



**UNIVERSIDAD LAICA “ELOY ALFARO” DE MANABI
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

TEMA:

**“LA TENENCIA DE UN MENOR CUANDO LA MADRE
SUFRE DE ESQUIZOFRENIA”**

TRABAJO DE GRADO

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

AUTORA:

MARIA LEONOR GUILLEN BELLO

Tutor:

Dr. Fausto Alarcón Cedeño.

Manta - Manabí - Ecuador

2015

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por ser pieza fundamental a lo largo de mi vida, por todo el apoyo que me han dado, sobretodo en el transcurso de mi carrera universitaria.

A mis hermanos, amigos y a todas las personas que me ayudaron para que pudiera seguir estudiando, en especial a Romina González.

A los docentes de la Facultad de Derecho, quienes compartieron todos sus conocimientos y nos dedicaron algo muy preciado, su tiempo, sobre todo a mi director de tesis.

Muchas Gracias.

DEDICATORIA

Dedico el trabajo de investigación a mis padres y hermanos quienes son en mi vida un apoyo constante.

A mi hijo que es la razón de mi vida.

Y a las personas que de alguna forma ayudaron a la culminación de mi carrera.

CERTIFICACIÓN

Por medio del presente CERTIFICO haber dirigido a la señora egresada: Guillén Bello María Leonor, en la elaboración de su tesis de grado, cuyo tema es **“LA TENENCIA DE UN MENOR CUANDO LA MADRE SUFRE DE ESQUIZOFRENIA.”**; la cual fue realizada y corregida en todas sus fases por mi persona.

Atentamente,

Dr. Fausto Alarcón Cedeño

Director de Tesis

DECLARACIÓN EXPRESA

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestos en esta tesis, nos corresponden exclusivamente; y el patrimonio intelectual de la misma a la Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí.

María Leonor Guillén Bello

INTRODUCCIÓN.

El presente estudio se realizó con ejemplos de personas que solicitaban la tenencia y tenían síndrome con esquizofrenia paranoide internos en el Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil, durante el año 2016. Se realizó con el objetivo de caracterizar la dinámica familiar de estos pacientes, puesto que durante la práctica clínica se evidenció que las familias de estos pacientes tenían dinámicas familiares de diversas características por lo que se consideró necesario la investigación de las mismas pues es de más conocido a través de la teoría que de la dinámica familiar en que se desenvuelven los pacientes esquizofrénicos depende su estabilización o la precipitación a las crisis. Se trabajó con un diseño no experimental, descriptivo, transversal, de tipo mixto. Los resultados obtenidos indicaron que la mayoría de estas familias mantienen relaciones muy estrechas o cercanas o bien relaciones conflictivas o distantes; se encontró que son familias que por lo general: permanecen unidas, se manifiestan el afecto que se tienen, no dudan en buscar apoyo externo ante situaciones de crisis, no tienen claridad en la distribución de roles, se adaptan a los cambios por resignación, no mantienen diálogos debido a relaciones conflictivas o distantes y suelen perder la armonía familiar debido al comportamiento irritable de los pacientes. En la investigación de este trabajo, tendremos información, sobre las personas que al momento de discutir si están aptas o no para el cuidado de sus hijos si padecen de esta enfermedad los juzgadores tendrán o no la suficiente información para resolver el cuidado de sus hijos a una persona que sufre y depende de este problema para subsistir.

El proceso relacional de las familias constituye la base sobre la cual descansa la comprensión de la vida psicológica de las mismas puesto que sus miembros sufren cambios que desestabilizan al grupo, algunos provenientes del propio desarrollo evolutivo y otros provenientes del medio social. Considerando esta última especificación, es innegable la influencia directa de las relaciones intrafamiliares sobre la estabilidad de la salud psicológica de los individuos.

Dentro del desarrollo de la práctica profesional en el manejo individual de los casos de pacientes con esquizofrenia paranoide se evidenció que éstos forman parte de familias que presentan dinámicas familiares diversas. Como es por demás conocido la estabilidad emocional de la familia influye en la estabilidad de las personas que padecen de este trastorno pues una dinámica familiar conflictiva o disfuncional incrementaría la posibilidad de recaídas.

INDICE

AGRADECIMIENTO.....	2
DEDICATORIA.....	3
CERTIFICACIÓN.....	4
DECLARACIÓN EXPRESA	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I	12
1.1 Tema.....	12
1.2 Formulación del problema.....	12
1.3 Objetivos	12
1.4 Preguntas de investigación	13
1.5 Métodos y Técnicas de Investigación	13
1.6 Objeto de la investigación	15
1.7 Campo de acción.....	15
1.8 Lugar y tiempo.....	15
1.9 Línea de investigación	15
CAPÍTULO II	16
MARCO TEORÍCO.....	16
2.1 Significación Práctica.....	17
2.2 Novedad Científica	17
2.3 La Tenencia.....	18
2.3.1 Régimen de la tenencia	18
2.3.2 Identificación de la institución.	21
2.4 Concepto.....	23
2.5 Naturaleza Jurídica.	24
2.6 La Familia	25
2.7 Subsistema Conyugal	25
2.8 Subsistema fraterno	26
2.9 La Familia en constante transformación	28
2.10 Etapa de desarrollo de la Familia.....	29

2.11	Sistema Oral Procesal.....	30
2.12	Constitución de la Republica del Ecuador.....	32
2.13	Código Orgánico General De Procesos.....	37
CAPITULO III	44
3.1	TITULARES DE LA ACCIÓN.....	44
3.1.1	Sujeto Activo.....	44
3.1.2	Criterios técnicos para determinar la tenencia.....	46
3.1.3	Valoración de la prueba.....	54
3.1.4	Indeterminación de reglas para su procedencia.....	59
3.1.5	Jurisprudencia Constitucional.-.....	62
3.1.6	La institución en la Legislación comparativa.....	65
3.1.7	Constitución de la República del Ecuador.....	71
3.1.8	Código de la Niñez y Adolescencia.....	73
3.1.9	La igualdad o no discriminación.....	76
CAPITULO IV	79
	DERECHOS.....	79
4.1.	Derecho a la integridad.....	79
4.2	Derecho a la intimidad personal.....	82
4.3	Derecho a la intimidad familiar.....	84
CAPITULO V	87
	INVESTIGACION DIAGNOSTICA.....	87
5.1	Modalidad básica de la investigación.....	87
5.2	Población y Muestra.....	87
5.3	Técnicas e Instrumentos de recolección de Información.-.....	91
5.4	Análisis de la sentencia.....	91
5.5	La Esquizofrenia.....	101
5.5.1	Definición.....	102
5.5.2	Esquizofrenia Paranoide.....	103
5.5.3	El Mundo de las personas con Esquizofrenia.....	104
5.5.4	Alucinaciones e Ilusiones.....	104
5.5.5	Trastorno del Pensamiento.....	105
5.5.6	Expresión Emocional.....	106

5.5.7 La diferencia entre lo normal y lo anormal	106
5.5.8 Síntomas	107
5.5.9 Inicio de la enfermedad y población afectada.	110

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPITULO I

1.1 Tema

“La tenencia de un menor cuando la madre sufre de esquizofrenia”

1.2 Formulación del problema

¿Qué características presenta los requerimientos judiciales de pacientes con Esquizofrenia Paranoide internos en el Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil?

1.3 Objetivos

Objetivo general

Caracterizar los requerimientos judiciales de pacientes y su solicitud de Tenencia de pacientes con Esquizofrenia Paranoide internos en el Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil.

Objetivos específicos:

-Identificar el tipo de relaciones presentes en la dinámica de las familias de pacientes con Esquizofrenia Paranoide internos del Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil.

-Identificar las áreas funcionales y disfuncionales de la dinámica familiar de pacientes con esquizofrenia paranoide internos del Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil.

-Caracterizar la pertinencia de la solicitud del requerimiento judicial sobre la tenencia de las personas con esquizofrenia paranoide internos del Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil.

-Consensuar ante los administradores de justicia la importancia de este tipo de requerimiento al momento de resolver.

-Analizar la procedencia o no de resolver la tenencia a favor de un niño, sobre los pacientes que padecen de esquizofrenia paranoide del Hospital Psiquiátrico del Instituto de Neurociencias de Guayaquil.

1.4 Preguntas de investigación

¿Qué tipo de relaciones se presentan al momento de resolver la tenencia de pacientes con Esquizofrenia Paranoide?;

¿Qué áreas funcionales y disfuncionales presenta la dinámica familiar de estos pacientes?;

¿Cuáles son las características que presentan las áreas funcionales y disfuncionales de la dinámica familiar de estos pacientes?

1.5 Métodos y Técnicas de Investigación

Esta investigación se llevó a cabo bajo una perspectiva sistémica en que se considera a la familia como “un grupo de personas que comparten vínculos de convivencia, consanguinidad, parentesco y afecto, y que está condicionado por los valores socioculturales en los cuales se desarrolla”. (LOURO, 2002: 11) Para

estos efectos se trabajó en base a la definición de dinámica familiar propuesta por la profesora e investigadora Patricia Arés (2011): “el proceso vivo e interactivo a partir del cual discurren los cambios, la adaptación a las crisis, los intercambios comunicativos y relacionales, se ponen de manifiesto el sistema emocional, los estilos afectivos, la movilización de redes de apoyo familiar y social”.

Esta investigación fue de tipo no experimental, descriptivo, transversal puesto que no se propuso la manipulación de ninguna variable sino la descripción de la variable *dinámica familiar* durante un período determinado del año 2015.

De la calidad de relaciones establecidas a nivel intrafamiliar depende el bienestar psicológico de la familia y por ser ésta la fuente primaria de apoyo ante situaciones de enfermedad o catástrofe es necesario que mantenga una estabilidad emocional generalizada. Se consideró pertinente la realización del presente trabajo, pues estas familias afrontan una crisis paranormativa que ha afectado de alguna manera su dinámica familiar y ha modificado ciertos aspectos relacionales dentro de la misma que afectan a su vez tanto a pacientes como a familiares, creando situaciones difíciles que van disminuyendo gradualmente la funcionalidad de la dinámica de estas familias.

En nuestro país existen pocos trabajos dirigidos a obtener un mejor conocimiento de la realidad familiar de los pacientes con trastornos mentales, por lo que se consideró conveniente incursionar en esta área de investigación a través de la realización de este estudio, lo cual contribuye enormemente al desarrollo de nuestra ciencia pues se otorga una mirada psicológica desde la perspectiva sistémica a estas familias y sienta las bases para que éstas reciban, en el futuro, intervenciones psicológicas adecuadas.

En correspondencia con lo anteriormente expuesto se consideró que esta investigación era necesaria para la comprensión de la vida relacional y el ambiente emocional en que se desenvuelven estos pacientes, además de servir de base para el desarrollo posterior de estrategias enfocadas al mejoramiento de la calidad de vida de los pacientes y sus familias.

1.6 Objeto de la investigación

Constitución de la República del Ecuador y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

1.7 Campo de acción

La integridad, la intimidad personal y familiar.

1.8 Lugar y tiempo

Esta investigación se realizará en la ciudad de Manta en el año 2015.

1.9 Línea de investigación

Protección de derechos y garantías constitucionales.

CAPÍTULO II

2 MARCO TEORÍCO

En la actualidad la determinación de tenencia de menores requiere de un minucioso balance de las características de ambos progenitores en relación con las necesidades básicas del menor y principalmente en función del interés superior del niño. No basta considerar las características positivas y negativas de aquel padre al cual se le otorga, sino también las de aquel a quien no se la concede. No se trata de elegir al padre ideal, sino de optar entre el padre o la madre de un menor cuya virtud y falencias habrán de evaluarse, y sólo ante una situación extremo se recurrirá a otorgar la tenencia a un tercero. Como regla general, se desaconseja otorgar la tenencia a todo padre que comparativamente al otro, no tenga las condiciones dignas necesarias para la educación del menor. Aquí tiene incidencia la edad del menor, en la medida en que ésta hace variar sus necesidades. La idea es siempre tratar de que el menor goce de las mejores posibilidades a sus alcances para el desarrollo de su infancia y formación integral para su adolescencia: tranquilidad, tiempo y espacio para juego, dedicación, atención, buena alimentación, escolaridad, disciplina, y general, espacio para la creatividad y el equilibrado desenvolvimiento afectivo; recibiendo seguridad y buenos modelos para identificarse.

En el otorgamiento de la tenencia de un menor se trata de encontrar aquél aspecto de los progenitores que comparativamente al otro ofrece una mayor

garantía para el desenvolvimiento del menor. Lo decidido es siempre susceptible de revisión cuando se produzca un cambio de circunstancias que así lo aconseje.

La opinión del menor: Adquiere importancia cuando por edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica, la edad establecida en la ley para que puedan elegir sobre su tenencia los menores, es la de 12 años. La edad del menor.- Es dable presumir que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento en la opinión emitida.

2.1 Significación Práctica

En el presente trabajo se pretende realizar un análisis crítico ya que en la actualidad no existen críticos Jurisprudenciales para la valoración del consentimiento de un niño en la determinación de su tenencia, violentando el derecho constitucional a la integridad personal, la intimidad personal y familiar.

2.2 Novedad Científica

La Tenencia es la responsabilidad que asume uno de los padres del niño o adolescente de velar por su desarrollo integral, y el ejercicio pleno de sus derechos, cuando se encuentren separados. La determinación de tenencia de menores requiere que ambos progenitores tengan características balanceadas en relación con las necesidades básicas del niño, niña o adolescente principalmente en función de su interés superior. Dicha responsabilidad se asume a través del Reconocimiento judicial del Derecho de Tenencia de un hijo. Procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro a un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de éste.

No basta considerar las características positivas y negativas de aquel padre al cual se le otorga la tenencia, sino también las de aquel a quien no se la concede la misma. Se trata de elegir al padre o madre de un menor cuya virtud y falencias habrán de evaluarse. La idea es siempre tratar de que el menor goce de las mejores posibilidades para el desarrollo y formación integral y el equilibrado desenvolvimiento afectivo; recibiendo seguridad y buenos modelos para identificarse. Adquiere importancia la opinión del menor de acuerdo a su edad y madurez para considerarla como personal y auténtica, se presume que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento en la opinión emitida.

2.3 La Tenencia

2.3.1 Régimen de la tenencia

La tenencia dentro del Derecho Civil tiene varios significados, entre estos están los relativos a la tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo. O bien por otra persona en su lugar y a su nombre conforme lo dispone el Art. 715 del Código Civil. La tenencia de menores de edad, sin embargo tiene otro significado. Aunque el legislador sobre esta última institución jurídica no la ha definido, de su procedencia podemos afirmar que se refiere al cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes de uno de los progenitores cuando no existe acuerdo entre ellos, siguiendo las normas prefijadas por el legislador en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 44, consagra: "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".

En efecto, en atención al mandato constitucional, en el artículo 45 *ibídem* se establece que: "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... El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas".

Concretamente, el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé:

"Art. 15.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las

personas, además de aquellos específicos de su edad...". De esta forma, en otros derechos se reconoce el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, en los siguientes términos: "

Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral...".

En este caso los niños, niñas y adolescentes gozan de un cúmulo de derechos fundamentales, que aseguran su desarrollo integral; y sus derechos prevalecen sobre los derechos de las demás personas; razón por la cual los procedimientos judiciales en los que se discuten sus derechos, estos serán consultados y la opinión del niño o adolescente se tendrá en cuenta dependiendo de su edad y madurez. El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 11 establece: "*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. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

En definitiva, si bien la tenencia es el cuidado y crianza de una niña, niño o adolescente por uno de sus padres, la misma que, como se verá más adelante, es el resultado de un proceso judicial en el que los juzgadores deberán emitir su decisión sobre el caso concreto, y para hacerlo deberá considerar el principio de interés superior del niño o adolescente.

