales condiciones de proteger como tal los derechos del hijo o hija, se prefiere a la madre, conforme consta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la madre tenía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia de la Corte Constitucional, la preferencia respecto de la patria potestad y la tenencia de niños, niñas y adolescentes; en caso de no haber entre los progenitores un acuerdo, el padre únicamente conseguirá solicitar la tenencia del hijo o hija por vía judicial y demandando con las debidas pruebas que la madre no es idónea para el cuidado, crianza y protección de las hijas e hijos; el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes está encaminado a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, imponiendo a las autoridades judiciales en casos donde se involucran los derechos de niños, niñas y adolescentes, priorizar y tomar en cuenta el principio de interés superior por sobre los intereses de los progenitores y sobre la corresponsabilidad parental, que se enfoca en la participación activa de los mismos padres en velar por los derechos y deberes de los hijos o hijas, estén juntos o separados.

2.1.5.4 Incidente de la tenencia de niño, niña y adolescentes

De acuerdo a la normativa ecuatoriana en materia de niñez, los administradores de justicia dentro de las causas inherentes a pensión de alimentos, régimen de visita y de tenencia en niños, niñas y adolescentes, como decisión judicial no dictan sentencia, son resoluciones, siendo por lo tanto que estas últimas no causan ejecutoria y podrían generarse cambios al momento de presentar el incidente respectivo.

Debemos tener presente que en las acciones alimenticias los incidentes que pueden presentarse son; aumento, rebaja o extinción de pensión alimenticia; en cuanto al régimen de visitas pueden presentarse incidentes de modificación o extensión de acuerdo a lo establecido en el 123 y 124 del Código de la Niñez y Adolescencia.

En lo relacionado a la tenencia, el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 119 hace referencia únicamente al incidente de modificación de tenencia, siendo este presupuesto legal de exclusiva aplicación jurídica para los progenitores de padre a

madre o viceversa, pudiendo requerirse las veces que sean necesarias de acuerdo al momento de convivencia entre el padre tenedor del cuidado y crianza del niño, niña y adolescente.

Los jueces de familia en los casos de la tenencia de menores, emiten resoluciones y se pueden presentar incidentes, en un determinado momento el niño, niña o adolescente puede estar bajo el cuidado y protección de su progenitora, pero esta puede en un momento dado convertirse en negligente con el cuidado y protección de los menores y es allí en que, el otro progenitor puede accionar ante el mismo juez que resolvió la causa principal de tenencia, dejando claro que para la existencia del incidente de modificación deberá haberse resuelto la tenencia; es decir, no habría resolución de incidente de tenencia sin tenencia.

En el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, se determina como único incidente de la tenencia a la modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescente.

Art. 119.-Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. -Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.

(Asamblea Nacional del Ecuador , 2021)

Al referirse a las modificaciones de tenencia de un niño, niña y adolescente, éstas deben darse entre los mismos progenitores para el cuidado y crianza de los hijos o hijas, tal y como se ostentó en párrafos anteriores, en el caso de que uno de los progenitores a quien se le otorgó la tenencia del hijo o hija cometa una negligencia o imprudencia contra el menor, al otro progenitor le asistirá el derecho de interponer una demanda de incidente modificación o cambio de tenencia, debiendo recordar que estas resoluciones no causan ejecutoria por ende pueden alterarse en cualquier momento.

2.1.5.5 Reglas para la procedencia de la tenencia y parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia establece cuales son las reglas para el confiar la patria potestad y tenencia en los casos de la terminación del vínculo matrimonial o de la separación conyugal, en consideración de los alcances jurídicos

dados por la inconstitucional declarada a los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, constante en la sentencia No. 28-15-IN/21. Esta misma sentencia de la Corte Constitucional ha establecido parámetros que deberán ser considerados por el juzgador al momento de disponer el encargo de la tenencia de niños, niñas y adolescentes, estos son:

248. Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de NNA, y que éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre:

I. Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.

II. Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.

III. Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica - patrimonial y vicaria

IV. Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.

V. Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.

VI. Se respetará la identidad de NNA.

VII. Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.

VIII. Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.

IX. Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.

X. Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.

XI. Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de NNA que sirva para determinar su interés superior.

XII. Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.

XIII. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros antes referidos.

(Inconstitucionalidad del numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, 2021)

Dentro del contenido de la norma no existe señalamiento directo de quienes como sujetos procesales deben intervenir en los procedimientos de incidentes de tenencia de niños, niñas y adolescentes, tal y como lo establece la figura jurídica de patria potestad,

régimen de visitas y pensión de alimentos, debería tener sus propias reglas normadas en el Código de la Niñez y Adolescencia; debiendo a su vez, disponer reglas claras y precisas para la aplicación de la figura jurídica de tenencia, puesto que el Código Civil en el artículo 269 contradice al artículo 119 del CNA en el sentido que, en el contenido de la primera norma establece que el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas o personas idóneas y que en la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneas más próximos, y sobre todo, a los ascendientes; a diferencia, en lo contenido del artículo 119 del CONA que no especifica y es contradictoria con la norma anteriormente referida.

En el Estado ecuatoriano, para poder interponer una demanda de tenencia de un niño, niña o adolescente, este debe tramitarse mediante un procedimiento sumario, tal y como lo determina en los artículos 332 y 333 del Código Orgánico General de Procesos, en este procedimiento el juez competente debe tomar en cuenta la estabilidad física, psicológica del hijo o hija de familia, precautelando el interés superior del menor.

Por otra parte, la doctrina nacional, ha establecido sobre la tenencia de niñas, niños y adolescentes, que: “es la decisión judicial en virtud de la cual el Juez competente encarga el cuidado y crianza del niño, niña o adolescente a uno de los padres sin menoscabar el ejercicio conjunto de la patria potestad”.

2.1.5.6 Régimen de visitas

Los progenitores, de conformidad en lo establecido en la normativa ecuatoriana, adquieren derechos y obligaciones y unos de esos derechos es poder compartir con sus descendientes, es decir con sus hijos, por aquello es la existencia de norma expresa en el Código de la Niñez y Adolescencia que aborda la figura de régimen de visita, existiendo de forma directa la disposición que las visitas no solamente podrán ser otorgadas al padre o madre, sino también a ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral; es de precisar, que el régimen de visita no beneficia de forma exclusiva a los padres sino de manera fundamental al niño, niña o adolescente, lo cual le permitirá conservar la relación parento filial con sus progenitores y su entorno familiar, para su desarrollo integral.

En la legislación ecuatoriana se encuentra normado el derecho de visitas en el artículo 122 del Código de la Niñez y Adolescencia, en la que pone de manifiesto claramente que el juez competente que confía la tenencia o patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas al otro progenitor y que en caso de

que el hijo o hija reciba alguna agresión física y no esté bajo el debido cuidado y protección, el juez podrá negar el régimen de visita al progenitor infractor; debiendo aclarar que aun sin la existencia de resolución de tenencia o patria potestad, los habilitados jurídicamente podrán a cuerda separada solicitar el régimen de visitas.

Al igual que la tenencia, ésta figura jurídica no causa ejecutoria, las resoluciones dictadas por el juez competente se pueden modificar por el cambio de circunstancia en la vida de los menores de edad, es así que, en el artículo 123 del mismo cuerpo normativo establece sobre la fijación y modificaciones del régimen de visitas.

Así mismo, el juzgador podrá a manera de incidente y a petición de parte, extender el régimen de visita a otros parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, así como también a los abuelos; pudiendo, además, extenderlo hacia otras personas, parientes o no ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

2.1.5.7 Derecho a alimentos

El niño, niña o adolescente tiene derecho a que los gastos de su crianza, educación, vestimenta y salud sean cubiertos por sus progenitores, en atención a las reglas pertinentes existentes en la normativa y en relación a la capacidad económica de la o los progenitores, pudiendo extenderse la obligación de prestar pensión de alimentos, aparte de padre o madre a los abuelos, hermanos que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 1 y 2 del artículo innumerado 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, también están obligados a prestar alimentos los tíos o tías en líneas paterna o materna.

Las niñas, niños y adolescentes y los hijos mayores de edad hasta 21 años podrán ser considerados titulares de derecho de alimentos, siempre que acrediten que se encuentran estudiando en cualquier nivel educativo y que esta actividad le impida o dificulte realizar una actividad laboral y productiva. También gozaran del derecho de pensión de alimento las personas de cualquier edad que padezca de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales le impidan o dificulten la obtención de medios para subsistir por sí mismas, en este caso la pensión de alimentos será permanente y se extinguirá con la muerte del titular del derecho.

La fijación de alimentos que se aplicará al progenitor accionado, se la hará en base a la Tabla de Pensiones Alimenticias aprobada anualmente por el Ministerio de Inclusión, Económica y Social (MIES). El juzgador al momento de calificar la demanda presentada a su conocimiento de forma inmediata en la calificación de demanda fijará

una pensión provisional de acuerdo a la tabla, hasta que, en audiencia única de juzgamiento con las pruebas y recaudo procesal aportado por las partes, emitirá una resolución en la que conste la fijación de una pensión definitiva.

En los juicios de pensiones alimenticias, también se pueden presentar incidentes motivadas por el cambio de la situación económica del accionado, dichos incidentes, serán impulsado a petición de parte ante el mismo juez que resolvió la causa en primera instancia. Los incidentes a presentarse son los de aumento de pensión alimenticia, rebaja de pensión alimenticia y extinción de pensión alimenticia, este último incidente en relación a la pérdida de la titularidad del derecho de alimentos.

2.1.6 Análisis de Caso

No. Proceso: 24201201502002

Dependencia jurisdiccional: Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Santa Elena, de la Provincia de Santa Elena.

Acción/infracción: Tenencia

Resumen:

Las partes intervinientes en la demanda por asunto de tenencia interpuesta el 9 de julio del 2015 está la parte accionante el señor PAREJA CORREAL MAURICIO FERNANDO, en contra de la accionada FALZONE BRAVO VICENZA GEOVANNA. Antes de interponer esta figura legal de tenencia entre los progenitores, existía una resolución de fecha 5 de septiembre del 2014, por el descuido e irresponsabilidad de la madre hacia el menor A.S.P.F, con respecto a sus cuidados, alimentación y salud, el señor Mauricio Pareja tuvo que realizar una acción de MEDIDAS DE PROTECCION, asignada con el número 2038-2014, que se tramitó en el año 2014, así mismo la solicitó debido a que a la madre del menor A.S.P.F consumía alcohol y drogas.

Dentro de causa de medidas de protección se pudo justificar todos los fundamentos de hecho y de derecho, por parte del accionante, lo que la señora Jueza de Unidad Judicial Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia declara con lugar la demanda del señor Mauricio Pareja concediéndole la custodia temporal del niño A.S.P.F permitiéndole llevar una vida tranquila, muy feliz y sin pasar ningún tipo de necesidad. El señor Pareja Correal Mauricio en el año 2015 interpuso una demanda de TENENCIA en contra de la señora Falzone Bravo Vicenza, con todo el análisis que el operador de justicia dictaminó en base al bienestar del interés superior del niño, y sobre todo en el

análisis del informe técnico donde se determinaría quien es el progenitor idóneo para obtener la tenencia, el Juez RESUELVE declarar con lugar la demanda de tenencia propuesta por Mauricio Pareja contra Vicenza Falzone, regulando las visitas a favor de la madre Vicenza Falzone, de su hijo A.S.P.F.

De la providencia de fecha 11 de enero del 2021, determina que la compareciente demandante la señora Vicenza Falzone en el libelo de su demanda y escrito de aclaración dice de forma puntual (...) Al regresar al Ecuador ya había presentado una demanda de Tenencia de mi hijo, aduciendo abandono, pese a que se ha demostrado la necesidad del viaje y la buena intención de haberle dejado a mi hijo con su padre, el señor Juez dentro de la causa No. 24201201502002 mediante resolución de fecha 26 de octubre del 2015, declaró con lugar la demanda a favor del padre de mi hijo (...). La pretensión del escrito por parte de la señora Falzone determina que “ahora que lamentablemente ha fallecido el padre de mi hijo, Mauricio Pareja, bajo un hecho penoso, la causa 24201201502002 ha terminado o extinguido la demanda por circunstancia prevista en la ley, por ende señor juez solicito la RECUPERACIÓN INMEDIATAMENTE DE MI HIJO A.S.P.F, que indebidamente lo tiene retenido en su domicilio la abuela paterna doña Victoria Correal, por lo que se colige que la compareciente en el libelo de la demanda solicita la RECUPERACIÓN DE MENOR en contra de su abuela paterna, situación ésta, que no se ajusta a lo dispuesto en la disposición legal anteriormente mencionada.

