

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIA SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO



ANÁLISIS DE CASO

TEMA: “ANÁLISIS DE LA CAUSA N° 06101-2019-03309 SOBRE LA INFLUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL MENOR COMO PRUEBA PARA ESTABLECER LA TENENCIA, DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO TRAMITADO EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, PROVINCIA DE CHIMBORAZO”

AUTORA: GABRIELA ESTEPHANYA RAMÍREZ ANDRADE

TUTORA: Mgtr. ROCÍO BALLESTEROS

GUARANDA- ECUADOR

2020-2021

ÍNDICE

Portada	
Índice	II
Certificación de Autoría	III
Declaración Juramentada de Autenticidad de Autoría	IV
Dedicatoria	V
Agradecimiento	VI
CAPÍTULO I:	
1.1 Presentación del caso	1
1.1.1 Transcripción del Caso	2
1.2 Objetivos del análisis de caso	3
1.3 Contextualización del Caso	4
CAPITULO II:	
2. Antecedentes del caso	6
2.1 Fundamentación teórica del caso	9
2.1.1 Del Interés Superior del Menor en Procesos de Niñez Y Adolescencia	9
2.1.2 Del interés superior niño	9
2.2. De la Tenencia del Menor	14

2.2.1 Definición de tenencia	14
2.2.2 De la Tenencia del menor según la normativa ecuatoriana y extranjera	15
2.2.3 De la Tenencia del menor según la doctrina.	16
2.3 De los Derechos del Menor	17
2.3.1 Del Desarrollo Integral del Menor.	17
2.3.2 Del Bienestar del menor	18
2.3.3 De la capacidad de elección del menor según el Código de la Niñez y Adolescencia	18
3. De las Pruebas	21
3.1 Validez de la prueba del progenitor a través de la opinión del menor.	21
3.2 Del Informe Técnico de la Unidad Judicial de Familia	22
4. Derecho Comparado con otras normativas internacionales	27
CAPÍTULO III:	
5.1 Preguntas de Investigación	29
5.2 Metodología para la Recopilación de la Información	31
5.2.1 Métodos	31
5.3 Tipos de Investigación	32
5.4 Técnicas e Instrumentos de Investigación	33

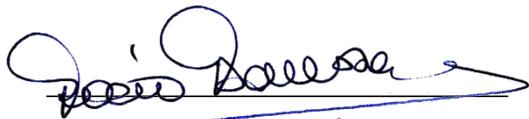
5.5 Análisis e Interpretación de la Información	33
5.6 Impacto de los Resultados de la Investigación	34
6. Conclusiones de la Investigación	35
Bibliografía	38
Lexigrafía	39

III. CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Mgt. ROCÍO DE LAS MIERCEDES BALLESTEROS JIMÉNEZ en mi calidad de Tutor del Estudio de Caso como modalidad de titulación contemplada legalmente en el Reglamento de la Unidad de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, designada mediante Resolución de Consejo Directivo, bajo juramento CERTIFICO que la señorita **GABRIELA ESTEPHANYA RAMÍREZ ANDRADE**, egresada de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia. Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho, ha cumplido los requerimientos del caso en lo que respecta al Análisis o Estudio de Caso previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, con el tema: **“ANÁLISIS DE LA CAUSA N° 06101-2019-03309 SOBRE LA INFLUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL MENOR COMO PRUEBA PARA ESTABLECER LA TENENCIA, DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO TRAMITADO EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, PROVINCIA DE CHIMBORAZO”** habiendo trabajado conjuntamente en el desarrollo del mismo con el investigador constatando que el trabajo realizado es de autoría del tutoriado por lo que se aprueba el mismo.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado, hacer uso del presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del Tribunal respectivo

Atentamente,



Mgt. ROCIO BALLESTEROS

Tutor

IV. DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo, GABRIELA ESTEPHANYA RAMÍREZ ANDRADE, egresada de la Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que el presente Estudio de Caso, con el tema: "ANÁLISIS DE LA CAUSA N° 06101-2019-03309 SOBRE LA INFLUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL MENOR COMO PRUEBA PARA ESTABLECER LA TENENCIA, DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO TRAMITADO EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, PROVINCIA DE CHIMBORAZO" ha sido realizado por mi persona con la dirección de mi tutor la Mgt. ROCÍO DE LAS MERCEDES BALLESTEROS JIMÉNEZ, Docente de la Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, por lo tanto, este es de mi autoría. Debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de este análisis, las he realizado apoyándome en bibliografía, lexicografía e infografía actualizada y que sirvió de base para exponer posteriormente mis criterios en este análisis o estudio de caso.

SRTA. GABRIELA ESTEPHANYA RAMÍREZ ANDRADE

AUTOR



Se otorgó ante mí y en fe de ello confiero ésta PRIMERA copia certificada, firmada y sellada en Guaranda, E.S. de Septiembre del 2022.


Dr. Hernán Cevallos Arcas
NOTARIO SEGUNDO DEL CANTÓN GUARANDA

20210201602P01457

DECLARACION JURAMENTADA
OTORGA: GABRIELA ESTEPHANYA RAMÍREZ ANDRADE
CUANTIA: INDETERMINADA
DI 2 COPIAS

En la ciudad de Guaranda, provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día trece de quince de septiembre de dos mil veintiuno, ante mí DOCTOR HERNÁN RAMIRO CRIOLLO ARCOS, NOTARIO SEGUNDO DE ESTE CANTÓN, comparece la señorita Gabriela Estephanya Ramírez Andrade, por sus propios derechos. La compareciente es de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil soltera, domiciliada en el barrio Tomabela, parroquia Guanujo, cantón Guaranda; con celular número: cero nueve nueve cuatro uno cero cinco seis cinco uno, correo electrónico: gabrielaramirezandrade1997@gmail.com, a quien de conocerla doy fe en virtud de haberme exhibido su cédula de ciudadanía en base a la que procedo a obtener su certificado electrónico de datos de identidad ciudadana, del Registro Civil, mismo que agregó a esta escritura como documento habilitante; bien instruida por mí el Notario en el objeto y resultados de esta escritura de Declaración Juramentada que a celebrarla procede, libre y voluntariamente.- En efecto juramentado que fue en legal forma previa las advertencias de la gravedad del juramento, de las penas de perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, declara lo siguiente: "Que previo a la obtención del Título de Abogada, en la carrera de Derecho, de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas, otorgado por la Universidad Estatal de Bolívar, manifiesto que los criterios e ideas emitidas en el presente Estudio de Caso, con el tema: "ANÁLISIS DE LA CAUSA N° 06101-2019-03309 SOBRE LA INFLUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL MENOR COMO PRUEBA PARA ESTABLECER LA TENENCIA, DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO TRAMITADO EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, PROVINCIA DE CHIMBORAZU"; es de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autora, además autorizo a la Universidad Estatal de Bolívar hacer uso de todos los contenidos que me pertenece a parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación. Es todo cuanto tengo que decir en honor a la verdad". Hasta aquí la declaración juramentada que junto con los documentos anexos y habilitantes que se incorpora queda elevada a escritura pública con todo el valor legal, y que la compareciente acepta en todas y cada una de sus partes, para la celebración de la presente escritura se observaron los preceptos y requisitos previstos en la Ley Notarial; y, leída que le fue a la compareciente por mí el Notario, se ratifica y firma conmigo en unidad de acto quedando incorporada en el Protocolo de esta Notaría, de todo cuanto DOY FE.