2.3.2 Identificación de la institución.

La tenencia del hijo o hija menor de edad, forma parte del Derecho Civil, específicamente en el derecho de familia, cuya característica esencial no definida, pero dada por el legislador para su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, tiene fundamento en el cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes por uno de los progenitores, cuando no existe acuerdo entre ellos, siguiendo las normas prefijadas por la ley.

El reconocimiento de la tenencia como un derecho, que lo ejerce el padre o madre, que se considera más apto o idóneo para cuidar y educar a su hijo o hija menor de edad, implica que éste va a tener tres aspectos positivos; a) la protección de los poderes y las instituciones públicas; b) la protección de las actuaciones de los miembros y entidades de la sociedad en la que vive y, c) la protección de las actuaciones de los padres o tutores". Dentro del ámbito normativo, la tenencia, como institución, sigue las reglas establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, que norma su procedencia, derechos y

obligaciones de los padres con sus hijos, reforma, revocatoria; con observancia a las reglas establecidas en el Art. 106 ibídem.

El Código de la materia, nos lleva a seguir las reglas previstas para confiar el ejercicio de la patria potestad contenida en el artículo 106 ibídem; y, en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil. Es decir, los jueces competentes, al resolver sobre el juicio de tenencia, deberán observar las reglas dispuestas en el artículo 106 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia, así como, en forma preminente, cumplir lo dispuesto en la Constitución de la República, para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo siempre a su interés superior.

Ahora bien siguiendo el espíritu de la norma jurídica y más reglas relativas al ejercicio de la tenencia, podemos determinar que está encaminada "a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta".

El juez especializado en materia de niñez y adolescencia, será el encargado de decidir en forma justa y conveniente, a cuál de los progenitores, le otorga la tenencia de su hijo o hija menor de edad, en todo caso, la resolución sobre la tenencia podrá modificarse en todo momento, en atención a las características especiales de cada caso.

Por ello, deberá tenerse en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y, aún sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, resolverse en función de ese interés, sin que el marido o la esposa puedan alegar preferente derecho, salvo, por supuesto, la preferencia que a favor de la madre otorga la ley respecto de los hijos menores.

2.4 Concepto

La tenencia para Busso: “es el elemento material de la guarda; el mismo autor además precisaba el peligro que en derecho encierra la inseguridad terminológica. Como nos resistimos a que las palabras tengan mensajes ambivalentes, es que solo concebimos a la “tenencia” o guarda en su sentido único y real: la efectiva convivencia de padre e hijo o madre e hijo”. Con relación a la tenencia, la legislación sobre niñez y adolescencia no define a esta institución, tampoco el Código Civil realiza una explicación clara al efecto, sin embargo la definiremos como: “aquella que es otorgada por el juez al padre o madre para que el hijo o hija se encuentre bajo su custodia y convivencia diaria. Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación”.

Por lo que “la filiación, como relación jurídica familiar básica y primordial, tiene un sustento legal muy rico establecido a nivel nacional y supranacional. En el ámbito internacional tenemos la Declaración de los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

La tenencia se deriva de la filiación y el parentesco, se refiere al cuidado personal de los hijos, es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos. Los padres por el hecho de serlo, asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres, y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro.

2.5 Naturaleza Jurídica.

La tenencia, al no tener una definición que identifique su nacimiento, tampoco existe una definición clara que explique, de forma amplia y concreta la naturaleza jurídica de la que proviene, por lo que la mayoría de criterios jurídicos derivan de la valoración del juez, al momento de dictar el fallo.

La Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No. 021-2011-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de Noviembre del 2011, establece que, para identificar la naturaleza jurídica de esta institución, se recogerán los criterios que las juezas y jueces de la niñez y adolescencia toman a la hora de decidir a cuál de los padres encargan la tenencia, y para esto se consideran los siguientes:

□ **"La doctrina de los años tiernos:** El niño durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.

□ **El interés superior del niño o niña:** El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.

□ **La doctrina de la co-custodia:** Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del niño o niña.

□ **La presunción de "el dador de cuidados básicos":** Según esta doctrina, los niños necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando

estas tareas. Es decir el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los niños o niñas".

La doctrina refiere que al tratar de resolver cuestiones en las que están involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes, por principio constitucional y supremacía de la Constitución, se atenderá al principio de interés superior del niño o niña, este principio del interés superior, en materia de tenencia o custodia familiar estaría relacionado directamente con los lazos emocionales de éste con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de protección y garantizar sus derechos.

2.6 La Familia

En esta investigación se tomó como perspectiva teórica el enfoque sistémico para el estudio de la familia, lo que implica explicarla como una unidad interactiva, como un "organismo vivo" compuesto de distintas partes que ejercen interacciones recíprocas. Del mismo modo, se puede considerar a la familia un sistema abierto constituido por varias unidades ligadas entre sí por reglas de comportamiento: cada parte del sistema se comporta como una unidad diferenciada, al mismo tiempo que influye y es influida por otras que forman el sistema. (EGUILUZ, 2007; 1)

2.7 Subsistema Conyugal

La familia es un sistema relacional que conecta al individuo con el grupo amplio, llamado *sociedad*. Para Andolfi (1985), la familia es un sistema relacional, lo que implica verla como un todo orgánico "que supera y articula entre sí los diversos componentes individuales". Los componentes individuales,

el esposo y la esposa, y la relación que entre ellos se genera forman juntos una unidad más compleja, denominada *subsistema conyugal*.

El sistema conyugal se construye cuando dos adultos de sexo diferente se unen con la intención expresa de constituir una familia. Posee tareas y funciones específicas vitales para el buen funcionamiento del grupo. Las principales cualidades requeridas son la complementariedad y la acomodación mutua (...) Tanto el esposo como la esposa deben ceder parte de su individualidad para lograr un sentido de pertenencia. (Minuchin, 1983:92).

2.8 Subsistema fraterno

El tercer y último subsistema es el *fraterno*, formado a partir de que hay más de un hijo en la familia. En este subsistema, los hijos aprenden a llevar relaciones de camaradería, a cooperar, a compartir y a negociar, pero también a recelar, envidiar y pelear con sus pares (es decir, sus iguales en edad y experiencia). Para Minuchin, “el subsistema fraterno es un laboratorio social donde los niños aprenden a experimentar relaciones con sus iguales, a lograr amigos y aliados, a guardar las apariencias cuando ceden y a obtener reconocimiento por sus habilidades”. Pueden asumir posiciones diferentes en sus relaciones mutuas y que resultan significativas en el desarrollo posterior de sus vidas. La familia es un grupo social con una historia compartida de interacciones; es un sistema compuesto por personas de diferente edad, sexo y características que, por lo general, comparten el mismo techo. Sinchez (1980) considera a la familia la unidad fundamental de la sociedad, el grupo social que conserva nexos de parentesco entre sus miembros, tanto de tipo legal como consanguíneo, y que se constituye por individuos de generaciones distintas. Según el fundador de la teoría

estructural sistémica, Salvador Minuchin, la familia puede verse como un sistema que opera dentro de otros sistemas más amplios y tiene tres características: a) su estructura es la de un sistema sociocultural abierto, siempre en proceso de transformación; b) se desarrolla en una serie de etapas marcadas por crisis que la obligan a modificar su estructura, sin perder por ello su identidad (ciclo vital), y c) es capaz de adaptarse a las circunstancias cambiantes del entorno modificando sus reglas y comportamientos para acoplarse a las demandas externas. Este proceso de continuidad y cambio permite que la familia crezca y se desarrolle y, al mismo tiempo, asegura la diferenciación de sus miembros. Cuando hablamos de crecimiento familiar, no es posible dejar de lado la combinación de una serie de factores que, según Ackerman (1982), corresponden a aspectos biológicos, psicológicos, sociales y económicos. Desde el punto de vista biológico, la familia tiene como función prioritaria la perpetuación de la especie; desde el psicológico, ofrece la interconexión socioafectiva, pues crea los vínculos de interdependencia requeridos para satisfacer las necesidades individuales; desde el social, facilita la transferencia de valores, creencias y costumbres, así como la transmisión de habilidades que ayudan al crecimiento; por último, respecto a los factores económicos, permite la diferenciación de tareas y la previsión de necesidades materiales.

Cuando el biólogo Von Bertalanffy (1978) desarrolló la teoría general de los sistemas, no pudo imaginar que sería empleada para explicar la operación de los grupos y el comportamiento de las familias. De esta teoría se ha considerado conveniente retomar tres conceptos, importantes para comprender el funcionamiento de la familia: a) la familia puede verse como un sistema en constante transformación; b) se explica como un sistema activo autogobernado, y

c) es un sistema abierto en interacción con otros sistemas.

2.9 La Familia en constante transformación

El sistema familiar está compuesto de diversos subsistemas: a) el conyugal, formado por ambos miembros de la pareja; b) el parental, constituido por los padres con los hijos, y c) el fraterno, formado por los hijos. Cada uno está constituido por los sistemas personales o individuales, de modo que todos, por ser sistemas vivos, pasan por el ciclo de desarrollo normativo: nacen, crecen, se reproducen y mueren.

El sistema familiar está en constante cambio porque se acopla a los distintos momentos de desarrollo por los que atraviesa. La familia recién constituida y con un recién nacido requiere, para mantener su unidad y continuar su crecimiento, un esfuerzo distinto que si tuviera hijos adolescentes o adultos.

Para transformarse, todo sistema requiere dos fuerzas aparentemente contradictorias: la capacidad de transformación, que lleva al cambio y la tendencia a la homeostasis, que mantiene la constancia.

Ontogénesis de la familia

a.) Familia nuclear: es la integrada por una pareja que tenga hijos o no, o por uno de los miembros de la pareja con su descendencia. Incluye los hijos sin padres en el hogar, los hijos de uniones anteriores, la adopción y el equivalente de pareja.

Existen diversos tipos de familia nuclear:

- Pareja sin hijos y pareja con hijos en el hogar.
- Familia monoparental: integrada por uno de los padres y uno o más hijos.
- Familiar biparental: integrada por el padre y la madre, y uno o más hijos.

- Familia con padres ausentes: integrada solo por dos o más hermanos.
- Familia reconstituida: la característica de que uno o los dos miembros ya tuvieron al menos un matrimonio anterior, hayan tenido hijos o no.
- Equivalente pareja: pareja de homosexuales que se reconoce a sí misma como pareja ante el equipo de salud.

b.) **Familia extensa:** aquella que descienda de un mismo tronco, independientemente del número de generaciones y que esté integrada por una pareja con hijos cuando al menos uno de ellos convive en el hogar con su pareja, o equivalente de pareja, con descendencia o sin ella.

Existen varios tipos de familia extensa:

- Familia integrada por padres con hijo(s) casado(s) sin nieto(s).
- Familia integrada por padres con hijo(s) casado(s) con nieto(s).
- Familia integrada por abuelos y nietos(s) sin la presencia de los padres.
- Familia integrada por dos hermanos o más, siempre que al menos uno tenga pareja.

c.) **Familia ampliada:** cuando a la familia nuclear o extensa se integran otros parientes que no pertenecen al mismo tronco de descendencia generacional. Se pueden considerar otros casos en los que aunque no existan vínculos consanguíneos y de parentesco entre ellos, sí existen de convivencia y afinidad.

2.10 Etapa de Desarrollo de la Familia

Ciclo Vital Familiar

Es un proceso continuo de evolución y desarrollo que atraviesa la familia desde la unión de la pareja para una vida en común hasta su muerte. Se expresa en

etapas delimitadas por la ocurrencia de determinados acontecimientos de la vida familiar.

Existen varias especificaciones de las etapas del ciclo vital:

1) No todas las familias transitan por las cuatro etapas.

2) El tránsito de una etapa a otra está determinado por la ocurrencia y vivencia del acontecimiento de vida *por primera vez en la familia*:

a) Estas etapas se suceden consecutivamente en la familia nuclear con hijos y se yuxtaponen en las familias extensas y ampliadas.

b) La familia nuclear sin hijos no transita por la etapa de extensión.

c) En caso de familias reconstituidas con hijos de matrimonios anteriores, extensos o ampliados, se yuxtaponen etapas que se implican mutuamente, por lo que pueden manifestarse más de una a la vez.

d) La familia que asume adopción transita por el ciclo de vida, aunque no haya descendencia biológica.

e) Si en la familia no ocurren los acontecimientos normativos que delimitan las etapas del ciclo, se clasifica por los procesos que vive, por ejemplo: la familia constituida por matrimonio sin hijos, transcurrido el período de procreación, pasa de la etapa de formación a la de contracción.

3) La familia en cada etapa del ciclo enfrenta un conjunto de tareas y también se le presenta un grupo de problemas y conflictos que le son propios a la etapa, dado los procesos normativos que vive.

2.11 Sistema Oral Procesal.

El Estado debe observar y aplicar los principios que comportan el debido proceso, para que sea legítimo. Estos principios son: presunción de inocencia,

principio de legalidad, principio de proporcionalidad, derecho a la defensa, entre otros; principios que como señala la ley son interdependientes uno de otros y no permite que ninguno de estos mencionados principios sea de menor jerarquía o peso frente a los demás.

Para desarrollar esta investigación, he podido observar que poco se ha escrito en el Ecuador sobre temas relacionados con sistema procesal oral en materia civil, mi investigación está relacionada también al conocido derecho a la defensa el cual acompaña al hombre desde el momento mismo de su nacimiento hasta el día de su muerte, es decir, acompaña al hombre durante toda su vida. Este derecho, a diferencia de otros, no requiere reconocimiento o consagración en una carta política para su existencia y tampoco se trata de un derecho que ampara sólo a los ciudadanos, sino que tutela al hombre y/o mujer, por el sólo hecho de serlo. Cuando se habla del derecho a la defensa en la jurisprudencia, siempre viene a la memoria la sentencia del juez inglés en la cual se relata el pasaje bíblico de la expulsión de Adán y Eva del Paraíso, oportunidad en la que Dios le concedió a Adán, antes de expulsarlo del Paraíso, la posibilidad de defenderse y explicar por qué había comido del fruto prohibido.

El Código Orgánico General de Procesos, sin lugar a duda se convierte en la actualidad en la materia jurídica de moda en nuestro país, luego de la Constitución de la República por supuesto; todos o casi todos los ciudadanos comentan de una u otra manera la trascendencia e importancia sobre las nuevas disposiciones legales a las cuales tenemos que someternos los ecuatorianos y extranjeros que residen o están de paso por nuestro país desde su nacimiento como Ley de la República; efectivamente la Asamblea Nacional Constituyente expidió el Código Orgánico General de Procesos, que fue publicado en el

Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015, la Ley a fin de someterse a la nueva normativa jurídica por no existir socialización de la misma, y hace conocer la forma y manera de juzgar al contraventor de tránsito.

Las reformas introducidas sin lugar a dudas son positivas para tratar de mejorar el caos en el cual se ha convertido el manejo de los procesos en materias no penales, para ello es necesario que se aplique de manera firme y correcta las disposiciones contempladas en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, por parte de quienes están involucrados en el quehacer de administrar justicia; los Jueces y las partes procesales, incluidos y como novedad a la naturaleza, que ya es parte de un proceso, y sobre todo los que tienen la competencia, que deben resolver la situación jurídica de los requerimientos de las partes, aplicando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal.

2.12 Constitución de la República del Ecuador.

A partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, el marco constitucional agregó nuevas concepciones y aplicaciones para el desarrollo de un Estado Constitucional de derecho, justicia social y democrática, garantizando derechos que anteriormente no se habían reconocido suficientemente para su incorporación a la vida social y jurídica del Ecuador. Y uno de estos derechos fue el acogimiento de la Institución que conocemos como la implementación de la oralidad en los procesos judiciales.

Es por ese motivo que es necesario para dar cumplimiento a la normativa constitucional en lo que respecta al debido proceso, **el derecho a la defensa y otras acepciones que se consideran básicas para el ejercicio de todo**

proceso en el que se encuentren afectados los derechos consagrados en la constitución, leyes y demás normativas de regulación del estado.