Se infiere que la compareciente actora la señora Vicenza Falzone formula una improcedente acción de pretensión desconociendo el orden jurídico actual. Al solicitar RECUPERACIÓN DE MENOR que se alude quien en la actualidad se encuentra bajo el cuidado y protección directa por parte de los abuelos paternos. El Juez resuelve inadmitir a trámite la demanda por ser manifiestamente inadmisibles, dejando a salvo el derecho de la accionante de iniciar la acción correspondiente y más eficaz (**Incidente de Modificación al Régimen actual de Tenencia**), con el que pueda convalidar su petición.

La parte accionante la señora Vicenza Falzone Bravo, ha ingresado varias demandas con la figura legal de tenencia, puesto que en la providencia de fecha 11 de enero de 2021 da paso a que se pueda iniciar la acción correspondiente con la figura incidente de modificación del régimen actual de tenencia, sin embargo las demandas presentadas de fecha 5 de febrero de 2021 con el incidente de régimen de tenencia de menor, 22 de marzo de 2021 con el incidente de modificación de tenencia de menor y 10 de mayo de

2021 con el incidente de cambio de tenencia de menor, el juzgador las ha archivado y la del 10 de mayo, la declaró sin lugar, por lo que no son interpuestas por los sujetos procesales correspondientes.

2.2 Marco legal

2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

La familia es una institución social, trasciende por fuera del derecho. Las relaciones entre sus miembros, son las funciones específicas que se le asigna a la familia, pues el concepto que se tiene sobre la familia se funda en un proceso de evolución social que depende de condiciones sociales, históricas concretas que la moldean.

Los Estados partes suscriptores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos privilegian mediante acciones y legislaciones, así como en el establecimiento de políticas públicas en salud, vivienda, educación, trabajo, etc. en beneficio del ser humano; es decir, que los Estados garantizaran en todo momento los derechos de las personas en sus diferentes estatus, así como también obliga al cumplimiento de determinadas disposiciones de los unos sobre los otros, respecto de la convivencia social y familiar.

Art 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

2.2.2 Convención sobre los Derechos del Niño

El Estado ecuatoriano es partícipe y suscriptor de la Convención sobre los derechos del niño, así está expresado en el 44 de la Constitución de la República del Ecuador en la que hace referencia a las acciones del Estado a través de sus diferentes instituciones para actuar siempre bajo la sombra del interés superior del niño, niña y adolescente.

Dicha suscripción del Ecuador como estado parte, compromete a los gobiernos a colegislar y legislar a través de las diversas funciones del Estado para normar privilegiando el derecho que tienen los menores que guardan relación con su desarrollo

integral, el cual está representado en alimentación, crianza, protección y cuidado, así como también protegerlos de acciones de violencia sexual y reproductiva.

Las disposiciones de la Convención de los derechos del niño a involucrado de manera directa a la función legislativa, cuya acción parlamentaria ha dictado normativas en diferentes ámbitos a favor del niño, ya sean esta prestación de alimentos, visitas, tenencia, patria potestad entre otros.

Artículo 9.- 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 18.- 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

2.2.2 Constitución de la República del Ecuador

La norma supra constitucional adoptada en octubre del 2008, contiene varios capítulos en los que se establecen acciones de protección para los niños, niñas y adolescentes, los derechos de este grupo de atención prioritaria se manifiestan y obligan a todas las instituciones del Estado a garantizar que los derechos de los menores prevalezcan y se privilegien ante los demás grupos sociales del Estado, siendo el sistema judicial un espacio en el que se hagan prevalecer aquellos derechos ante la posible vulneración.

Sección quinta

Niñas, niños y adolescentes

Art. 44.-El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de

sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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

Art. 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.

Los derechos que están garantizados en la Constitución de la República del Ecuador en favor de los niños, niñas y adolescentes, se encuentran tutelados desde el mismo momento de la concepción, y desde ese momento se privilegia el derecho a la vida, estableciendo un alcance de protección a la madre desde el momento de la gestación hasta el nacimiento del niño o niña hasta el tiempo del puerperio, obligando a los padres en función del rol de cada uno a desarrollar acciones para el cuidado, protección y crianza.

Capítulo sexto

Derechos de libertad

La actividad jurídica de la garantía constitucional se origina como la necesidad de modelo de Estado, limitando a los poderes públicos a salvaguardar los derechos constitucionales, que se caracterizan por su universalidad, la que los define y hace ser lo que son, derivan en ser expresión jurídica de los valores centrales que son la dignidad, la libertad e igualdad de las personas, dándole el sentido de la actividad jurídica, determinando su finalidad.

Art. 67.-Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan

integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

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

Art. 69.-Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

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

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Como se ha indicado la familia es el núcleo de la sociedad y por lo tanto el Estado reconoce y garantiza los derechos de la misma, respetando siempre la diversidad y condiciones de los seres humanos como parte de la sociedad, dicha garantía en los últimos años se ha ampliado a través de las reformas normativas como el matrimonio que hace unos años se permitía únicamente en personas de sexos opuestos, hoy el matrimonio puede celebrarse inclusive entre dos personas del mismo sexo y es allí la protección del estado a la familia ante la diversidad social.

Los derechos de las personas preceden a las normas positivas no solo por estar en la constitución ni en las leyes son partes de las personas, pues son los derechos humanos, valores que se encuentran en el centro en un marco-valor que debemos llamar dignidad. Por lo dicho, los derechos de las personas constituyen el fundamento de todo ordenamiento jurídico positivo que se limita a conocerlo como condición de su propia existencia, que tiene un valor en el mundo de las normas del derecho, a su validez misma.

Capítulo noveno

Responsabilidades

El Estado garantista es el que se constituye como un sistema artificial de garantías constitucionales preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Se trata de un Estado que se erige como único productor de normas jurídicas que se encuentra regulado, desde la producción de la normativa misma, por normativas que indican quien, como y cuando hacerlo, y, además determina con que contenido.

La existencia del derecho mismo de los niños, niñas y adolescentes, obligan a quienes realizan el rol de progenitores a dar cumplimiento a esos derechos establecidos en la constitución y la ley, tutelándolos y brindando el apoyo institucional del estado para garantizar su efectivo cumplimiento, es decir, que el sistema judicial será siempre el encargado del tutelaje del conjunto normativo de protección a los niños, niñas y adolescentes.

Art. 83.-Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.

2.2.3 Código de la Niñez y Adolescencia

Título II

Principios fundamentales

La familia en la Constitución de la República del Ecuador aparece ligada al ejercicio de varios derechos o como beneficiarias de las políticas públicas en distintos niveles. Si bien la protección fundamental es a los miembros de la familia, la Constitución del 2008 aplica y utiliza de manera recurrente a la familia como nexo de la protección del derecho u objeto de la acción del Estado.

Art. 9.-Función básica de la familia. -La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

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

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

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

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

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

El principio del interés superior del niño/niña, noción relacional que deja claro que, en caso de conflicto con derechos de igual jerarquía, éste, prevalecerá por sobre los de los padres, las madres, la sociedad y el estado; consecuentemente, los jueces y juezas están obligados a privilegiarlos y tutelarlos de forma efectiva, en todo proceso judicial o administrativo. 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.

Capítulo II

Derechos de supervivencia

Las y los ciudadanos ostentan derechos y generan obligaciones, en el caso de la existencia de menores debe considerarse que todo niño, niña y adolescente a más del

derecho a la identidad, tiene derecho a conocer quiénes son sus progenitores, de la misma forma ningún progenitor podrá ser limitado a mantener espacios afectivos con sus hijos, debiendo tener presente que más allá del derecho que puedan tener los padres de un menor, está el del menor, para interrelacionarse con su entorno consanguíneo y de esa forma mantener la relación parento filial que permitirá un mejor desarrollo integral del menor.

Art. 21.-Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos. -Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

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

Título II

De la patria potestad

Art. 106.-Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. -Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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

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

3.-Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

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

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

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

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

Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, correspondiente de la inconstitucionalidad del artículo 106 del CNA numeral 2 y 4 por el fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”

Los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianos están amparados en el reconocimiento y garantía del derecho a la igualdad, ante este hecho la Corte Constitucional acoge el tratamiento de petición de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues en aquellas normativas se evidencia de forma expresa que existe desigualdad al momento de accionar o de otorgar un régimen de tenencia sobre un niño, niña y adolescente, privilegiando siempre a la madre y de alguna forma discriminando al padre, por lo que las normas referidas han merecido el análisis y la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte.

En el pronunciamiento del organismo constitucional ecuatoriano, se describe cuáles deberían ser los parámetros que deben considerar el juzgador al momento de otorgar un régimen de tenencia a unos de los progenitores, elementos normativos que no constan en el actual código de la niñez y adolescencia, así como tampoco consta de forma expresa la legitimación de las partes procesales que pudieran intervenir en un incidente de modificación o cambio de tenencia.

Sentencia

La Corte observa la importancia de acelerar medidas normativas que busquen la igualdad real entre hombres y mujeres y el incremento de políticas públicas a favor de las mujeres, por distintas situaciones de vulnerabilidad en las que se puedan encontrar. Principalmente, tomando en cuenta las cifras señaladas a lo largo del proyecto que demuestran la desigualdad que todavía existe entre hombres y mujeres en distintos ámbitos. Por ello, esta sentencia apuesta a la necesidad para combatir estereotipos de género y la desigualdad en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.
2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.
3. Disponer que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia.
 - I. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.
4. Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 supra.
 - I. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo.
5. Disponer que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.
 - I. Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.
6. Disponer que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el cumplimiento de la disposición, ambas instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.
7. Disponer que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través

de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.

8. Disponer que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de la publicación en el sitio web institucional.

9. Notifíquese y cúmplase.

RAZÓN: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en sesión ordinaria de miércoles 24 de noviembre de 2021; la Jueza Constitucional Daniela Salazar Marín no consigna su voto en virtud de la excusa presentada en la causa, la misma que fue aprobada en sesión de 07 de abril de 2021.- Lo certifico.

Art. 118.-Procedencia. -Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

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

Art. 119.-Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. -Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.

Es necesario referir a lo contenido en el artículo 269 del Código Civil el cual establece que el cuidado personal de los hijos no necesariamente debe ser para los padres, sino que podría intervenir y preferirse a otra persona consanguínea más próxima y de preferencia a los ascendientes; esta norma, confronta a lo contenido en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues este, no hace referencia de quienes podrían intervenir en el requerimiento o solicitud de modificación o cambio de tenencia, ante este hecho, la corte constitucional en la sentencia requiere del poder legislativo de incluir en el nuevo código de protección de niños, niñas y adolescente estas figuras

jurídicas a efecto que dejen establecido con mayor claridad estos eventos y actores procesales.

Título IV

Del derecho a visitas

Art. 122.-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 intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Art. 123.-Forma de regular el régimen de visitas. -Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios.

Art. 124.-Extensión. -El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

Art. 125.-Retención indebida del hijo o la hija. -El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.

El Código de la Niñez y Adolescencia aborda de forma clara la figura jurídica del régimen de visitas que no es otra que el derecho exclusivo del menor a poder mantener relaciones afectivas con cada uno de sus progenitores y familiares colaterales (hecho que no consta en el régimen de tenencia), dando lugar a la generación de presentar

incidentes y entre ellos, la ampliación del régimen hacia otros familiares que no son exclusivamente los padres, pudiendo también extenderse el régimen de visitas hacia personas particulares que hayan mantenido vínculos afectivos con el niño, niña y adolescente.