Gabriela Estephanya Ramírez Andrade
C.C. 0202111050

DE HERNÁN RAMIRO CRIOLLO ARCOS
NOTARIO SEGUNDO DE CANTÓN GUARANDA



V. DEDICATORIA

El presente trabajo de grado lo dedico a mi valentía, perseverancia y esfuerzo durante el transcurso de mis estudios en la maravillosa Carrera de Derecho; pero de manera especial a mi padre **Ab. Washington Polibio Ramírez Reyes** por su apoyo, sus palabras diarias de aliento, su amor incondicional, quien siempre será mi mentor profesional y de vida.

VI. AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por permitirme ir por el camino correcto para la culminación de mis estudios, a mi familia paterna por incansablemente apoyar mis metas y sueños, a mis amigos quienes fueron incondicionales.

CAPÍTULO I

1. TEMA: “ANÁLISIS DE LA CAUSA N° 06101-2019-03309 SOBRE LA INFLUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL MENOR COMO PRUEBA PARA ESTABLECER LA TENENCIA, DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO TRAMITADO EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, PROVINCIA DE CHIMBORAZO”

CASO N°: 06101-2019-03309

DEPENDENCIA JURISDICCIONAL: UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA, PROVINCIA DE CHIMBORAZO

ACTOR: RAMIREZ REYES WASHINGTON POLIBIO

DEMANDADA: ANDRADE SANTAMARIA YESENIA SORAYA

ACCIÓN/ DELITO: DIVORCIO POR CAUSAL

AÑO DE LA CAUSA: 2019

AÑO DE ESTUDIO DEL CASO PRÁCTICO: 2020-2021

1.1 TRANSCRIPCIÓN DEL CASO

En la causa N° 06101-2019- 03309, acción de divorcio por causal iniciada el dieciocho de noviembre del dos mil diecinueve, hace énfasis en el hecho del divorcio presentado por el abogado Washington Ramírez; y, la procuración judicial dada única y exclusivamente es para tratar el tema de divorcio, alimentos, régimen de visitas y tenencia respecto al menor Axel Ismael Ramírez Andrade, por ser mayor de edad acorde lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, el abogado de la parte actora en el juicio de divorcio señala que el adolescente deberá ser escuchado en la Audiencia de Juicio N°. 06101-2019-03309, de forma reservada sobre la voluntad de vivir con uno de sus progenitores, se adjunta como prueba las partidas de nacimiento de los hijos habidos dentro del matrimonio. El día trece de julio del dos mil veinte, la suscrita jueza resuelve, disuelto por divorcio el vínculo matrimonial, referente a la tenencia de los dos hijos menores, se le concede a la madre, es así que en el mes de agosto del 2020 presenta la demanda el padre para la modificación de tenencia del menor antes mencionado, por encontrarse viviendo con el suscrito desde el mes de marzo de 2020.

1.1.1 OBJETIVOS DEL ESTUDIO DE CASO

OBJETIVO GENERAL

- Analizar la falta de valoración de la opinión del adolescente dentro del juicio de divorcio contencioso N° 06101-2019-03309 tramitado en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, Provincia de Chimborazo respecto a la tenencia de uno de sus progenitores.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el principio del interés superior del niño, niña y adolescente en la legislación ecuatoriana.
- Determinar si dentro del proceso en análisis, la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba aplicó el artículo 106 numeral 3 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en beneficio del desarrollo integral del menor.
- Comparar la motivación jurídica de la resolución emitida por la jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba en la causa N°. 06101-2019- 03309 sobre la tenencia del menor en la legislación ecuatoriana con casos similares y en países como Colombia y Argentina.

1.2 CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO

El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia en el que sus habitantes están regulados por una norma suprema que es la *Constitución de la República en el artículo 66 numerales 3, 6 y 20*, nos da un contexto que en materia de niñez y adolescencia, el juzgador debe tomar en cuenta la opinión del adolescente de irse a vivir con su progenitor en concordancia a lo señalado en el *artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia*: así también desde el *Art. 106* tenemos las claras reglas que se deben ejecutar para confiar la patria potestad, además *el Art. 118 y siguientes del mismo cuerpo legal*, ha establecido los parámetros a regirse dentro de un caso de tenencia.

En referencia a la presentación de pruebas establecidas en el COGEP; las cuales son aplicables a todos los juicios incluido el de la tenencia, se recalca que en estos casos las pruebas de gran relevancia son las elaboradas por el *Equipo Técnico de la Unidad Judicial de la Familia*; conformados por *trabajadora social, psicólogo y médico general*, sin embargo, la prueba testimonial del adolescente es algo relevante para otorgar la tenencia a su progenitor, pues la Carta Magna establece con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que deben ser consultados y escuchados en todos los asuntos en los que se discutan y se decidan sobre sus derechos; derechos que aseguran el correcto desarrollo integral; y que predominan sobre los derechos de las demás personas; por lo cual, en los procedimientos judiciales en los que se discuta sus derechos, estos deben ser consultados y su opinión adquiere importancia dependiendo su edad y madurez mental, la edad establecida *en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia* es de doce años ya que se presume que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento en la opinión que exprese.

En esta causa, la jueza como garantista de derechos, es quien debe hacer prevalecer la importancia de la opinión del adolescente, sin embargo, no aceptó el testimonio. Se sabe que los administradores de justicia buscan proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero en este caso existió la vulneración de los derechos de integridad e intimidad personal o familiar, ya que el adolescente fue afectado por la decisión de la jueza, ya que es contraria a su decisión.

No se tomó en cuenta el interés del adolescente, su conveniencia y su bienestar; pues la tenencia es una responsabilidad en donde el padre o la madre velan por el correcto desarrollo integral de su hijo y en este caso se demuestra que el adolescente no lleva una relación de armonía con su progenitora, también existen muchos aspectos que no se tomaron en cuenta en base al desarrollo social, emocional, psicológico antes de emitir un criterio sobre la tenencia. Al realizarse una valoración integral se concluyó que el adolescente, tiene todas las condiciones favorables para vivir con su progenitor.

CAPÍTULO II

2. ANTECEDENTES DEL CASO

En la *Causa N°. 06101-2019- 03309*, acción de divorcio por causal iniciada el dieciocho de noviembre del dos mil diecinueve, hace énfasis su progenitor el abogado Washington Ramírez y manifiesta que: la procuración judicial es única y exclusivamente para tratar el tema de divorcio, alimentos, régimen de visitas y tenencia de Axcel Ismael Ramírez Andrade, por estar en la edad donde es capaz de decidir, acorde lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, el abogado de la parte actora en el juicio de divorcio señala que el adolescente deberá ser escuchado en *Audiencia de Juicio N°. 06101-2019-03309*, de forma reservada sobre la voluntad de vivir con uno de sus progenitores, se adjunta como prueba las partidas de nacimiento de los hijos habidos dentro del matrimonio.