“**Art. 1.-** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia..., por esta razón se toma en cuenta **el Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. (CONSTITUCION , 2008)

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (CONSTITUCION , 2008)

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun

cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

“**Art. 167.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.

“**Art. 169.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las

garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

Estos artículos de la Constitución de la República del Ecuador, mantienen una concordancia con los Artículos siguientes de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Constitución, en el Ecuador como en el resto de Estados, es la norma fundamental en el que se plasman los principios fundamentales sobre los que descansa la organización, los límites y las facultades del Estado, así como deberes y derechos de los individuos. Es la que contiene la totalidad de las normas básicas, que deben ser respetadas.

Bajo esta concepción, juristas prestigiosos opinan y esclarecen su papel y su significado, citando entre ellos a: Luigi Ferrajoli con la Democracia Constitucional; a Tomás De La Quadra con la Interpretación de la Constitución y Órganos del Estado; a Julio Echeverría con el Estado en la Nueva Constitución; a Ramiro Ávila Santamaría con Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia; y, a Julio César Trujillo con Sociedad civil, y Estado de Participación.

Estos autores, a pesar de que desarrollan temas diferentes acerca de la Constitución, coinciden en enfocar su espíritu supremo, y el beneficio de su transformación con el paso de los años, su vínculo con los principios fundamentales y su relación con las normas internacionales. Con las nuevas formalidades de la justicia, y su aplicación, de acuerdo a esta normativa constitucional, era deber imprescindible de modificar el esquema al cual hemos estado acostumbrados y comenzar a ver una visión más anglosajona, de aportar información de calidad en los juicios, circunstancias que en la actualidad no significarían ningún tipo de información, con la implementación de la oralidad al

sistema en materia no penal, se va comenzar a mirar desde otra óptica, las diferentes teorías de los hechos facticos de los procesos.

2.13 Código Orgánico General De Procesos.

En los procesos de niñez y adolescencia, la incompetencia de la o del juzgador podrá alegarse únicamente como excepción. (Art. 29 COGEP).

En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año. (Art. 144.4 COGEP).

En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas. (Art. 146 inciso tercero COGEP).

En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación. (Art. 151 inciso último COGEP).

No procede reconvencción en materia de alimentos. Art. 154 inciso Final COGEP.

La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar. Art. 169 inciso 3 COGEP.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado. (Art. 169 COGEP).

No puede el actor del juicio de alimentos desistir. (Art. 240 COGEP).

No cabe el abandono, en las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces. (Art. 247.1 COGEP).

En materia de niñez y adolescencia se fundamentará en el término de cinco días, el Recurso de Apelación. Art. 257 inciso final COGEP.

Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura. (Art. 332 COGEP). En materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.) Art. 333 .4 COGEP. En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código. Art. 333.5 COGEP. Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, serán apelables solamente en efecto no suspensivo. (Art. 333 COGEP). En los procesos laborales la incompetencia de la o del juzgador podrá alegarse únicamente como excepción. Art. 29 inciso final COGEP. En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. Art. 33 inciso final COGEP.

Preparación de los casos.

Un accionar técnico en una audiencia depende de dos momentos, un trabajo previo de preparación y una ejecución técnica en la audiencia. Este capítulo, se centrará en esbozar ciertos criterios que pueden ser de utilidad para estructurar un trabajo previo de preparación del caso, en tanto que desde el siguiente se analizará de forma detallada la ejecución en cada uno de los temas concretos.

Como se ha anotado una audiencia en las dos etapas de este procedimiento, por lo vertiginoso de la discusión y la argumentación puntual que requiere, es un espacio poco tolerante con actores que no saben cumplir su papel; en este contexto, el hallarse en una sala de audiencias sin haber realizado una labor de preparación efectiva, con frecuencia suele ser un buen indicador de la existencia de altas probabilidades de un resultado adverso. Labores tales como conocer de antemano los temas que se pudiera litigar, los antecedentes disponibles, haber seleccionado los puntos relevantes para cada materia, estructurar líneas de litigio y prever ciertas estrategias para enfrentar posibles embates de la otra parte, terminan por constituir una labor insustituible y el cimiento de una actuación técnica.

Toda labor de preparación de una audiencia debe partir de una realidad, el trabajo de un abogado litigante puede ser resumido en captar, sistematizar y entregar información. A pesar de la relevancia de este insumo, entre nuestros profesionales ni siquiera suele existir un grado de consciencia, de la negligencia con la que habitualmente los abogados lo manejan.

El primer paso para un manejo adecuado, es una diferenciación precisa sobre la naturaleza de los distintos tipos de información que debe enfrentar en su actividad profesional. Se debe tener presente que el litigante debe moverse en 3 escenarios: el primero guarda relación con las normas jurídicas, las mismas que por su esencia, consisten en descripciones generales y abstractas, que contienen los requisitos que los casos deben cumplir para que las consecuencias jurídicas en ellas establecidas. En este tipo de litigio esta etapa incluso suele demandar una labor de construcción, como se verá más adelante hay ocasiones que estos requisitos no están taxativamente establecidos o incluso a pesar de estarlos, en el

caso concreto se requiere una labor de determinar cuál es la mejor manera de entender la norma para concederle consecuencias concretas.

Existe un segundo mundo, que es el de los antecedentes, esto es los hechos que son sostenidos por cada uno de los litigantes como reales y que estarán destinados a satisfacer o a desacreditar el cumplimiento de una de las exigencias legales.

La tercera esfera, está constituida por la evidencia; dentro del litigio este ámbito se convierte en la vara para medir las aseveraciones de los abogados. La exigencia en materia de coherencia entre los antecedentes disponibles y la evidencia recabada, en este tipo de audiencia es más alta que en el juicio, debido a dos peculiaridades: el litigante es quien aporta la información para la toma de la resolución, por tanto, al tratarse de un profesional la administración de justicia espera un uso apegado a la evidencia disponible.

Estas tres esferas deben amalgamarse durante el litigio, la lógica que debe imperar es lineal, cuando un abogado realiza una aseveración, debe saber en qué se sustenta evidencia y hacia donde está dirigido el requisito legal a satisfacerse.

Respecto a la primera interrogante conocemos que el proceso es un conjunto de actos coordinados para producir un fin jurídico, procesalmente hablando el proceso tiene un sentido más restringido, en términos de ENRICO REDENTI puede definirse al proceso como “desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de providencias jurisdiccionales”.

Para CARNELUTTI es “la serie de actos que se realizan para la composición de un litigio”, sin embargo Davis Echandía refuta esta idea, puesto que no siempre para que exista proceso debe existir litigio o viceversa, hecho con el que

concordamos, pero, para el caso que estudiamos la definición de Carnelutti se ajusta a la realidad jurídica del juicio de tenencia, en este caso si existe litigio.

En el Trattato di diritto processuale civile, ROCCO trae una definición más técnica del proceso cuando dice que: “Es el conjunto de actividades del órgano jurisdiccional y de las partes, necesarias para la declaración o la realización coactiva de los tutelados por la norma jurídica, en caso de incertidumbre o de inobservancia de la misma norma”. Esta definición, muestra el trabajo conjunto del juez y de las partes, el fin es el cumplimiento de la ley a través de la declaratoria del derecho exigido.

En cualquier tiempo el juez podrá modificar lo resuelto, si se prueba que han variado las circunstancias que tuvo para emitirla. Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria, así lo dispone el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia.¹⁹.

Para Martha Stierman la tenencia no es otra cosa que: “En el otorgamiento de la tenencia de un menor no se trata de encontrar la mejor solución en forma abstracta sino de establecer cuál es la mejor solución posible para un menor determinado, en razón de las circunstancias fácticas que configuran su entorno. Es por ello que nuestro enfoque se dirige a encontrar aquel de los progenitores que comparativamente al otro ofrece una mayor garantía para el desenvolvimiento del menor.”²⁰

Dentro del estudio que se realiza compete conocer cuando se produce la indeterminación de criterios para valora la opinión del niño en los procesos de tenencia y como esta indeterminación vulnera su derecho constitucional a la integridad e intimidad personal y familiar.

Teniendo como antecedente la actuación de las partes en la audiencia de prueba el juzgador poseerá la tarea de valor todas éstas actuaciones y finalmente emitir su fallo, para lo cual nos referiremos a las partes esenciales que debe contener la resolución:

a) Parte Expositiva.- Toda, sentencia o resolución contiene la parte expositiva, la que contiene una breve exposición de los antecedentes de la demanda con la indicación de la pretensión del demandante y los fundamentos legales de la misma, de los puntos sobre los que se trabó la litis, los asuntos incidentales, y más diligencias prácticas.

b) Parte Analítica o motivación.- esta parte de la resolución constituye el análisis lógico de los hechos alegados frente a la prueba practicada, es el ejercicio de la valoración que realiza el juez basado en conocimiento y su experiencia.

Este ejercicio valorativo, al juez no le resulta ajeno, puesto que al estar en contacto directo con las partes, el juez percibió directamente los hechos y cuenta con todo los elementos para emitir su decisión, es decir tendrá conclusión lógica de aceptar la tesis de que juzga lo más justo y legal.

Sin embargo en el presente estudio, consideramos que es en este momento de valoración de la prueba donde el juez puede vulnerar los derechos de los niños o adolescentes sea el de integridad o intimidad personal y familiar.

c) Parte Resolutiva.- La decisión del juez debe estar fundamentada en las disposiciones legales tal como lo dispone el literal l) numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es deberá contener a la enunciación en su relación de los hechos, las normas o principios jurídicos en que se funda y con explicación de la pertinencia a los antecedentes de hecho, es

decir, con un análisis profundo de las pruebas aportadas por las partes procesales, considerando la oportunidad y pertinencia, con las que han sido solicitadas por los litigantes.

En este caso la decisión en la verdadera tarea del juez, pues es ahí donde se produce el efecto de la indeterminación de los criterios respecto a la valoración de la opinión del niño, en el primer caso, el juez valora la opinión del niño aceptándola en su integridad considerando los puntos indicados anteriormente; o, en el segundo caso, de la valoración que se le dé a la misma, se determina que no es suficiente para decidir sobre su tenencia, obviamente en ambos casos el juez busca proteger los derechos del niño. Pero en el segundo caso es donde puede existir la vulneración de los derechos de integridad e intimidad familiar personal o familiar, ya que el niño puede ser afectado psicológicamente por la decisión del juez que es contraria a su deseo.

CAPITULO III

3.1 TITULARES DE LA ACCIÓN.

Para el estudio de los sujetos procesales dentro de este procedimiento, se los debe dividir en dos grupos; a) El sujeto activo; y b) el sujeto pasivo.

El sujeto activo, es el que ejerce su derecho y lo demanda ante el juez competente, esto por cuanto se trata de una persona capaz y sensible ante la situación del menor. El sujeto pasivo es la persona incapaz, sobre la cual se ejerce el derecho, se da esta denominación porque esta acción no solo se ejerce sobre los menores de edad. Los padres siempre juegan un papel importante el trámite de tenencia, sin embargo existen otros factores fundamentales que llevan a que familiares distintos al padre o madre soliciten la tenencia de un niño o adolescente.

3.1.1 Sujeto Activo.

El sujeto activo de la tenencia, es la persona capaz (padre o madre), y sensible ante la situación del hijo, que busca contribuir en su desarrollo integral brindándole un entorno familiar y permanente; su tiempo, atención y cuidado; el primer elemento importante que se desprende es la aptitud o capacidad del padre o madre, la capacidad es componente cardinal para la accesión a este derecho, esto tanto en el plano reglamentario, es decir quien reclame este derecho debe estar dotado de la capacidad legal.

La capacidad de la que se trata (sujeto activo), contiene dos requisitos de validez del mismo, esto es; 1) Que el sujeto activo dotado de capacidad puede acudir ante el órgano jurisdiccional competente a reclamar el derecho; 2) Que el

ejercicio de este derecho solo puede ser perfeccionado por el que legalmente así lo requiera.

Clases de sujeto activo

Los sujetos activos pueden ser

□ *Padres*

□ *Abuelos - parientes*

Padres.- Generalmente estos problemas devienen cuando el padre y madre han roto el vínculo matrimonial o la unión de hecho; y se confía la tenencia o patria potestad a uno de los padres, (relación paterno- filial o materno- filial) según sea el caso; actualmente en base a los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, el Estado es responsable de garantizar el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, esta garantía se hace efectiva, cuando el juez respondiendo a las necesidades del hijo o hija otorga la tenencia a uno de los padres, sin dejar de lado el establecimiento del régimen de visitas al niño, niña o adolescente; a quienes se les escucha en todo el proceso; ya que su opinión es de suma importancia al momento de dictar el fallo.

El juez no puede desviar la atención del niño para el cual se solicita el derecho; puesto que si bien es un derecho del padre o madre el ejercitarlo, no se debe atender contra lo que el niño desea debido a que es el *sujeto* del derecho no el *objeto*, pues en muchas ocasiones al niño se le reduce a un segundo plano; ya que en el primer plano impera la discusión entre los padres, hecho este que no debe ocurrir.

Establecidas que han sido dos problemáticas, observamos que en **primer** lugar que son los padres los que tienen que ejercer el derecho de tenencia; **segundo**, que la niña, niño o adolescente no es un objeto que será entregado al ganador de

la contienda, sino más bien es el sujeto (niño/adolescente) al que se le garantizaran sus derechos a convivir con sus padres el tiempo que el juez decida y que el menor lo requiera, a fin de garantizar los lazos de parentesco y filiación.

D'Antonio manifiesta: "los padres de los menores de edad, sus tutores, los curadores de los incapaces mayores de edad (todos ellos tengan o no al menor o pupilo consigo); los guardadores de ancianos, enfermos o imposibilitados (directores o responsables de los hospitales, hospicios o residencias u hogares geriátricos, institutos de internación para rehabilitación de alcohólicos o drogodependientes, etc.) están obligados a permitir las visitas.

Abuelos.- Si bien es cierto que las relaciones de parentesco y filiación generan que otras personas distintas a los padres puedan solicitar la tenencia de un niño o adolescente, sin embargo, hay que aclarar que este derecho es exclusivo de los padres.

Los parientes más cercanos como hermanos, abuelos, tíos, etc., podrán solicitar la custodia familiar, como medida de protección, según lo previsto en el numeral 2, Art. 79 del Código de la Niñez y adolescencia.

3.1.2 Criterios técnicos para determinar la tenencia

Dentro de los procesos de *tenencia* de los hijos menores de edad, siempre que el juez estime necesario, ordenará la intervención del Equipo Técnico Especializado, de conformidad con lo establecido en el Art. 260 del Código de la Niñez y Adolescencia 22 el informe o dictamen de especialistas tendrá un valor pericial de efecto vinculante para el Juez. Cabe aclarar además que este tipo de intervención no es exclusivo para los casos de tenencia de hijos menores de edad, sino también se aplican en casos de medidas de protección para niños o adolescentes,

divorcio, patria potestad, régimen de vistas, custodia familiar, adopción y otros incidentes derivados de los derechos de familia. **Art. 260.- Oficina Técnica.-** *En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de una oficina técnica como órgano auxiliar de los jueces y juezas de la Niñez y Adolescencia, de las salas especializadas de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo Nacional de la Judicatura. Esta Oficina tendrá a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los jueces y sus informes tendrán valor pericial. CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.*

Generalmente el estudio de la situación familiar que realiza este equipo especializado, es de gran ayuda para el juzgador al momento de resolver la causa, ya que en todos los casos, lo que se solicita es que a través del estudio familiar, se determine cuál de los dos progenitores es el más idóneo para ostentar la tenencia del hijo o hija menor de edad y cuál es el régimen de visitas más adecuado para el progenitor que no obtenga la tenencia o guarda de su hijo menor de edad. A través del estudio de los casos sobre tenencia o guarda de hijos menores de edad tramitados en la Unidad Judicial de Familia del cantón Riobamba, se ha observado, que cuando uno de los progenitores plantea un incidente de modificación de la tenencia o del régimen de visitas, el equipo técnico a más de realizar la investigación que versa sobre la conveniencia de modificar la tenencia o régimen de visitas ya resuelto; amplía su informe actualizando al Juez sobre la situación actual de niño, niña o adolescente, la evolución y desenvolvimiento del mismo en el ámbito familiar con su progenitor custodio.