Capítulo I

Derecho de alimentos

Al momento de accionar una demanda de pensión de alimentos debe considerarse como legitimado pasivo el orden que la ley establece, en contra de quien se encuentre en una posición preferente en relación con los demás obligados, es decir que, entre varios parientes, se debe demandar primero a los padres, luego a los abuelos, los hermanos y los tíos según las circunstancias de cada caso.

Respecto del segundo requisito, necesidad del alimentario, se debe considerar que procede la demanda de alimentos sólo cuando los medios de subsistencia con los que cuenta propios o de sus padres, son total o parcialmente insuficientes, es decir no le alcanzan para vivir modestamente, de un modo correspondiente a su dignidad de ser humano. Y, en relación a la solvencia del alimentante para determinar el monto de los alimentos, se deberá tener en cuenta sus facultades y más circunstancias domésticas al momento de establecer esta regulación. Sólo en el caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales que son los padres, debidamente justificados, la autoridad competente podrá exigir que la prestación de alimentos sea pagada o completada en forma subsidiaria por uno o más de los obligados de grado más próximo, en el orden de prelación establecido por la ley, de acuerdo a la capacidad económica con la que cuenten, siempre que no sean discapacitados, es decir esta regulación no puede afectar su derecho de subsistencia y el de su familia; así como la subsidiaridad no puede ser comprendida como cambio o remplazo de un obligado por otro a voluntad y discreción del titular de este derecho, si no está fundamentada en la necesidad real del alimentario

Art. 14.-Forma de prestar los alimentos. -El Juez/a, fijará el pago de la pensión de alimentos y de los subsidios y beneficios adicionales, principalmente, y, si así lo solicitare el alimentario o su representante, a través del depósito de una suma de dinero que deberá efectuarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, en caso de subsidios y beneficios adicionales, en la fecha señalada para el efecto; en la cuenta que para ello se señale, cuyo certificado de depósito constituirá

prueba para demostrar el pago o la falta de a favor de la beneficiaria/o o de quien legalmente lo represente.

Podrá además efectuarse el pago de la pensión alimenticia y de los subsidios y beneficios adicionales de la siguiente manera:

- a) La constitución de derechos de usufructo, la percepción de una pensión de arrendamiento u otro mecanismo similar, que aseguren rentas u otros frutos suficientes para la debida prestación de alimentos del beneficiario; y,
- b) El pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez.

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

El hijo o la hija beneficiario no está obligado a confeccionar inventario ni rendir la caución que la ley exige al usufructuario.

En ningún caso se obligará al niño, niña o adolescente cuya tenencia y cuidado han sido confiados al otro progenitor o a un tercero, a convivir con quien está obligado a prestar los alimentos, con el pretexto de que ésta sea una forma de pensión alimenticia en especie.

2.2.4 Código Civil

Título III

Del matrimonio

Art. 81.-Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.

Parágrafo 2o.

De la terminación del matrimonio

El artículo 110 del Código Civil establece cuales son las causas del divorcio, figuras jurídicas que podrán utilizar los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial; pero es preciso señalar que este mismo cuerpo normativo determina en el artículo 115 que antes del pronunciamiento de sentencia del divorcio como requisito sine qua non, deberá resolverse sobre la situación económica de los hijos menores de edad concebidos en el matrimonio disponiéndose la forma en que deberá atenderse al cuidado, alimento y

educación, este efecto también deberá aplicarse obligatoriamente cuando la disolución del matrimonio sea por mutuo consentimiento.

Art. 105.-El matrimonio termina:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3. Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por divorcio.

Art. 110.-Son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos.

Art. 115.-Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.

Título XI

De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos

Las responsabilidades que tienen los progenitores serán iguales a efectos de la ley, es decir que, tanto padre como madre están obligados a velar por los derechos de sus hijos y proveerles el cuidado, crianza, educación, alimento, sustento, darles todo el debido cuidado personal. En los casos tal y como lo determina el artículo 269 en el que ambos padres no estén en condiciones para poder velar por el cuidado personal del niño, niña o adolescente y este afecte el interés superior del niño, podrá el juez resolver respecto a quien confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas idóneas, todas estas anomalías se observarán también durante el juicio de divorcio.

Art. 268.-Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

Art. 269.-En caso de inhabilidad física grave de ambos padres, o cuando sea contrario al interés superior de niños, niñas y adolescentes, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas idóneas.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes.

Art. 270.-Lo dispuesto en el artículo precedente se observará también durante el juicio de divorcio

Art. 271.-El juez procederá, para todas estas resoluciones, breve y sumariamente, oyendo a los parientes.

Art. 272.-No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes.

Art. 278.-El padre y la madre tienen el derecho y el deber de dirigir la educación de sus hijos; pero no podrán obligarlos a tomar estado o casarse contra su voluntad.

2.3 Marco conceptual

Acuerdo. - Semejanza de voluntad entre partes dispersas, separadas o inclusive, enfrentadas entre sí. El acuerdo expresa un momento de entretenimiento, solidaridad y/o fusión.

Legitimidad. - La noción de legitimidad supone un sistema de valores sobre el cual se funda la creencia generalizada de que deben observarse las normas y, en consecuencia, obedecer a aquellos que la aplican.

Contrato. - Acuerdo de varias personas que se establece sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

Institución. - Conjunto de reglas creadas por el legislador o los particulares para la satisfacción de intereses colectivos o privados.

Matrimonio. - Unión de dos personas que complementan determinadas formalidades y requisitos legales que hacen a su validez que, en la mayoría de legislaciones, se refiere a un hombre y una mujer, aunque en ciertos países lo admite para personas del mismo sexo.

Disolución del vínculo matrimonial. – Causales que permiten la celebración de un nuevo matrimonio que son la muerte de uno de los esposos, el matrimonio que contrae el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y la sentencia de divorcio vincular.

Nulidad. - Calidad de la norma o acto jurídico que carece plenamente de eficacia, el ordenamiento jurídico la considera existente por la incapacidad de las partes, es nulo cuando carece de algún momento, presupuesto o requisito, a aquel que teniendo todos los aspectos de su estructura tiene contenido ilícito.

Divorcio. - V. ley aplicable en el divorcio

Divorcio ar.- Disolución del matrimonio pronunciada por la justicia en vida de ambos esposos.

Patria potestad: Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Tenencia: Derecho que se adquiere por la tradición emanada de la voluntad del poseedor o del simple tenedor bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna.

Tenencia de hijo. - Derecho de convivencia que se otorga a uno o a ambos padres respecto de los hijos menores de edad, en los supuestos de divorcio o separación matrimonial, que no implica pérdida de los deberes y derechos derivados de la patria potestad.

Tutela. – Derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

Curador. - Persona nombrada para cuidar de los bienes y negocios del que, por causa de minoría de edad, demencia, ausencia, interdicción, o prodigalidad declarada, no se halla en estado de administrarlo o manejarlos por sí mismo.

Custodia: Se suele pensar que tenencia y custodia son iguales. No es así. La principal diferencia es que la tenencia es un “derecho” de los padres a convivir con los hijos y, por otro lado, la custodia es un “deber” de los padres a vigilar y proteger a sus hijos.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Diseño de investigación y tipo de investigación

El presente trabajo de investigación titulado “Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, Año 2022.”, se aplicó el enfoque metodológico cualitativo, el mismo que permitirá verificar la realidad existente en base a los sujetos procesales intervinientes en los procedimientos de incidentes a la modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes.

De tal manera, el presente proyecto investigativo, se llevó a cabo mediante la recopilación de información que se realizó a través de entrevistas a Jueces de niñez y adolescencia, y a una experta en materia de niñez y adolescencia. Por lo consiguiente se analizó un estudio de caso sobre la figura jurídica de tenencia en base al incidente de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes, en la que mediante el análisis respectivo se llegó a profundizar la decisión judicial por Jueces de niñez y adolescencia de la Provincia de Santa Elena.

Es así que, mediante la modalidad cualitativa, se logró analizar y aclarar los criterios jurídicos obtenidos en las entrevistas en base a los sujetos procesales intervinientes en el incidente a la modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes,

direccionadas a las autoridades judiciales competentes en materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena y a su vez una experta de materia de niñez y adolescencia.

3.1.1 Tipo de investigación

El presente proyecto de investigación se centró en un estudio de corte exploratorio, tal y como lo manifiesta el autor (Alvarez, 2006); este estudio permitió al investigador aplicar las herramientas documentales y técnicas de investigación como las entrevistas a los jueces especializados en niñez y adolescencia, y a una experta en materia de niñez.

La utilización de este tipo de estudio investigativo permitió realizar una búsqueda de información certera en el contexto del tema planteado sobre los sujetos procesales intervinientes al incidente de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes, utilizando distintas herramientas dentro de la investigación, lo que permitió analizar y aclarar la situación actual del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) vigente, en relación al artículo 119 que determina sobre las modificaciones de las resoluciones sobre tenencia, logrando extraer información relevante acerca de la problemática basada en la indeterminación de los sujetos procesales, quienes en si pueden intervenir en los incidentes de tenencia de niños, niñas y adolescentes.

3.2 Recopilación de información

Para la validez y confiabilidad de la presente investigación es relevante la utilización de la población como elemento principal, ya que la población se la determina como el conjunto de personas y cosas, las mismas que están vinculadas al objeto de estudio y que junto a la recopilación de información poder sacar conclusiones referentes a los sujetos procesales intervinientes al incidente de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes.

Según (Arnal y otros, 1992) define la población como “el conjunto de todos los individuos (objetos, personas, eventos, etc.) en los que se desea estudiar el fenómeno. Estos deben reunir las características de lo que es objeto de estudio”.

La población de este proyecto de investigación fue direccionada a los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, información que se obtuvo a través del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena, y a una experta en materia de Niñez y Adolescencia, debido a que son

profesionales que tienen alto conocimiento en relación a la problemática del estudio de investigación.

Fueron necesarios los criterios profesionales en base a argumentos jurídicos y personales de Abogados especialistas en Derecho de Familia para poder obtener información contundente en cuanto a los sujetos procesales intervinientes en el incidente de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes, ya que son de suma importancia los argumentos con respecto al interés superior del niño en relación al incidente de modificación o cambio de tenencia y sobre los derechos que le corresponde al menor.

En base a la aplicación de técnicas y métodos de investigación que permitió llegar a la realidad de la problemática estudiada se planteó una muestra, cabe mencionar que la muestra puede ser de dos tipos, puede ser probabilística y no probabilística.

Conjunto de casos extraídos de una población, seleccionados por algún método de muestreo. Se considera muestra grande cuando n es = 30 o mayor.

Muestra: Cada uno de los elementos que componen la muestra y de los que se obtiene la información. Los individuos pueden ser personas, objetos o acontecimientos.

(Arnal y otros, 1992)

Por lo tanto, el presente trabajo de investigación se aplicó la muestra no probabilística que se dio a través de entrevistas, criterios personales de abogados especialistas en materia de familia en la que se obtuvo información relevante a nuestra investigación.

Muestra de la Población

Tabla 1 Población de la muestra

DETALLE	POBLACIÓN
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia	4
Experta en materia de niñez y adolescencia	1
TOTAL	5

Elaborado: Karoline Alcívar Reyes

Para abarcar el tema de investigación “Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, año 2022, se aplicaron los siguientes métodos de investigación

El método de analítico según (Bernal Torres, 2010) este proceso cognoscitivo consiste en descomponer un objeto de estudio, separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual.

Partiendo desde el análisis sobre el incidente de modificación o cambio de tenencia en base a los sujetos procesales intervinientes en los procedimientos de esta figura jurídica se analizó un estudio de caso relacionado a la problemática del tema, posterior también se analizó algunos artículos tanto del Código Civil como del Código de Niñez y Adolescencia en donde existe controversia entre estas normas en relación a los sujetos procesales de la tenencia, así mismo se analizaron los diferentes criterios jurídicos de los especialistas en materia de niñez y adolescencia con el fin de obtener respuestas concretas que respalden la comprobación de la idea a defender planteada en el presente trabajo.

Según los autores (Castillo & Reyes, 2015) el método deductivo lo definen como: “Este procedimiento del conocimiento consiste en partir conclusiones generales para llegar a explicaciones particulares; analiza las teorías, leyes y generalizaciones que hayan sido verificadas, para aplicarlas en hechos particulares”.