El día veinte de febrero del año dos mil veinte, a las 14h34, en el juicio sumario por alimentos, la actora presenta como prueba; la copia de la cédula (actora), partida de nacimiento de los hijos habidos en matrimonio, certificados de estudios de Axcel Ismael y Mathias Benjamín Ramírez Andrade quienes se encontraban cursando el año escolar en la Unidad Educativa Hispanoamericana, ubicada en la ciudad de Riobamba, por parte del demandado no presenta prueba alguna, porque no compareció a juicio; se emite el auto de admisibilidad de la prueba, la motivación se basa en el *artículo 162 del COGEP*, donde establece que se debe probar todos los hechos alegados por las partes, *Art.69 numerales 1 y 5* correspondiente a la corresponsabilidad de los padres en el cuidado y crianza, alimentación, desarrollo integral y protección de sus derechos. En concordancia con el *Art. 4 numeral 1 de la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia*, establece que: “los menores de doce años tienen derecho a percibir

alimentos”. Al no comparecer a la demanda el padre en base al **Art. 87 numeral 2 del COGEP**, perdió la oportunidad de hacer valer sus derechos en la audiencia, la suscrita jueza resuelve aceptar la pensión de alimentos presentada por la señora Yesenia Andrade, se fija la pensión en base a la segunda Tabla de Pensiones Mínimas fijadas por el MIES, de ciento setenta y cinco dólares (\$175) mensuales a favor de sus hijos, que serán depositados los primeros cinco días de cada mes.

En la **Causa N°. 06101-2019- 03309**, correspondiente al juicio de divorcio llevado el día trece de julio del dos mil veinte, la suscrita jueza resuelve: *“Disuelto por divorcio el vínculo matrimonial, referente a la tenencia de los dos hijos menores se le concede a la madre, no se fija alimentos pues está resuelta la pensión de alimentos a favor de los dos hijos en litigio”*. En el **juicio N°. 06101-2019-02726**, es en este punto donde la jueza vulnera los derechos constitucionales del adolescente sobre la influencia de la falta de valoración de la opinión como prueba para establecer la tenencia pues, en la segunda fase de prácticas de pruebas no se tomó en cuenta la prueba testimonial del menor, transgrediendo sus derechos constitucionales como lo menciona **el artículo 66 en los numerales 6, 3 y 20, y en concordancia con el artículo 60 y 106 numeral 3, 4** de la Carta Magna; como jueza INCUMPLIÓ el principio de objetividad, inmediación, no aplicó las reglas de la sana crítica al prescindir de esta prueba esencial.

En agosto del 2020 presenta la demanda el padre para la modificación de tenencia del menor, por encontrarse viviendo con el suscrito desde el mes de marzo de 2020, el prenombrado alimentante ha comparecido al proceso manifestando que su hijo Axcel Ramírez actualmente se encuentra bajo su cuidado y protección, por lo que solicita la suspensión de sus pensiones alimenticias dentro del presente proceso. Se dispuso escuchar al alimentario en audiencia

reservada, lo cual se ha dado cumplimiento, igualmente ha presentado el Certificado de matrícula en el primer curso de bachillerato general unificado paralelo “B” y se encuentra asistiendo a clases en forma regular, verificando que efectivamente el prenombrado adolescente vive en la ciudad de Guaranda, presenta el examen psicológico realizado al menor en donde se detalla que no tiene una buena relación con la madre y por lo manifestado por el padre, este se encuentra viviendo bajo el cuidado y protección del mismo, en esta nueva diligencia se respeta las garantías y derechos constitucionales del menor al hacer prevalecer lo que establece la *Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y el Código de la Niñez y Adolescencia* en donde asegurarán el ejercicio pleno de los derechos de los menores; y, que serán atendidos al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas de derechos que como menor de edad le asisten y que están garantizados por estas normas.

2.1 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL CASO.

2.1.1 DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN PROCESOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

2.1.2 DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑO

En la *Declaración Universal de Derechos del Niño*; El principio del interés superior del niño, también se considera a la niña, es un principio que también es conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños. (Rios & Saravia, 2018).

Se encuentran opiniones que cuestionan la tenencia, pues no satisface el interés del niño si es que no se tiene en cuenta los factores que implican su aplicación y predisposición de los progenitores y condiciones materiales (Torrero, 1999). El problema radica en encontrar una alternativa compatible con la tenencia unilateral sin condicionamientos y el interés del menor, y según la igualdad de condiciones que debe existir entre los padres (Berry & Greenspan, 2005).

Además, la *Convención De Los Derechos Del Niño* tiene una forma tuitiva sobre la patria potestad al establecer que es ejercida a favor de los hijos, ambos padres tienen la obligación de formar su crianza, educación y desarrollo integral del menor, donde la

preocupación es el interés superior del niño por ello el trabajo de los padres es en conjunto. (Liset, 2018).

En Ecuador *la Constitución de la República del Ecuador*, garantiza el derecho a un desarrollo integral de nuestros niños, niñas y adolescentes, al amparo del principio del interés superior del niño; pero lamentablemente no ha encontrado como hacer efectivo estos derechos; lo que pretendo es analizar la posibilidad de una tenencia compartida que se encuentre tipificada en Código de la Niñez y Adolescencia y establecer si es el mecanismo idóneo para garantizar el interés superior del niño. (Alexandra, 2019)

La tenencia después de la ruptura conyugal desencadena un hecho litigioso, por lo que los hijos están expuestos a inestabilidad durante este proceso. Se puede analizar que la mayoría de casos de tenencia siempre tendrán una dirección concreta siendo esta hacia la madre ya que se le considera la responsable del desarrollo y crianza de los hijos, sin embargo, en base al estudio realizado en este caso esta tarea podría ser ejecutada también por el padre es ahí donde se presenta esta problemática. (Dominguez Castro, 2017)

Para *Echeverria*, (2011) en su trabajo de investigación denominado “La guardia y custodia compartida de los hijos”, manifiesta que el interés superior del niño se debe manejar a través del adaptarse a las necesidades del menor de edad, en donde el juzgador hace énfasis en el interés de los hijos y el de los progenitores se suprime. Es así que al ceder uno de los progenitores se estará dando paso a la solución del problema interconyugal. (pág. 59)

Según (Larrea, 2008) señala que la tenencia se debe dirigir según el progenitor que sea más idóneo para desempeñar el papel de cuidador del menor de edad, ya que es un derecho que

los dos padres tienen pero que se deben comprobar al más idóneo en base a tres lineamientos; a) la protección de poderes; b) la protección de la sociedad y de los miembros en donde vive; c) actuaciones de los padres y tutores. (pág. 35)

Estos dos autores se refieren a la tenencia no como algo que se deba poseer, sino que es un derecho adquirido al momento de la concepción del menor, para los autores en su investigación no señalan un progenitor en concreto sino buscan al idóneo para el correcto desarrollo y desenvolvimiento del hijo.