Si bien los informes que realizan cada uno de los profesionales es relevante, el trabajo que más destaca, es el trabajo técnico que realiza el psicólogo, puesto que se encarga fundamentalmente de dictaminar sobre la idoneidad de uno de los progenitores para ejercer la tenencia de los hijos menores de edad, cuya situación familiar es incierta, por la disputa de los padres para ejercerla.

La determinación sobre la idoneidad de cuál de los progenitores es el más apto para ejercer la tenencia de su hijo menor de edad, se lo realiza a través de un informe psicológico y de forma directa y personal a modo de entrevista de devolución.

Dentro las funciones del Trabajador Social está la de "supervisar a modo de seguimiento, el cumplimiento de las medidas judiciales acordadas, informando cómo se desarrollan la tenencia o guarda, así como los regímenes de visitas acordados, etc.". Volviendo a la discrecionalidad del juez, ésta es una función también ejecutada en ocasiones por el psicólogo dependiendo de circunstancias específicas, como la necesidad de comprobar la evolución de características psicológicas de los integrantes del entorno familiar del niño, niña o adolescente. La importancia inobjetable de estos objetivos choca con el carácter puntual de la mayoría de intervenciones y con su cualidad básicamente evaluativa, sobre todo con respecto a la evitación o reducción de riesgos o dificultades en las relaciones parentofiliales futuras.

Sobre el estudio de tenencia y régimen de visitas de hijos menores de edad, se puede llegar a una conclusión, la cual se centra en que "No existe una metodología estándar para los peritajes en este ámbito. Los objetivos irán siendo apuntados junto con las técnicas propuestas. Éstas se han estructurado en tres

grupos, de manera un tanto arbitraria, pero confiando que práctica, de cara a la exposición: Entrevistas, observación de interacciones, y “pruebas psicométricas”.

A. ENTREVISTAS

A los padres

Entrevista conjunta

Para el caso de derechos de familia en disputa, lo que se busca es que las relaciones familiares no se deterioren o resquebrajen más, por lo que el objetivo primordial que persigue es, intentar el acuerdo conciliatorio entre los progenitores, lo cual se consigue en un porcentaje reducido de casos. Las partes procesales suelen llegar a este tipo de disputas cuando las relaciones familiares se encuentran deterioradas, los acuerdos se ciñen exclusivamente a la tenencia del hijo menor de edad y el régimen de vistas que el juez está obligado a fijar según lo prescrito por la ley.

A través del estudio técnico de los profesionales de esta materia, de ser el caso, si las partes llegaran a un acuerdo sobre la situación de sus hijos menores de edad, produce efectos positivos en las relaciones familiares principalmente y ventajas en los procedimientos judiciales, ya que en este sentido se presentan los informes técnicos y en la audiencia de conciliación si las partes ratifican el informe presentado por el equipo especializado, el juez lo acepta y pone la causa en estado de resolver.

Entrevista individual.

En este caso el profesional, le informa al usuario sobre la intervención pericial, lo cual, además de resultar necesario en casi todos los casos, favorece en cierta medida la interacción. Tras ello, y una breve exposición del carácter y contenidos

de las intervenciones y del proceso (lo que se entiende como un deber del profesional y un derecho del usuario, con las ventajas añadidas que puede comportar de cara a la reducción de ansiedad y a la obtención de información), la atención se dirige, en términos generales, al siguiente esquema:

- Demanda que realiza, de forma concreta (aspecto que no siempre coincide con lo expuesto en los autos).

- Razones para realizar esa solicitud.

- Ventajas que percibe sobre la otra opción. (Percepción de sus capacidades, adecuación y competencias para el cuidado de los menores, percepción de la situación y de las necesidades de éstos desde el punto de vista de su bienestar)

- Cualidades de la otra parte. Aspectos positivos de la opción alternativa. (Flexibilidad-rigidez cognitiva, capacidad para separar la relación de pareja de las relaciones y capacidades parentales).

- Expectativas ante una resolución judicial contraria: Reacción y actitudes, y régimen de visitas que se pretendería en ese caso.

- Historia de la relación con los menores: Atenciones y cuidados. Juegos y actividades compartidas.

- Relación cotidiana (actual), con los menores: Atenciones y cuidados. Actividades compartidas.

- Descripción de los menores. Comparación con la del otro padre y con la obtenida de los propios niños.

- Opinión o conocimiento con respecto a la percepción de los menores y a sus preferencias. (Nivel de comunicación, posibles influencias sobre ellos, respeto a sus decisiones, comparación con otras fuentes de información, etc.).

- Estado de salud. Tratamientos actuales.

Entrevistas a terceros

A otras personas significativas

Con base en el siguiente esquema previo:

- Objetivos y contenidos de la evaluación, de modo similar a lo expuesto en el apartado anterior.
- Relación pasada y actual con los menores. (Importancia y naturaleza, apego, provisionalidad, etc.).
- Percepción de la situación actual (separación, cambio de medidas) y de los progenitores y los hijos. (Parcialidad e influencia sobre la imagen de los padres, localización de la atención en el bienestar de los menores, etc.).
- Contribución al cuidado y educación. (Estilo educativo, naturaleza de la delegación, auto atribuciones, etc.).

Las variaciones en cuanto a planteamiento, contenido y desarrollo son muchas, tanto por razones de edad, nivel cognitivo o estado emocional, como por la información que el niño o la niña poseen de la situación familiar (puede incluso ocurrir que se presenten a la entrevista sin conocer que sus padres se están separando). Por ello el esquema siguiente debe entenderse que sea muy general y flexible, sin olvidar además características especiales que conviene considerar en cuanto a las formas de preguntar, responder a las contestaciones, y de interactuar en general para obtener la mejor información posible.²

- Razones de la evaluación, proporcionar información y aclaraciones pertinentes, además de explicar qué es lo que se va a hacer, cuánto tiempo durará la evaluación, etc.

□ **Ámbito escolar.** En términos generales, se trata de valorar la adaptación en esta área, y poner esto en relación con las opciones alternativas y la conveniencia de mantener la continuidad en el estilo de vida.

□ **Ámbito relacional y de ocio.** Con el mismo objetivo que en el caso anterior: relaciones con iguales, aficiones, juegos, deportes, etc.

□ **Ámbito familiar.** Evidentemente, el área más importante y más complicada de evaluar, por la reactividad que comporta, además de otras circunstancias, como influencias dirigidas a fortalecer o debilitar una opción, sesgos en la percepción del propio menor.

B. OBSERVACIÓN DE INTERACCIONES

Los aspectos relacionales tienen una importancia fundamental entre los criterios que sirven para estimar la idoneidad sobre el derecho de tenencia reclamado y la viabilidad o detalles de un régimen de visitas. Sin embargo, al no existir un método sistemático para recopilar la información que garantice niveles aceptables de fiabilidad y validez, teniendo en cuenta los problemas propios del método observacional en la evaluación de las relaciones padres-hijos. Algunos procedimientos se presentan con interés de cara a la realización de comparaciones objetivas entre la relación paterna y materno filial, y su adaptación y validación o la de otros sistemas en este ámbito contribuirían desde luego a la mejora de la calidad del trabajo pericial.

C. PRUEBAS PSICOMÉTRICAS

En el caso de los test, cuestionarios, inventarios o escalas es donde mejor se plasma lo dicho antes en general, acerca de la metodología a utilizar, sobre la orientación teórica y la experiencia personal. Con esta premisa, por otra parte obvia, se presentará las pruebas usadas más frecuentemente por quien suscribe en su

práctica cotidiana junto con algún apunte relacionado con su utilización en este contexto.

Adultos

Las relaciones entre los resultados que puede obtenerse con respecto a rasgos o características de personalidad normal y las capacidades para ejercer la tenencia o la adecuación de futuras interacciones parentofiliales, son bastante laxas. Teniendo en cuenta el contexto de evaluación y los objetivos de los evaluados, las puntuaciones extremas son poco frecuentes. Como objeciones relacionadas con la práctica, hay que mencionar el grado de fiabilidad (Krug, 1994), la preponderancia de las escalas relacionadas con depresión, y la utilidad de la escala de validación.

Resulta útil en los peritajes de tenencia (custodia) y de régimen de visitas, en aquellos casos en que existen nuevas parejas e incluso hijos de éstas, integrarlos permitiendo comprobar la coherencia entre las evaluaciones individuales del mismo grupo, comparar ambientes familiares, y establecer ciertas predicciones en cuanto a la adaptación de los menores. Su utilización es más frecuente en informes para procedimientos de protección.

Menores

La prueba más ampliamente extendida, lo cual se entiende al revisar sus escalas: Inadaptación Personal; Escolar; Social; Insatisfacción Familiar; Insatisfacción con los Hermanos; Adecuación de los Estilos Educativos de los Padres; y Discrepancia Parental. Permite comparar los estilos educativos y evaluar la adaptación a una situación de hecho, y constituye un componente muy útil en el conjunto de la evaluación. No obstante, cabe señalar algunas limitaciones que se observa en la práctica pericial, como las derivadas del sesgo que en ocasiones los

hijos pueden tener en la percepción de alguno de sus padres (y no debido a la propia interacción sino a otras influencias), los problemas de baja autoestima típicos en hijos de parejas en conflicto mantenido (que suelen dar lugar a una autovaloración excesiva y a problemas, por tanto, de validez), o los "conflictos de lealtades" e intentos de mantenerse ecuanímenes ante ambos progenitores (lo que lleva a contestar de forma idéntica en las dos escalas de estilos educativos).

El Test del Dibujo de la Familia permite establecer hipótesis sobre vínculos entre los miembros y sobre la percepción que el niño o la niña tienen de la misma. Su utilidad se incrementa al realizar determinadas preguntas relacionadas con la ejecución que sirven de base a una entrevista más específica. El trabajo de Lluís (1978), que incluye datos socioculturales, se considera una aportación interesante.

Por último, los heteroinformes o pruebas, en este caso, en que los padres informan de la conducta de los hijos, pueden ofrecer cierta utilidad en casos específicos. Por ejemplo, en casos de determinación de supuestos abusos sexuales, la evaluación de la presencia de síntomas que pudieran ser consecuencia de aquellos o evaluación de las características del desarrollo en los niños más pequeños también permiten comparar las percepciones de diferentes miembros de la familia.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece cuales son los órganos de Órganos de la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia en su Art. 259, determinando que en materia de niñez deben existir juzgados especializados en niñez.

3.1.3 Valoración de la prueba

Partiendo del hecho que la sentencia o resolución es el resultado de todas las actuaciones judiciales que se hayan llevado a cabo durante el procedimiento, la resolución del Juez es el resultado de una actividad intelectual y emocional del juez en cuya virtud éste examina los hechos y las pruebas aportadas por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente, y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquellas con relación al caso que motivó el proceso.

De acuerdo con las disposiciones legales, contenidas en el artículo 115, del Código de Procedimiento Civil, la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La oportunidad o pertinencia de la prueba y su valoración se realiza cuando del estudio de éstas, se evidencie que la prueba ha sido debidamente actuada, esto es que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley.

En el presente estudio consideremos que es en la valoración de la prueba donde puede producirse la vulneración de los derechos del niño, si bien la Constitución garantiza una justicia especializada en materia de niñez y adolescencia; esto no garantiza que la misma sea eficiente y eficaz, en este punto existen diferentes factores por los que puede producirse esta vulneración, entre ellas podemos encontrar; la falta de capacitación y actualización de conocimiento de los jueces en las materias en las que ejercen jurisdicción y competencia; falta de experiencia; exceso de carga procesal.

La falta de capacitación y actualización de conocimiento de los jueces en las materias que ejercen jurisdicción y competencia, es un factor para que se produzca la indeterminación de criterios al valorar la opinión del niño dentro del proceso de tenencia, debido a que si el juez no conoce la materia sobre la que

juzga y cómo valorar la opinión del niño en este tipo de procesos, difícilmente tomará la decisión más justa y acertada, acotando que lo más justo y acertado, no es lo que el niño quiere, sino lo que garantice mejor su cuidado, crianza, desarrollo y protección de derechos.

El segundo factor para que se produzca la vulneración, se relaciona con la primera, puesto que si el juzgador no está suficientemente capacitado para juzgar el caso puesto a su conocimiento, difícilmente posee la experiencia necesaria, aclarando que este estudio trata de casos excepcionales, puesto los juzgadores en ocasiones no poseen la capacitación y actualización adecuada de conocimientos, poseen sin embargo suficiente experiencia para poder decidir acertadamente y distinguir entre la verdad y la prueba.²⁷

27 “... “Verdad” y “prueba” (concepción cognoscitivista de la prueba). El panorama que puede analizarse recurriendo a la distinción entre verdad objetiva y verdad procesal. Si, de los distintos significados atribuidos a la misma, entendemos por verdad objetiva o material (o simplemente verdad) la correcta descripción de hechos independientes (es decir, el concepto de verdad como correspondencia) y por verdad procesal o formal (o simplemente prueba) la descripción de los hechos formulados en el proceso, podría decirse que tanto la concepción objetivista de la prueba como la subjetivista conducen a una anulación de esa dualidad, si bien en cada caso por razones diferentes. En el primer caso, la anulación se produce por una identificación entre ambos conceptos: la verdad procesal es la expresión o reflejo de la verdad objetiva, porque los procedimientos probatorios proporcionan (o se opera con la ideología de que proporcionan) resultados infalibles. En el segundo, la anulación se asienta en una impugnación de la idea de conocimiento objetivo: no hay más verdad que la procesalmente

conocida y declarada". de J.FRANK, Law and the Modern Mind (1930), Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970.

La falta de experiencia del juzgador, se pone a prueba el momento de valoración y contraposición del acervo probatorio, es decir el momento de decidir basado en la prueba aportada, determinando cuales son las pruebas pertinentes y cuales no han aportado en nada al proceso, y finalmente determinar si la opinión del niño es suficiente para decidir sobre su tenencia, sobre todo cuando su opinión está en contra de los informes técnicos.

Es así que en la valoración de la opinión del niño, el juez tendrá en cuenta, en primer término su edad, es decir ha de considerar que el niño durante sus primeros años necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidarlo.

El principio del interés superior del niño o niña en esta materia refiere a los lazos emocionales de éste con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.

El juez también debe considerar las recomendaciones de los equipos técnicos, quienes generalmente basan sus informes a más de la opinión del niño, en la necesidad de cuidado del niño, puesto que necesita cuidado día a día y el padre o madre quien ha venido realizando estas tareas es el más idóneo para continuar con esta actividad.

La capacidad de cooperación entre los padres también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del niño o niña, es uno de los parámetros que muestra como los padres actúan con respecto a sus hijos, en este punto entonces diremos que el informe técnico es importante porque devela efectivamente cual es la mejor

opción para el niño, puesto que si bien para ellos su opinión es importante, también esta opinión puede estar sugestionada o influenciada por uno de los padres. Y el tercer factor, nada tiene que ver con el conocimiento del juez o con su experiencia, sino más bien con un problema de difícil solución relacionado con el exceso de carga procesal, como se dijo el sistema de justicia ha ido cambiando de forma progresiva tanto en su estructura física como en su organización y distribución, sin embargo esto no ha liberado la excesiva carga procesal, más aún cuando los jueces que conocen los procesos de tenencia, no solo conocen estos tipos de causas, sino un catálogo completo de causas en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

Dentro de la sustanciación de los procesos sobre tenencia, el juez en base a su conocimiento y experiencia podrá apreciar las dos circunstancias que detallamos en líneas anteriores, estas constituyen la “verdad”, que ha decir de la opinión del niño, este puede solicitarle al juez quedarse con su padre, porque menor conoce y palpa directamente los hechos; y , por otro lado tenemos la “prueba”, que constituyen generalmente los informes técnicos, que al ser sometidos a conocimiento del juez, se constituye la verdad procesal para el juzgador, quien es ajeno a la situación del niño y necesita formarse un criterio adecuado para proteger sus derechos.