El método deductivo, según los autores se basa desde lo general a lo particular en relación a la información recaudada a través de la técnica de entrevista ya que por medio de aquello se logró evidenciar respuestas favorables a partir del dialogo realizado entre el investigador y el entrevistado, las mismas que fueron aplicadas a la Abogada experta en materia de niñez y adolescencia.

3.3 Tratamiento de la información

El presente trabajo de investigación fue direccionado con el enfoque cualitativo en el que mediante el instrumento de entrevista se pudo extraer información pertinente a la problemática planteada, es por ello que para realizar las entrevistas a los Jueces de Familia, Niñez y Adolescencia se procedió a asistir al Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena para solicitar apertura antes de cada audiencia, a través de

cada secretario previo el debido consentimiento de los Jueces, acceder a la entrevista, requerida, en la que realicé seis preguntas a cada uno de los entrevistados.

La entrevista según el autor (Bernal, 2010) la define como “Técnica orientada a establecer contacto directo con las personas que se consideren fuente de información. A diferencia de la encuesta, que se ciñe a un cuestionario, la entrevista, si bien puede soportarse en un cuestionario muy flexible, tiene como propósito obtener información más espontánea y abierta. Durante la misma, puede profundizarse la información de interés para el estudio”.

Los mecanismos para la recopilación de información fueron elaborados de la siguiente manera: El instrumento fue aplicado a 4 Jueces de Familia, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, quienes ejercen sus funciones como autoridades competentes para resolver conflictos vinculantes a la materia.

De igual manera se procedió a asistir a las instalaciones de la Universidad Estatal Península de Santa Elena donde se obtuvo la entrevista de la Abogada experta en materia de niñez y adolescencia en su despacho jurídico, así mismo se le realizaron 5 preguntas en base a la figura jurídica de tenencia y su incidente determinado en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Para la recolección de información mediante la técnica de entrevista se procedió a realizar las respectivas grabaciones de audio con previa autorización de los respectivos entrevistados de esta manera se pudo transcribir las respuestas a las interrogantes referente al tema investigativo.

Finalmente, con las respuestas obtenidas por cada abogado y abogada especialista en materia de familia, niñez y adolescencia en base a sus criterios jurídicos y profesionales, dicha información se analizó con el fin de comprobar si los objetivos planteados dentro del capítulo I son resultados pertinentes para poder lograr la ejecución de las actividades del presente proyecto de investigación, a su vez mediante el mismo procedimiento de análisis con las respuestas obtenidas mediante las entrevistas se comprobará si la idea a defender es errónea o verdadera para finalmente sistematizar las conclusiones y recomendaciones que se establecen en la culminación de la investigación.

3.4 Operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEM	INSTRUMENTOS
<p>Dependiente</p> <p>Modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes.</p> <p>Al hablar de modificaciones de resoluciones sobre tenencia, se refiere a que la tenencia es provisional ya que puede existir un cambio inmediato en relación al régimen de tenencia del menor, prevaleciendo el interés superior del niño. Por ende, en la legislación ecuatoriana, en el artículo 119 del CNA, tipifica que las resoluciones no causan ejecutoria, es así que pueden ser modificadas en cualquier momento y el régimen de tenencia lo puede obtener el otro progenitor.</p>	<p>Instrumentos Normativos</p> <p>Figura legal de la tenencia</p> <p>Incidente de la tenencia</p> <p>Interés Superior del Niño</p> <p>Parámetros para otorgar la tenencia de un niño, niña o adolescente</p>	<p>Constitución de la República de Ecuador</p> <p>Convención de los derechos del niño</p> <p>Código de la Niñez y Adolescencia</p> <p>Código Civil</p> <p>Institución jurídica</p> <p>Sentencia 28-15-IN/21</p>	<p>1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?</p> <p>2. Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores</p> <p>3. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?</p> <p>4. Existe norma expresa que determine cuales son los sujetos procesales que pueden intervenir en los incidentes de modificación o cambio de tenencia. ¿Cuál sería?</p> <p>5. ¿Considera usted que el contenido del artículo 119 del CONA, conlleva a cometer errores a los profesionales del derecho en la presentación de demandas, en relación a la intervención de las partes procesales?</p> <p>6. Usted como juez(a), ha tomado como decisión la inadmisibilidad de una demanda de tenencia de un niño, niña y adolescente, en vista de que no la han interpuesto los progenitores por alguna circunstancia e intervienen los</p>	<p>Ficha bibliográfica</p> <p>Entrevista a Jueces de Familia, Niñez y Adolescencia</p>

			terceros (abuelos, tíos). ¿Dónde queda el derecho del menor, si debe prevalecer el interés superior del niño?	
<p>Independiente</p> <p>Indeterminación de las partes procesales.</p> <p>Las partes procesales son aquellas personas que intervienen en un proceso judicial. Las partes procesales interviniente en los procedimientos de tenencia de niños, niñas y adolescentes solo serán los progenitores tal y como los establece el artículo 118 del CNA, pero al hablar del incidente de tenencia establecido en el artículo 119 del CNA no determina de forma clara y precisa quienes pueden intervenir como sujetos procesales en el incidente de modificación.</p>	<p>Modificación o cambio de tenencia</p> <p>Sujetos procesales</p> <p>Vulneración al principio de igualdad y discriminación</p> <p>Interés Superior del niño</p> <p>Cuidado y crianza</p>	<p>Constitución de la República del Ecuador</p> <p>Convención de los derechos del niño</p> <p>Código de la Niñez y Adolescencia</p> <p>Código Civil</p>	<p>1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?</p> <p>2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?</p> <p>3. ¿Considera usted que el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia que habla sobre la modificación y en el segundo inciso sobre el cambio, vendrían a ser estos como incidentes de la tenencia?</p> <p>4.- Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?</p> <p>5. ¿Cuáles son los sujetos procesales que intervienen en un incidente de modificación de tenencia y cambio de tenencia?</p>	<p>Ficha Bibliográfica</p> <p>Entrevista a la especialista en materia de niñez y adolescencia</p>

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados

4.1.1 Entrevista realizada a la experta en materia de niñez y adolescencia

Nombre: Ana María Tapia Blacio

Fecha: 27 de junio del 2022

Lugar: Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?

A ver los parámetros jurídicos para establecer una tenencia lo relaciona un juez siempre primero con las obligaciones que tiene la patria potestad, si bien es cierto el Código de la Niñez y Adolescencia establece las reglas para confiar la patria potestad en el artículo 106, son las mismas que se aplican referente a la tenencia. Habla de estabilidad emocional, no económica, una relación de cumplimiento hacia los hijos y de acuerdo a eso un juez dará una resolución con relación a quién sea el tenedor de los niños.

2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?

Los incidentes legales a partir de que si un padre obtiene la tenencia va a ser demandada la madre esa son la consecuencia legal. Ahora en el tema ya familiar emocional, tenemos algunos conflictos que se presentan cuando se concede la tenencia, porque el progenitor tenedor normalmente desacredita a la parte que no ha obtenido la tenencia, sea ya el padre o la madre, esos efectos si bien es cierto aparentemente podrían luego resolverse porque los niños no siempre serán niños van a crecer y van a saber la realidad, pero toda esa situación vivida de pequeño va a afectar la estabilidad emocional cuando sean adulto “lo vivido en la niñez es nuestro reflejo luego cuando somos adulto”. Estas son las consecuencias que normalmente sucede en una separación es mucho más cuando se establece una tenencia, porque quiere decir que las partes no pudieron llegar a un acuerdo, sino que tuvieron que ir a un ámbito judicial para resolver.

3. ¿Considera usted que el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia que habla sobre la modificación y en el segundo inciso sobre el cambio, vendrían a ser estos como incidentes de la tenencia?

Bueno al modificar la tenencia o solicitar una modificación va a ser un incidente del juicio principal, pero el Juez aquí tiene un papel importante, porque no es que a ver yo mamá le pegue o yo mamá no tenía cómo mantener por eso que está con el papa. ¿Ahora yo mamá ya tengo plata, se cómo mantenerlo, ¿no? Así no se puede visualizar los cambios.

Si bien es cierto en ese artículo determina una modificación, por ende, es un incidente, aquí realmente los Jueces no tienen la oportunidad o la posibilidad de ver realmente cuál es el ambiente más adecuado. La tenencia siempre se la daba a la madre, aunque ya con la sentencia constitucional se derogó la preferencia de ser la madre la tenedora.

Siempre que hay un proceso de tenencia se va a escuchar a los niños, pero tal vez en esta incidencia pueden quedar algunas heridas muy abiertas que ni con el tiempo creo que se van a curar y las van a mantener estos niños futuros las va a guardar y en algún momento van a reflejar ese dolor o ese sentimiento de separación.

4. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

A ver la modificación de tenencia y cambio de tenencia es lo mismo porque si estas solicitando un incidente de modificación de tenencia, estás viendo un cambio de la estructura jurídica de la tenencia.

5. ¿Cuáles son los sujetos procesales que intervienen en un incidente de modificación de tenencia y cambio de tenencia?

Como lo determine en la pregunta anterior que el termino modificación y cambio de tenencia, son términos iguales, por ende, los sujetos procesales que deben intervenir en una demanda en este incidente son los mismos progenitores.

Análisis

El Código de la Niñez y Adolescente, regula todo aquello concerniente a los derechos como tal que tiene los niños, niñas y adolescentes, en relación a la figura jurídica de la tenencia, puesto que para que se pueda otorgar la tenencia a uno de los progenitores se debe tomar en cuenta las reglas de la patria potestad establecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, así como en otras figuras jurídicas se establecen incidentes la tenencia también tiene un incidente que es la modificación determinada en el

artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, este incidente de modificación se lo va hacer en base al primer juicio y se probara quien es el progenitor idóneo para obtener la tenencia del niño, niña o adolescente.

4.1.2 Entrevistas a los Jueces de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia

Nombre: Richard Fabian Gavilánez Briones

Fecha: 27 de junio del 2022

Lugar: Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a uno de los progenitores, dentro de una causa?

Hay que analizar lo que indica el artículo 106 las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad y lo que indica el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia sobre tenencia, ya que ese mismo artículo determina los parámetros jurídicos para obtener la tenencia a uno de los dos progenitores, tomando en cuenta que ambos progenitores gozan de la capacidad legal, también el informe técnico en el que justifique quien es el progenitor idóneo para obtener la tenencia del niño, niña y adolescente.

2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 119 prevé que se puede modificar justamente la tenencia y ese se lo hace mediante un incidente de modificación al régimen de tenencia, es la figura legal, tal como lo indica la norma ese tipo de resoluciones de tenencia, alimentos, visitas no causan ejecutoria, son resoluciones que pueden variar, conforme varían las circunstancias, conforme también varía la edad de los hijos.

3. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia.

¿Cuál sería?

No hay diferencia entre estos dos términos, la tenencia tiene que darse para uno de los progenitores quien demuestre mejores condiciones, lo que está haciendo ese inciso donde determina el término “cambio” que en esta modificación o en este cambio no se afecte psicológicamente y efectivamente a los hijos.

4. Existe norma expresa que determine cuáles son los sujetos procesales que pueden intervenir en los incidentes de modificación o cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

Siempre en toda demanda existe un actor/a y un demandado/a, el demandante quien propone la acción y el accionado/a que es a quien le recae la demanda, por ende, en los casos de tenencia y si se trata del incidente como tal, los sujetos procesales vendrían a ser los progenitores.

5. ¿Considera usted que el contenido del artículo 119 del CONA, conlleva a cometer errores a los profesionales del derecho en la presentación de demandas, en relación a la intervención de las partes procesales?

La tenencia es una figura exclusiva, solo entre progenitores de madre a padre o de padre a madre, la tenencia no se la puede solicitar un abuelo o un tío, así lo determina la doctrina, es una figura relativa solo a ambos progenitores.