Otros autores como (Gherzi, 1997) en su libro dice que: siempre se va dar preferencia a la madre del menor, pero que no por eso se esté desencadenando una discriminación hacia el progenitor ya que en materia de tenencia no existe la cosa juzgada se tendrá la posibilidad de revertir esta disposición. (pág. 113)

La revista Jurídica de Derecho Ecuador (2012) manifiesta que la tenencia del menor debe estar ligada al tiempo de convivencia con sus padres, se preferirá a la madre divorciada o separada para el cuidado de los hijos, sin distinción de sexo y edad, si no existiere un acuerdo entre los progenitores para la tenencia, el juzgador deberá considerar la permanencia de los hijos con el padre que haya vivido más tiempo. Aclara que los hijos impúberes estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan. (pág. 10)

Actualmente el interés superior del niño se considera un tema de suma importancia en el cual el estado garantiza que todos los menores de edad serán protegidos, de una forma más concreta encontramos estos lineamientos dentro del Código de la Niñez y Adolescencia en el

artículo 11, para que formen parte de la toma de decisiones, correcto desenvolvimiento y calidad de vida.

Autores como *Gatica y Chaimovic* plantean que el interés superior del niño debe ser visto como lo primordial al momento de solucionar un conflicto interconyugal, ya que el menor es un sujeto de derechos y se debe dejar a un lado el pensamiento de que los menores no pueden poner en conocimiento su opinión.

Para (Bonnard, 2000) el interés del niño se puede ver desde varias perspectivas, una de ellas desde lo tradicional, es decir que es una persona protegida y que por lo tanto el administrador público o quien se encuentre a cargo de ella deberá tomar las decisiones en beneficio de esta sin distinción de los intereses que se encuentren en su entorno para garantizar un óptimo desarrollo integral del menor. (pág. 523)

Durante mucho tiempo han existido vacíos relacionados con derecho de niños, niñas y adolescentes; (Anilema, 2018) explica que, a lo largo de la historia y los derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes siempre han sido sujetos de vulneración de derechos, es decir no contaban con una normativa completa para su desarrollo integro en la sociedad.

En la actualidad esta situación ha cambiado de forma muy notoria ya que existe un interés latente en diferentes organizaciones a nivel internacional que aseguran el correcto manejo de los intereses de los menores, por lo que se han realizado varios cambios jurídicos en todas las naciones, uno de los más aceptados es la Convención de los derechos del niño firmada y ratificada por 192 estados, para la protección de este grupo vulnerable y prioritario como son los niños

En Ecuador como estado garantista de derechos a través de la Constitución de la Republica promulgada en el 2018, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como un grupo vulnerable y de atención prioritaria, el cual plantea normas en los que el estado, la familia y la sociedad debe salvaguardar la integridad de sus derechos. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2016)

En el 2015 se modifica el *Código de Niñez y Adolescencia* con el propósito de poner nuevos lineamientos, perfeccionar la normativa acerca de los derechos del menor, haciendo un impacto notorio en el derecho a la dignidad, a su pleno desarrollo y a la correcta aplicación de la normativa legal en los juzgadores.

Desde un plano internacional la evolución de este principio ha sido bipartita; por una parte, a través de tratados y convenios se ha ido incorporando el derecho de familia diferentes normativas hasta la introducción de la Convención; por otra existían únicamente textos en los que el interés superior del niño era de naturaleza recomendaría.

Al incorporar el interés superior del niño como un derecho subjetivo de los menores la Convención de 1989 en su artículo tercero propone a este principio como general inspirador y fundamental.

Para ser más concretos el interés superior del niño se basa en el estudio y aplicación de la normativa según la necesidad del mismo, según los autores ya mencionados el concepto jurídico de este principio no puede ser de definición específica y aplicable en todos los caso ya que debido a la heterogeneidad, también se puede hablar de forma individual (un niño) o de un grupo (varios niños) que como grupo son iguales pero tienen diferentes necesidades, etnia, huérfano, discapacidad, ser víctima de abuso, de padres divorciados o no.

2.2 DE LA TENENCIA DEL MENOR.

2.2.1 Definición de Tenencia

Para *Cabanellas*, en su diccionario jurídico determina como “*La posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. Antiguamente se empleaba esta voz por caudal, hacienda o haberes*”. Sin embargo, esta definición no tiene la relevancia jurídica en el sentido de poseer a un menor. (Cabanellas, 1979)

Pero para otros autores como *Aguirre R*, la Tenencia de Menores “*Es una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total; derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor; y, 70 cuando el mismo se encuentre en situación no apta para su desarrollo y su integridad*” (Raúl, 2014).

Para la Real Academia de la Lengua Española, Tuición “*Es la acción y efecto de guardar y defender*”, en concordancia con lo definido por el autor antes mencionado cuando este hace referencia a que la tenencia se debe considerar según “*al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los diccionarios de La Real Academia de la Lengua Española, así como otros autores, toman la similitud en sus definiciones*” (Raúl, 2014)

2.2.2 De la Tenencia del menor según la normativa ecuatoriana y extranjera.

En la legislación ecuatoriana no contamos con un concepto definido de *Tenencia*, pero a base de conceptos relevantes de otras legislaciones y doctrinarios se abre un camino para que en nuestra normativa el *artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia* establecen la procedencia para encargar la tenencia de los hijos menores de edad, a uno de los dos progenitores. Inmediatamente en *el artículo 119* indica que la resolución de la tenencia puede ser modificada cuando se haya probado que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija; pero no se ha tipificado la tenencia compartida, por ello es importante que se pueda reformar el *Código de la Niñez y Adolescencia* a fin de que los niños, niñas y adolescentes logren ejercer su derecho a un desarrollo integral esto es de manera emocional, física y psicológica. (Alexandra, 2019)

El *Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia señala* “*Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106*”. (Asamblea N., CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2020). La figura de tenencia con la que contamos, se le ha encargado únicamente a uno de los dos padres la crianza, educación y formación de los hijos, mientras que la otra parte ya sea por voluntad propia o por impedimento del tenedor, no se involucra en la vida de sus hijos, y en el mejor de los casos únicamente se limita a verlos en los días de visitas, como también a sustentar económicamente sin ningún vínculo emocional. (Alexandra, 2019).