En este caso, el efecto de la indeterminación de los criterios respecto a la valoración de la opinión del niño, estará dado en dos casos, en el primer caso, el juez valora la opinión del niño aceptándola en su integridad considerando los puntos indicados anteriormente (verdad); o, en el segundo caso, de la valoración que se le dé a la misma, se determina que no es suficiente para decidir sobre su tenencia y toma en consideración las recomendaciones del equipo técnico

(prueba), obviamente en ambos casos el juez busca proteger los derechos del niño.

Pero en el segundo caso es donde puede existir la vulneración de los derechos de integridad e intimidad personal o familiar; ya que el niño que le solicita al juez quedarse con su padre o madre conoce las razones y porque le hace dicha petición, sin embargo al ser la decisión del juez, contraria a su deseo, puede afectar su integridad psicológica y salud emocional, así como también el niño puede sentirse afectado en su intimidad personal y familiar, puesto que ha sido entrevistado por el juez y los equipos técnicos, sobre su deseo de permanecer al cuidado de uno de sus padres, consecuentemente le será difícil desarrollarse adecuadamente en el nuevo entorno.

Finalmente se concluye que al no existir criterios claros y obligatorios sobre cómo y cuándo se valorara la opinión del niño dentro de un proceso, especialmente en el de tenencia, existe una vulneración de sus derechos, si bien es cierto que queda a criterio del juez tal valoración, sin embargo el juzgador deberá tener en cuenta la interpretación del principio de interés superior del niño.

3.1.4 Indeterminación de reglas para su procedencia

La indeterminación del criterio del juzgador en la valoración de la opinión del niño, está dado la duda que tiene el juez al decidir en cada caso, en efecto cada caso está compuesto de elementos que distan unos con otros, aunque la naturaleza del derecho reclamado sea el mismo, el juez no siempre podrá realizar el mismo ejercicio de razonamiento en todos los casos.

“Es claro que la solución de los conflictos familiares relacionados con la prole no es sencilla; sin embargo, podemos auxiliarnos de una serie de criterios

definidos en la doctrina para la toma de decisiones. Este conjunto de criterios puede dividirse en tres grandes rubros: a) los criterios que ponen su énfasis en la personalidad del progenitor; b) aquellos que lo ponen en su rol social e ideológico, y c) aquellos que atienden el entorno de la familia en conflicto”.

En términos sencillos, la doctrina ha puesto de relieve tres posturas posibles para poder determinar la idoneidad de los custodios y fundado en el razonamiento de Alicia Pérez Duarte, se las divide con nombres propios: a) teoría de la personalidad, b) teoría de la incidencia social, c) teoría del entorno.

a) Teoría de la Personalidad.

La teoría de la personalidad versa su hipótesis, en el estudio del comportamiento que los padres demuestran ante sus hijos. Lo importante es la calidad moral con la que los progenitores educan a sus hijos, mas no los diversos factores que pueden incidir en la relación paternofilial, tal como la situación económica que pueda tener uno de los padres. Con respecto a este tema es preciso decir que la doctrina concuerda en que el Juez nunca puede considerar el tema económico como presupuesto para otorgar la tenencia. Si se llegare a valor una situación económica ventajosa en uno de los padres, lo correcto es interponer una demanda de alimentos congruos para que el padre pudiente solviente una situación más adecuada para el menor.

b) Teoría de la incidencia social.

La incidencia social, refiere la repercusión de carácter humano que va a recibir el niño por el nuevo ambiente, al cual lo someterá el padre custodio. Esta repercusión se particulariza en el círculo de personas con el cual el niño compartirá el tiempo: este grupo puede ayudar al menor o pervertirlo; por tal es de vital trascendencia examinar el medio en el que se requiere introducir al menor. Desde otro punto de

vista la incidencia social también tiene el alcance en el oficio de los padres, el cual puede ser propio o impropio de la figura del custodio, esto repercute en las veces que puede afectar la estabilidad del menor. Alicia Pérez Duarte Plantea:

“En esta segunda corriente se afirma que no importa que la causa de la separación sea, incluso, la prostitución de la madre o el adulterio del padre, para definir que los hijos e hijas se queden con el cónyuge “inocente” en cada caso, pues la peor esposa puede tener la mejor disposición hacia sus hijos e hijas, como el peor esposo lo puede hacer. La valoración en cada caso, debe hacerse teniendo en cuenta que el objetivo es el bienestar y la educación de los hijos e hijas, de tal suerte que resultan irrelevantes los errores e injurias que se hayan hecho entre si los cónyuges.”

c) Teoría del entorno.

“Finalmente en relación con los criterios que valoran el entorno habitacional de cada progenitor, se deben tomar en cuenta tanto la habitación como las posibilidades materiales de cada uno, después de la separación. Asimismo, debe analizarse al conjunto de personas que vayan a vivir bajo el mismo techo, al respecto cabe precisar que la presencia de un tercero junto al padre o a la madre no necesariamente implica un daño a los hijos e hijas; actualmente podemos descartar que esta circunstancia, en sí misma pueda ser fuente de desajuste emocionales en la prole.”

Como se manifestó en la teoría de la personalidad el tema económico debe ser manejado separadamente de lo que viene a ser la tenencia propiamente dicha; no se debe confundir la capacidad económica del padre solicitante, con el conjunto de aptitudes que hacen posible el otorgamiento de la tenencia; si se tomará a los ingresos económicos como ingrediente fundamental, entonces se

estaría comprometiendo a la figura jurídica y lo que es peor, se estaría violentando los derechos del niño.

3.1.5 Jurisprudencia Constitucional.-

La Corte Constitucional, al realizar la interpretación sobre el principio de interés superior del niño, establece: “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.”

Se observaran los siguientes factores:

“Los deseos del niño para su custodia, cuando es practicable; Los deseos del padre y la madre o de ambos en relación con la custodia del niño; La interacción e interrelación del niño con su padre o madre o con ambos, sus hermanos y hermanas y cualquier otra persona quien pueda influir emocional o psicológicamente el interés superior del niño o niña; el ajuste del niño su hogar, escuela o comunidad; la salud física y mental de todas las personas involucradas; la capacidad de los padres para comunicarse y lograr compartir las decisiones que afecten la vida del niño o niña; la buena voluntad de los padres de compartir la custodia; el involucramiento previo de cada padre en la vida del niño; la interrupción potencial de la vida escolar y social del niño; la proximidad geográfica de las casas parentales en relación con la consideración práctica del horario de residencia del/la niño/a o niños/as; la exigencia del empleo parental; la edad y número de niños/as; la sinceridad de la solicitud de cada uno de los padres; y, la capacidad de los padres de sostener financieramente el acuerdo de custodia. Pruebas de maltrato intrafamiliar”.

Reconocimiento normativo legal y constitucional

El Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 118 establecen la procedencia de la tenencia, será 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 determinadas en la ley.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 44, consagra: "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 artículo 45 ibídem se establece que: "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".

El Código de la Niñez y la Adolescencia prevé en su artículo 15 que: "... Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad...". De esta forma, en otros derechos se reconoce el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, en los siguientes términos: "Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral...".

De igual forma, se reconoce el derecho a una vida digna, que comprende: "Art. 26.- Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y

juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos...".

Los niños, niñas y adolescentes gozan de un cúmulo de derechos fundamentales, que aseguran su desarrollo integral, que tienen prevalencia frente a los derechos de las demás personas y, en consecuencia, en el ordenamiento jurídico interno se prevé una serie de mecanismos para proteger los referidos derechos; uno de ellos es el juicio de tenencia, a más de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el acceso a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral³².

³² Ver artículo 175 de la Constitución de la República del Ecuador. La Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 3 número 1, establece 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.

Y finalmente en su número 2 refiere que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Todas estas normas evidencian el fundamento legal de la protección de los derechos de los niños en todo proceso judicial, y en igual sentido en los procesos de tenencia.

3.1.6 La institución en la legislación comparativa

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia No. Sentencia T-968/09, determina que “Las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados”.

El antecedente de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se fundamenta, en los hechos que se relatan a continuación; “La ciudadana Sarai, a través de apoderado debidamente constituido, interpuso acción de tutela contra la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 del Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali, por considerar que desconoció el derecho fundamental de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 CP), a la igualdad (art. 43 CP) y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93 CP).

Hechos relatados por la accionante: El señor Salomón de nacionalidad colombiana, casado con Raquel, dominicana, residente en Estados Unidos, deseaba tener un hijo y en un principio Sarai aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico.

Sarai acudió al centro Fecundar y allí le implantaron los óvulos de la esposa del señor Salomón, tratamiento que no dio resultado porque su cuerpo rechazó dichos óvulos.

Ante el fracaso de este tratamiento, el señor Salomón viajó a Colombia para conocer personalmente a Sarai, la visitaba frecuentemente en su residencia de Vijes, Valle del Cauca, iniciaron una relación y al cabo de un tiempo le pidió que se realizara un nuevo tratamiento de fertilización pero con sus propios óvulos. A cambio le prometió una “buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”.

El día 21 de marzo de 2006, como producto de la inseminación artificial consentida, nacieron en el municipio de Vijes los mellizos, Samuel y David, en buen estado de salud. Como la madre sufría de preeclampsia debió quedarse hospitalizada y para poder dar de alta a los niños, ante la ausencia del padre, el hermano sufragó los gastos generados por el parto y ella tuvo que registrar a los niños con sus dos apellidos.

Durante los nueve (9) meses que los gemelos estuvieron bajo el cuidado de Sarai, el padre no les proporcionó alimentos ni asistencia médica, a pesar de que ya habían sido registrados por él.

El 20 de diciembre de 2006, cuando los niños tenían nueve (9) meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo le retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, la cual fue asignada de manera provisional a la tía paterna, Isabel. Tal decisión se originó en el estado de afección gripal que presentaban los menores debido a que la casa en que vivían en Vijes estaba ubicada al lado de un horno de cal, y a pesar de que estaban siendo atendidos por su madre, ella nunca los maltrató y eran de conocimiento

previo del padre tanto la situación de la vivienda, como las condiciones económicas de la señora Sarai.

Decisión: Primer nivel, el Juez Décimo de Familia se basó en las siguientes consideraciones: (i) Entre Salomón y Sarai, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. (ii) Sarai después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. (iii) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas. (iv) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (ICBF y Juzgado de Vijes), consideraron pertinente que ante la situación de salud que estaban viviendo los niños, se le adjudicara a la tía paterna de manera provisional su custodia y cuidado personal, la cual posteriormente fue ratificada en cabeza del padre. (v) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado. (vi) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción. Para garantizar los derechos de la madre, el Juez dispuso que el padre “deberá traerlos o permitir que ellos vengán a esta ciudad y estén al lado de su madre dos veces al año, en época de vacaciones de mitad y de fin de año. Cuando la señora Sarai pueda ir a los Estados Unidos, bien sea por sus propios

medios económicos o por ayuda que le pueda brindar el señor SALOMÓN, se entiende que se cumple con el compromiso de las visitas.”

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2008, dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali por haber incurrido en defecto fáctico y sustantivo. En defecto fáctico al haberse apartado del deber de sustentar sus decisiones en pruebas determinadas y haber omitido la aplicación de las reglas que permiten su evaluación. Y en defecto sustantivo por presentar problemas graves relacionados con una insuficiente sustentación de la actuación, haber desconocido la Declaración de los Derechos del Niño integrante del bloque de constitucionalidad, e ignorar el precedente constitucional, especialmente el previsto en la Sentencia T-808 de 2006, referente a un conflicto similar, y en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004, relativas al interés superior del menor y a sus derechos fundamentales.

La Corte Suprema señaló: “Evaluada la providencia objeto de análisis por la Sala, se concluye que en la misma se desconoció lo preceptuado por el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (...). También debe destacarse que la decisión del funcionario judicial acusado consideró la situación económica de la madre, particularmente su pobreza, como un factor determinante en su decisión, sin tener en cuenta, como en pretérita oportunidad la Sala dijo que “(...) no es aceptable privar a la menor (nombre bajo reserva) de la posibilidad de desarrollarse en el seno de su familia, pues si bien sus progenitores no demostraron que puedan atender por sí solos sus necesidades básicas, no debe olvidarse que, en estos casos, el Estado tiene

obligación de tomar las medidas de protección que sean necesarias para la atención integral de la niña, pero, por supuesto, sin que por el mero hecho de las penurias económicas de sus padres, les pueda ser arrebatada (Sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. No. 00049-01).”

La Corte Constitucional ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.

En tal virtud resuelve confirmar la providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2009, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia del 10 de diciembre de 2008 de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se dejó sin efectos la sentencia 395 del 29 de agosto de 2008, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.³⁴

Del análisis de la legislación comparada nótese la utilización del término “custodia” y no tenencia (Ecuador), concluyéndose, que independientemente el término que se utilice para identificar a esta institución, la mayoría de Estados constitucionales, siempre buscaran la protección de los derechos de los niños, atendiendo su principio de interés superior. El juez al momento de dictar su fallo, debe tener en cuenta principios básicos del derecho, sobre los cuales deberá

fundamentar su decisión atendiendo a factores biológicos (filiación) y no a otros factores externos (económicos).

3.1.7 Constitución de la República del Ecuador.

En nuestra Constitución de la república del Ecuador¹ (2008), se encuentran garantizados los derechos humanos por los siguientes artículos:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será Inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule Injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado ejercerá de forma Inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (p. 11).

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

5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento.

Con dichos artículos se respalda o se garantiza los derechos humanos en favor de las personas que reclaman la seguridad jurídica y sobre todo la tutela judicial efectiva. (p. 38).

3.1.8 Código de la Niñez y Adolescencia.

Alex Caroca² (2002), reconoce que:

Desde el momento en que el Estado ecuatoriano ratificó la Convención de los Derechos del Niño en 1990, convirtiendo el texto de dicho instrumento jurídico internacional de carácter vinculante en parte del ordenamiento jurídico nacional por el Código de la Niñez y la Adolescencia, el país asumió un posicionamiento ético y político inserto en la perspectiva de derechos humanos, merced al cual el Ecuador reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y, adopta, en consecuencia, el enfoque orientador de la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia como paradigma de reflexión y acción. Esta decisión política, de carácter estratégico, responde a la necesidad de asumir como una obligación que corresponde a la sociedad en su conjunto el garantizar y respetar todos los derechos para todos los niños, las niñas, los y las adolescentes y, al mismo tiempo, como expresión de una necesaria nueva forma de relación social entre adultos y niños, niñas y adolescentes, en la que el Estado asume el compromiso de ser el promotor y garante del cumplimiento de los derechos, mediando para el ejercicio de los mismos e interviniendo activamente para reparar los derechos conculcados. La Protección Integral, que encuentra fundamento en los principios universales de los derechos humanos –la dignidad, la equidad y la justicia social- adquiere

² Caroca, Alex. (2002). *La defensa de los derechos del menor*. Chile: Revista Chilena de Derecho, volumen 20 N° 2, Sección Estudios.

especificidad en los principios particulares de igualdad y no discriminación, efectividad y prioridad absoluta, interés superior del niño y participación solidaria del Estado, la comunidad y la familia para el pleno ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes. Y encuentra su manera de concretización en el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se definen y ejecutan desde el Estado, con la participación solidaria de la familia y la sociedad en su conjunto, para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos que les corresponden, incluyendo la protección para aquellos y aquellas cuyos derechos han sido vulnerados. (p. 21).