6. Usted como juez(a), ha tomado como decisión la inadmisibilidad de una demanda de tenencia de un niño, niña y adolescente, en vista de que no la han interpuesto los progenitores por alguna circunstancia e intervienen los terceros (abuelos, tíos). ¿Dónde queda el derecho del menor, si debe prevalecer el interés superior del niño?

Sí, porque como lo manifesté anteriormente la tenencia únicamente si se trata del incidente como tal, debe darse entre los mismos progenitores, no lo pueden solicitarla terceros como abuelos, tíos.

Análisis

Se pudo determinar con la ayuda del operador de justicia, que en los casos de divorcio ya sea por mutuo consentimiento o por causal, en estos tipos de demandas indica la norma que tiene que regularse el tema de los hijos, por ende, hay tres temas accesorios como lo es la tenencia, el régimen de visitas y el régimen de alimentos. Si bien es cierto ambos padres quisieran la tenencia de sus hijos, pero es imposible ya que en el Ecuador no existe la figura de tenencia compartida, por ende, solo le correspondería a uno de los progenitores la tenencia; el juez en sí es el encargado de valorar todo los elementos que se ostentaren, ya sea la opinión de los niños y adolescentes, el informe técnico que es vinculante para que el juzgador de sus conclusiones y valoraciones acerca de los resultados que pueda arrojar el informe, sea que determine indicios de maltratos en relación a unos de los progenitores y ahí el juez entonces toma en consideración ese tipo de alerta, y si el informe indica que existe maltrato ya sea del padre o madre entonces obviamente ese progenitor que implora maltrato o descuido no se le va a confiar la tenencia y se le va a otorgar la tenencia la otro progenitor que brinda las condiciones necesarias y es idóneo para obtenerla.

Nombre: Blasco Daniel Álvarez Gómez

Fecha: 28 de junio del 2022

Lugar: Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?

Los parámetros jurídicos que utiliza el Juez para conceder la tenencia dentro de una causa son los que están específicamente determinados en la ley, dentro del artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia en forma general vincula las reglas de la tenencia con las reglas de la patria potestad determinadas en el artículo 106 del mismo cuerpo normativo, en donde hace una diferenciación y criterios que el juez valora para que al final determine si la madre o padre es idóneo para confiar el cuidado y protección del hijo de quien se está demandando.

2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?

Si es de la figura de tenencia, el incidente vendría hacer una modificación de tenencia sea obviamente presentada por el otro progenitor que no tiene su cuidado y protección del niño, niña o adolescente, puede incluso impulsar un proceso para que se modifique la tenencia que inicialmente fue confiada al otro progenitor, obviamente tendrá que demostrar que las circunstancias de las cuales fue privada la tenencia al padre en ese momento ha variado o por las circunstancias de las cuales actualmente la madre está teniendo a su hijo no es idónea, por eso es necesario que se le provee la modificación y se le confíe la tenencia al otro progenitor que si es idóneo.

3. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

El procedimiento para cambiar la tenencia es el incidente, es decir no digo que son cuestiones similares ni cuestiones diferentes en la forma que se materializa este cambio que la ley que es a través de un incidente. Por ejemplo, la tenencia del menor se la ha dado a favor la madre y se la va a cambiar al favor del padre en caso de que la madre no esté en condición idónea de cuidar y proteger al menor, la institución jurídica que se debe activar es un incidente para que se pueda materializar ese cambio.

4. Existe norma expresa que determine cuáles son los sujetos procesales que pueden intervenir en los incidentes de modificación o cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

No existe norma expresa como tal que diga estos son los sujetos pasivos o sujeto activo, sin embargo, la tenencia como lo establece el artículo 118 que se conferirá el cuidado y crianza de los menores a sus progenitores, es decir que la tenencia como institución únicamente es activada por el padre o la madre.

5. ¿Considera usted que el contenido del artículo 119 del CONA, conlleva a cometer errores a los profesionales del derecho en la presentación de demandas, en relación a la intervención de las partes procesales?

Partiendo de la pregunta 3 que usted mencionó sobre la diferencia del término modificación y cambio, probablemente se podría decir que si, si se hace una lectura de esta forma identificando el segundo inciso que habla de un cambio, se podría entender que se trata de un nuevo juicio separado del juicio que ya existía sobre la regulación de la tenencia, se podría creer. Pero si se hace una lectura integral se entenderá que el mismo artículo 119 establece que no causan ejecutoria, entonces indudablemente la institución que se debe activar es una modificación, y creería que no tendría que generarse esa confusión.

6. Usted como juez(a), ha tomado como decisión la inadmisibilidad de una demanda de tenencia de un niño, niña y adolescente, en vista de que no la han interpuesto los progenitores por alguna circunstancia e intervienen los terceros (abuelos, tíos, hermanos). ¿Dónde queda el derecho del menor, si debe prevalecer el interés superior del niño?

Creo que sí, no estoy seguro, pero puedo aclararte que la tenencia únicamente si se trata del incidente como tal, debe darse entre los mismos progenitores y en caso de activarla otra persona la demanda se vuelve manifiestamente inadmisibile, entonces no tiene ningún sentido que se active todo el aparataje y desgatar a las partes procesales en un proceso que finalmente se va a terminar siendo negado.

Análisis

La tenencia es una figura únicamente exclusiva para los progenitores según el Código de la Niñez y Adolescencia, por ende las reglas para poder obtener la tenencia está regulada en el artículo 106, si bien es cierto el artículo 118 del mismo cuerpo normativo determina quienes como sujetos procesales que deben intervenir en la institución de tenencia, tanto el padre como la madre, puesto que al presentar una modificación de tenencia el actor deberá probar que la madre o padre que tiene la tenencia no es una persona idónea para el cuidado

y protección del niño, y el juzgador decidirá quién se queda con la tenencia del menor, ya que es el encargado de velar por el interés superior del niño, niña o adolescente.

Nombre: Gabriel Alejandro Nivelá Nivelá

Fecha: 28 de junio del 2022

Lugar: Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?

Los parámetros jurídicos que utiliza el Juez para conceder la tenencia dentro de una causa son las determinadas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cabe destacar que primero lo que acuerden las partes, si hay falta de acuerdo se la dará al progenitor más idóneo y que sea conveniente al menor, pero eso ya depende de los argumentos y los informes técnicos para valorar.

2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?

El incidente vendría ser la modificación de tenencia de niños, niñas y adolescente.

3. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

No existe diferencia entre estos dos términos, ambos términos son sinónimos.

4. Existe norma expresa que determine cuáles son los sujetos procesales que pueden intervenir en los incidentes de modificación o cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

El Código de la Niñez y Adolescencia lo determina en su artículo 118 que como sujetos procesales tanto en la figura de tenencia como en el incidente de modificación de tenencia pueden ser padre y madre.

5. ¿Considera usted que el contenido del artículo 119 del CNA, conlleva a cometer errores a los profesionales del derecho en la presentación de demandas, en relación a la intervención de las partes procesales?

No, el artículo 118 y 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, está muy claro de quienes son los sujetos procesales para que soliciten la tenencia y el incidente de modificación de tenencia de niños, niñas y adolescente.

6. Usted como juez(a), ha tomado como decisión la inadmisibilidad de una demanda de tenencia de un niño, niña y adolescente, en vista de que no la han interpuesto los progenitores por alguna circunstancia e intervienen los terceros (abuelos, tíos,

hermanos). ¿Dónde queda el derecho del menor, si debe prevalecer el interés superior del niño?

Claro que sí, no se puede presentar una demanda con incidente de tenencia entre un progenitor en contra de un tercero, sin embargo, se la declaró sin lugar porque solo los progenitores deben solicitarlo.

Análisis

El operador de justicia determinó que los parámetros jurídicos que los jueces determinan para otorgar la tenencia de un niño, niña o adolescente son las que están normadas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cabe mencionar que ellos como jueces primero hacen referencia lo que acuerden las partes, si no hay ningún acuerdo se la dará al progenitor más idóneo, esto depende del informe técnico donde se dictaminará si ambos padres son idóneos o solo uno para obtener la tenencia, ya que en este informe se detalla todos los aspectos donde se valora si el menor sufre maltrato o agresión física por parte de los progenitores; así mismo determina que en la figura de tenencia no pueden intervenir o no pueden solicitar el incidente de modificación de tenencia un tercero sino más bien solo entre progenitores.

Nombre: Kelly Flores Vera

Fecha: 28 de junio del 2022

Lugar: Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?

Generalmente el juez debe dirimir sobre procesos de tenencia, en la sentencia 28-15-IN/21, hace referencia en el párrafo 248 las condiciones o parámetros sobre las cuales se debe tomar en consideración a la hora de determinar la tenencia, como principal punto se tomara en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente, sus deseos, emociones, considerando su derecho de ser escuchado de acuerdo a lo que establece el artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia, generalmente los adolescentes desde a partir de los 12 años son considerados como para ser escuchados a través de un juez, sin embargo los niños menores de 12 años también deben ser escuchados y su decisión también va hacer considerada de acuerdo a lo que establece la sentencia de acuerdo a su grado de madurez, porque no es lo mismo escuchar a un niño de 3 años de edad a escuchar a un adolescente de 12 años,

dentro de esa sentencia también se establece que los padres estén preparados emocionalmente y esté disponible para satisfacer necesidades generales físicas, emocionales y educativas del niño, niña y adolescente, es decir que el padre este apto y sea una persona idónea para obtener la tenencia.

2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 119, es bien claro en establecer que el único incidente que procede en los procesos de tenencia es la modificación, quiere decir que, con la petición inicial de tenencia, una vez que se resuelve si se llega a concluir que esa tenencia dada en primera instancia puede ser cambiada en función del interés superior del niño, se la podrá modificar siempre prevaleciendo el interés superior del niño.

3. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia.

¿Cuál sería?

No hay diferencia entre estos dos términos, la tenencia tiene que darse para uno de los progenitores quien demuestre mejores condiciones y que sea idónea para poder cuidar y criar al niño, niña y adolescente.

4. Existe norma expresa que determine cuáles son los sujetos procesales que pueden intervenir en los incidentes de modificación o cambio de tenencia. ¿Cuál sería?

El artículo 118 del Código de la Niñez y adolescencia habla exclusivamente que la tenencia se da entre los mismos progenitores y el juez debe resolver a su conveniencia y hacer prevalecer el interés superior del niño, niña y adolescente.

5. ¿Considera usted que el contenido del artículo 119 del CONA, conlleva a cometer errores a los profesionales del derecho en la presentación de demandas, en relación a la intervención de las partes procesales?

Considero que no, el artículo 119 del CNA es muy claro y específico, al determinar exclusivamente en su parte pertinente que las modificaciones de las resoluciones de tenencia se la darán exclusivamente entre los mismos progenitores, todo abogado debe saberlo

6. ¿Usted como juez(a), ha tomado como decisión la inadmisibilidad de una demanda de tenencia de un niño, niña y adolescente, en vista de que no la han interpuesto los progenitores por alguna circunstancia e intervienen los terceros (abuelos, tíos)?

¿Dónde queda el derecho del menor, si debe prevalecer el interés superior del niño?

Sí se puede determinar que la tenencia está regulada específicamente en el Código de la Niñez y Adolescencia porque es un derecho exclusivo de la familia; las tutelas y curadurías en general es una materia Civil y es allí donde intervienen terceros, por ende, solo los progenitores pueden solicitar esta figura jurídica.

Análisis

Dentro del título tercero que determina sobre la figura de la tenencia como lo determina la administradora de justicia, que solo son los progenitores que deben solicitar la tenencia y el incidente de modificación, no puede ingresar un tercero porque ya se estaría hablando de otras figuras jurídicas establecidas en el Código Civil, por ende si se tratara que los abuelos ya sean maternos o paternos tienen al menor y uno de los cónyuges no esté vivo el que tenía la tenencia, puede el otro progenitor sobreviviente a poner una demanda de recuperación de menor.

4.2 Verificación de la idea a defender

La falta de claridad jurídica en el contenido del artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), no establece de forma clara y precisa la intervención de sujetos procesales en las causas que se refieren a incidentes de modificación o cambio de tenencia de niños, niñas y adolescentes.