2.2.3 De la Tenencia del menor según la doctrina.

Para **Manuel Bermúdez**, considera que la tenencia plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico, así dejando como *“una propuesta del ejercicio de la 35 autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres”*. (Rios & Saravia, 2018)

Además; en Normativa Internacional desde su **artículo 16 de la Declaración Universal de 1948**, se proclama que la familia es la base fundamental de toda sociedad, surgiendo protección por parte del estado. Es así que la **Convención Sobre los Derechos del Niño**, expuestas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 5 del, que obliga a los estados. *“Las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerce los derechos reconocidos en la presente convención”*. (Liset, 2018)

Refiere **Rosales, 2005** que *“mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos”*. (Patricia, 2014)

2.3 DE LOS DERECHOS DEL MENOR.

2.3.1 Del Desarrollo Integral del Menor.

Se fundamenta en determinar los alcances de los diversos tipos de Tenencia de niños y adolescentes, las ventajas y desventajas que traen consigo cada una de ellas, teniendo como punto de partida un principio rector el *Interés Superior del Niño*, que coadyuvará a garantizar el desarrollo integral del menor, quien resulta ser el más afectado cuando existe una disputa entre los progenitores por obtener su custodia. Además, señala que, la tenencia es la responsabilidad parental, de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue a su hijo en tenencia no pierden la patria potestad. Tal responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial del derecho de custodia y tenencia de un hijo. Procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge conviviente le arrebatara al otro a un hijo si estuviera en peligro la identidad física de este. (Patricia, 2014)

Para que proceda la tenencia de menores y se le asigne a una persona esta responsabilidad, entregándole los hijos para el cuidado y protección del mismo, deben estas, brindar toda clase de garantías al menor para su crianza y desarrollo psíquico y mental, para que éste se fortalezca en un hogar de amor, de comprensión, con personas capaces de dar todo el apoyo y respeto a los hijos. Los jueces de la Niñez y Adolescencia, apoyados por los Departamentos respectivos deben buscar a las personas capaces para este fin. (Raúl, 2014)

2.3.2 Del Bienestar del menor

En el *Informe Nacional sobre el Seguimiento de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia* desde 1990, la *Convención sobre los Derechos de la Niñez de 1989*, puso de manifiesto su compromiso para asegurar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Las reformas a la Constitución constituyen, el mayor avance que ha hecho el país para reconocer los derechos de sus niños, niñas y adolescentes” (Raúl, 2014)

En el Ecuador es sumamente preocupante el destino de los niños y adolescentes, de los progenitores que se han divorciado o separado, ya que los padres lo único que hacen es pugnar por obtener la tenencia de los menores, sin antes hacer una evaluación y análisis de lo que sería mejor para el bienestar de sus hijos, inclusive al momento de emitir una resolución sobre la tenencia de los menores, “*cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad...*” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2013)(art.118)

2.3.3 De la capacidad de elección del menor según el Código de la Niñez y Adolescencia

En Ecuador, la normativa vigente desde la carta magna en el **Art. 45 y 61** establece “*los niños gozaran de todos los derechos comunes del ser humano...*”, mientras que el siguiente establece “*Derechos de Participación* “. (Asamblea N, CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)

Por otro lado, el *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, establece textualmente: “*Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser*

consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión” (Asamblea N., CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2020)

Para estudiar la trascendencia de un correcto manejo del proceso de divorcio en el desarrollo del menor, debemos entender que la familia es el núcleo de la sociedad, lo cual se ve afectado cuando existe la ruptura de este vínculo, el divorcio por lo tanto altera el entorno del menor involucrado, causando daños dentro del desarrollo integral afectivo del menor.

Al existir un divorcio los padres comparten la patria potestad, sin embargo, conocedores del tema le llama a este “miembro presente” y al segundo “miembro ausente” esto a partir de que el hijo mostrará más comunicación con el progenitor al que se le otorgó la tenencia.

Un menor es incapaz ante la ley de representarse a sí mismo por lo que siempre se le otorgará un curador ad-litem, es aquella figura que tiene la función de representar, cuidar al menor y ejercer la representación legal en la Litis. Esto está previsto en la ley para los menores de 18 años, según lo previsto en el artículo 32 del Código General de Procesos en su inciso 3:” En caso de producirse un conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad-litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes” (Asamblea Nacional, 2015).

Cuando hablamos de nombrar un curador ad-litem para un menor, nos referimos al hecho de cuidado que siempre en la litis será necesario para menores de dieciocho años, pero que pasa con los menores que en la normativa legal como lo es el Código de la Niñez y Adolescencia nos

habla sobre la capacidad de elegir a partir de los doce años, bajo este argumento el juzgador será el encargado de hacer la investigación pertinente, como lo son una serie de pericias en base a la opinión del menor.

El Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 106 num.2 manifiesta que la tenencia se le otorga a la madre si el hijo es menor de doce años, dejando sin efecto así su opinión, pero a partir de esta edad el mismo cuerpo legal dice que se escuchará su opinión siempre que sea clara, beneficiosa y se compruebe que el desarrollo integral del menor será el adecuado.

Esto trae un cuestionamiento si los hijos menores tienen la capacidad de elegir y discernir al momento de tomar una decisión.

Para la autora (Yanes Cristina, 2016) el interés superior del niño busca satisfacer los derechos que están establecidos en la normativa para niños, niñas y adolescentes.

Al momento de escuchar la opinión del niño existen varias contradicciones que el administrador de justicia tal vez no ve más allá del hecho litigioso y excluye al menor por la crítica social existente de que un niño no tiene la capacidad de decidir sobre lo bueno y lo malo. Se conoce que en Roma los niños de 10 años podían ser imputados en el caso de existir dolo según sea el delito. (Eduardo Celin Vaca Jonathan, 2015)

Según el reconocido psicólogo (Piaget J., 1994) dice que “el niño de diez u once años empieza a tomar conciencia de que está dejando de ser niño” Por lo que estaría en total capacidad discernir su decisión.

En la investigación realizada por **Araúz Cabuyales Nelson Vinicio, (2016)** titulada “*La tenencia y patria potestad del menor de edad que no ha cumplido doce años y la debida aplicación del artículo 106, numeral dos del Código de la Niñez y la Adolescencia de la legislación Ecuatoriana en el 2015, en el Distrito Metropolitano de Quito, Sector la Mariscal*”, este análisis marca la discriminación que existe en cuanto a la paternidad pese que el menor de edad haya aceptado que desea vivir con progenitor ya que en muchos casos el menor desea estar con su padre.

Alejandra Espinosa Segarra María, (2015) nos dice que en la tenencia la normativa no ha ido evolucionando de la misma manera por lo que crea un problema de norma y social. Por lo que considera se revise el lineamiento bajo ciertos parámetros ya que la norma se puede ver que la norma se encuentra feminizada y no está en armonía legal.

También **Guerrero la Torre María Fernanda, (2014)** en su estudio “*la indeterminación de criterios para valorar la opinión del niño al momento de decidir su tenencia vulnera los derechos constitucionales de su integridad e intimidad personal y familiar*” según esta investigación el juzgador valora si el criterio del niño debe ser válida o no, así como si es suficiente prueba para decidir sobre sus derechos en la tenencia y si vulnera el principio de interés superior del niño.

3. DE LAS PRUEBAS

3.1 Validez de la prueba del progenitor a través de la opinión del menor.

Recordemos que la normativa pertinente permite que el menor cumpliendo con lo establecido, puede ser consultado y dotar de su opinión para conducir al Administrador de Justicia a la mejor decisión. Así tenemos el amparo legal en *Art. 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Que fue aplicado en el presente proceso judicial, como medio probatorio para obtener la tenencia del menor *Axcel Ismael Ramírez Andrade*. (Juicio Ordinario de Declaratoria de Unión de Hecho, 2017).