Jorge Horacio Sánchez³ (2008), considera que:

El enfoque de protección integral considera a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y como personas en desarrollo, que gozan de todos los derechos como ciudadanos, lo que en términos concretos significa que se reconoce en las necesidades de los niños, niñas y adolescentes derechos exigibles que forman parte de sus derechos humanos, lo que obliga al mundo adulto no sólo a satisfacer estas necesidades en forma urgente, sino a intervenir en todas las circunstancias en las que estos derechos estén siendo avasallados o vulnerados o en riesgo de serlo. Todos los niños, niñas y adolescentes, y en particular aquellos que pertenecen a los sectores en condiciones de mayor exclusión social, requieren de una decidida acción del gobierno como administrador del Estado en la creación y activación de mecanismos legislativos, educativos, culturales, sociales e institucionales que transformen la realidad de vulneración que sufren y combata las diferentes formas de exclusión y

³ Sánchez, Jorge Horacio. (2008). *El derecho del menor*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, edición del 12 de noviembre de 2008.

discriminación en relación con el ejercicio de sus derechos. Esta aproximación nos permite ubicar las claras diferencias que existen entre las Políticas Públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los niños, niñas y adolescentes, con las Políticas Especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos determinados de niñas, niños y adolescentes. Las primeras promueven y generan disfrute Universal de Derechos, las segundas protegen frente a violaciones de éstos. (p. 2).

En el Código de la Niñez y Adolescencia⁴ (2003), existen cuatro principios básicos de la Protección Integral: “La efectividad y prioridad absoluta, la igualdad o no discriminación, el interés superior del niño y la niña, la participación solidaria o principio de solidaridad, la efectividad y prioridad absoluta”. (p. 5).

Establecida en el Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consigna: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Principio de efectividad) y “En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (Principio de prioridad absoluta).

Jorge Horacio Sánchez⁵ (2008), agrega que:

⁴ Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador: Registro Oficial N° 737 de 03 de enero de 2003, última modificación: 07 de julio de 2014.

⁵ Sánchez, Jorge Horacio. (2008). *El derecho del menor*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, edición del 12 de noviembre de 2008.

Por un lado, la efectividad trae aparejada consigo la adopción de todas las medidas y providencias de carácter administrativo y legislativas y todas las que conduzcan a la efectividad (goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, al respeto y la promoción de estos derechos y al desarrollo de las garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas para su ejercicio. Por otra parte, el principio de efectividad es el que otorga carácter imperativo a los lineamientos de la Convención y obliga al Estado y la sociedad al cumplimiento de los mecanismos enunciados, además de constituir el programa para el desarrollo de políticas en materia de niñez.

Por otra parte, los derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas utilizando hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional. Esta parte del Artículo 4 de la Convención que consagra la Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que significa que a la hora del diseño de políticas públicas se deberá considerar que en primer lugar estará la situación de los niños y la aplicación de políticas, planes, programas y presupuesto hacia esta población. (p. 34).

3.1.9 La igualdad o no discriminación.

Es el pilar fundamental de la doctrina de los Derechos Humanos y el carácter universal de las políticas sociales tiene que ver directamente con este principio. La no discriminación es el principio inicial para la construcción de políticas de protección integral y se encuentra consignado en el Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados partes respetarán los derechos

enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales”. Y de este modo, se erige como la norma de carácter jurídico-social que debe orientar la lectura e interpretación de todos los derechos consagrados en la Convención, por lo que no debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión o la edad. Por otra parte, y como una perspectiva novedosa en su momento (finales de los '80) la Convención establece un componente relevante en materia de derechos humanos al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones del niño o la niña sino que además prohíbe la discriminación en razón de alguna condición de los padres o representantes legales.

Interés superior del niño y la niña. Consagrado en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: “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”. Este principio, junto al de no discriminación constituyen el sustento de la Doctrina de la Protección Integral. El interés superior deja de ser, de acuerdo a esta formulación y su ubicación en el instrumento internacional, una mera orientación filosófica o doctrinal, y se convierte en un principio jurídico-social de aplicación para la interpretación y ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

La participación solidaria o principio de solidaridad. El Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio general de la siguiente manera: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos de la presente Convención”. De acuerdo a esta formulación, la articulación de acciones entre el Estado y la sociedad constituyen el principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la Doctrina de la Protección Integral. El Estado, la Familia y la Sociedad son los tres protagonistas sobre los que se apoya la responsabilidad para el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. (p. 43).

CAPITULO IV

4. DERECHOS

4.1. Derecho a la integridad

El derecho a la integridad personal, incluye tanto a la integridad psíquica, moral y sexual, de acuerdo a lo previsto en la Constitución. Igualmente incluye la garantía por parte del Estado de una vida libre de violencia en todos los ámbitos de la vida, debiendo para garantizarse este derecho el Estado crear una verdadera política de Gobierno que tienda a prevenir, sancionar y a eliminar toda clase de violencia e indemnización a las víctimas que hayan sufrido cualquier forma de violencia, en especial la ejercida contra las personas que forman parte de los grupos de atención o interés prioritario por parte de las entidades públicas y privadas, al igual que la esclavitud y la explotación sexual; derecho garantizado en forma expresa en la Constitución.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 50, determina: “*Derecho a la integridad personal*. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Es un derecho que se encuentra arraigado a las lucha por la igualdad de los derechos de grupos vulnerables, entre ellos se encuentran los niños, niñas y adolescentes; por lo que este derecho se concentrara sobre la protección de niño o adolescente en el entorno familiar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, contempla este derecho en su artículo 12; el Pacto de San José de Costa Rica, refiere: “Art. 11. ...2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de

su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

En materia de niñez, este derecho se encuentra protegido por el principio de reserva y no publicidad de casos de menores es estado de vulnerabilidad, la integridad a la que se hace referencia no solo comprende la física, sino también la psíquica, moral y sexual. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, etc., en este sentido se establece en los literales a y b, numeral 3, Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

El Código de la Niñez y la Adolescencia prevé que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías, y gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su la protección de la integridad de los niños o adolescentes. Proporcionando un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El derecho a la integridad personal del niño o adolescente, respecto de la tenencia, se orienta a la protección de sus derechos, ya que en ocasiones los padres o miembros de la familia ponen en peligro la salud de sus hijos, generalmente este problema se evidencia cuando los menores viven con padres alcohólicos, drogadictos o aquellos que tienen algún tipo de vicio. En esta caso el juez debe deberá considerar todos estos factores (familiares y entorno) al momento de decidir sobre la tenencia del niño, y en caso de fijarse régimen de

visitas deberá solicitar que se realice un seguimiento por parte del equipo técnico, puesto que puede existir algún tipo de vulneración de este derecho. Lamentablemente en el Ecuador existen cifras alarmantes de violencia intrafamiliar, el Consejo de la Niñez y Adolescencia, ha establecido que 1 de cada 3 niños ha sufrido violencia psicológica o física en su entorno familiar; que generalmente se da en hogares separados y con conflictos entre los padres.

Los parámetros para la evaluación psicológica a los padres que se disputan la tenencia de su hijo o hija, deben ser más rigurosos, aplicando métodos que determinen la idoneidad del padre o la madre para ejercer la tenencia de su hijo, sobre todo cuando en el hogar familiar, han existido antecedentes de violencia intrafamiliar.

Es así que la opinión del niño tiene un carácter primordial en este tipo de proceso, puesto que, es ahí donde reposa la verdad de los hechos, y el juez debe ser muy prudente al tratar sobre el tema; evidenciándose de esta manera la importancia de los equipos especializados que ayudan al juez a conocer la verdad de los hechos, y así resolver la manera más justa y apegada a derecho.

Sintetizando lo anotado, lo que protege el derecho a la integridad personal del niño o adolescente, dentro de los procesos de tenencia, es la relación entre padres e hijos en un ambiente sano y equilibrado libre de cualquier tipo de violencia; a fin de 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.

El desarrollo integral del menor, como regla general, asegura el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico,

psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

4.2 Derecho a la intimidad personal

Este derecho lo encontramos establecido en los numerales 18 y 20 del Art. 66 de la Constitución, dentro de los derechos de libertad, así el numeral 18 consagra el derecho al honor al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona; y, el numeral 20 se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar. Para entender este derecho, debe determinarse el significado de los términos de honor e intimidad, así el término honor significa la valoración que los demás tienen una persona y que ha sabido ganarse por una línea de conducta de la persona, por lo tanto el honor se entiende como la reputación, la buena fama que goza una persona en el entorno social en el que se desenvuelve, y el término intimidad significa “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

Se ha considerado que el derecho a la intimidad abarca dos aspectos fundamentales: el uno se refiere al derecho que goza una persona a disponer de momentos de descanso, recogimiento, soledad quietud que le permite meditar, orar, abrirse a la contemplación sea interior como exterior; y, el segundo aspecto se refiere al derecho de mantener fuera del consentimiento ajeno hechos o actos que pertenecen a lo privado de una persona.

El derecho a la intimidad personal del niño, niña o adolescente, se encuentra determinado en el artículo Art. 53 del Código de la Niñez y Adolescencia, que expresa, que sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley. Se prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.

Sin perjuicio de la vigilancia natural de los padres y maestros, los niños tienen derecho al respeto de su intimidad, los padres y demás personas que conviven en el entorno familiar, deben buscar un equilibrio entre los derechos de los niños y sus derechos, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.

El equilibrio referido se da precisamente para no entrar en conflictos, ya que cuando dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor.

En ocasiones se considera que el derecho a la intimidad se ciñe únicamente a la información de datos personales, documentos, fotografías en medios electrónicos, digitales que menoscaben o vulneren los derechos de los niños. La restricción a la información en materia de menores, ya que por principio de reserva su información no puede ser divulgada, más aún cuando se trata de informes, experticias o datos de niños o adolescentes.

El concepto traído por los autores Pierini, Lorences y Tornabene al respecto a este derecho refiere: *“el poder o potestad de tener un domicilio particular, papeles*

privados, ejercer actividades, tener contactos personales y pensamientos que no trascienden a terceros, en virtud del interés personal de no hacerlos públicos cuando se trata de hechos privados o datos sensibles de las personas”.

La Corte Constitucional Colombiana se refiere expresamente a la voluntad del titular, reconoce su derecho de vigilar el manejo de la información que por decisión suya llega a hacerse pública; el fallo reza textualmente: “El derecho [...] de poder exigir el adecuado manejo de la información que el individuo decide exhibir a los otros, es una derivación directa del derecho a la intimidad, que se ha denominado derecho a la autodeterminación³⁸”; este derecho de autodeterminación se basa en dos supuestos, por una parte la facultad puesta a favor del titular del dato cuya información debe mantenerse en secreto, y por otra, la voluntad propia de exhibir los datos.

La jurisprudencia argentina también ha aportado al desarrollo de lo que es el derecho a la privacidad o intimidad. La Corte Suprema ha manifestado que el derecho a la privacidad “ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, salud mental y física y todos los hechos y datos que integran el estilo de vida de una persona, que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad”

4.3 Derecho a la intimidad familiar

La Declaración Universal de Derechos Humanos con respecto este derecho en su Art. 12, señala lo siguiente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra

o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencia o ataques”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica, en su Art. 11 establece: “2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Tratados internacionales que han sido incorporados al sistema jurídico, para la efectiva aplicación de los derechos.

El derecho a la intimidad familiar, se encuentra establecido en el artículo Art. 53 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual establece que, sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley. Se prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.

Los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a la intimidad familiar, en este sentido prevalecerán sus derechos, estableciendo un relación de convivencia íntima en el medio familiar, dada por la relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”.

Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, a formar parte de una familia, por lo cual su

situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, custodios o no. Esta disposición se establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

El desarrollo integral y armónico del menor exige una familia en la que los padres cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

La familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá), “hijos”, e inclusive de “abuelos”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes, con quienes conviven menos.

Como ya se dijo en líneas anteriores lo que se busca es la protección de la intimidad del hijo menor de edad, y de su entorno familiar, para lograr el desarrollo integral de sus derechos, ya que la consecución de este derecho garantiza su interés superior.

CAPITULO V

5. INVESTIGACION DIAGNOSTICA

5.1 Modalidad básica de la investigación

El presente proyecto está basado principalmente en la investigación que se orienta por el enfoque cualitativo de la investigación de campo, ya que nos permite a través de éste conocer la realidad, mediante la elaboración en diagnóstico de variable de estudio y proponer alternativas de solución al problema al que nos ocupa.

5.2 Población y Muestra

Población.

La población objeto de la investigación se concentra en esta Ciudad de Jipijapa, Provincia de Manabí y la integran; Juez, Abogados en libre ejercicio y los Estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí.

El presente trabajo de investigación será de carácter descriptivo y bibliográfico, ya que se analizará los diferentes criterios e ideas que tengan las ciudadanas y ciudadanos, así como también autoridades y personeros judiciales de la ciudad de Manta, analizando de cómo se ha llevado el proceso de coordinación hasta la fecha, se recolectará también toda la información que sea posible de revistas, internet y libros de diferentes autores que hayan realizado investigaciones las capitulaciones matrimoniales en la ciudad de Portoviejo.

El enfoque de la investigación será cualitativo – cuantitativo. Sera de tipo cualitativo por la información obtenida de las entrevistas, y de carácter cuantitativo

por medio de resultados de encuestas que se realizarán a una muestra representativa de la población en estudio.

Muestra.

El muestreo que se realizará es de tipo aleatorio simple, puesto que se numeran los elementos de la población y se seleccionan al azar los elementos que contiene la muestra.

En este caso, se tomaran en consideración a abogados y usuarios de la ciudad de Manta – Jipijapa, entre 18 y 70 años.

Para el cálculo de la muestra, se utilizará la siguiente fórmula de muestreo en base a una población finita:

$$n = \frac{Z^2 p q N}{NE^2 + Z^2 p q}$$

En donde:

p
= Es la variabilidad positiva

q
= Es la variabilidad negativa

E
= error permitido

N
= Tamaño de la población

Z
= Es el nivel de confianza

n Es el tamaño de la
= muestra

NIVEL DE CONFIANZA

50% DE CONFIANZA $Z= 0,674$

90% DE CONFIANZA $Z=1,645$

95% DE CONFIANZA $Z=1,96$

99% DE CONFIANZA $Z=2,576$

Entonces, se reemplazan valores para realizar la fórmula:

$$n = ?$$

$$p = 0.5$$

$$q = 0.5$$

$$E = 0,05$$

$$N = 100$$

$$Z = 1.96 \text{ (95\%)}$$

$$n = \frac{Z^2 p q N}{NE^2 + Z^2 p q}$$

$$n = \frac{(1.96)^2 \times 0,5 \times 0,5 \times 100}{(100)(0,05)^2 + (1,96)^2 \times 0,5 \times 0,5}$$

$$n = \frac{96,4}{1,2104}$$

$$n = 80$$

Como se observa el resultado, la muestra da un total de 40 personas a ser entrevistados del grupo de abogados y usuarios.

IDEA A DEFENDER.-

Tabulación: El resultado obtenido producto de la recolección de datos, serán representados mediante gráficos y barras; constituye una operación cuantitativa.

Análisis: Se procederá a valorar cada una de las respuestas obtenidas, emitir un criterio jurídico al respecto y obtener las respectivas conclusiones; es la valoración cualitativa y cuantitativa de los datos obtenidos.

Síntesis: Realizamos una breve recapitulación de los resultados obtenidos para facilidad y apoyo de nuestra conclusión final y las consiguientes recomendaciones.

5.3 Técnicas e instrumentos de recolección de información.

Primarias:

Entrevista personal: serán estructuradas, con pocas preguntas para obtener información de carácter cualitativo proveniente de abogados o ciudadanos de Jipijapa - Manta para establecer un equilibrio de criterios.

Encuestas: serán realizadas por muestreo, se realizarán preguntas en torno al tema de la coordinación sobre las capitulaciones matrimoniales.