La Constitución de la República del Ecuador como norma suprema, la Convención de los derechos del niño y el Código de la Niñez y Adolescencia son aquellas normas y tratado internacional que son garantistas de los derechos de niñas, niños y adolescentes, por ende la figura de tenencia establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118, determina que “ 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”, pero así como existen en el régimen de visita y pensión de alimentos incidentes, la institución de la tenencia como tal, también determina un solo incidente y está determinado en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia que es la modificación de tenencia, en la que no consta de forma expresa y clara quien podría solicitar un incidente de modificación de tenencia, puesto que, acorde al análisis e interpretación de las entrevistas hechas a las autoridades judiciales y a la especialista en materia de niñez y adolescencia, se pudo llegar a que el presente trabajo de titulación no da por válida la idea a defender, puesto que las

autoridades han manifestado que la tenencia es una figura exclusiva que solo los progenitores son los encargados de solicitar la tenencia y a su vez son los encargados de solicitar el incidente de modificación.

Cuando se trata de un divorcio se fundamenta en el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, en estos tipos de demandas para que sea disuelto de forma espontánea el matrimonio debe primero regular la situación socioeconómica de los hijos, por ende, se resuelve la tenencia, visitas y alimentos. Como normas conexas existe una indeterminación en relación a los sujetos procesales, como lo establece el artículo 269 del Código Civil “En caso de inhabilidad física grave de ambos padres, o cuando sea contrario al interés superior de niños, niñas y adolescentes, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas idóneas.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes” (CIVIL, LEXIS S.A., 2022); no obstante que el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 119 no determina de forma clara y precisa los sujetos procesales, así como en las otras figuras jurídicas establecen y ostentan que otros familiares colaterales consanguíneos pueden solicitar, debiendo prevalecer más el interés superior del niño.

CONCLUSIONES

- ✓ Del análisis realizado, se determinó que la norma que regula la figura de tenencia en el Título III del Código de la Niñez y Adolescencia en relación al artículo 118 y 119 establece que la tenencia el juez confiará el cuidado y crianza a uno de los progenitores, puesto que en el incidente de modificación de tenencia no establece de forma clara y precisa quienes son las partes intervinientes, al contrario en el artículo 269 del Código Civil inciso primero, se puede evidenciar que no existe relación jurídica en los concepto de crianza de los niños, niñas y adolescentes, pues el Código Civil determina que la crianza de los niños, niñas y adolescente podrá ser resuelto a favor de familiares colaterales consanguíneos, y el Código de la Niñez y Adolescencia no lo establece como tal.
- ✓ De las entrevistas realizadas a los administradores de justicia se puede observar que la aplicación del conocimiento jurídico y legal no es suficiente para resolver los regímenes de tenencia, los jueces se limitan exclusivamente a la normal literal del Título III del Código de la Niñez y Adolescencia sin observar normas conexas.
- ✓ Del estudio realizado a la normativa vigente contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia, se observa con claridad jurídica expresa los tipos de incidentes y actores intervinientes en aquellas figuras jurídicas como lo son el régimen de visitas y el régimen de pensión de alimentos, en el régimen de tenencia dentro del Título III no lo establece de manera clara y literal.
- ✓ La Asamblea Nacional Ecuatoriana en los actuales momentos se encuentra tramitando un cuerpo normativo reformatorio al Código de la Niñez y Adolescencia, en este trámite, ya la corte constitucional se ha pronunciado en los cambios conceptuales de la tenencia, pero debería agregarse la identificación de las partes procesales para el cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes ponderando lo contenido en el Código Civil y en el Código de la Niñez y Adolescencia.

RECOMENDACIONES

- ✓ Se recomienda a la función legislativa que debe tomar medidas pertinentes, adecuadas para garantizar el interés superior del niño, que incluya los parámetros adecuados y las reglas de la misma figura jurídica de la tenencia y que especifique de forma clara y precisa los sujetos procesales intervinientes a los procedimientos de tenencia, ya que existe otra norma como es el Código Civil que determina que si ambos progenitor son inhábiles el juez competente le concederá el cuidado personal del niño, niña o adolescente a otra persona idónea.
- ✓ Que los administradores de justicia al momento de resolver un caso de tenencia o de cualquier índole de materia de familia, niñez y adolescencia, sean dictaminados como las normas contenidas en el Código Civil.
- ✓ Que los abogados en libre ejercicio impulsen un pronunciamiento respecto a las partes procesales intervinientes que no constan en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo, Á. (2013). *Derecho de familia* . Madrid, Spain : Dykinson .
- Acedo, Á. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid, Spain: DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.
- Alvarez, C. E. (2006). Metodología: Diseño y desarrollo del proceso de investigación con énfasis en ciencias empresariales. En C. E. Alvarez, *Metodología: Diseño y desarrollo del proceso de investigación con énfasis en ciencias empresariales* (pág. 228). LIMUSA: LIMUSA, S.A de C.V. Grupo Noriega Editores.
- Antón Antón, A., Centeno González, E., Chazarra Quinto, M., Cremades García, P., de Madaria Ruvira, J., García Pondal, L., . . . Unceta Laborda, M. (2010). FILIACIÓN. En *Glosario Jurídico Básico* (pág. 54). San Vicente: Editorial Club Universitario.
- Arnal, J., Del Rincón, D., & Latorre, A. (1992). Investigación educativa: Fundamentos y metodologías. En J. Arnal, D. Del Rincón, & A. Latorre, *Investigación educativa: Fundamentos y metodologías* (pág. 74). Barcelona : EDITORIAL LABOR, S.A. .
- Asamblea Nacional del Ecuador . (14 de MAYO de 2021). *Código de la Niñez y Adolescencia* . QUITO: LEXIS S.A. Obtenido de LEXIS S.A: https://loyal.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_DE_LA_NINEZ_Y_ADOLESCENCIA&query=CONA
- Asamblea Nacional del Ecuador . (14 de Mayo de 2021). *Código de la Niñez y Adolescencia* . Obtenido de https://loyal.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_DE_LA_NINEZ_Y_ADOLESCENCIA&query=CONA
- Asamblea Nacional del Ecuador . (25 de ENERO de 2021). *Constitución de la República del Ecuador* . MONTECRISTI: LEXIS S.A. Obtenido de LEXIS S.A: https://loyal.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&query=CONSTITUCION#I_DXDataRow0
- Augusto, B. (2008). *Derecho de Familia* . Buenos Aires: Tomo I Astrea .
- Barletta, M. (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Lima, Perú: PUCP.
- Bernal Torres, C. A. (2010). Método analítico. En C. A. Bernal Torres, *Metodología de la investigación administración, economía, humanidades* (pág. 60). Colombia : PEARSON EDUCACIÓN, Colombia, 2010.
- Bernal, C. (2010). Técnicas de recolección de información. En C. Bernal, *Metodología de la investigación administración, económica, humanidades y ciencias sociales*. (pág. 194). Colombia : PEARSON EDUCACIÓN, Colombia, 2010.
- Calvillo, S., & Gallart, R. (2021). *Personas y familia* . Mexico : IURE editores, S.A de C.V.
- Castañeda, José Felipe Escajadillo . (01 de Agosto de 2019). *ESCAJADILLO CASTAÑEDA*. Obtenido de ESCAJADILLO CASTAÑEDA: <https://escajadillo.legal/2019/08/patria-potestad-y-tenencia-diferencias/>
- Castillo, C., & Reyes, B. (2015). Método deductivo . En C. Castillo, & B. Reyes, *Guía metodológica de proyectos de investigación social* (pág. 118). Santa Elena : UPSE.

- CIVIL, C. (14 de Marzo de 2022). *LEXIS S.A* . Obtenido de LEXIS S.A: https://loyal.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL&query=CIVIL#i_DXDataRow0
- CIVIL, C. (14 de marzo de 2022). *LEXIS S.A*. Obtenido de https://loyal.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_DE_LA_NINEZ_Y_ADOLESCENCIA&query=CONA
- Friend, R., & María, N. (2018). Relación jurídica entre la muerte presunta y la desaparición forzada según el Código Civil. *USFQ LAW REVIEW* , 85.
- Fumanal, M. (S/N de S/N de 2015). *Muñoz Fumanal Abogados Especializados en Civil y Familia* . Obtenido de <https://abogadosfm.es/el-divorcio-contentencioso/>
- Gustavo, B., & Eduardo, Z. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Inconstitucionalidad del numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, Sentencia No. 28-15-IN/21 (Enrique Herrería Bonnet 10 de Diciembre de 2021). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1iYWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=
- Larrea, J. (1985). *Derecho Civil del Ecuador, Tomo III*. Quito; Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones; cuarta Edición Actualizada.
- Goldstein, Mabel. (2010). Diccionario jurídico. Consultor Magno (p.816)
- Morales, S. (2015). La familia y su evolución . *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 147.
- Murillo, C., & Vázquez, J. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad. *FIPCAEC*, 642-643.
- Navarro, F. (2020). INTUITU PERSONAE. En F. Navarro, *Diccionario de latinajos jurídicos* (pág. 110). España: Wolters Kluwer España, S.A.
- Palomeque, Christyan. (S/N de Julio de 2017). *El Divorcio sus procedimientos en el Código* . Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/28256/1/TESIS.pdf>
- Pérez Contreras, M. d. (2010). *Derecho de familia y sucesiones* . Mexico : Nostra Ediciones, 2010 .
- Roca, E., Seijas, J., Santana, E., Gonzalo, E., Rebolledo, A., Marin, C., . . . Perez, A. (2014). *ESPECIALIDADES EN DERECHO DE FAMILIA*. Madrid : DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.
- Simon Campaña, F. (2021). *Manual de derecho de familia* . Quito-Ecuador : Cevallos, Editora Juridica .

ANEXOS

Anexo 1 Guía de entrevista a *Especialista en materia de Niñez y Adolescencia*



UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
CARRERA DE DERECHO
TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR: Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, año 2022.



INVESTIGADORA: Karoline Alcívar Reyes

ENTREVISTAS A UNA EXPERTA EN MATERIA DE FAMILIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA PROVINCIA DE SANTA ELENA

OBJETIVO: Evaluar los criterios de los Jueces de la Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, aplicados en base a la indeterminación de las partes procesales en lo que corresponde a los incidentes de modificación o cambio de las resoluciones sobre tenencia de niños, niñas y adolescentes.

Estimados Jueces de Familia de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena: Sírvase a responder las siguientes preguntas, en la que permitirá profundizar aspectos relevantes en esta investigación.

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?
2. ¿Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores?
3. ¿Considera usted que el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia que habla sobre la modificación y en el segundo inciso sobre el cambio, vendrían a ser estos como incidentes de la tenencia?
4. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?
5. ¿Cuáles son los sujetos procesales que intervienen en un incidente de modificación de tenencia y cambio de tenencia?

Anexo 1 Guía de entrevista a Especialista en materia de Niñez y Adolescencia

Anexo 2 Guía de entrevista a Jueces de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena



UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR:

Indeterminación de las partes procesales que intervienen en el procedimiento de modificación o cambio del régimen de tenencia de niños, niñas y adolescentes; Provincia de Santa Elena, año 2022.

INVESTIGADORA: Karoline Alcívar Reyes



ENTREVISTAS A LOS JUECES DE FAMILIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA PROVINCIA DE SANTA ELENA

OBJETIVO: Evaluar los criterios de los Jueces de la Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, aplicados en base a la indeterminación de las partes procesales en lo que corresponde a los incidentes de modificación o cambio de las resoluciones sobre tenencia de niños, niñas y adolescentes.

Estimados Jueces de Familia de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena: Sírvase a responder las siguientes preguntas, en la que permitirá profundizar aspectos relevantes en esta investigación.