3.2 Del Informe Técnico de la Unidad Judicial de Familia

Se Resuelve mediante acuerdo la tenencia y Régimen de Visita:

La Tenencia de sus dos hijos: **AXCEL ISMAEL** y **MATHIAS BENJAMIN RAMIREZ ANDRADE**, de 14 y 4 años de edad respectivamente, se le concede a la madre la señora: YESENIA SORAYA ANDRADE SANTAMARIA, quien continuara con la Tenencia.

ALIMENTOS.- No se fija alimentos por cuanto conoció primero y se respeta la competencia de la Dra. María Augusta Valencia, Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba, en el juicio No. 06101- 2019-02726, está resuelto la pensión alimenticia a favor de los dos hijos: **AXCEL ISMAEL**, **MATHIAS BENJAMIN RAMIREZ ANDRADE**, de 14 y 4 años de edad respectivamente.

RÉGIMEN DE VISITA: a) El régimen de Visita es abierto para su hijo **AXCEL ISMAEL RAMIREZ ANDRADE**.- b) El Régimen de Visita Cerrado y cada quince días, los días

Sábados retira a su hijo en el horario desde las 9h00 hasta el día Domingo a las 16h00, que le entregara y le puede retirar el padre o un familiar a su hijo MATHIAS BENJAMIN RAMIREZ ANDRADE de 4 años de edad y con el fin de fortalecer los lazos parento-filiales.

Además, para el administrador de justicia siempre ha sido un punto importante velar por el correcto desenvolvimiento del menor dentro de la sociedad y en convivencia con sus progenitores, es por esto que existen causas que alteran este normal comportamiento ya que, al existir una ruptura del núcleo familiar por los padres, se debe crear un ambiente de armonía para el menor.

Es así que el juzgador con el fin de emitir un auto que favorezca al menor de edad y al principio de interés superior del niño sin importar el deseo de los progenitores, el juez revisa la prueba de manera conjunta siendo esta de suma importancia y emitida por el equipo técnico de la Unidad Judicial en donde se esté desempeñando la litis. Para puntualizar este tema algo que se debe tener en cuenta es que la tenencia es algo que se debe plantear en el divorcio esto fundamentado según la norma.

El juez después del conocimiento de varias pruebas y bajo la normativa legal debe llegar a una conclusión es ahí donde el equipo técnico trabaja para que esta decisión sea la idónea para el menor. El equipo técnico pertenece a la oficina técnica en donde se encuentran profesionales como médicos, psicólogos y el trabajador social los cuales según la necesidad serán escogidos para emitir un informe siempre que sea dispuesto por los Jueces de Niñez y Adolescencia.

Los informes realizados por el equipo técnico se les atribuyen el valor de prueba y debe formar parte del resto de medios probatorios en un proceso judicial.

Eva Sanjurjo Ríos en base al informe pericial dice que: “ Un tercer sujeto ajeno al proceso (por tanto, distinto a quienes son las partes procesales y el titular del órgano jurisdiccional) aporte cuando sean necesarios o convenientes, los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos. Para el cumplimiento de tal propósito finalidad, el perito deberá recurrir al empleo de forma escrita.

Es decir, tales conocimientos, deberán hacerse constar en un documento que procesalmente hablando se podría llamar “dictamen”. Aunque también habremos de advertir que esta no es la única manera de que disponen los peritos para intervenir en el proceso. Pues no será infrecuente que complementen la elaboración y aportación de sus dictámenes con una intervención oral que tendrá lugar durante el acto de juicio o de la vista. Si bien, también hay que aclarar que tal actuación no es perspectiva para el dictamen pueda desplegar plenos efectos probatorios como prueba pericial.” (Sanjurjo Ríos, E. I. (2013). La prueba pericial en el proceso civil: Procedimiento y valoración. Madrid; Reus. p. 17)

Lo que la autora trata de decir es que la prueba pericial tiene un alto valor dentro del juicio, es por esto que se realiza con profesionales que tengan experiencia ya que no solo emiten un informe escrito que prueba la existencia de la prueba, sino que también deben sustentarla en audiencia de juicio en base a sus conocimientos, para que la prueba sea concreta y útil.

El Código de la Niñez y la Adolescencia en su capítulo V nos habla sobre la oficina técnica como parte de la justicia especializada; el mencionado cuerpo legal hace énfasis en que estas pericias son de uso del juzgador para aclarar, analizar, plantear y sustentar su resolución.

Pero la normativa no especifica parámetros a los que se tenga que adaptar una pericia, es por eso que se considera que es demasiado corta lineamientos concretos para su equipo técnico.

Como lo manifiesta el *Código de la Niñez y Adolescencia* el juez es el encargado de hacer la petición a la oficina técnica, lo que está estipulado en el artículo 269: “Petición. - El juez de oficio o a petición de cualquier entidad de atención, la madre, el padre o los parientes del niño, niña o adolescente, según el caso dictará un auto en el que dispondrá la investigación correspondiente tendiente a identificar y ubicar al niño, niña o adolescente, sus padres y demás familiares según sea el caso.

En la investigación intervendrá la Fiscalía, DINAPEN u otras unidades de la Policía Nacional y la Oficina Técnica, quienes están en la obligación de presentar informes mensuales sobre las actividades realizadas y los resultados de las mismas.

El juez podrá solicitar aclaración, ampliaciones o reforma de informes presentados”

Como se mencionó antes el informe que emite el equipo técnico no está ligado a parámetros en los que tenga que estar aplicado su contenido, sin embargo, se conforma de ciertas partes como:

-MOTIVO Y OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN. – Es decir cuando el administrador de justicia envía la petición para la intervención del equipo técnico ya sea médico, psicológico o de trabajo social.

-DIAGNOSTICO SOCIAL. – Está compuesto por el entorno en donde se va a realizar la pericia es decir dirección donde esta domiciliada la familia, con quien convive el menor, si recibe pensión alimenticia.

-SITUACIÓN ACTUAL. – Conocer el desarrollo social diario del menor como acudir con normalidad a su centro de educación (escuelas, colegios), actividades que realiza, bajo la responsabilidad de quien se encuentra el menor.

Para emitir una pericia cada uno de los profesionales tienen sus métodos y técnicas a emplear según la edad, el caso, necesidades y su localidad, entre ellos los más comunes

- Escucha atenta
- Observación clínica
- Entrevista estructurada
- Entrevista colateral
- Test de relato libre y dibujo
- Test de familia

Después de tomar en cuenta estos aspectos el juez conoce sobre la pericia realizada y pide ampliación, aclaración según sea la necesidad del menor.

Al momento de la valoración de la prueba pericial y del informe técnico *el Código Orgánico General de Procesos* en el artículo 164: “*Valoración de la prueba*”. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el Juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.”

La normativa antes mencionada es muy clara en cuanto a la valoración de las pericias realizadas, es decir para que la o el juez tome una decisión el informe formara parte del conjunto de pruebas para tener una mejor apreciación del entorno integral del menor. Hay que recordar que el informe del equipo técnico este hecho por profesionales especializados en su área es decir es un análisis específico y especial que no puede realizar cualquier persona.