Secundarias:

Este trabajo de investigación se apoyará en libros referentes a las Tenencia, la ley ordinaria, leyes orgánicas, leyes de coordinación, investigaciones, revistas, así como también información virtual que se pueda recopilar en el internet.

5.4 Análisis de la sentencia

13202-00326-2015

JUZGADO DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CIUDAD DE

JIPIJAPA.- VISTOS: De fojas 4 Y 5 de los autos, comparece el señor MANUEL ANXXXX VASCONEZ, y expresa, que a la fecha se encuentra separado y que mantuvo una relación, como cónyuges con la señora KERLY LEXXX AVILA PIBXXXX, por un cierto tiempo, de la cual, procrearon una hija, así lo justifica con la partida de nacimiento que se adjuntó a la demanda, sin embargo por razones que expresa en su escrito, se separaron, y que a la fecha por la situación mental que padece la demandada, solicita se regule la Tenencia de la niña ASHLEY JULXXXX VASCONEZ AVIXX, a favor del actor. Aceptada que fue la demanda al trámite,

según providencia de fojas 7 del proceso, se dispuso citar a la accionada, diligencia que se cumplió y comparece a juicio conforme lo establece a fojas 10 de los autos, y compareciendo a fojas 46 y 47 de los autos, señalando casillero judicial y autorizando al profesional que suscribe dicho memorial, por lo que siendo así, se convocó a la partes la diligencia de Audiencia de Conciliación, diligencia que se la practico a fojas 117 y vuelta del proceso, no habiendo conciliación al respecto, señalando audiencia de pruebas, y practicadas que fueron, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera; **PRIMERO:** Que el suscrito Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia es competente para conocer y juzgar la presente demanda de Tenencia, de conformidad con los artículos 118, 255, 271 y siguientes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; **SEGUNDO:** Que se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales por lo que se declara la validez del proceso; **TERCERO:** Que la demandada ha sido citada en legal y debida forma y ha comparecido a juicio, ejerciendo el derecho a su defensa, respetándose el debido proceso; **CUARTO:** Revisado que ha sido el proceso a efecto de dictar la presente resolución, el suscrito Juez advierte lo siguiente: a) Según se desprende del contenido del artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, la Tenencia del hijo o hija de familia, consiste en confiar o encargar el cuidado y crianza de éstos a uno de sus progenitores sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, y siguiendo las reglas del artículo 106 ibidem, y al efecto, el actor, ha demostrado la situación mental que padece la demandada, situación que está demostrado con los testimonios de los señores miembros del equipo técnico, Dra. Jessenia Rodriguez, y Licenciada, Maria Delgado, así como la prueba documental que consta dentro de autos, desde las fojas 132 a las 203, de autos, situación que entre sus conclusiones la demanda, esta internada en el Instituto de Neurociencias de la Junta de

Beneficencia de la ciudad de Guayaquil, “Hospital Lorenzo Ponce”, corroborado por la audiencia que obra en autos y de sus conclusiones indica que la ciudadana AVILA PIBXXXX KERLY LETXXX, padece de esquizofrenia en niveles graves, y sobre la situación del padre de la mencionada niña y actor de la causa, la Dra. Jessenia Rodriguez, refiere en sus conclusiones de su informe Psicológico, que el padre biológico presta todas las garantías para el cuidado y desarrollo integral de su hija, que tiene su residencia en la ciudad de Duran, donde alquila una villa, se dedica a su profesión de Militar, y que recomienda que la tenencia se realice mediante una transición y que sea por sesiones, garantizando de esta manera el respeto a lo que establece los artículos 75, 76, 168 numeral 6, 169, 424 de la constitución; **QUINTO:** El artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, establece textualmente: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.” De lo que se colige que le correspondía a la parte actora probar, lo que alegado en la demanda, sin embargo al haber llegado la parte demandada, a perder su normal desenvolvimiento ante la sociedad, por su internamiento en el Hospital para personas con problemas mentales, al respecto, es importante tener en cuenta que la madre, señora KERLY LETXXX AVILA PIBXXXX, y su hija, convivieron en el núcleo familiar desde el nacimiento de la menor hasta su violenta separación, producto del internamiento que sufrió la demandada, al Hospital para personas con problemas mentales; núcleo familiar que estuvo siempre conformado por su madre y la niña, puesto que el padre las visitaba con frecuencia, ya que tenía su domicilio en la ciudad de Duran, conforme consta en el expediente. Por tanto, la menor permaneció bajo el cuidado diario, educación y atención de su madre durante sus primeros años de vida, bajo

ciertos parámetros formativos de su medio familiar, provenientes de su madre y de su familia materna. Este entorno en el cual se desarrolló la niña (a su corta edad), fue abruptamente modificado por su situación actual, estado de salud mental. Con ello, la niña se vio obligada a afrontar la repentina separación de su madre, con quien había creado lazos afectivos. Consta en el expediente, según versión del padre, que la niña vivía en una casa de la familia ampliada de la madre. Sin embargo, dentro de las pruebas que se presentan no consta ninguna que sustente la situación actual de la niña. Según se desprende del contenido del artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, la Tenencia del hijo o hija de familia, consiste en confiar o encargar el cuidado y crianza de éstos a uno de sus progenitores sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, y siguiendo las reglas del artículo 106 ibidem, toda vez que el demandado manifestó en la audiencia de conciliación que la señora madre no ha perdido la custodia y protección de la niña al contrario que brindaría todo lo que está establecido en la ley, para que la niña esté con su señora madre visitándola; **SEXTO:** Por su parte, la Constitución de la República, en su artículo 44, consagra: "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". En efecto, en atención al mandato constitucional, en el artículo

45 ibídem se establece que: "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". Concretamente, el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé en su artículo 15 que:"... Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad...". De esta forma, en otros derechos se reconoce el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, en los siguientes términos: "Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus

derechos y su desarrollo integral...".De igual forma, se reconoce el derecho a una vida digna, que comprende: "Art. 26.- Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos...".En atención a tales postulados constitucionales y legales se desprende que los niños, niñas y adolescentes gozan de un cúmulo de derechos fundamentales, que aseguran su desarrollo integral, que tienen prevalencia frente a los derechos de las demás personas y, en consecuencia, en el ordenamiento jurídico interno se prevé una serie de mecanismos para proteger los referidos derechos; uno de ellos es el juicio de tenencia, a más de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el acceso a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. Es por ello que "hoy por hoy, a pesar de algunas reticencias teóricas, es evidente que la niña tiene derechos que le protegen de ciertos abusos o situaciones que pudieran enfrentarse a sus intereses de gozar de un desarrollo personal, social y moral pleno que garantice al máximo sus necesidades afectivas y de bienestar social". En tal virtud, y por su importancia, el principio de interés superior del niño y su especial protección, se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: "Art. 3.- 1. 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...". Conforme se lee, el artículo 11 establece: "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, esto es posible por cuanto el Ecuador en el Art. 417 de la constitución estableció lo siguiente "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución" de esta manera dejamos definido para la fundamentación de la presente resolución que la amplitud de los derechos no se agota en la constitución o la ley, al contrario todo lo que desarrolle los derechos y los haga progresivos forma parte de los derechos; por último y tal vez lo más difícil para un juez es que entender por "*Justicia*", como saber que es lo justo, las frases de dar a cada quien lo que le corresponde, ya no pueden ser aplicadas en este nuevo marco constitucional porque si los derechos son de igual jerarquía y así lo proclama nuestra Constitución en el

Art. 11 numeral 6, cómo puede un juez dar preferencia a uno u a otro, la Corte Constitucional del Ecuador lo ha denominado igualdad material de los derechos, es en este contexto muy complejo es en el que actualmente se encuentra el suscrito juez, al encontrar derechos de rango constitucional que colisionan y que le son atribuibles y como derecho fundamental el interés superior del niño, niña y adolescentes por eso en estricto cumplimiento a la constitución y alejándome del trámite formal amparándome en el artículo **Art. 169 de la constitución que indica**:- **El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.** Por lo expuesto, el suscrito juzgador, atendiendo al interés superior de la niña, deberá determinar su bienestar por sobre las diferencias existentes entre sus padres, los cuales, conforme se mencionó, tienen el deber de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece el Código de la materia; en consecuencia, los progenitores deben: "1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto; 2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio; 3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa; 4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso; 5. Estimular

y orientar su formación y desarrollo culturales; 6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo; 7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica; 8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y, 9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes. De acuerdo con esta posición, el padre deberá continuar cumpliendo sus deberes de progenitor, contribuyendo económica y afectivamente con el desarrollo integral de la niña, por demostrar que tiene los medios suficientes para hacerlo y con la única finalidad de proteger sus derechos y procurar que continúe atendiendo sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, más aun tomando en cuenta que es su obligación el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de su hija, particularmente cuando los padres se encuentran separados por cualquier motivo, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 69 de la Constitución de la República. Por tanto, se deja claro que el otorgamiento de la tenencia a favor de uno del padre "no implica el cese para el otro del derecho - deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hija. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos". En virtud de los considerandos que anteceden, valorando las pruebas anunciadas y aportadas por las partes, y tomando en cuenta que lo asuntos de conocimiento y resolución de los jueces especializados de la Niñez y Adolescencia, son casos humanos y que en todo proceso donde este inmerso el bienestar de los niños, niñas y adolescentes debe primar el Interés Superior de éstos, acogiendo en su plenitud las recomendaciones y además del

acuerdo al que han llegado las partes, el suscrito Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en uso de sus atribuciones legales, RESUELVE: Declarar, con lugar la demanda de Tenencia planteada por el señor MANUEL ANTXXXX VASCONEZ, deducida contra KERLY LETXXX AVILA PIBXXXX, y de conformidad con lo que prescribe, el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, le concedo la Tenencia de su hija ASHLEY JULXXXX VASCONEZ AVIXX, esto es, quedara bajo su cuidado y protección.- Con el objeto de regular las visitas a que tienen derecho la madre de la niña, y con el fin de garantizar su desarrollo integral reconociendo y protegiendo a la familia como el espacio natural y fundamental, de conformidad con lo que establece los artículos 9, 22, 96 y 97 del Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 44 y numeral 1 del artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, fijándose a favor de la señora KERLY LETXXX AVILA PIBXXXX, visitas con régimen abierto, sean estas visitas, en el hogar de su señora abuela en línea materno o en cualesquiera otro espacio físico recreacional que se estime conveniente, de acuerdo a la norma del artículo 122 del código de la materia.- Asimismo, conforme lo obliga el artículo 290 ibidem, se dispone que la Oficina Técnica de la Unidad Judicial haga un seguimiento y transición del presente caso y emita los informes correspondientes, así como la terapia familiar para la reintegración del señor padre a su hija.- Recordándole a las partes que los casos de conocimientos de los Jueces de Niñez y Adolescencia, no causan ejecutoria, pudiendo revisarse en cualquier momento que las circunstancias lo amerite.- Este fallo se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 11, 14, 60, 106, 118, 119,120, 122 y 123 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con lo establecido en

los Arts. 44, 45, 61, 69 Numeral 1 y 4, 169 de la Constitución de la República del Ecuador.- Dese cumplimiento con lo establecido en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil.- Actué en calidad de secretario titular el abogado Jaime Roldan. LEASE, CUMPLASE, Y NOTIFIQUESE.-

5.5 La Esquizofrenia

La esquizofrenia se da en todas partes del mundo. La gravedad de los síntomas y la larga duración de la enfermedad tienden a causar un alto grado de discapacidad. Los medicamentos y otros tratamientos usados para la esquizofrenia sirven para reducir y controlar los síntomas, solo si se siguen de la manera indicada por el médico. A pesar de todo, algunas personas no se benefician mucho con los tratamientos disponibles. Otras los suspenden de manera prematura. Una de las razones para que esto suceda es la presencia de efectos secundarios de la medicación, los cuales pueden ser desagradables e inconvenientes. Inclusive cuando el tratamiento en sí es moderadamente efectivo, la capacidad de funcionamiento de algunos enfermos es afectado por la falta de oportunidades de trabajo, el estigma que se asocia con esta enfermedad y los síntomas que no mejoran con la medicación.

Los primeros síntomas de la esquizofrenia generalmente son cambios peculiares del comportamiento. Estos síntomas pueden causar desconcierto y confusión en los familiares del enfermo. La presencia de estos síntomas es especialmente chocante para los familiares más cercanos que conocían cómo era el paciente antes de enfermarse. Resulta extremadamente difícil comprender cómo una persona que era tan saludable y llena de vida puede tener un cambio tan drástico.

La aparición súbita de síntomas psicóticos se conoce como la fase "aguda" de la esquizofrenia. La "psicosis", un estado común en la esquizofrenia, representa un deterioro mental marcado. Las alucinaciones, como el oír voces que no son reales, son un trastorno de la percepción muy común. También son comunes los delirios, es decir el desarrollar creencias falsas que surgen como consecuencia de la incapacidad para distinguir lo real de lo imaginario. Otro síntoma menos obvio es el aislamiento social, es decir el evitar el contacto social con familiares, amigos y otras personas. Dicho aislamiento puede presentarse antes, al mismo tiempo, o después de los síntomas psicóticos.

La evolución de la esquizofrenia es variable. Algunas personas sufren un solo episodio psicótico y se recuperan. Otras tienen muchos episodios de psicosis en el transcurso de su vida, pero entre dichos períodos llevan una vida normal. Otras personas sufren de esquizofrenia "crónica", la que se manifiesta en forma continua o recurrente. Éstas generalmente no se recuperan del todo y típicamente requieren tratamiento con medicamentos a largo plazo.

5.5.1 Definición

La esquizofrenia es un trastorno cerebral crónico, severo e incapacitante que ha afectado a las personas a lo largo de la historia. Alrededor de un 1 por ciento de estadounidenses lo padece.

Muchas veces, las personas con este trastorno escuchan voces que otros no escuchan o piensan que los demás pueden leer su mente, controlar sus pensamientos o confabular para hacerles daño. Y esto puede aterrorizarlas y convertirlas en personas retraídas y fácilmente irritables.

Las personas con esquizofrenia pueden hablar sin sentido, pueden sentarse durante horas sin moverse ni hablar e incluso puede parecer que se sienten perfectamente bien hasta que expresan lo que verdaderamente están pensando.

También la familia y la sociedad se ven afectadas por la esquizofrenia, ya que muchas personas que sufren esta enfermedad tienen dificultad para conservar un trabajo o cuidar de sí mismas, lo que las hace depender siempre de los demás.

Los tratamientos ayudan a aliviar muchos síntomas de la esquizofrenia, pero en la mayoría de los casos las personas tienen que lidiar con ellos a lo largo de toda la vida. No obstante, muchas personas con esquizofrenia pueden llevar una vida gratificante y significativa en la comunidad. Los investigadores están desarrollando medicamentos más eficaces y utilizando nuevas herramientas de investigación para comprender las causas de la esquizofrenia. En los próximos años, este trabajo puede ayudar a prevenir y mejorar el tratamiento de la enfermedad.

5.5.2 Esquizofrenia Paranoide

Kraepelin fue el primero en identificar un subtipo paranoide de esquizofrenia, en el que los pacientes presentaban ideas delirantes extravagantes y fragmentadas y, finalmente, un deterioro de la personalidad. El concepto de subtipo paranoide se incluyó en la primera edición del DSM (American Psychiatric Association, 1952) y se ha mantenido hasta hoy. Se caracteriza por una preocupación por una o más ideas delirantes y/o por la presencia de frecuentes alucinaciones auditivas; el comportamiento o lenguaje desorganizado, el comportamiento catatónico y un afecto aplanado o inapropiado no suelen ser muy marcados. A diferencia de otros subtipos, los pacientes con esquizofrenia paranoide tienen una edad mayor al inicio, mejor

actividad premórbida y mejor evolución. Sus probabilidades de casarse son mayores y desempeñan su actividad laboral mejor que los pacientes de otros subtipos.