1. ¿Cuál son los parámetros jurídicos que el juez considera para otorgar la tenencia a unos de los progenitores, dentro de una causa?
2. Cuáles son los incidentes dentro de la figura jurídica de tenencia de menores
3. Existe diferencia jurídica entre el incidente de modificación y cambio de tenencia. ¿Cuál sería?
4. Existe norma expresa que determine cuales son los sujetos procesales que pueden intervenir en los incidentes de modificación o cambio de tenencia. ¿Cuál sería?
5. ¿Considera usted que el contenido del artículo 119 del CONA, conlleva a cometer errores a los profesionales del derecho en la presentación de demandas, en relación a la intervención de las partes procesales?
6. Usted como juez(a), ha tomado como decisión la inadmisibilidad de una demanda de tenencia de un niño, niña y adolescente, en vista de que no la han interpuesto los progenitores por alguna circunstancia e intervienen los terceros (abuelos, tíos, hermanos). ¿Dónde queda el derecho del menor, si debe prevalecer el interés superior del niño?

Anexo 2 Guía de entrevista a Jueces de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena

Anexo 3 Fotografía con la Abogada experta en materia de niñez y adolescente



Anexo 3 Fotografía con la Abogada experta en materia de niñez y adolescente

Anexo 4 Fotografías con los Jueces de Familia de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena



Anexo 4 Fotografías con los Jueces de Familia de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena

Anexo 6 Sentencia de la causa No 24201-2015-02002

FUNCION JUDICIAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial.gob.ec

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN SANTA ELENA, DE LA PROVINCIA DE SANTA ELENA

No. proceso: 24201-2015-02002
No. de ingreso: 4
Acción/Infracción: TENENCIA
Actor(es)/Ofendido(s): FALZONE BRAVO VINCENZA GIOVANNA
Demandado(s)/Procesado(s): CORRAL GUTIERREZ VICTORIA CATALINA PAREJA MONCAYO LUIS ERIQUE

Fecha Actuaciones judiciales
22/11/2021 INADMITIR RECURSO DE APELACION

15:17:00
Santa Elena, lunes 22 de noviembre del 2021, las 15h17. VISTOS: Agréguese al proceso la razón actual que precede, téngase en cuenta para los fines de ley. En lo principal, en virtud de la razón asentada por el actor de este despacho, por no haberse fundamentado dentro del término legal (Art. 258 COGEP), se inadmita y se le tiene como NO interpuso el recurso de apelación solicitado por la parte actora Sr. FALZONE BRAVO VINCENZA GIOVANNA junto con su Defensa Técnica, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 259 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Por lo expuesto, las partes están al total contenido del auto resolutorio que antecede. NOTIFIQUESE.

21/10/2021 SENTENCIA Y/O RESOLUCION

15:02:00
Santa Elena, jueves 21 de octubre del 2021, las 15h02. VISTOS: Se lleva a cabo la Audiencia Única dentro de la causa de Incidente de Cambio de Tenencia No. 2015-02002. De fs. 717 a 720. De los autos comparece ante esta Unidad Judicial y Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Santa Elena, de la señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, demandando a los señores Víctor Catalina Corral Gutiérrez actual paterna y al señor Luis Enrique Pareja Moncayo, abuelo paterno indicando: (...) Debo manifestar a usted señor juez que la ley establece que la tenencia le corresponde tanto al padre como a la madre; ante el fallecimiento del señor Mauricio Fernando Pareja Correal, corresponde como madre legítima obtener la tenencia de mi hijo Pareja Falzone Adriano Sebastián... Solicita el cambio de tenencia al mismo que no afecta patrimonialmente a mi hijo menor de edad, mas por el contrario la genera protección y mejor cuidado (...). En los fundamentos de derecho de la demanda señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, textualmente dice: Conforme se justifica en la presente acción el proponente de mi hijo ADRIANO SEBASTIAN FALZONE, falleció en el 24 de diciembre del 2020 y por lo tanto no corresponde solicitar la modificación de tenencia, pues este elemento solo procede entre padres, siendo que en la actualidad mi hijo menor de edad se encuentra en el domicilio de los abuelos paternos, CORRESPONDE REQUERIR DE ESTA AUTORIDAD COMPETENTE EL CAMBIO DE TENENCIA, en observancia a lo tipificado en el Art. 119 inciso segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (...). La pretensión clara y precisa que se exige dentro del presente incidente de cambio de tenencia del menor es que la autoridad judicial competente otorgue a favor de la actora la presente causa señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, la tenencia del menor de edad y hijo legítimo niño Adriano Sebastián Pareja Falzone, de ocho años de edad a la presente fecha, tal como establece el Art. 119 inciso Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, (...) Mediante el Procedimiento Sumario de acuerdo al Art. 333 No. 4 del Código Orgánico General de Procesos en dos etapas procesales 1.- SANEAAMIENTO, FIJACION DE LOS PUNTOS DE DEBATES Y CONCILIACION, Y 2.- PRUEBAS Y ALEGATOS, habiendo otorgado la resolución en forma Oral. Por lo siendo el estado de la causa el de recibir en forma escrita y encontrándose dentro del término dispuesto en el artículo 93 Planafó segundo del Código Orgánico General de Procesos se considera lo siguiente: PRIMERO.- MENCION DEL JUZGADOR.- Sr. Néstor Néstor Gámez Alvarado, en mi calidad de Juez Titular de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de esta Unidad Judicial, mediante acción de personal N°328-DNTH-2014 del 14 de Agosto del 2014, ascendido por la Dirección General del Consejo de la Judicatura, en mérito a los méritos de ley correspondiente para concurrir en su título y resolución de conformidad con el Art. 175 de la Constitución del Ecuador, Art. 233 del Código Orgánico de la Función Judicial en mérito al cargo de ley.- SEGUNDO.- IDENTIFICACION DE LAS PARTES PROCESALES.- La presente causa es de Incidente de Cambio de Tenencia seguida por Vicenza Giovanna Falzone Bravo contra Víctor Catalina Corral Gutiérrez actual paterna y al señor Luis Enrique Pareja Moncayo, abuelo paterno - TERCERO.- SANEAAMIENTO.- Dentro de la Audiencia Única se le concedió la palabra a la parte

Página 1 de 13

Fecha Actuaciones judiciales
demandada quien no ha propuesto excepción previa, lo que se resuelve mediante auto interlocutorio conforme al Art. 153 del Código General de Procesos. Con respecto a la Validz del proceso: Las partes procesales han manifestado que no existen vicios de Nulidad dentro de la presente causa. Por lo que mediante auto interlocutorio resuelve el suscrito Juez declarar válido todo lo actuado ya que la misma reúne las solemnidades sustanciales correspondientes a la presente causa de conformidad a lo dispuesto en el Art. 107 ibídem. Auto que no ha sido recurrido por ninguna de las partes procesales.- CUARTO.- LA RENUNCIACION DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS DE LA DEMANDA.- En la Audiencia Única a pedido de las partes procesales se dictó el auto interlocutorio resolviendo declarar como objeto de la controversia: "Establecer la procedencia del cambio tenencia del niño Adriano Sebastián Pareja Falzone, a favor de su madre Vicenza Giovanna Falzone Bravo". Fundamentación de la demanda: Sr. Ab. Ana María Tapia Balcón, con matrícula de foro de abogado No. 24-1993-3, en representación de la señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, manifestó lo siguiente la señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, solicita se cambie la resolución de tenencia de su hijo ya que la tenía el padre del niño y falleció en el 2020, los abuelos paternos presentaron medidas de protección y me fue arrebatado el cuidado del niño de tenencia a favor de la señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, Convocatoria de la demanda: Sr. Carlos Humberto Fuentes Cristóbal, con matrícula de foro de abogado No. 24-2015-78, mediante escrito de fecha 22 de junio del 2021 a las 15h00, se contestó la demanda de modificación de tenencia se da a conocer de manera objetiva es improcedente pedir la modificación de Tenencia, en la prueba usted podrá analizar la resolución que da la custodia familiar a los señores Víctor Catalina Corral Gutiérrez actual paterna y al señor Luis Enrique Pareja Moncayo, se presentó algunos medios probatorios justificativos a la sociedad la improcedencia modificación de tenencia, Se llega a la etapa de Conciliación: De las partes sin que esto de ninguna manera implique adelantar criterios respecto del derecho que cada uno no pudiendo llegar a un acuerdo conciliatorio, Anuncio y Atribución de Pruebas: Pruebas de la actora del presente incidente: 1.- Original de certificado de defunción del señor Mauricio Fernando Pareja Correal, 2.- Certificado de nacimiento del niño Adriano Sebastián Pareja Falzone, 3.- Certificado matriculado laboratorio clínico centro de salud Tipo C Venecia de Valdivia, 4.- Copia certificada resolución primera instancia 28 de octubre del 2020 y copia certificada resolución de segunda instancia de fecha 10 de febrero del 2016, 5.- Certificada estudio psicólogo Terapeuta Christian Borber, atención realizado al niño Adriano Sebastián Pareja Falzone, fs. 698 Pruebas Escritas: Seas escuchado el niño Adriano Sebastián Pareja Falzone, en audiencia reservada, Declaraciones de parte de Victoria Catalina Corral Gutiérrez, Luis Enrique Pareja Moncayo y Vicenza Giovanna Falzone Bravo, Pruebas Testimoniales: Bravo Aulín Espinosa Vélaz y Vicente Antonio Aguirre Alarcón, Pruebas Periciales: Informe del Departamento Médico y psicológico al niño Adriano Sebastián Pareja Falzone enterao social tanto domicilio materno como con sus abuelos paternos.- Anuncio de Prueba del Demandado 1.- Impresión íntegra sistema Sate 24201-2015-185, impresión presentada por Mauricio Fernando Pareja Correal en contra de Vicenza Giovanna Falzone Bravo; 2.- Impresión INADMITIR RECURSO DE APELACION, en contra de Vicenza Giovanna Falzone Bravo en contra de Roberto Andrés Bermúdez Cedeño, 3.- Impresión Íntegra Sistema Sate desde, mantiene la señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, 4.- Certificado Unidad Educativa Inmova representación legal niño S.- Fotografías del niño Adriano Sebastián Pareja Falzone, en compañía de la familia paterna. QUINTO.- Problema jurídico: La importancia de realizar dicha selección en esta. La convicción de los jueces se formula a partir de los elementos aportados al debate. El término probar en el contexto jurídico, significa demostrar la realidad de los hechos, lo cual es igual a "aquello que sirve para establecer que una cosa es verdadera." En ese mismo entorno, tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado soluciones distintas al problema planteado. De modo general, podemos afirmar que los tratamientos más o menos uniformes reconocen que todo aquel que pretende probar algo debe inicialmente analizar los siguientes motivos: el fondo de la prueba, lo que se pretende probar, cuales medios se pueden utilizar y observancia de las formas legales y su pertinencia. Solución para determinar el modo de prueba lícito en cada caso se obtiene analizando individualmente los problemas planteados. No podemos olvidar que el rol de los jueces es circunscribirse a administrar justicia, y para ello deben primero comprobar cuál es la verdad de todo proceso. Para lograrlo, los abogados están obligados a proporcionar los medios de prueba idóneos para la formulación de su criterio (...). En relación con la valoración de la prueba, nuestro sistema procesal manda que ha de regirse por las reglas de la sana crítica, sin que en el código de la materia se especifique cuáles son, estableciéndose la obligación de cumplir las solemnidades legales prescritas para cada una de ellas. Doctrinariamente la sana crítica, remite también de la persuasión racional, es la posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, donde el juezador forma su criterio a través de un proceso lógico jurídico que le da al hilo conductor para emitir a una decisión, debiendo expresar los motivos y razonamientos que la fundamentan a la resolución, como dice Jorge Bories Torres en su libro "El Juicio Oral en Cuba", página 174, "la cita, conocida como de la sana crítica racional, en la cual el órgano juzgador debe exponer en su sentencia los motivos por los cuales rechaza unas pruebas y acepta otras, sometiendo al control de las partes y del órgano superior esa actuación. Esta última variante, propia del sistema mixto, resulta más transparente y permite su debido control, a diferencia de la arbitrariedad, arbitraria al sistema acusatorio oralizado, en la cual se prohíbe esa control y se afecta la comprensión del tal ejercicio evaluativo de la prueba". (...). (Las negritas son de esta autoridad jurisdiccional), esa misma Sala en fallo de casación No. 684-08 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 132 del 19 de febrero del 2010, también ha dejado perfectamente precisado lo siguiente: "(...). La Sala considera relevante señalar que el sistema procesal Ecuatoriano fundamenta la valoración de la prueba en las reglas de la sana crítica, SIN QUE EXISTA NORMA ALGUNA QUE EN FORMA TAXATIVA SEÑALE CUALES SON DICHAS REGLAS, facultando por tanto al juzgador, para que con análisis de la prueba aportada por las partes, la aplicación de su conocimiento y el consejo de su experiencia, en un proceso lógico-jurídico, forme su convicción que motivadamente lo consignará en su fallo. (...)".

Fecha Actuaciones judiciales
(Las mayúsculas son de esta autoridad jurisdiccional). En los fundamentos de derecho de la demanda presentada por la señora Vicenza Giovanna Falzone Bravo. Textualmente dice: Conforme se justifica en la presente acción el proponente de mi hijo ADRIANO SEBASTIAN FALZONE, falleció en el 24 de diciembre del 2020 y por lo tanto no corresponde solicitar la modificación de tenencia, pues este elemento solo procede entre padres, siendo que en la actualidad mi hijo menor de edad se encuentra en el domicilio de los abuelos paternos, CORRESPONDE REQUERIR DE ESTA AUTORIDAD COMPETENTE EL CAMBIO DE TENENCIA, en observancia a lo tipificado en el Art. 119 inciso segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (...). Debemos dejar claramente establecido que el sistema procesal Ecuatoriano, sustenta la valoración de la prueba, en las reglas de la sana crítica que debe aplicar el juzgador. Sin que exista norma expresa que señale cuáles son dichas reglas, dejando en la parte baja la potestad del juzgador, para que con análisis de las pruebas aportadas por las partes, el uso de su conocimiento que sumado al consejo de su experiencia, forme la convicción que motivadamente la expresará en su sentencia, (...). (Las mayúsculas son de esta autoridad jurisdiccional) SEXTO.- En el caso sub iudice del control sobre la demanda y la documentación presentada con lo que se solicita a través de la actora Vicenza Giovanna Falzone Bravo, demanda a los señores Víctor Catalina Corral Gutiérrez actual paterna y al señor Luis Enrique Pareja Moncayo, abuelo paterno (...) Debo manifestar a usted señor juez que la ley establece que la tenencia le corresponde tanto al padre como a la madre; ante el fallecimiento del señor Mauricio Fernando Pareja Correal, corresponde como madre legítima obtener la tenencia de mi hijo Pareja Falzone Adriano Sebastián (...). Solicita el cambio de tenencia al mismo que no afecta patrimonialmente a mi hijo menor de edad, no se apresta en los insumos de esta causa que los abuelos paternos señora Victoria Catalina Corral Gutiérrez y Luis Enrique Pareja Moncayo, están ejerciendo la tenencia o la patria potestad, conjunto de derechos y obligaciones exclusivas de los padres, respecto del menor Adriano Sebastián Pareja Falzone, facultad que corresponde exclusivamente según el artículo 118 del Código de la Niñez, a los padres del niño, 2) la actora no ha justificado cuál es el motivo de no haber ejercido directamente las obligaciones exclusivas que ejercen los padres, según la facultad al antes referido artículo 118 ibídem, 3) La patria potestad, cuidado y protección de los hijos, son obligaciones, deberes y atribuciones exclusivas de los padres, cuya facultad de acuerdo a lo antes citado, no es potestad de los abuelos de línea paterna o materna, 4) De lo que se colige que los señores Victoria Catalina Corral Gutiérrez actual paterna y el señor Luis Enrique Pareja Moncayo, no son los legitimados pasivos en la presente causa de Modificación de Tenencia, más aún que el proceso inició, como parte actora el señor Mauricio Fernando Pareja Correal (padre del menor motivo de la presente acción) y no a los abuelos paternos señora Victoria Catalina Corral Gutiérrez y Luis Enrique Pareja Moncayo, dentro de este proceso no ejercen sobre el niño Pareja Falzone Adriano Sebastián, la tenencia Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, (...). Presidencia.- Cuente el Juez estas más concretamente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los PROGENITORES, sin afectar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia según las reglas del artículo 106.- Por lo que está en este proceso la falta de legitimación en la causa o falta de legitimado ad causam SEXTO.- Con relación a que "(...). EL JUZGADOR NO SOLO DEBE MIRAR LA REALIDAD APARENTE, también creado por las partes, SON LA REALIDAD OBJETIVA Y REAL. De allí entonces, que estas mismas pruebas demuestran manifiestamente que existe en este proceso la falta de legitimación en la causa o falta de legitimado ad causam", que según las enseñanzas del jurista uruguayo Dr. Enrique Vázquez Luzzo constata en lo siguiente: "(...). La legitimación procesal (en el sentido de legitimación en la causa), en la contienda legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio. En el caso sub iudice, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales partes en el proceso. (...) la legitimación, entonces, es un presupuesto de la sentencia de mérito, el cual, previamente (como en términos lógicos) a la decisión, debe analizar si las partes que están presentes en el proceso (las partes) son las que deben estar, esto es, aquellas que son los titulares de los derechos que se discuten. (...) (Las mayúsculas son de esta autoridad jurisdiccional)". Tercera General del Proceso, Segundo edición actualizada, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá.- En cumplimiento de la atribución posición doctrinal la contra Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) en múltiples e innumerables fallos de casación de más de treinta millones no ha bastado sobre las vicencias y representaciones de la falta de legitimación en la causa o falta de legitimado ad causam, como se expresa en el fallo de casación No. 189-2001 publicado en el Registro Oficial No. 303 del viernes 22 de junio del 2001, donde de hecho se invocan otros fallos de casación dictados en el mismo uniforme sentido, en el cual se ha sostenido acertadamente lo siguiente: "(...). ESTA SALA, EN NUMEROSAS RESOLUCIONES, SE HA REFERIDO AL TÍTULO DE LA FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA O LEGITIMADO AD CAUSAM, QUE SIENDO FUNDAMENTAL SIN EMBARGO NO HA SIDO SUFICIENTEMENTE DESARROLLADO EN NUESTRA LITERATURA JURIDICA POR LO QUE HAY GENERAL OMBUSION. CONFINUENDOLA INCLUSIVE CON LA LEGITIMACION DE PERSONERIA O LEGITIMATIO AD PROCESSUM así aparece, entre otros, en los fallos No. 438 - 98 de 19 de junio de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 314 - 2000 de 25 de julio de 1998, entre otros, en los fallos No. 438 - 98 de 19 de junio de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 314 - 2000 de 25 de julio de 2000, publicada en el Registro Oficial No. 340 - 04 de agosto del mismo año; No. 402 - 99 de 13 de junio de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 273 - 01 de 9 de septiembre de 1999, en esta última resolución señala que la falta de legitimación en la causa (legitimado ad causam), "consta en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho autoral discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues se trata de una ley que permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los débidos y probos cosa juzgada sustancial. Sobre esta línea, el profesor Hernando Denis Echanda expresa que para que haya legitimado

Página 3 de 13

Fecha Actuaciones judiciales
ad causam "No se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que significa que está siempre sustancial), sino del interés en que se decide si efectivamente existe (y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista). Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el acto hecho de pretender ser heredero o dueño, pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por lo tanto la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda. Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica existe en verdad, que el demandado es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a su favor" (Compendio de Derecho Procesal) Tercera General del proceso. Torres, pp. 269 - 270. Más adelante, en el mismo libro, se refiere a la legitimación en la causa o falta de legitimado ad causam: "DETERMINAR NO SOLO QUIENES DEBEN OBRAR EN EL PROCESO CON DERECHO A OBTENER SENTENCIA DE FONDO. SIÑO, AL CUANDO EL DEMANDADO HA DEMANDADO A QUIEN NO TIENE EN ABOLUTO LEGITIMACION EN LA CAUSA, POR PERSONAS DIVERSAS A QUIEN EJERCE EL DERECHO PATRIA POTESTAD que solo es facultad de los padres que no la herencia BI CUANDO AQUELLOS DEBIAN SER PARTE EN ESAS POSICIONES, PERO EN CONCURRENCIA CON OTRAS PERSONAS" (obra citada, pp. 268 - 269). A continuación (p. 268) el mismo autor dice: "... PERO QUE POR MANDATO LEGAL, EXPRESO O TACITO NO TENGAN ELLOS EL DERECHO A FORMULAR TALES PRETENSIONES O A CONTRAVERTIR LA DEMANDA. EN ESTE CASO LA LEGITIMACION ESTARIA INCOMPLETA Y TAMPOCO SERA POSIBLE LA SENTENCIA DE FONDO. SE TRATA DE SUPLENCONARIO NECESARIO. (...) (Las mayúsculas son de esta autoridad jurisdiccional), y aún más, la misma entidad Corte Suprema de Justicia y la doctrina han sido también unánimes en sostener que "la falta de legitimación en la causa o falta de legitimado ad causam", debe y puede ser declarada sin el oficio de declarar por el Juez de la causa, desestimando así la acción judicial deducida, aunque no hubiere sido expresamente alegada como excepción por la parte procesal (así como en el caso sub iudice si fue alegada expresa y oportunamente por el demandado), por ser un presupuesto esencial de toda sentencia de mérito o de fondo, como se puede observar en el fallo de casación No. 285-2001, publicado en el Registro Oficial No. 420 del 26 de septiembre del 2001, al sostener acertadamente lo siguiente: "(...). Pasa a que, en el recurso de casación la recurrente no se ha podido identificar plenamente el vicio; la fundamentación muestra, a criterio de esta Tribunal, una referencia expresa a la fatibada falta de legitimación en la causa o falta de legitimado procesal: CABE ADVERTIR QUE POR SER ESTA UN PRESUPUESTO DE TODA SENTENCIA DE FONDO O MERITO, SU FALTA DEBE DECLARARSE AUN DE OFICIO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA EN LA SENTENCIA, INCLUSIVE EN LOS CASOS EN QUE NO SE ENCUENTRE PLANTEADE COMO EXCEPCION AL RESPECTO, el autor colombiano Hernando Denis Echanda analiza: "La debida legitimación en la causa constituye un presupuesto sustancial para que el Juez pueda proferir sentencia de fondo y mérito, y no una excepción ni un impedimento procesal. Si al momento de decidir la lite, el Juez encuentra que falta esta condición para la sentencia de fondo o mérito, debe declararlo así oficiosamente Y LIMITARSE A PROFERIR UNA SENTENCIA INHIBITORIA (Tercera General del proceso, Tomo 1, Décima edición, Editorial Temis, Bogotá, página 272); (...)". (Las mayúsculas son de esta autoridad jurisdiccional) en el mismo sentido se ha pronunciado en fallo de casación No. 215-2001 publicado en el Registro Oficial No. 378 del viernes 27 de julio del 2001.- Por la motivación antes expuesta y sin ser necesario hacer otras consideraciones e infructuoso Juez de esta Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRAMIENTO DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA declara SIN LUGAR la demanda planteada por Vicenza Giovanna Falzone Bravo contra Víctor Catalina Corral Gutiérrez y Luis Enrique Pareja Moncayo, por la manifiesta falta de legitimado ad causam en la que ha intentado el haber ejercido su acción Cambio de Tenencia contra los abuelos paterno, quienes no son los legitimados pasivos por no ejercer las atribuciones exclusivas de padre como se ha analizado y en el establecido en los artículos 106 y 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, y por ende deben respetarse los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica, dejando a salvo su derecho de iniciar en la ley y debida forma. Auto interlocutorio: de admisibilidad de las pruebas mismo que hay apelado por actor recurso que se concede recurso en efecto diferido. Por cuanto dentro de la audiencia única una vez dictada la resolución de forma oral, la parte ACTORA, interpuso el Recurso de Apelación, el suscrito juez, concurra el recurso en un estado de suspensión de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 333 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos. De conformidad con lo que establece el art. 284 del Código Orgánico General de Procesos en cosas procesales se establece que ninguna de las partes ha litigado de forma abulosa, maliciosa, temeraria o con deslealtad procesales.-Notifíquese.

Anexo 6 Sentencia de la causa No 24201-2015-02002