Para el autor *Cafferata* los tribunales carecen de la atribución de apartarse del dictamen del perito, acudiendo solamente a los conocimientos privados, técnicos o científicos que sus integrantes puedan poseer, ya que este saber íntimo, revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera, así el principio de contradictoriedad.” (Cafferata, José. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, ediciones Depalma 3ra edición, 1998, p. 58)

4. DERECHO COMPARADO CON OTRAS NORMATIVAS INTERNACIONALES

En España el tema de la tenencia y patria potestad está establecido en el *Código Civil Español*, como lo citamos textualmente a continuación: “*De lo establecido por el art. 156 Cc., a su tenor, parece determinarse que la regla general, utilizada en España, es priorizar la custodia o guarda conjunta, la cual si no es acordado y/o solicitada por uno de los progenitores, pues el Juez, en su calidad velador de los intereses del menor cuando estos son vulnerados, tiene la plena facultad de atribuir la custodia conjunta distribuyendo sus roles inherentes a su ejercicio*” (Patricia, 2014).

Al igual que en España, en *Chile* también es normado por el *Código Civil Chileno*, como lo citamos textualmente “*Art. 225 Cc. Si los padres viven separados podrán determinar de*

común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta... Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos. El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad". (Patricia, 2014)

Recordemos que hacemos referencia a estos dos países ya que la mayor parte de la legislación de nuestro estado ha cogido como modelos las leyes vigentes de estos países.

CAPÍTULO III

5.1 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

1.- ¿Qué elementos considera que la jueza de esta causa debía tomar en cuenta al momento de emitir un criterio sobre la tenencia del adolescente, considerando que ya tiene la capacidad manifestar su opinión?

La administradora de justicia debía tomar en consideración el criterio del menor, en relación a que el adolescente pueda decidir con cuál de sus progenitores desarrollarse. Respetando el derecho del menor frente a la tenencia; amparado en el Art. 45 de la carta magna, donde establece que uno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es el de “*ser consultados en asuntos que los afecten, tener una familia y disfrutar su convivencia...*”.

2.- ¿Considera que se le debe otorgar la tenencia al padre del menor, después de haber probado que está apto para el cuidado de su hijo o como manifiesta la norma, la madre debe tener la tenencia de los dos menores sin tomar en cuenta la decisión de uno de sus hijos?

La tenencia si bien es cierto siempre le ejercido la madre como lo establece la normativa; pero recordemos que el padre puede ejercerla sin discriminación alguna, ya que nos encontramos en un estado de derechos y justicia el cual vela por la igualdad. Manteniéndonos en eso, junto al criterio del menor y el Art. 9 de la Convención de Derechos de los niños, emana que “*los menores no podrán ser separados de sus padres contra su voluntad...*”.

3.- ¿Por qué en diligencias posteriores al criterio de la jueza de otorgar a la madre la tenencia de los menores, se dispone valoración psicológica, informe médico y un informe de trabajo social? ¿Existe negligencia por parte del juzgador?

Existe una negligencia por parte de la administradora de justicia, los informes y evaluaciones deben realizarse antes de emitir su decisión, ya que los informes emitidos por parte de quienes conforman el departamento técnico médico es primordial, prueba fundamental para determinar la situación psicosocial del menor y de quien esté a cargo del mismo para observar si existe algún riesgo o vulneración del interés superior del menor para así emitir una decisión que no afecte al menor.

4.- ¿Considera usted que existe imparcialidad absoluta al momento de valorar una prueba y emitir un criterio por parte del legislador?

Dentro de la causa no existe una valoración imparcial de la prueba, ya que no se toma en cuenta los informes periciales emitidos por los departamentos pertinentes, los cuales arrojan información necesaria para determinar que la tenencia del menor, bajo su propio testimonio, se mantiene en que prefiere vivir con su progenitor, por tener diferencias con su madre. Así también, solo aplicando lo que dice la normativa más no interpretándola para su aplicación en derecho.

5.- Al ser la tenencia una sentencia no ejecutoriada, ¿Cuándo considera que sería el momento para ser aplicada en el caso del menor? ¿Antes o después de realizar los informes médicos y psicológicos antes mencionados?

La sentencia en el caso del menor debería ser aplicada luego de realizar la valoración psicológica, médica y social; ya que en el informe y en el testimonio el menor se ratifica que se encuentra muy bien, en buenas condiciones, un ambiente familiar, por tal motivo quiere convivir con su padre. Luego de haber dicho su criterio debería ser tomado en cuenta para respetar los derechos que tienen los menores de edad según constan en la carta magna, para tomar una decisión y ejecutarla.

5.2 METODOLOGÍA PARA LA RECOPIACIÓN DE LA INFORMACIÓN.

La modalidad que se utilizó en esta investigación es de revisión, realización y obtención de información mediante fuentes bibliográficas tales como sitios web, PDF, libros, entre otros lo cual permite obtener una investigación clara y precisa.

5.2.1 MÉTODOS

Método Científico: Bajo este método pude establecer conocimientos precisos y confiables en la investigación, los cuales son la base fundamental para alcanzar el objetivo de este trabajo.

Método Analítico: Permitió realizar un análisis a través de la experiencia y el conocimiento en causas similares, para comprender su efecto y establecer una nueva teoría.

Método Deductivo: Se empleó al momento de razonar o emplear un nuevo pensamiento que desemboca en conclusiones lógicas y válidas.

5.3 TIPOS DE INVESTIGACIÓN

Investigación Bibliográfica: Para la elaboración de los aspectos teóricos del trabajo se utilizó documentos físicos, libros, leyes, códigos, enciclopedias virtuales y buscadores web.

Investigación Documental: Requiere información necesaria para poder tener conocimiento sobre la falta de valoración de la opinión del menor de edad como prueba para establecer la tenencia dentro del juicio de divorcio, misma que se lo hará en base a la Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico General de Procesos, doctrina y jurisprudencia.

Investigación Descriptiva: Esta investigación permitió estudiar, analizar o describir la realidad presente, sobre la falta de valoración de la opinión del menor como prueba para establecer la tenencia dentro del divorcio.

5.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Técnicas e instrumentos de investigación utilizados en el presente trabajo son la observación, esta técnica permitió observar atentamente el hecho o caso logrando así tomar información que fue ingresada y analizada, la entrevista permitió realizar un conversatorio con aquellas personas conocedoras del tema u involucrados en el presente caso, se confecciono un cuestionario de preguntas, con el fin de ejecutar una conversación recíproca entre el entrevistado y entrevistador.

5.5 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Durante el análisis y la interpretación de la información que recopilé en el proceso de investigación a través de entrevistas así como el estudio de la normativa Ecuatoriana referente a tenencia, interés superior del niño, puedo decir que un derecho tan fundamental no puede ser violentado por un legislador, ya que de forma injustificada se le privó de la opinión en la que el menor adulto debía manifestar con que progenitor desea continuar su desarrollo, siendo esto fundamental para su evolución y crecimiento.

Para el estudio de caso, se revisaron las pruebas emitidas por los progenitores (actas de nacimiento, certificados de estudio) en donde el adolescente a través de su padre, justifica de manera legal que el tras pasar un tiempo de convivencia por el estado de emergencia sanitaria Covid-19 que pasa en el país desde el mes de marzo 2020, tras culminar sus estudios en la “UNIDAD EDUCATIVA HISPANOAMÉRICA “ de la ciudad de Riobamba al terminar con éxito el período lectivo en la misma, decide continuar con su bachillerato en la “UNIDAD EDUCATIVA SANTA MARIANA DE JESÚS “ en la ciudad de Guaranda donde se encontraba residiendo con su padre y hermana. A través del SUPA (Sistema Único de Pensiones

Alimenticias) podemos comprobar que mientras el menor vivía bajo el cuidado de su padre se seguía remunerando mes a mes la cantidad de 180.00 dólares americanos mensuales a su madre quien sólo estaba al cuidado de su último hijo.

Es así que durante la investigación realizada por el legislador, no se toma en cuenta pruebas relevantes como la opinión del menor mediante audiencia, ya que por reiteradas veces mediante escrito se le solicito a la jueza se dé prioridad a esta diligencia, sin embargo se hizo caso omiso, al continuar con el desarrollo de la investigación la jueza solicita, la prueba psicológica, médica y el informe de trabajo social emitido por la Oficina técnica de la Unidad de la Familia, Niñez y Adolescencia de Guaranda, en donde peritos especializados manifiestan que el desarrollo del menor es correcto y sus condiciones físicas, emocionales y económicas lo declaran apto para vivir con su progenitor.

5.6 IMPACTO DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La legislación ecuatoriana en su Carta Magna manifiesta que quien administra justicia debe velar por el interés superior del menor, siempre que sea apto y este en plena conciencia de su elección, acompañado de pruebas que garantizan su desarrollo integral ante la sociedad.

Durante la investigación mi intención es crear un precedente para los legisladores y profesionales del derecho, en donde como antes se explicó no se puede llegar a emitir una resolución sin antes realizar pruebas con relación a la opinión del menor adulto, si bien está contemplado en la ley que la tenencia del menor es de la madre, al no ser una sentencia ejecutoriada se puede cambiar según sea la necesidad del adolescente, mientras esté comprobada y no perjudique a futuro el desarrollo del mismo.

6. CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Tras haber realizado el análisis jurídico del caso en litigio, he llegado a la conclusión de que se aplicó de forma inusual y contradictoria la ley, ya que, el legislador al momento de emitir una sentencia no la sustenta en base a doctrina, jurisprudencia o pruebas técnicas. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 numeral 3 manifiesta que: *“tratándose de hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral”*. (Asamblea N. , CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2020)

El interés superior del niño es un pilar importante al momento de emitir una sentencia, por lo que el Código Orgánico de la niñez y adolescencia en su normativa establece que el menor dentro del litigio será quien a través de su opinión y a la par de pruebas técnicas se podrá dar una idea al juzgador de a quien se le debe otorgar la tenencia. Por esto en el análisis previo, el juez a cargo de este caso, no vela por el bienestar del menor, no hace uso de la sana crítica y no aplica la normativa explícita en el artículo 11 del antes mencionado cuerpo legal, en el que se encarga de que los niños, niñas y adolescentes hagan uso de sus derechos y se dé cumplimiento a sus requerimientos según sus necesidades en el artículo 14 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia manifiesta que: *“Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.”* (Asamblea N. , CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y

ADOLESCENCIA, 2020) Por lo que la normativa que se aplicó al emitir una resolución no fue correctamente fundamentada.

Por una parte se aprueba la tenencia a la madre del menor en audiencia, pero se violenta de forma abrupta el interés superior del niño ya que al ser un menor adulto de catorce años está en el derecho y consciente de sus capacidades, además que de cumplir todos los requisitos para ser escuchado no obtuvo ese derecho fundamental. Sin embargo, tras la lucha de su progenitor solicitó se amplíe la recolección de pruebas y es así que la jueza a cargo resuelve pedir aplicación mediante evaluaciones de la oficina técnica, conocimiento que debía tener antes de emitir una sentencia.

Tras considerarse un caso fortuito y en reivindicación del legislador, se lleva a cabo una última audiencia en donde después de escuchar al menor, dar prioridad a su elección y opinión, aplicar la normativa de forma correcta y acompañado de pruebas. Resuelve que: La tenencia de AXCEL ISMAEL RAMÍREZ ANDRADE con catorce años de edad, es de su progenitor el señor: Washington Polibio Ramírez Reyes.

Para ciertos países de Latinoamérica como Colombia al momento de hablar sobre el interés superior del niño no cambia su forma de ver hacia el cuidado, desarrollo integral y derechos del menor, sin embargo al momento de encontrarse en una “revisión judicial” estos se basan en ser irrenunciables. El artículo 9 del Código de Infancia y Adolescencia de Colombia estipula que *“en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerá los derechos de estos en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”*. (2006, Código de Infancia y Adolescencia, 2006)

Así como en Argentina en su Código de la niñez y adolescencia artículo 34 en referencia a la tenencia de los padres es que al momento de emitir su resolución la tenencia de un menor ya debe estar aprobada con uno de sus padres para que esta sea efectiva, para esto el poder del juez esta sobre sus beneficios y cualquier persona interesada en el desarrollo integral del menor podrá ofrecen tener la tenencia de este y el juzgador tomará la más acertada decisión en cuanto lo establece el artículo 24 literal b que estipula: “que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños, adolescentes; entre ellos, un ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”. (Ley de protección integral de los derechos de las niñas, 2005)

BIBLIOGRAFÍA

- Alexanda, G. V. (23 de febrero de 2019). *Respositorio Digital de UCSG*. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13015/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-227.pdf>
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L.
- Juicio Ordinario de Declaratoria de Unión de Hecho, 0181-2014 (Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia 17 de Octubre de 2017).
- Liset, B. (2018). *Universidad César Vallejo - Perú*. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/19785/Bances_VLL.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Patricia, N. S. (07 de Marzo de 2014). *Universidad Privada del Norte*. Obtenido de <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/1370/Noblecilla%20Ulloa%2c%20Sandra%20Patricia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Raúl, R. Z. (Mayo de 2014). *Repositorio Digital UCE*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/T-UCE-0013-Ab-275.pdf>
- Rios, E., & Saravia, H. (2018). *Universidad Nacional de la Amazonía Peruana*. Obtenido de http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5349/Elba_Tesis_Maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ruggiero, A. (2014). El valor de la prueba testimonial. *AEQUITAS*, 33.

LEXIGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2018). *CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea, G. (1990). Convención sobre los Derechos del Niño. *NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS*.
- Asamblea, N. (2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea, N. (2020). *CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea, N. (2020). *CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Juicio Ordinario de Declaratoria de Unión de Hecho, 0181-2014 (Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia 17 de Octubre de 2017).
- Ruggiero, A. (2014). El valor de la prueba testimonial. *AEQUITAS*, 33
- (2006, Código de Infancia y Adolescencia, 2006)
- (Ley de protección integral de los derechos de las niñas, 2005)