5.5.3 El mundo de las personas con Esquizofrenia

Percepciones distorsionadas de la realidad

El enfermo de esquizofrenia puede tener percepciones de la realidad muy diferentes a las comparten las personas que lo rodean. El enfermo puede sentirse asustado, ansioso y confundido debido a que vive en un mundo distorsionado por alucinaciones y delirios.

En parte debido a la realidad inusual que experimenta, el enfermo de esquizofrenia puede comportarse de manera diferente en distintos momentos. A veces puede parecer distante, indiferente o preocupado. A veces puede mantener una pose fija, por ejemplo se sienta rígido, sin moverse ni emitir sonido durante horas. Otras veces puede estar completamente alerta, moverse constantemente y hacer algo sin parar.

5.5.4 Alucinaciones e Ilusiones

Las alucinaciones e ilusiones son trastornos de percepción comunes en las personas que sufren de esquizofrenia. Las alucinaciones son percepciones que no se basan en la realidad, pueden ocurrir a través de todos los sentidos, audición, vista, tacto, gusto u olfato. Sin embargo, el escuchar voces que otras personas no escuchan es el tipo más común de alucinación en la esquizofrenia.

Las voces a veces describen las actividades del paciente, mantiene una conversación entre ellas, o advierten al paciente de peligros inminentes e incluso le dan órdenes. Las ilusiones son diferentes de las alucinaciones. Mientras que las *alucinaciones* ocurren sin un estímulo sensorial, las *ilusiones* son la distorsión

de un estímulo sensorial. Cuando la persona experimenta una ilusión está interpretando incorrectamente algo que ocurre en la realidad.

Delirios

Los delirios son creencias falsas que no responden a la razón ni a la evidencia y que no son compartidas por las personas que rodean al enfermo. No se consideran delirios las creencias culturales que son compartidas por los miembros de una cultura. Los delirios pueden ser acerca de temas diferentes. Por ejemplo, los pacientes que sufren de esquizofrenia de tipo paranoica, aproximadamente un tercio de todos los que sufren de esquizofrenia, generalmente tienen delirios de persecución, por lo que creen ser engañados, acosados, envenenados y a veces creen que otras personas conspiran en contra de ellos, sin que estas cosas estén realmente sucediendo. Estos pacientes pueden creer que ellos, un miembro de su familia o alguien muy cercano, es víctima de una persecución por otra persona u organización. Otro tipo de delirio que se puede dar en la esquizofrenia es el de grandeza. El enfermo cree ser una persona famosa o importante. Algunas veces los delirios experimentados por las personas con esquizofrenia son insólitos. Por ejemplo, el enfermo cree que un vecino controla su comportamiento con ondas magnéticas, que las personas que aparecen en televisión le están enviando mensajes, o que sus pensamientos están siendo transmitidos por ondas radiales y son captados por otros.

5.5.5 Trastorno del pensamiento

La esquizofrenia generalmente afecta la capacidad de pensar. A veces los pensamientos surgen y desaparecen rápidamente. Muchas veces el paciente no parece prestar atención a las cosas, no se puede concentrar en un tema y se distrae fácilmente.

En ciertas situaciones las personas con esquizofrenia no pueden determinar lo que es o no relevante, pierden la capacidad de hilar los pensamientos en una secuencia lógica de manera que se presentan desorganizados y fragmentados.

Esta pérdida de continuidad lógica llamada "trastorno del pensamiento", puede dificultar mucho la conversación. En general, cuando las personas alrededor del paciente no entiende lo que este dice, se sienten incómodas y tienden a evitarle, contribuyendo a su aislamiento social.

5.5.6 Expresión Emocional

Las personas que sufren de esquizofrenia generalmente sufren de una limitación en su capacidad de expresión afectiva. Es decir, la capacidad para expresar sentimientos y estados emocionales está disminuida. El enfermo puede mostrar una apariencia de no sentir emociones, puede hablar con la voz monótona y mantener una expresión facial apática. Puede aislarse socialmente y evitar el contacto con otros. Cuando el enfermo es forzado a interactuar con otros, parece no tener nada que decir y su capacidad de pensamiento parece empobrecida. El interés en hacer cosas puede disminuir marcadamente. También puede disminuir la capacidad para gozar de los aspectos placenteros de la vida. En casos graves, el enfermo puede pasarse días enteros sin hacer nada, e inclusive ignorar la higiene personal más básica. Estos problemas de expresión emocional y de motivación, que pueden ser muy preocupantes para los familiares y amigos, son síntomas de esquizofrenia y no deben ser considerados como defectos de personalidad o debilidades de carácter.

5.5.7 La diferencia entre lo normal y lo anormal

Ocasionalmente, las personas normales pueden sentirse, pensar, o actuar de maneras que se asemejan superficialmente a la esquizofrenia. Por ejemplo, a todas

las personas normales les puede suceder en algún momento que no pueden pensar claramente por ansiedad extrema como cuando tienen que hablar frente a grupos de personas. En una situación que produce ansiedad marcada, uno puede sentirse confundido e incapaz de coordinar los pensamientos u olvidarse lo que quería decir. Esto no es esquizofrenia. De igual modo, las personas con esquizofrenia no siempre actúan de manera anormal. De hecho, algunas personas esquizofrénicas pueden parecer completamente normales y perfectamente responsables aún cuando están experimentando alucinaciones y delirios. La condición del paciente puede variar marcadamente a través del tiempo mostrando períodos de empeoramiento, especialmente cuando los medicamentos son suspendidos, y períodos en los que vuelve casi a la normalidad, generalmente cuando está recibiendo el tratamiento apropiado.

5.5.8 Síntomas

Los síntomas de la esquizofrenia se clasifican en tres categorías principales: síntomas positivos, síntomas negativos y síntomas cognitivos.

Síntomas Positivos

Los síntomas positivos son comportamientos psicóticos que no se ven en personas sanas. Las personas con síntomas positivos frecuentemente "pierden contacto" con la realidad. Estos síntomas pueden aparecer y desaparecer, a veces son intensos y otras veces casi imperceptibles; dependiendo si el individuo está recibiendo tratamiento o no. Los síntomas positivos incluyen:

Las alucinaciones son cosas que una persona puede ver, escuchar, oler o sentir y que nadie más puede verlas, escucharlas, olerlas o sentirlas. Las "voces" son el tipo de alucinación más común relacionado con la esquizofrenia. Muchas personas que padecen este trastorno escuchan voces. Estas voces pueden

hablarles acerca de su comportamiento, ordenarles hacer algo o advertirlas de algún peligro. Muchas veces las voces hablan entre sí. Las personas con esquizofrenia pueden escuchar voces durante mucho tiempo antes de que sus familiares o amigos lo noten.

Otros tipos de alucinaciones incluyen: ver personas u objetos que no están presentes, oler aromas que nadie más percibe y sentir cosas que tocan su cuerpo cuando no hay nadie cerca.

Los delirios son creencias falsas que no forman parte de la cultura de la persona y se mantienen firmes. La persona cree en los delirios incluso después de que otras personas le demuestran que no son reales ni lógicos. Las personas con esquizofrenia pueden tener delirios que parecen extraños, como creer que los vecinos pueden controlar su comportamiento mediante ondas magnéticas.

También pueden creer que los individuos que aparecen en televisión les están enviando mensajes especiales o que las emisoras de radio están transmitiendo sus pensamientos en voz alta para los demás. A veces piensan que son otra persona, como una figura histórica famosa. Estas personas también pueden tener delirios paranoicos y creer que los demás intentan hacerles daño, engañándolas, acosándolas, envenenándolas, espiándolas o confabulándose contra ellas o contra quienes las rodean. Estas creencias se denominan "delirios de persecución".

Los trastornos del pensamiento son maneras inusuales o disfuncionales de pensar. Una forma de este trastorno es el "pensamiento desorganizado", que se da cuando una persona tiene dificultad para organizar sus pensamientos o conectarlos en una secuencia lógica. En estos casos, a veces hablan de una manera confusa que es difícil de entender. Otra forma es el "bloqueo del

pensamiento", que se da cuando una persona deja de hablar repentinamente en medio de una idea. Cuando se le pregunta por qué dejó de hablar, la persona puede responder que sintió como que le sacaron la idea de su cabeza. Por último, una persona con un trastorno del pensamiento puede inventar palabras sin sentido o "neologismos".

Los trastornos del movimiento se pueden manifestar como movimientos agitados del cuerpo. Una persona con este tipo de trastorno puede repetir ciertos movimientos una y otra vez. En el otro extremo, una persona puede volverse catatónica. La catatonía es un estado en el que la persona no se mueve ni habla con los demás. Hoy en día, la catatonía es poco frecuente. Antes, cuando no había ningún tratamiento disponible para la esquizofrenia, era más común.

Las "voces" son el tipo de alucinación más común relacionado con la esquizofrenia.

Síntomas Negativos

Los síntomas negativos se asocian con la interrupción de las emociones y los comportamientos normales. Estos síntomas son más difíciles de reconocer como parte de este trastorno, ya que muchas veces se confunden con los de la depresión u otras condiciones. Estos síntomas incluyen:

"Afecto plano" (la persona no mueve el rostro o habla con una voz desanimada y monótona)

Falta de satisfacción en la vida diaria

Falta de habilidad para iniciar y mantener actividades planificadas

Falta de comunicación, incluso cuando la persona se ve forzada a interactuar

Las personas que tienen síntomas negativos necesitan ayuda con las tareas diarias. Muchas veces hasta descuidan la higiene personal básica. Esto puede

hacerlas parecer personas perezosas o personas que no quieren salir adelante, pero en realidad son los síntomas de la esquizofrenia.

Síntomas Cognitivos

Los síntomas cognitivos son más sutiles. Al igual que los síntomas negativos, estos síntomas son difíciles de reconocer como parte de este trastorno. Con frecuencia, sólo se detectan cuando se realizan pruebas por otras razones. Estos síntomas incluyen:

"Funcionamiento ejecutivo" (habilidad para comprender información y utilizarla para tomar decisiones) deficiente

Problemas para concentrarse o prestar atención

Problemas con la "memoria de trabajo" (habilidad para utilizar información inmediatamente después de haberla aprendido)

Por lo general, los síntomas cognitivos hacen que sea difícil llevar una vida normal

y ganarse la vida. Además, pueden causar gran angustia emocional.

5.5.9 Inicio de la enfermedad y población afectada.

La esquizofrenia afecta a hombres y mujeres por igual. Se da en índices similares en todos los grupos étnicos alrededor del mundo. Los síntomas como las alucinaciones y los delirios generalmente comienzan entre los 16 y los 30 años.

Los hombres tienden a experimentar los síntomas un poco antes que las mujeres.

En la mayoría de los casos, las personas no desarrollan la esquizofrenia después de los 45 años.³ Rara vez se da en niños, pero se está tomando más conciencia acerca de la aparición de la esquizofrenia en la infancia.

Puede resultar difícil diagnosticar esquizofrenia en un adolescente, ya que los primeros indicios pueden incluir: cambio de amigos, caída de las notas, problemas para dormir e irritabilidad; comportamientos comunes entre los adolescentes.

Existe una combinación de factores que pueden predecir la esquizofrenia en casi un 80 por ciento de los jóvenes en riesgo de desarrollar la enfermedad. Estos factores incluyen: aislamiento y retraimiento, aumento de pensamientos y sospechas inusuales y antecedentes familiares de psicosis. En los jóvenes que desarrollan la enfermedad, esta etapa se llama período "prodrómico".

Generalmente, las personas con esquizofrenia no son violentas. De hecho, la mayoría de los crímenes violentos no son cometidos por personas con esquizofrenia. Sin embargo, hay ciertos síntomas asociados con la violencia, como los delirios de persecución. El abuso de sustancias puede aumentar las probabilidades de que una persona se vuelva violenta. Si una persona con esquizofrenia se vuelve violenta, la violencia generalmente va dirigida hacia miembros de la familia y tiende a ocurrir en el hogar.

CONCLUSIONES

No existen criterios unificados al momento de valorar la opinión del niño, que garanticen de forma eficaz y expedita el reconocimiento ese derecho, en los procesos de tenencia.

En el Ecuador los niños, niñas y adolescentes son consultados sobre los asuntos que les afectan, su opinión a más de ser sometida a la valoración del juez, también es valorada por los equipos técnicos, para de este modo tener la certeza de lo que se va a resolver.

- Los jueces tienen que realizar un estudio exhaustivo para poder decidir sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

- En los casos que proceda los jueces deben de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes para tenerla en cuenta al momento de resolver sobre la tenencia.

- Los jueces tienen que siempre contar con los informes del equipo técnico de la Función Judicial antes de resolver sobre la tenencia de niños, niñas y adolescentes.

- Los jueces tienen que tener preguntas previamente elaboradas al momento de llamar a un niño, niña o adolescente a dar su opinión, preguntas que vayan de acuerdo con la edad de los mismos.

- En juicios de tenencia después de haber sido resuelto siempre se debe de dar un seguimiento para saber sobre el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

RECOMENDACIONES

- Al tratarse de derechos de niños, los jueces deberán tener especial cuidado, sobre a cuál de los padres otorgar la tenencia, puesto que es responsabilidad de velar por el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

- Establecer criterios adecuados y uniformes al momento de resolver sobre en qué casos procede y en qué caso no procede valor la opinión del niño.

- Establecer procedimientos sencillos para llegar a establecer la situación real del niño con respecto a los padres que se disputan la tenencia.

- Establecer mecanismos más adecuados para no interferir en la vida cotidiana del niño, ya que en ocasiones se ha observado que los jueces llaman a audiencias reservadas, y les preguntan sobre hechos que quizá por la edad los niños no entienden, haciendo un poco difícil saber la realidad de los hechos.

- Si bien el derecho a ser consultados es un medio para hacer efectivos los derechos de los niños y adolescentes, este debería tener reglas mínimas para su aplicación.

- Que en los casos de fijación de tenencia, el juez ordene el seguimiento a cada caso para observar el desarrollo de los hijos o hijas, cuando estos han sido trasladados a otro entorno familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- JARAMILLO S. Jenny Dra. Mg. Sc. “Derechos Constitucionales de los Ciudadanos” Decimo curso de Apoyo. Loja – Ecuador.

- CABANELLAS, Guillermo, Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, axiomas y aforismos latinos y castellanos. 4ª. Edición

ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992.

□ ALBÁN, Fernando. “Derecho de la Niñez y la Adolescencia”. Quito – Ecuador.

□ “DICCIONARIO jurídico Espasa”. Madrid – España 2001.

□ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XXVI Tasa – Zona – Editores Libreros. Lavalle 1328.- Buenos Aires – Argentina.

□ GUÍA PRÁCTICA PARA CONOCER Y HACER CUMPLIR TUS DERECHOS. Programa Nuestros Niños. MBS Agosto 2004.

□ GUTIERREZ VERA, Fernando.- “Manual de aplicación de normas internacionales de Derechos Humanos en el ámbito Jurídico Ecuatoriano”.- Guayaquil – Ecuador. 2002.

□ BELLUSCO C. Augusto. “Derecho de Familia” Buenos Aires – Argentina 1979. · CABANELLAS Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta S.R.I Undécima edición. Buenos Aires – Argentina. 1993.

□ HÉCTOR F. Orbe. “Derecho de Menores” Quito – Ecuador 1995.

□ JARAMILLO Herman Dr. “La Ciencia y Técnica del Derecho” Loja – Ecuador 1996.

□ JIMÉNEZ de Vega Mercedes Dra. “La Familia en los instrumentos Internacionales”. Documento obtenido en la Red Informática.

□ LARREA Holguín Juan, “La mujer en el Derecho Civil Actual” Guayaquil – Ecuador 1999.

□ OSSORIO. Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta – Buenos Aires – Argentina.

□ RUY DÍAZ de Ciencias Jurídicas Y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer.